



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La lettre du Cabinet

A O Û T - S E P T E M B R E 2 0 1 1

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

S o m m a i r e

- | | |
|---|--|
| 2 Synthèse du rapport annuel 2010 de l'Autorité de la concurrence
<i>Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvét</i> | 13 CEPC : analyse des derniers avis (septembre 2010 / août 2011)
<i>Jean-Christophe Grall et Peggy Tourret</i> |
| 6 Les délais de paiement entre professionnels : entre certitudes et interrogations...*
<i>Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy</i> | 19 Le projet de loi « renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs »
<i>Eléonore Camilleri</i> |
| 8 L'annulation par la Cour de cassation d'une mesure d'expertise portant sur les techniques existantes des saisies des documents informatiques et messageries
<i>Jean-Christophe Grall et Peggy Tourret</i> | 20 Rupture des relations commerciales établies et conjoncture économique difficile : du nouveau ?
<i>Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Elodie Camous</i> |
| 10 Droit communautaire / droit français : imputabilité de l'infraction commise par une filiale à sa société-mère
<i>Arlette Gastaldy</i> | 23 Quelques informations |

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Suède, Suisse

Selarl d'Avocats au barreau de Paris au capital de 125.770 euros

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris ■ Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40



Synthèse du rapport annuel 2010 de l'Autorité de la concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Le Président de l'Autorité de la concurrence, Bruno Lasserre, a présenté le 4 juillet dernier le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence. Ce dernier était particulièrement attendu après la mise en place de nombreuses réformes au sein de l'Autorité cette dernière année, dont la plus emblématique est assurément l'adoption du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

Le rapport annuel présente un bilan de l'activité de l'Autorité qui s'articule autour des éléments suivants :

I. Les pratiques anticoncurrentielles :

Le montant total des sanctions prononcées à ce titre s'est élevée en 2010 à 442 584 400 € (dont la décision concernant les commissions interbancaires sur les chèques s'élevant à près de 385 M€ et celle sur la signalisation routière à près de 55 M€).

Le taux de confirmation des sanctions après appel était de 98,4 % en 2009. Au 31 décembre 2010, le taux de recouvrement des sanctions est de 91,03 %.

Toujours en ce qui concerne les sanctions, on notera avec intérêt que la présentation du rapport annuel a été l'occasion pour le Président Lasserre de mentionner que deux affaires traitées par l'Autorité de la concurrence en 2010 ont fait l'objet, non seulement de poursuites sur le plan pénal, mais plus **encore de sanctions pénales assorties de peines d'emprisonnement avec sursis**. Ainsi, neuf chefs d'entreprises ont été condamnés à une peine de prison avec sursis par le Tribunal correctionnel de Rouen pour leur entente sur des marchés publics de restauration de monuments historiques (affaire ayant donné lieu à la décision n°11-D-02 du 26 janvier 2011).

Par ailleurs, on notera que le Tribunal correctionnel de Nantes a condamné le 30 juin 2011 à des peines d'amende et de prison avec sursis neuf dirigeants et cadres d'entreprises de panneaux de signalisation routière, accusés de s'être entendus pour se partager des marchés publics, entente elle aussi sanctionnée par l'Autorité de la concurrence le 22 décembre 2010 (Décision n°10-D-39).

La sanction pénale atteint dix mois de prison avec sursis et 50 000 euros d'amende pour la peine la plus forte !

II. Le contrôle des concentrations :

En 2010 : 246 affaires ont été notifiées, en ce compris les pré-notifications.

Au 30 juin 2011, 123 affaires avaient été notifiées.

Ces dossiers ont donné lieu à 185 décisions d'autorisation sans engagement (94 en 2011) ; 7 décisions d'autorisation avec engagements (3 en 2011) ; 6 décisions d'inapplicabilité du contrôle (1 en 2011).

III. Les avis et les enquêtes sectorielles :

Le rapport annuel met en avant la volonté croissante de l'Autorité d'aborder des sujets divers à travers ses avis, ses recommandations et les enquêtes sectorielles qu'elle diligente.

En 2010, dans la logique de la réforme issue de la Loi de modernisation de l'économie (« LME »), l'Autorité de la concurrence a fortement accru le nombre de ses auto-saisines qui ont porté sur 13 dossiers individuels de pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles, contre 8 en 2009, chiffre qui traduisait déjà une montée en puissance de son rôle de veille concurrentielle.

Par ailleurs, disposant également de la possibilité d'intervenir de sa propre initiative à titre consultatif (c'est-à-dire pour donner son avis sur un projet de texte ou une question générale de concurrence), l'Autorité s'est auto-saisie à trois reprises en 2010 : deux fois sur des questions intéressant le secteur de la grande distribution identifié comme une priorité de l'Autorité (contrats d'affiliation des magasins indépendants et management catégoriel) et une fois pour examiner le fonctionnement du secteur des jeux et paris en ligne, nouvellement ouvert à la concurrence.

Au cours de la présentation du Rapport, le Président Lasserre a annoncé avoir lancé deux nouvelles enquêtes sectorielles, l'une sur le secteur de la réparation et de l'entretien des véhicules (saisine d'office 11-SOA-01, conclusions attendues en mars 2012), l'autre concernant le commerce électronique en France (chiffre d'affaires de 31 Mds € en 2010, saisine d'office 11-SOA-02, conclusions attendues en juin 2012).

IV. Une Étude thématique intitulée « concurrence et distribution » (p.57 à 138) :

Le thème central du rapport de l'Autorité de la concurrence 2010 concerne la distribution et est abordé à travers les points suivants :

IV.1 Les barrières au développement du foncier commercial :

L'Autorité évoque en premier lieu les barrières à l'implantation de nouveaux établissements : bar-

rières réglementaires liées aux règles d'urbanisme commercial, qui devraient s'abaisser fortement si la proposition de loi déposée en juin 2010⁽¹⁾ devait être définitivement adoptée et barrières créées par les opérateurs du fait de leur gestion du foncier commercial ou subies par eux du fait de la lenteur des procédures qui ralentissent l'implantation de nouvelles surfaces de vente.

En ce qui concerne plus particulièrement les barrières non réglementaires liées à certaines pratiques de gestion du foncier commercial, le rapport (p.72) synthétise les apports de l'avis de l'ADLC 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire en identifiant trois pratiques de barrières à l'entrée de nouveaux opérateurs :

- la détention de foncier inexploité ;
- la saturation des zones de chalandise par l'implantation de plusieurs magasins sur une même zone ;
- l'insertion de clauses de non-concurrence dans les contrats de cession et d'acquisition du foncier commercial.

IV.2 L'organisation des réseaux de distributeurs :

L'étude aborde ensuite la question essentielle de l'organisation des acteurs de la distribution et de leur pouvoir de marché.

A cette occasion, l'Autorité de la concurrence va analyser plus particulièrement les réseaux de distributeurs indépendants (franchisés et coopérateurs) afin de préserver la concurrence et d'assurer la mobilité inter-enseignes.

Dans le cadre de cette analyse, l'Autorité revient sur les limitations de la liberté commerciale des distributeurs. En effet, ces derniers seraient contraints dans le choix de leurs approvisionnements en produits (par le biais notamment d'obligations d'assortiment minimum commun à l'ensemble des magasins d'enseigne, ou encore d'interdiction de revendre les produits de MDD concurrents).

En ce qui concerne plus spécifiquement les coopératives, la liberté tarifaire des magasins indépendants serait limitée, d'une part, par la pratique de prix communs liée à la réalisation d'opérations commerciales publicitaires et, d'autre part, par l'in-

fluence des centrales d'achat du groupe dont dépendent les indépendants.

L'Autorité appréhende la concentration des marchés de détail au niveau d'un même groupe de distribution et peut démontrer le degré de concentration élevé qui en découle du fait que, dans une proportion très significative des zones de chalandise, les groupes de distribution détiennent ou affilient plus d'un magasin.

En tout état de cause, selon le rapport, « *l'analyse de l'organisation interne des grands réseaux de distribution est complémentaire de l'examen des opérations de croissance externe des opérateurs, éventuellement susceptibles d'être examinées sous l'angle de l'outil spécifique du contrôle des concentrations* ». (p.75)

IV.3 Le contrôle des concentrations dans le secteur de la distribution :

Le rapport consacre à cet égard de nombreux développements au contrôle des concentrations dans le secteur du commerce de détail, évoquant tour à tour :

- les raisons qui ont conduit à adopter des seuils spécifiques de notification d'opérations dans le secteur du commerce de détail et les DOM,
- la question de la contrôlabilité des centrales d'achat et de leur caractère d'entreprise commune de plein exercice confrontée à la fameuse décision concernant l'opération Opéra² ;
- le niveau d'indépendance entre la tête de réseau et les magasins : comment le droit de la concurrence s'applique-t-il aux relations existant au sein des réseaux de distribution, en termes de nature du contrôle et de calcul du chiffre d'affaires ou de pouvoir de marché ?

Le rapport annuel apporte à cet égard des réponses attendues sur une question de plus en plus prépondérante au sein de l'Autorité.

IV.4 Relations fournisseurs-distributeurs :

L'Autorité se penche ensuite sur les relations fournisseurs / distributeurs, en soulignant de façon singulière, notamment par rapport aux autorités européennes³, les effets positifs de la puissance d'achat de ces derniers pour le client final.

L'Autorité rappelle en outre que « *les constats de pratiques anticoncurrentielles s'appuyant sur la*

⁽¹⁾ Ainsi, en juin 2010, une proposition de loi de MM. Ollier et Piron a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale et transmise au Sénat. Le principe directeur de cette proposition de loi, qui se concentre essentiellement sur certaines zones du centre ville, est d'intégrer l'urbanisme commercial au droit commun de l'urbanisme. Si cette proposition était adoptée, une seule autorisation serait nécessaire : le permis de construire.

⁽²⁾ CE, 31 mai 2000, Société Cora.

⁽³⁾ Le Parlement européen a ainsi adopté en 2008 une déclaration « *sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis dans l'UE et de remédier à la situation* ».

puissance d'achat sont restés relativement rares à ce stade. Ainsi, les cas d'abus de dépendance économique ayant donné lieu à une condamnation sont exceptionnels et il s'agit essentiellement d'abus commis par des fournisseurs vis-à-vis d'acheteurs en situation de dépendance, mais jamais par des opérateurs de la grande distribution ». (p.102).

Comme l'explique l'Autorité, les déséquilibres entre producteurs et distributeurs sont en effet davantage à appréhender à travers le droit des pratiques restrictives de concurrence que par le biais de l'application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles !

On observera, en outre, que le rapport consacre des développements intéressants à l'évaluation de la puissance d'achat des centrales d'achat et notamment des « *super-centrales européennes* » (p.107 et 108).

S'il met en avant les effets pro-concurrentiels de la puissance d'achat des distributeurs en ce qui concerne le consommateur final, le rapport revient sur les risques liés au déséquilibre des pouvoirs de négociation entre producteurs et distributeurs.

L'autorité rappelle ainsi que des tests de marché ont révélé que le « *point de menace* » au-delà duquel un fournisseur risquait la faillite en cas de déréférencement de la part d'un distributeur correspondait en moyenne à 22 % de son chiffre d'affaires (p.104), comme l'avait d'ailleurs rappelé la Commission européenne dans sa décision Carrefour Promodès.

Il existe également des effets ambigus de la puissance d'achat sur la concurrence entre distributeurs. Grâce à leurs prix d'achat préférentiels, les acheteurs dotés d'une puissance d'achat pourraient être susceptibles, à long terme, d'évincer leurs concurrents moins puissants du marché aval et donc d'y diminuer l'intensité de la concurrence.

IV.5 Distribution exclusive ou sélective :

Cette partie de l'étude est consacrée à la mise à place de réseaux de distribution exclusive ou sélective par les fabricants qui vise « *à inciter les distributeurs sélectionnés à investir dans des services à la vente de qualité ou à consentir des investissements spécifiques sans craindre le parasitisme d'autres distributeurs qui, n'ayant pas à supporter les coûts induits par ces investissements, pourraient vendre les produits à des prix inférieurs et ainsi attirer les consommateurs* ». (p.121.)

⁽⁴⁾ Avis du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

On notera que le rapport consacre dans cette partie des développements intéressants sur les pratiques d'exclusivité dans les circuits d'approvisionnement des départements d'Outre-mer en rappelant les apports de l'Avis 09-A-45⁴.

Mais les éléments les attendus de cette partie figurent indiscutablement dans les lignes consacrées au commerce en ligne.

A cet égard, après avoir souligné l'extraordinaire opportunité pour les consommateurs et les entreprises, l'Autorité nuance son propos : « *la vente par Internet est aussi susceptible d'engendrer des externalités négatives au sein des réseaux de détaillants, plus particulièrement lorsque la stratégie de distribution du fabricant repose sur l'image de marque, sur la rotation et la variété des stocks, sur la qualité de l'environnement de vente et sur des services professionnels ne pouvant être offerts qu'à travers un réseau de distribution physique. La vente sur Internet peut par ailleurs être délicate à concilier avec des exclusivités territoriales* ». (p.128)

L'Autorité a d'ailleurs saisi cette occasion pour rappeler qu'elle s'est prononcée contre l'interdiction absolue de vendre sur Internet faite par un fabricant aux distributeurs autorisés à intégrer son réseau de distribution, tout en retenant qu'il était loisible au fournisseur de réserver la possibilité de vendre sur Internet aux distributeurs exploitant un lieu de vente physique autorisé, en excluant ainsi les « *pure players* ».

IV.6 Management catégoriel :

Le rapport se conclut sur les apports de l'Avis n°10-A-25 du 7 décembre 2010 consacré aux pratiques dites de « *management catégoriel* » ou « *category management* », dans lequel l'Autorité s'est notamment attachée à évaluer la fréquence et la portée des « *accords de management catégoriel* », à identifier les motivations des opérateurs amont et aval pour recourir à ce type de délégation et à apprécier le pouvoir d'influence du « *Capitaine de catégorie* » sur le distributeur qui l'a choisi.

Elle revient sur les risques d'éviction de concurrents par le « *Capitaine de catégorie* » dans les linéaires ainsi que sur les risques d'entente, notamment entre distributeurs, en citant au passage explicitement la théorie du « *hub and spokes* ». L'Autorité fait également référence à la grille d'analyse qu'elle avait établie dans l'avis n°10-A-25 précité, destinée à proposer les bonnes pratiques en matière de management catégoriel.

La conclusion de cette étude n'est pas à négliger puisqu'elle est l'occasion pour l'Autorité de rappeler sa position quant aux prix imposés, qui demeurent une restriction caractérisée ne pouvant bénéficier d'une exemption au titre du Règlement n°330/2010 de la Commission européenne.

Néanmoins, souligne l'Autorité, « *les autorités de concurrence peuvent avoir à examiner les arguments en défense des entreprises dès lors que celles-ci sont en mesure d'établir de façon concrète et précise des effets pro-concurrentiels et qu'elles démontrent le caractère nécessaire et indispensable de ces pratiques pour réaliser ces effets* ».

En effet, on connaît la possibilité clairement offerte par le Point 225 des Lignes directrices aux fournisseurs d'imposer un prix minimal de revente pendant une période limitée dans le temps lorsqu'il s'agit de lancer un nouveau produit, voire de manière beaucoup plus longue lorsqu'il s'agit d'un produit complexe ou d'un bien d'expérience :

« lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît pour inciter les distributeur à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question » et « parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution ».





Les délais de paiement entre professionnels : entre certitudes et interrogations...*

Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Le 31 décembre 2011, prendra fin le régime transitoire qui permettait à certains secteurs de l'économie de bénéficier de délais de règlement aménagés. Toutefois, l'application généralisée à cette date de règles issues de la loi dite « LME » du 4 août 2008 ne manque pas de susciter des interrogations et des craintes, le droit français évoluant désormais à contre-courant des nouvelles règles communautaires régissant la matière.

Pour les promoteurs de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, la réévaluation des conditions de paiement entre professionnels constituait évidemment l'un des éléments majeurs de la réforme, dans un contexte où le délai de règlement moyen constaté en France (66 jours) paraissait avoir comme effet d'accroître au bilan le poids des dettes fournisseurs, limitant par là-même la capacité d'investissement des entreprises.

Dès l'origine cependant, il est apparu que la réalité des affaires ne pourrait se plier à la règle d'airain désormais fixée à l'article L.441-6, 9^{ème} alinéa du Code de commerce, plafonnant les délais de règlement convenus entre professionnels à 45 jours, fin de mois, ou à 60 jours, date de facture : raison pour laquelle l'article 21-III de la loi LME avait prévu que certains secteurs de l'économie nationale puissent, à titre transitoire, bénéficier, sur décret du ministre de l'économie et après avis favorable du Conseil (puis de l'Autorité) de la concurrence, de délais de paiement dérogatoires au droit commun.

Il en est résulté un véritable amoncellement de règles diffuses et sans véritable lien logique, consacré par pas moins de 34 décrets adoptés au cours du 1^{er} semestre de l'année 2009, dans des secteurs aussi divers que le bricolage, le commerce de cartouches de chasse ou l'optique-lunetterie.

Les composantes de cet ensemble disparate ont toutefois pour point commun qu'elles auront disparu à la fin de cette année, puisqu'à compter du 1^{er} janvier 2012, seule prévaudront les règles issues de l'article L.441-6 précité.

Cet état de fait ne manque pas de causer un vif émoi dans de nombreux secteurs de l'économie, puisque si le régime dérogatoire arrive à son terme, pour autant un grand nombre des facteurs qui en avait justifié l'adoption demeurent : ainsi en va-t-il, par exemple, de la saisonnalité des ventes des agroéquipements revendus dans les jardine-

ries, dont le cycle de commercialisation se caractérise par un volume très important de précommandes aux premiers jours du printemps, les délais de règlement étant, eux, assujettis aux achats des consommateurs tout au long de la belle saison. Même constat dans le domaine des jouets, dont le commerce s'organise autour du pivot des fêtes de fin d'années ; dans l'un et l'autre cas, l'imposition d'un délai de règlement de 60 jours pourrait s'avérer mortifère pour les trésoreries des distributeurs concernés.

A cela s'ajoute que la nouvelle directive européenne du 16 février 2011 « *concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales* » prévoit des règles qui, prenant justement en compte le champ des réalités décrites ci-dessus, paraissent très en-deçà des exigences de notre droit national : l'article 3, paragraphe 5, de la directive dispose ainsi que si « *les Etats membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas 60 jours civils, [c'est pour autant] qu'il ne soit pas expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier [...]* » ; le droit communautaire délaisse ainsi la notion d'infraction formelle, identifiée par le droit français actuel, pour lui préférer la mise en cause des comportements éventuellement abusifs des débiteurs.

Cette discordance avérée a été relevée par Mme Catherine Vautrin et M. Jean Gaubert, à l'occasion du rapport d'information sur la LME déposé le 6 avril dernier par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée Nationale, les auteurs résumant la problématique actuelle de la manière suivante : « *si la directive communautaire offre davantage de souplesse en matière de délais de paiement, quelle logique y a-t-il à obliger divers secteurs à mettre fin à leurs accords dérogatoires au 1^{er} janvier 2012 ? Ne conviendrait-il pas d'autoriser la poursuite des accords dérogatoires jusqu'à ce que le Parlement transpose la directive communautaire [...] pour étudier, à cette occasion, la meilleure manière dont il convient de traiter ce sujet si crucial pour le bon fonctionnement de l'économie ?* »⁵.

Et de conclure, aux termes des recommandations faites pour une meilleure application de la LME, qu'il conviendrait d'« *insister sur la combinaison qui va devoir survenir entre la directive commu-*

⁽⁵⁾ Rapport, page 34.

nautaire et les dispositions issues de la LME à l'occasion de mars 2013 », c'est-à-dire à la date ultime de transposition du mécanisme communautaire dans l'ordre législatif français, fixée au 16 mars 2013.

Au demeurant, sur le plan de l'orthodoxie juridique, l'état de fait ainsi décrit par Mme Vautrin et M. Gaubert ne saurait bien entendu autoriser les bénéficiaires des actuels régimes dérogatoires à s'affranchir, à l'horizon 2012, du délai de règlement à bonne date des factures : si tel était le cas, les entreprises en cause s'exposeraient en effet indubitablement aux sanctions prévues en cas de violation abusive des dispositions précitées de

l'article L.441-6 du Code de commerce puisque ce texte a, pour l'heure, seule force de loi.

Or, pour ce qui est des sanctions applicables en la matière, on rappellera en effet que celles-ci, ressortant des dispositions de l'article L.442-6, alinéa 7 du Code de commerce, et du paragraphe III du même article, reposent à titre principal sur un mécanisme d'amende civile dont le montant maximal peut atteindre 2 millions d'euros : sans doute ce niveau élevé de sanction potentielle explique-t-il pour partie les crispations constatées actuellement, s'agissant de cette question éminemment sensible.

* Cet article a été publié dans le numéro de juin 2011 du magazine Décideurs – Stratégie, Finance, Droit.





L'annulation par la Cour de cassation d'une mesure d'expertise portant sur les techniques existantes des saisies des documents informatiques et messageries

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Turret

A l'occasion d'un arrêt rendu le 16 juin dernier, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé une précédente ordonnance du Premier Président de la Cour d'appel de Paris, laquelle avait fait droit à une mesure d'expertise : étaient en cause la question de l'opportunité d'une saisie de documents informatiques, ainsi que celle de la préservation de l'intégrité du contenu des ordinateurs visités.

* * *

Le 16 juin 2011, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé la mesure d'expertise ordonnée par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris le 4 janvier 2011 portant sur la possibilité de procéder techniquement à la sécabilité d'une messagerie électronique.

Dans cette affaire, le délégué du Premier Président de la Cour d'appel avait été saisi par le Centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB) d'une requête en annulation des opérations de visite et de saisie de documents (« OPV »), en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles, le CSTB s'estimant victime d'une violation de la confidentialité des correspondances entre avocat et client.

Le délégué du Premier Président avait alors décidé de surseoir à statuer et avait désigné un expert, chargé d'établir un rapport permettant de déterminer s'il était techniquement possible d'effectuer une saisie sélective des messageries, tout en garantissant l'authenticité et l'intégralité des documents.

L'attention du magistrat avait notamment été attirée, lors des débats, sur d'autres modalités de saisie et d'inventaire, développées par des autorités de la concurrence étrangères et qui permettraient une méthode de saisie des documents informatiques plus respectueuses des droits de la défense.

La décision du délégué du Premier Président n'était pas la première du genre, ce dernier ayant déjà ordonné une mesure d'expertise identique le 2 novembre 2010 à trois reprises dans les affaires Sade, Sobeat et Valentin, que nous avons commentées à l'occasion d'un Flash concurrence en novembre dernier⁶.

Rappelons que, jusqu'à présent, tant l'administration que la jurisprudence considèrent que, dans le cadre des enquêtes lourdes de concurrence prévues par l'article L.450-4 du Code de commerce, les documents et messageries électroniques peuvent faire l'objet d'une saisie globale, l'administration n'ayant pas à individualiser sur place les seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire⁷.

La Cour de cassation considère en effet que pour que la saisie des messageries informatiques soit licite, ces dernières doivent viser « **au moins en partie** » les pratiques anticoncurrentielles suspectées⁸.

Pourtant, le principe d'insécabilité des documents informatiques peut conduire à des dérives en permettant la saisie de documents hors du champ de l'enquête ou relevant de la vie privée ou du secret des correspondances entre avocat et client.

Récemment encore, en matière fiscale, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée, à l'occasion de trois décisions rendues le 18 janvier 2011 sur les modalités de saisie informatique diligentée par des agents de l'administration fiscale dans le cadre d'OVS en vue de rechercher la preuve d'une fraude fiscale⁹.

Dans deux des trois espèces, il était reproché aux agents de l'administration fiscale d'avoir saisi des correspondances d'avocats dans le cadre des opérations.

La Cour de cassation, sans se prononcer sur le caractère sécable ou indivisible d'une messagerie électronique ou d'un disque dur, avait considéré que « **la présence, dans une messagerie électronique, de courriels couverts par le secret professionnel, n'a pas pour effet d'invalidier la saisie des autres éléments de cette messagerie** ».

Dans ce contexte, la position de la Cour de cassation sur la mesure d'expertise prise par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris était largement attendue.

Se posait donc la question de savoir si la Chambre criminelle de la Cour de cassation allait adhérer ou non à la thèse de l'insécabilité des messageries électroniques.

⁽⁷⁾ Cass.crim., 1^{er} juillet 2009, n°07-87080.

⁽⁸⁾ Cass.crim., 12 décembre 2007, n°06-81.907

⁽⁹⁾ Cass.com., 18 janvier 2011, n°09-70397, n°10-11777 et n°10-11778.

⁽⁶⁾ CA Paris, ordonnances du 2 novembre 2010, n°365, 366, 369.

La Cour de cassation n'a malheureusement pas suivi l'initiative du délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris.

Elle a annulé l'ordonnance de ce dernier rappelant, au visa de l'article 143 du Code de procédure civile, que « ***seuls les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet d'une mesure d'instruction*** ».

Elle a ainsi considéré :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de vérifier concrètement, en se référant au procès-verbal et à l'inventaire des opérations, la régularité de ces dernières et d'ordonner, le cas échéant, la restitution des documents qu'il estimait appréhendés irrégulièrement ou en violation des droits de la défense, le juge, qui ne pouvait ordonner une mesure d'instruction sans rapport concret avec le litige comme tendant à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement qu'ils ne l'avaient fait, a méconnu le principe ci-dessus énoncé ».

Ce qu'il faut retenir de cette décision :

- D'une part, il appartient au juge de vérifier concrètement la régularité des opérations de visite et de saisie et éventuellement d'ordonner la restitution de certains documents.

La Cour de cassation semble donc estimer que la présence de correspondances entre avocat et client dans les messageries saisies n'est pas de

nature à invalider l'ensemble de la messagerie et que dans une telle hypothèse il convient simplement d'ordonner la restitution des documents appréhendés « *irrégulièrement ou en violation des droits de la défense* ».

- D'autre part, le juge ne peut pas ordonner une mesure sans rapport concret avec la solution du litige. La Cour de cassation estime dès lors que le fait d'évaluer la méthode de saisie actuellement utilisée par les enquêteurs et d'apprécier s'ils ont la possibilité de procéder autrement n'a aucun lien avec le litige. Elle semble donc tenter une stratégie de dissuasion en ne permettant pas de déterminer une technique de saisie plus respectueuse des droits de la défense.

Ainsi, au travers de cet arrêt du 16 juin 2011, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas remis en cause le principe d'inséparabilité des messageries électroniques.

Toutefois, il demeure encore à connaître le sort des mesures d'expertise ordonnées par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris le 2 novembre 2010. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence n'ayant pas mis en œuvre la procédure d'examen immédiat du pourvoi prévue aux articles 570 et 571 du Code de procédure pénale, contrairement à la présente espèce, les mesures d'expertise devraient être exécutées et le rapport de l'expert rendu à la Cour d'appel de Paris.





Droit communautaire / droit français : imputabilité de l'infraction commise par une filiale à sa société-mère

Par Arlette Gastaldy

Droit communautaire

Deux arrêts du Tribunal de l'Union européenne (TUE) des 13¹⁰ et 14¹¹ juillet derniers ont rappelé qu'il résulte d'une jurisprudence constante et, en particulier, de l'arrêt de la Cour (CJCE) du 10 septembre 2009 (Akzo Nobel e.a. / Commission) :

- que le comportement d'une filiale peut-être imputée à la société-mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société-mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques.

Il en est ainsi parce que dans une telle situation, la société-mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise. La Commission peut, dans ce cas, adopter une décision imposant des amendes à la société-mère sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction.

- que dans le cas particulier où une société-mère détient **100% du capital** de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union, d'une part, cette société-mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale et, d'autre part, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société-mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale.

Dans ces conditions, il suffit à la Commission de prouver que la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société-mère pour présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de cette filiale.

La société-mère sera considérée comme solidairement responsable du paiement de l'amende infligée à sa filiale à moins que cette société-mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve

suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché.

L'examen de la jurisprudence communautaire révèle que cette preuve n'est le plus souvent pas rapportée. Tel a été le cas dans les deux arrêts cités ci-dessus.

Mais il convient de noter trois exceptions qui résultent de trois arrêts du TUE du 16 juin dernier.

- **Dans la première affaire, Gosselin**, le TUE a annulé la décision de la Commission qui n'a pas tenu compte des éléments concrets avancés par la fondation Portielje, détentrice de la quasi totalité du capital de Gosselin, venant renverser la présomption d'exercice d'une influence déterminante.

Portielje a fait valoir qu'elle n'est pas une entreprise car elle n'exerce aucune activité économique directe ou indirecte. Elle n'opère sur aucun marché de biens ou de services, elle détient uniquement à titre de fiduciaire des actions qui étaient détenues auparavant par les actionnaires familiaux eux-mêmes, ces actions ne peuvent être présentées sur un marché en vue de leur négociation. Elle ne propose pas non plus de gérer les actions de tiers. Elle ne s'est pas immiscée dans la gestion de Gosselin.

Portielje a renversé la présomption d'exercice d'une influence déterminante, en relevant que son Conseil d'administration s'est réuni pour la première fois plus de deux ans après la fin de l'infraction, que sa seule activité consiste à exercer les droits de vote liés aux actions en cause lors de l'assemblée générale des actionnaires de Gosselin. Or il est établi qu'au cours de la période en cause il ne s'est tenu aucune assemblée des actionnaires en cause. Enfin Portielje relève qu'elle n'a eu aucune influence sur la composition du Conseil d'administration de Gosselin, les membres du Conseil d'administration de Gosselin étaient déjà administrateurs de cette société avant que Portielje ait obtenu les actions de Gosselin à titre fiduciaire.

La Commission, qui s'est limitée à noter que Portielje détient la quasi-totalité du capital de Gosselin et que les trois principaux membres de sa direction étaient en même temps membres du Conseil d'administration de Gosselin, n'a pas établi que Portielje était une entreprise et n'a apporté aucun élément de preuve concret susceptible de démontrer que Portielje s'est effectivement immiscée dans la gestion de Gosselin.

⁽¹⁰⁾ T 141/07 ; T 142/07 ; T 145/07 ; T 146/07.

⁽¹¹⁾ T 189/06.

- **Dans la seconde affaire, Air Liquide**, le Tribunal annule la décision de la Commission qui a tenu Air Liquide et sa filiale à 100%, Chemoxal, pour « *conjointement et solidairement* » responsables de l'infraction car elle ne comporte pas un exposé circonstancié des motifs de nature à justifier l'imputabilité de l'infraction à cette société.

Pour imputer l'infraction à Air Liquide, la Commission a indiqué que Air Liquide détenait 100 % du capital de Chemoxal et disposait du pouvoir de désignation des membres du Conseil d'administration, ce qui suffisait pour appliquer la présomption de l'exercice effectif de son influence déterminante sur le comportement de sa filiale.

Air Liquide a invoqué une argumentation spécifique afin de démontrer l'autonomie structurelle et décisionnelle de Chemoxal.

➤ En ce qui concerne l'autonomie structurelle :

Air Liquide a apporté la preuve qu'aucun des dirigeants de Chemoxal n'aurait été membre du comité de direction d'Air Liquide ni de ses organes sociaux ; le mandat du PDG de Chemoxal était illimité, celui-ci était investi, dans les limites légales, des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de Chemoxal ; son directeur général disposait également de pouvoirs largement définis et s'était vu attribuer lors du détachement d'un directeur commercial en Asie, des responsabilités relatives à la définition de la politique logistique et à la conduite de la politique commerciale générale.

Chemoxal aurait disposé de ses propres services à savoir un service commercial, un service marketing, un service de ressources humaines, un service informatique et un service de comptabilité lui permettant de gérer totalement seule sa politique commerciale et disposant même d'un centre de recherche, géré de manière distincte même s'il est situé dans les mêmes locaux que celui d'Air Liquide.

➤ En ce qui concerne l'autonomie décisionnelle :

La définition et la conduite de la politique commerciale auraient été confiées, son activité étant très éloignée des autres activités du groupe, exclusivement à la direction de Chemoxal, les directives et les grandes orientations en matière de prix auraient émané exclusivement des dirigeants de Chemoxal, l'élaboration du budget aurait relevé de sa direction, les relations de Chemoxal avec ses clients auraient été assurées directement par celle-ci ou ses agents locaux.

- **Dans la troisième affaire, Edison**, le Tribunal a annulé, comme pour l'affaire Air Liquide, la décision de la commission pour violation de l'obligation de motivation.

Edison Spa détient à travers Montecatini Spa, 100% du capital d'Ausimont Spa.

Pour démontrer l'autonomie d'Ausimont Spa, Edison a soutenu (et a apporté les preuves adéquates) avoir eu, au moment de l'infraction, le rôle d'une holding gérant sa filiale comme un simple investissement financier à travers une société de holding interposée. L'activité de holding ne comportait pas d'implication dans la gestion des filiales, leur contrôle étant limité à la vérification des résultats financiers par l'intermédiaire des audits internes et externes.

Edison s'est prévalu des conditions particulières de la crise financière du groupe en indiquant que toute la direction du groupe avait été remplacée en 1993 et que sa nouvelle direction avait mis en place un plan de désengagement des activités non stratégiques du groupe. Ce plan impliquait une totale autonomie de gestion des sociétés du groupe et notamment d'Ausimont.

A l'appui de cette argumentation, Edison a présenté un certain nombre d'éléments de preuve, comme une lettre, des déclarations, une copie des statuts d'Ausimont témoignant de son autonomie en matière de politique commerciale, le procès-verbal du Conseil d'administration d'Ausimont conférant à son président les pleins pouvoirs et la faculté de gestion ordinaire et extraordinaire de la société

Enfin, Edison a indiqué qu'Ausimont disposait de toutes les structures et de tous les services nécessaires en vue d'une gestion autonome, que les procès-verbaux des réunions de son Conseil d'administration ne contenaient aucun indice de discussion relative aux politiques commerciales de ses filiales et que ceux du Conseil d'administration d'Ausimont ne contenaient aucune référence à d'éventuelles instructions que celle-ci auraient reçues concernant les politiques commerciales.

❖ Droit français :

Quelle est la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence en la matière ?

La pratique de l'Autorité de la concurrence distingue, en principe, selon que le droit national est seul applicable ou qu'il s'applique cumulativement avec le droit européen.

Dès lors que la pratique anticoncurrentielle affecte de manière sensible le commerce intra-communautaire, l'ADLC est tenue d'appliquer cumulativement les dispositions des articles L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.

Conformément au principe de primauté du droit européen, s'agissant d'une règle de fond, l'ADLC, appliquant le régime de preuve issu de la jurisprudence européenne, a recours à la présomption simple d'influence déterminante.

On note cependant que le Conseil de la concurrence a mis plus facilement hors de cause les sociétés faitières que les autorités communautaires et qu'apparemment l'ADLC.

Ainsi dans la décision 08-D-30, en date du 4 décembre 2008, le Conseil de la concurrence avait écarté la responsabilité de la société Air Total International, filiale de la holding Total SA qui assurait la facturation des achats ou des ventes de la société Total Réunion ainsi que celles de Total France et Total SA dont le contrôle hiérarchique était, selon elle, trop global et trop éloigné pour limiter l'autonomie des filiales.

Dans la décision 08-D-25, en date du 29 octobre 2008, le Conseil de la concurrence a mis hors de cause la maison mère Pierre Fabre SA, holding du groupe, qui n'intervenait pas dans la détermination des politiques commerciales et financières de sa filiale Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, alors même que la décision faisait état que Pierre Fabre SA faisait bénéficier sa filiale de son savoir faire et de ses compétences en matière stratégique, opérationnelle, administrative et financière et pouvait lui apporter son assistance et ses conseils lors de la négociation des contrats de distribution.

A l'inverse, lorsque seul le droit national est applicable, l'ADLC n'est, en principe, pas tenue d'appliquer le droit européen étant donné qu'elle statue sur le seul fondement du droit interne.

L'ADLC rappelle, à ce propos, dans sa décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 que

« Les juridictions nationales ont ainsi jugé que les pratiques mises en œuvre par une société filiale sont imputables à celle-ci dès lors qu'elle est en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique de la société dont elle dépend (cf. § 591) ».

Cependant, il convient de relever que l'ADLC dans cette même décision 11-D-02 du 26 janvier 2011 formule néanmoins la proposition suivante (§596 et s.) :

« Sans l'exclure, les juridictions nationales n'ont pas encore eu l'occasion de faire application à ce jour, lorsqu'elles appliquent le seul droit interne de la concurrence, d'un régime de la preuve reposant sur l'existence d'une présomption simple d'exercice par une société mère d'une influence déterminante sur le comportement de sa filiale dans le cas où elle détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de celle-ci (voir l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, Digicel).

Cependant, s'agissant d'une règle de fond, il convient d'assurer la mise en œuvre de règles d'imputabilité homogènes et notamment d'un standard de preuve unique lorsque l'Autorité applique le seul droit interne de la concurrence ou lorsqu'elle applique simultanément le droit interne et le droit communautaire ».

S'agit-il de la part de l'ADLC d'une simple velléité, de l'annonce de sa pratique future car l'ADLC note infra prudemment :

« Toutefois, dans la présente affaire le débat contradictoire ouvert devant les services d'instruction, s'est appuyé sur l'analyse développée dans la notification de griefs se fondant, non sur le recours à cette présomption, mais sur les éléments de fait visant à établir que la société Lefèvre exerçait effectivement une influence déterminante sur ses filiales ».

Quoiqu'il en soit, on ne saurait trop conseiller aux sociétés faitières de veiller à accorder une réelle autonomie à leurs filiales en s'inspirant des trois décisions examinées ci-dessus, si elles entendent ne pas être solidairement responsables des infractions commises par leurs filiales !





CEPC : analyse des derniers avis (septembre 2010 / août 2011)

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Turret

Présidée par Madame Catherine Vautrin depuis plus d'un an, la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) continue à faire preuve du dynamisme initié par son ancien président, Jean-Paul Charié, depuis sa réorganisation à la suite de l'adoption de la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 et a, ces douze derniers mois, rendu pas moins de 14 avis.

* * *

Présidée par Madame Catherine Vautrin depuis le 28 janvier 2010, succédant ainsi à Jean-Paul Charié décédé en novembre 2009, la CEPC est chargée de veiller à l'équilibre entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, et a pour objectif de « recommander et reconnaître les bonnes pratiques commerciales pour en faire des références »¹².

Cette instance consultative, placée sous l'autorité du ministre de l'économie, est composée d'un député et d'un sénateur, ainsi que de 22 membres titulaires et 14 membres suppléants, issus notamment de l'administration, des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire, ou bien encore représentant les grossistes et distributeurs ou les secteurs de la production et transformation (agricole, halieutique, industrielle, artisanale)¹³.

Rappelons que la CEPC a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, qui lui sont soumis.

Elle exerce en outre un rôle d'observatoire régulier de ces pratiques en établissant à ce titre, chaque année, un rapport d'activité qu'elle transmet au gouvernement et aux assemblées parlementaires¹⁴.

S'agissant des modes de saisine de la CEPC, il convient de préciser que cette saisine peut être opérée par de nombreux acteurs, à savoir le ministre de l'économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le Président de l'Autorité de la concurrence, les entreprises, les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées et les chambres de commerce, des métiers ou de l'agriculture. La CEPC peut également s'auto-saisir.

Depuis le mois de septembre 2010, la CEPC a rendu, sous l'égide de Madame Catherine Vautrin, quatorze avis.

Parmi ces quatorze avis, seuls sept ont été publiés (la publication nécessite en effet d'obtenir au préalable l'accord de la part de l'auteur de la demande d'avis).

Certains de ces avis abordent plusieurs problématiques. Ces avis seront analysés et classés ci-après en fonction des thèmes concernés, à savoir la convention annuelle cadre ou unique (I), les nouveaux instruments promotionnels (II) et les abus commis à l'occasion de la relation commerciale entre acteurs économiques (III). Ne sera pas abordé l'avis n°11-05 du 1er juin dernier sur les accords dérogatoires en matière de délais de paiement.

Seront donc ci-après reproduites ou reformulées les questions des auteurs des demandes d'avis et citées ou résumées les réponses apportées par la CEPC, accompagnées d'un bref commentaire.

* * *

I. Questions portant sur la convention unique

- **Formalisation de la convention :** Un distributeur peut-il passer des commandes à un fournisseur en l'absence d'établissement d'une convention écrite et d'un accord sur le prix à l'issue des négociations commerciales ? (Avis n°10-15)¹⁶

La CEPC a considéré ce qui suit :

« Il convient tout d'abord de rappeler que l'article L.441-7 du code de commerce oblige, à peine de sanction pénale, à établir une convention écrite, entre le fournisseur et le distributeur, qui détermine notamment le prix et les conditions de la vente. En l'absence de convention et d'accord sur le prix, aucun contrat de vente ne peut se former. Le distributeur ne devrait pas passer commande ; s'il le fait, le fournisseur ne devrait pas le livrer. Si une commande est néanmoins passée et livrée, il appartient au juge de déterminer, en fonction des circonstances propres à chaque cas, à quelles conditions la vente a été conclue. Il pourra ainsi estimer que, si une contre-proposition a été formulée, elle est réputée acceptée si l'autre partie lui a donné suite (en ce sens : CA Paris 11 mars 1999). Il pourra également rechercher dans des éléments de fait la survie de conditions contractuelles antérieures ».

- **Contrat unique – avenant :** Peut-on modifier, en cours d'année, les conditions logistiques d'approvisionnement contenues dans le contrat annuel ? (Avis n°1013)¹⁷

⁽¹²⁾ Rapport annuel 2009/2010 de la CEPC, Introduction du rapport par la Présidente Catherine Vautrin.

⁽¹³⁾ Article D.440-2 du Code de commerce.

⁽¹⁴⁾ Article L.440-1 du Code de commerce.

⁽¹⁶⁾ Avis n°10-15 du 4 novembre 2010 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs.

⁽¹⁷⁾ Avis n°10-13 du 29 septembre 2010 relatif à une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle de fournisseurs en matière d'organisation logistique.

En l'espèce, une enseigne de la grande distribution alimentaire demandait à ses fournisseurs d'accepter des modifications importantes relatives à l'organisation logistique de ses approvisionnements, à savoir de réduire les stocks en entrepôts et d'adopter la technique des flux tendus. A défaut, les fournisseurs pouvaient se voir contraints de livrer en direct les points de vente du distributeur.

De telles modifications pouvaient se traduire, pour les fournisseurs, par une augmentation du nombre de leurs livraisons hebdomadaires, une réduction des quantités livrées pour chaque livraison et des délais de livraison plus courts, induisant une augmentation très significative des coûts logistiques.

La CEPC a considéré ce qui suit :

« Au regard de ces membres de phrase (si la rédaction proposée par la DGCCRF devait être adoptée au final par la Commission), les modifications du contrat annuel 2010 souhaitées par le distributeur apparaissent comme suffisamment substantielles pour ne pas relever de celles jugées admissibles au regard des objectifs visés par l'article L.441-7 du code de commerce.

A supposer que la Commission formule un avis opposé, encore faudrait-il que la mise en œuvre de ces modifications ne conduise pas, en l'espèce, à rompre l'équilibre contractuel issu des discussions entre les parties et validé par le contrat annuel ».

- Sort des services distincts : « Existe-t-il des hypothèses dans lesquelles il y a survivance des « ex services distincts », en dehors des prestations relevant de la coopération commerciale ou des autres obligations ? » (Avis n°10-18)¹⁸

La CEPC a rappelé que :

« La LME a supprimé la catégorie des « services distincts ». Celle-ci, en effet, n'avait plus lieu d'être, dès lors que la Catégorie de services du 2° de l'article L.441-I C.com a été étendue aux services inter-professionnels ».

- Distinction services de coopération commerciale / autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale : sur la nature juridique de la contrepartie octroyée par un fournisseur en échange des engagements d'un grossiste. (Avis 11-03)¹⁹

La CEPC a été saisie par un laboratoire pharmaceutique qui avait conclu un partenariat avec un grossiste répartiteur et qui s'interroge sur la nature juridique de la contrepartie financière, au regard de l'article L.441-7 du Code de Commerce, qu'il convient d'octroyer à ce grossiste répartiteur en raison de ses engagements.

Les deux obligations de ce grossiste-répartiteur étaient les suivantes :

- l'engagement de regrouper les commandes et les livraisons de ses plus petites agences sur des plateformes plus importantes ;
- l'engagement de ne pas retourner au laboratoire, pour destruction, les produits périmés ou invendus repris aux pharmaciens d'officine (hors problèmes de qualité, rappel de lots ou retour consécutif à une mise en place), le grossiste se chargeant de leur destruction.

Se posaient donc les deux questions suivantes :

- « Quelle est la nature juridique de la contrepartie qu'un laboratoire doit offrir à un grossiste-répartiteur au titre d'un accord de partenariat mettant à la charge de ce dernier le regroupement des commandes et les livraisons de ses plus petites agences vers des plateformes plus importantes ? »

La CEPC a estimé que :

« Le regroupement des commandes dont il s'agit est celui des agences du grossiste qui ne sont pas des entités juridiques distinctes de la personne morale du grossiste. Il s'agit donc d'une opération interne du client. Celle-ci se traduira par des commandes unitaires plus importantes et des livraisons moins éclatées.

L'engagement du grossiste ne constitue donc pas une obligation détachable des contrats de vente qui se noueront avec le laboratoire ; il débouche sur des modalités particulières de passation de ses commandes, donc sur la conclusion de contrats de vente. Il en irait autrement si le grossiste était une entité juridique différente des points de vente dont il doit réunir les commandes. Il s'agirait alors d'une obligation détachable des contrats de vente qu'il conclut par ailleurs avec le laboratoire.

Le projet de contrat va donc créer des modalités particulières de vente entre les parties ; à ce titre, il entre dans les prévisions du texte précité en ce qu'il déterminera les conditions de l'opération de vente (art. L.447-1 1°). On peut également analyser le regroupement des commandes internes à l'entreprise cliente comme l'une des autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur (art. L.447-1 3°). Dans un cas comme dans l'autre, la contrepartie offerte au grossiste doit prendre la forme d'une réduction de prix ».

- « Quelle est la nature juridique de la contrepartie qu'un laboratoire doit offrir à un grossiste-répartiteur au titre d'un accord de partenariat mettant à la charge de ce dernier l'engagement de ne pas retourner au laboratoire, pour destruction, les produits périmés ou invendus repris aux pharmacies d'officine et se charger de leur destruction ? »

La CEPC a considéré ce qui suit :

⁽¹⁸⁾ Avis n°10-18 du 15 décembre 2010 venant compléter le dispositif de Questions-Réponses relatifs à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie.

⁽¹⁹⁾ Avis n°11-03 du 9 février 2011 sur un projet d'accord commercial entre un laboratoire pharmaceutique et un grossiste répartiteur.

« En s'engageant à reprendre certains produits à l'officine et à les détruire, le grossiste souscrit une obligation détachable des contrats de vente qu'il conclut, par ailleurs, avec le laboratoire. Il ne s'agit donc pas, pour le laboratoire, d'une condition de vente, générale ou particulière. »

Ce service paraît propre à assurer la commercialisation des spécialités pharmaceutiques du laboratoire puisqu'il permet à l'officine de ne pas supporter le coût physique et financier des invendus et, partant, l'incite à commander les produits du laboratoire. Que son prix soit déterminé en pourcentage du montant des achats du grossiste est sans incidence puisqu'il existe nécessairement une certaine proportionnalité entre le montant des achats du grossiste et celui de ses ventes avec reprise.

Ce service entre donc dans les prévisions du 2° de l'article L.441-7 et devrait donner lieu à l'établissement d'une facture du grossiste au laboratoire ».

Que faut-il retenir de ces avis ?

S'agissant de la convention cadre ou unique visée à l'article L.441-7 du Code de commerce, il convient de rappeler que celle-ci a un caractère annuel et qu'elle doit être conclue par le fournisseur et le distributeur avant le 1er mars pour l'année en cours.

La convention annuelle doit clairement indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.

L'absence d'une telle formalisation est sanctionnée par une peine d'amende pouvant atteindre 75.000 euros pour la personne physique représentant la personne morale et le quintuple, soit 375.000 euros, pour la personne morale elle-même.

La CEPC insiste encore une fois sur **cette obligation de formalisation** dans son avis n° 10-15 estimant qu'en l'absence d'établissement d'une telle convention écrite, le distributeur ne peut passer commande auprès du fournisseur, et le fournisseur ne peut livrer le fournisseur.

S'agissant de la **possibilité de modifier la convention annuelle**, la CEPC a admis dans de précédents avis le principe que cette convention puisse être modifiée par voie d'avenants pour prendre en compte une « *nouvelle prestation de coopération commerciale* » non prévue par la convention ou « *un élément nouveau ou une condition particulière nouvelle et significative* », à titre d'exemple, qui le justifie pleinement. La convention annuelle n'est donc pas intangible, mais toute modification doit être précisément motivée.

La CEPC semble toutefois poser des limites à ce principe puisque dans son avis n°10-13, elle précise que « *le caractère annuel de la convention a ainsi pour effet de protéger chaque partie à la convention contre les demandes de l'autre partie de modifier en cours d'année les conditions de la relation au détriment de la première* ».

La CEPC estime en effet que lorsque la modification contractuelle envisagée est « *suffisamment substantielle* », alors la convention annuelle ne doit pas être modifiée en ce sens. Encore convient-il de déterminer ce qu'on entend par « *modification suffisamment substantielle* ».

La CEPC a encore eu l'occasion de rappeler que la **catégorie des « services distincts »** a été supprimée et que ces services ont été reclassés, soit dans la catégorie des services relevant de la coopération commerciale qui intègre désormais les services rendus par les grossistes et les distributeurs s'adressant aux professionnels (commerce « *B to B* »), soit dans la catégorie des autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre un fournisseur et un distributeur, visées par l'article L.441-7-I-3°.

Enfin, s'agissant du **mode de rémunération des services rendus par un grossiste à un fournisseur**, si l'avis n°11-03 concernait un accord entre un laboratoire pharmaceutique et un grossiste-répartiteur, les termes suffisamment généraux de cet avis permettent de transposer les solutions de cet avis à d'autres secteurs que l'industrie pharmaceutique.

Cet avis s'inscrit dans la logique extensive de la coopération commerciale au commerce « *B to B* », tel que l'a voulue le législateur de 2008 (LME), en permettant aux négociants grossistes de facturer des services rendus à leurs fournisseurs et non plus en se situant tant bien que mal dans le domaine des réductions de prix (remises/ristournes) alors qu'il s'agit de services pouvant clairement se détacher de l'acte de vente. Encore faut-il que ce soit des obligations dites détachables de cet acte de vente, mais est-ce toujours le cas ? Telle est la question et le vaste débat qui dépasse largement les contours juridiques pour aborder les rivages comptables et fiscaux !

* * *

II. Questions portant sur les Nouveaux Instruments promotionnels (NIP)

> Quelle présentation des avantages promotionnels destinés aux consommateurs peut être adoptée par les distributeurs ? (Avis n°10-12)²⁰

Une organisation professionnelle a saisi la CEPC afin de connaître son avis sur la présentation d'avantages promotionnels dans des documents publicitaires destinés aux consommateurs.

L'avantage promotionnel avait pour objet de faire bénéficier le consommateur, acheteur du produit porteur de l'offre et détenteur d'une carte de fidélité, d'une réduction de prix sur d'autres produits lors d'un prochain passage en caisse.

Deux types de présentation de cette offre ont été soumis à la CEPC :

⁽²⁰⁾ Avis n°10-12 du 29 septembre 2010 sur l'utilisation des nouveaux instruments promotionnels dans la communication sur les prix assurée par les distributeurs sur le marché du jouet.

- La première présentation consistait à faire apparaître le prix du produit acheté, puis à côté le montant de l'avantage accordé lors du prochain passage en caisse, précisant la nécessité de détenir la carte de fidélité.

→ Cette présentation a été considérée comme « *suffisamment claire* » par la CEPC.

- La seconde présentation consistait à faire apparaître le prix du produit porteur de l'offre, le montant de l'avantage et un prix qui était celui de l'article dont était déduit le montant de l'avantage, puis un astérisque renvoyant à une explication précisant que le prix indiqué correspondait en fait au prix auquel revient le produit après déduction de l'avantage lié à la carte de fidélité.

→ La CEPC a considéré que ce type de présentation peut être de nature à induire en erreur le consommateur puisque ce dernier peut être amené à penser que le prix le plus bas indiqué correspond au prix net du produit.

La CEPC rappelle toutefois qu'une telle présentation ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'article L.121-1-2°c) du Code de la consommation relatif aux pratiques commerciales déloyales trompeuses.

Pour être condamnables, les présentations en cause doivent, aux termes de la directive CE 2005/29 du 11 mai 2005, compromettre « *sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amener par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ».

C'est pourquoi, en conclusion, la CEPC estime que :

« *L'application des règles rappelées ci-dessus conduit à recommander d'éviter toute communication qui fait apparaître un prix de l'article proposé, avantage déduit, ce qui ne peut constituer une bonne pratique. Pareille présentation, outre qu'elle est juridiquement incorrecte, peut être source de mauvaise interprétation pour le consommateur et peut même l'induire en erreur, ce qu'il appartiendrait aux juridictions éventuellement saisies d'apprécier au terme d'un débat contradictoire* ».

➤ **Le montant des sommes versées au titre des « NIP - Nouveaux instruments promotionnels » peut-il être défalqué du chiffre d'affaires ristournable par le fournisseur ? (Avis n° 10-15)²¹**

Pour la CEPC, il convient de distinguer deux hypothèses :

● Soit l'opération promotionnelle est réalisée **sous la forme d'un mandat** :

Dans ce cas, « *le remboursement des frais exposés par le distributeur ne constitue pas pour le fournisseur une réduction de ses prix de vente et ne minore*

pas l'assiette des ristournes, sauf accord particulier sur ce point » ;

● Soit l'opération promotionnelle n'est pas réalisée sous la forme de mandat, et peut donc être qualifiée de **contrat d'entreprise** et s'inscrire dans la logique contractuelle de la coopération commerciale.

Dans ce cas, « *les sommes reçues par le distributeur constituent la rémunération d'un service de coopération commerciale au sens de l'article L.441-7 1 2° du Code de commerce. Dès lors les sommes facturées par le distributeur ne diminuent pas ses prix de vente et ne concourent pas à la détermination du prix convenu au sens de l'article L.441-7 1 3°. Elles n'ont donc pas vocation à minorer l'assiette des ristournes* ».

Il convient de rappeler que les NIP sont définis par la CEPC comme un « *outil juridique par lequel un fabricant confie à un distributeur le soin de remettre au consommateur un avantage, à l'occasion de l'achat d'un produit à sa marque* ».

La CEPC pointe l'importance de la **présentation de ces NIP par les distributeurs**. Cette présentation ne doit surtout pas induire le consommateur en erreur et altérer substantiellement son comportement économique au sens de l'article L.120-1 du Code de la consommation définissant les pratiques commerciales déloyales.

La difficulté réside également et peut-être surtout ici dans les **modalités de paiement des sommes versées par le distributeur à ses clients consommateurs, à l'occasion de la mise en œuvre de l'opération promotionnelle**.

Celles-ci dépendent de la façon dont sont qualifiées les opérations promotionnelles par le distributeur.

En principe, ces opérations sont qualifiées de mandat (article 1984 du Code civil). Cependant le distributeur ne respecte généralement pas l'orthodoxie légale du mandat, par exemple en n'informant pas les consommateurs qu'il agit pour le compte du fournisseur et en se sentant libre de dépasser les périodes prédéfinies par le mandant/fournisseur.

La CEPC a donc pris le parti d'envisager deux situations.

Soit l'opération est réalisée sous la forme du mandat. Dans ce cas, les NIP donnent lieu à une reddition de comptes, effectuée par le mandataire auprès du mandant. Dans ce cas également, les NIP n'ont pas lieu d'être intégrés dans la convention écrite de l'article L.441-7 et ne constituent pas une réduction de prix pour le fournisseur.

En revanche, si les NIP ne sont pas qualifiés de mandat mais de service de coopération commerciale au sens de l'article L.441-7 2° du Code de commerce, les sommes versées par le fournisseur au distributeur sont facturées par ce dernier et selon la CEPC, ne concourent pas à la réduction des prix de vente du distributeur, ne concourent pas davantage à la détermination du prix convenu au sens de l'article L.441-7

⁽²¹⁾ Avis n°10-15 du 4 novembre 2010 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs.

du Code de commerce et ne peuvent venir minorer l'assiette de calcul des ristournes.

On peut se demander si dans cette dernière situation, la CEPC ne commet pas cependant une double erreur car d'une part, l'interprétation stricte de l'article L.441-7 du Code de commerce permet de conclure à la détermination du prix convenu sur la base du prix tarif du fournisseur diminution faite de l'ensemble des avantages versés par le fournisseur à son distributeur et donc des avantages financiers versés au titre du 1° de l'article L.441-7 du Code de commerce (conditions de vente), du 2° de l'article L.441-7 (coopération commerciale) et du 3° de ce même article (autres obligations), et d'autre part, l'article L.442-2 détermine le seuil de revente à perte d'un produit comme étant égal en substance au prix tarif diminué de tous les avantages financiers accordés par le fournisseur et donc de la rémunération des services de coopération commerciale (cf. les loi Dutreil et Chatel).

Le fait que les NIP soient déductibles de l'assiette de calcul des ristournes, c'est-à-dire du chiffre d'affaires ristournable, est en fait une toute autre question et ne dépend ni de l'article L.441-7 du Code de commerce, ni d'ailleurs de l'article L.442-2 de ce même code, mais de la volonté contractuelle des parties ! Attention en conséquence à la rédaction des contrats annuels d'enseigne qui prévoient une impossibilité d'imputer quoi que ce soit sur le chiffre d'affaires ristournable ; c'est donc aux fournisseurs de prévoir une telle possibilité dans leurs CGV et d'émettre des réserves lors de la signature des contrats annuels !

En outre, selon la qualification juridique donnée aux NIP, certaines questions fiscales se posent.

* * *

III. Questions portant sur les abus commis dans les relations commerciales (« déséquilibre significatif »)

- Un distributeur peut-il lier le référencement de ses fournisseurs à l'obligation de signer une convention de services rendus relatifs à la centralisation de leurs paiements, dont, en outre, les effets peuvent cesser immédiatement et sans préavis sur la simple information de l'arrêt des relations du fournisseur avec la centrale d'achat du distributeur ? (Avis n°10-15)²²

La CEPC a estimé ce qui suit :

« Si le caractère obligatoire de la signature de cette convention était établi, la pratique évoquée relèverait de la notion de « couplage pur » (imposé au fournisseur), alors que les prestations offertes sont distinctes des opérations d'achat des produits du fournisseur par le distributeur.

Le fait, pour un distributeur, d'imposer un tel couplage à son cocontractant pourrait tout d'abord être qualifié d'abusif, en particulier au regard de

l'article L.420-2 du code de commerce, au cas où le fournisseur concerné se trouverait en situation de dépendance économique à l'égard du distributeur.

La pratique en cause peut également relever des dispositions de l'article L.442-6 I 2°, voire 3° du code de commerce. Imposer au fournisseur de signer la convention lorsque celui-ci est référencé par la centrale d'achat du distributeur, puis interrompre, « immédiatement et sans préavis » les effets de ladite convention, au cas où le fournisseur cesserait d'être référencé, constitue une pratique créatrice d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties :

Imposer la signature de la convention comme préalable à un référencement à la centrale d'achat prive le fournisseur de l'opportunité de bénéficier de services de même nature susceptibles d'être offerts par d'autres prestataires aussi ou plus efficaces.

En interrompre ultérieurement, sans préavis et de façon immédiate, l'application constitue également une décision dont les effets pourraient être dommageables pour le fournisseur (rupture brutale au sens de l'article L.442-6, I, 5°). »

- Un donneur d'ordre peut-il exclure dans ses conditions générales d'achat tout type de « clause d'indexation » qui est fonction de l'évolution d'une autre donnée) et/ou « clause de sauvegarde ou d'imprévision » ? (Avis n°11-06)²³

La CEPC estime que la pratique consistant pour un donneur d'ordre « à exclure dans ses conditions générales d'achat l'insertion de clauses d'adaptation, d'indexation ou de hardship permettant la renégociation du contrat aux fins, notamment, d'un partage des surcoûts imputables à son inexécution totale ou partielle par ce fournisseur », relève des dispositions de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce prohibant le fait de soumettre, ou de tenter de soumettre, un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

- Un fournisseur peut-il, faute d'être livré en matières premières pour cas de « *force majeure* », s'exonérer lui-même auprès de son client d'une obligation contractuelle, de son inexécution, ou de son retard d'exécution, ainsi que par voie de conséquence de tout paiement de dommages-intérêts et/ou de pénalités de retard en évoquant elle-même ce cas de « *force majeure* » qu'on lui oppose ? (Avis n°11-06)²⁴

La CEPC estime que « les pratiques consistant pour un fournisseur, à se prévaloir, sans en justifier, des dispositions de la force majeure pour s'exonérer de

⁽²²⁾ Avis n°10-15 du 4 novembre 2010 sur l'application de la LME à certaines relations fournisseurs / distributeurs.

⁽²³⁾ Avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle

⁽²⁴⁾ Avis n°11-06 du 1^{er} juin 2011 relatif à deux questions posées par une fédération professionnelle industrielle.

toute responsabilité en cas d'inexécution partielle ou de retard dans l'exécution de ses obligations » relève des dispositions de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce prohibant le fait de soumettre, ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

- L'obligation imposée par un distributeur à ses fournisseurs de modifier l'organisation logistique de ses approvisionnements est-elle créatrice d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ? (Avis n°10-13)²⁵

La CEPC a estimé ce qui suit :

« La modification des schémas logistiques souhaitée par le distributeur est, en effet, visiblement de nature à réduire certains de ses coûts de gestion ainsi que ses coûts financiers, la diminution importante de ses stocks ayant pour effet de réduire son besoin en fonds de roulement.

Elle implique, par contre, pour les fournisseurs, des modifications substantielles de leurs organisations tant sur le plan de leurs opérations de production que sur celui de leurs organisations logistiques.

Ont été évoqués par l'organisation professionnelle :

- des problèmes de compatibilité informatique avec les prestataires en charge de la gestion des centres de consolidation
- des coûts de manutention en forte augmentation
- des accroissements des coûts d'entreposage
- des coûts de livraisons beaucoup plus élevés (en particulier imputables au passage de livraisons en camions complets à des camions remplis au quart de leurs contenances), sauf à organiser des mutualisations de livraisons avec d'autres industriels, lesquelles entraîneraient également des coûts supplémentaires etc.

Interrogée sur la licéité d'une modification des termes de la convention annuelle consistant en l'instauration d'un nouveau rythme des livraisons très court, la Commission a considéré qu'une telle modification apportée à la convention n'était pas, en soi, contraire à la loi, si le client le souhaitait, si le fournisseur le pouvait, et si ce rythme était équilibré dans le prix convenu (cf. Fiches pédagogiques CEPC pour 2010, Les abus dans la relation commerciale, article L.442-6 du code de commerce, p. 5). La Commission a précisé dans ce même avis qu'une telle modification serait illégale, s'il s'agissait d'une obligation créant un déséquilibre significatif.

La commission approuvant l'opinion des rapporteurs estime que la mise en œuvre du nouveau schéma logistique exigé par le distributeur nécessite donc que :

- des délais d'adaptation suffisants (plusieurs mois) soient accordés aux fournisseurs pour s'adapter à la nouvelle organisation logistique du distributeur,
- soient estimés de façon suffisamment précise les coûts supportés par chacun des fournisseurs en cause en fonction des caractéristiques propres de leur relation avec le distributeur concerné, ainsi que les gains réalisés par le distributeur,
- les parties s'engagent à renégocier de bonne foi les modifications de remises concernées accordées par les fournisseurs,
- si la modification du flux logistique intervient après la signature de la convention, les parties en cause s'accordent sur une répartition du solde entre les gains et coûts permettant de ne pas mettre en cause (au sens des dispositions de l'article L 442-6 I 2°) l'équilibre des droits et obligations auquel étaient parvenus les fournisseurs et le distributeur en cause dans le cadre de la convention qu'ils ont signée pour l'année ».

Rappelons très brièvement que la notion de déséquilibre significatif a été introduite par la LME comme garde-fou pour faire face à la libéralisation de la négociation commerciale et à la suppression de la discrimination abusive dans le droit français.

L'article L.442-6-I 2° du Code de commerce permet de sanctionner civilement le fait :

« De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Les fréquentes demandes d'avis sur un éventuel déséquilibre significatif témoignent des interrogations relatives à l'interprétation de cette notion.

Cette notion a d'ailleurs fait l'objet d'une remise en cause, notamment dans l'affaire Darty (T.com de Bobigny 13 juillet 2010), conduisant les distributeurs à poser une question prioritaire de constitutionnalité, ces derniers estimant que l'article L.442-6-I 2° du Code de commerce n'était pas suffisamment clair et précis pour respecter le principe de légalité des délits et des peines.

Dans une décision du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a cependant estimé que l'article L.442-6-I 2° du Code de commerce est conforme au principe de légalité des délits et des peines et à tout autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

Le Conseil constitutionnel a donc confirmé l'obligation pour les opérateurs de respecter ce texte et donc de ne pas soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations constitutives d'un déséquilibre dans les droits et obligations des parties.

* * *

On peut ainsi voir dans cette succession d'avis rendus par la CEPC au cours de ces douze derniers mois, que la CEPC a su se montrer à l'écoute des opérateurs économiques, quels qu'ils soient, et ce tout particulièrement dans le cadre des relations

⁽²⁵⁾ Avis n°10-13 du 29 septembre 2010 relatif à une demande d'avis émanant d'une organisation professionnelle de fournisseurs en matière d'organisation logistique.

entre l'industrie et le grand commerce, au sens de grande distribution, puisque les avis rendus concernent dans leur majeure partie ces relations, ce qui est au demeurant cohérent avec la place que tient la grande distribution dans le paysage français de la distribution des produits de grande consommation, d'une part, et du fait de la très grande complexité rencontrée dans l'application des dispositions issues de la Loi de modernisation de l'économie qui n'est pas

une loi facile à appliquer au quotidien, d'autre part ; et alors même que les négociations commerciales 2012 sont en cours, chaque acteur économique (producteur, industriel, agriculteur, négociant grossiste, distributeur) s'en rend compte et l'ensemble des juristes qui les accompagnent également.

La CEPC, n'en doutons pas, aura encore l'occasion à maintes reprises de s'exprimer sur le sujet !



Le projet de loi « *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* »

Par **Eléonore Camilleri**

Le gouvernement a présenté le 1er juin 2011, un projet de loi « *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* ».

Monsieur Frédéric Lefebvre, Secrétaire d'État chargé de la consommation, a précisé les objectifs de ce projet de loi dans son dossier de presse : « *Devant l'évolution très rapide des nouveaux comportements en matière de consommation, notamment dans le secteur des nouvelles technologies et du commerce électronique, nous avons un devoir de réactivité. Le projet de loi (...) protège résolument le consommateur en lui donnant un meilleur contrôle de ses dépenses. Il dote l'Etat de nouveaux pouvoirs d'intervention pour que les préjudices subis par les consommateurs cessent rapidement dès leur détection* ».

Ainsi, ce projet de réforme, qui a d'ores et déjà été examiné au mois de juillet dernier par la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale et qui sera examiné par les députés et les sénateurs à l'automne, tend à accroître la concurrence et surtout à **renforcer l'information des consommateurs** et la **protection de leurs données personnelles**.

Est particulièrement visé le secteur du commerce électronique. A titre d'exemple, le projet prévoit un renforcement de l'obligation d'information du consommateur par le vendeur sur le droit de rétractation. En ce sens, le projet de loi propose que les informations sur le **droit de rétractation** qui sont obligatoires, à savoir l'existence ou non de ce droit, ses limites éventuelles, ainsi que ses conditions et modalités d'exercice, soient indiquées au consommateur dans l'offre et dans l'écrit de confirmation de commande adressé au consommateur, au plus tard lors de la livraison, étant précisé qu'en l'état actuel du droit, ces mentions peuvent être indiquées dans les CGV uniquement.

Le projet de loi « *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* » prévoit ainsi

d'imposer la diffusion de ces informations sur la page d'accueil du site marchand concerné ainsi que sur tous les supports de communication de l'offre.

Le projet propose également de doubler les pénalités au profit des consommateurs pour le non respect du **délai de remboursement** des sommes versées en cas de rétractation. Rappelons que le consommateur doit être remboursé, selon la loi, dans le délai de 30 jours maximum suite à l'exercice de son droit de rétractation ; cependant, il s'est avéré qu'en pratique ce délai est souvent dépassé. Afin de lutter contre cette pratique et protéger plus efficacement les consommateurs, le projet de loi propose de **doubler** les pénalités supportées par le vendeur en cas de retard, ce qui les rendra bien plus dissuasives...

Plusieurs propositions visent également à renforcer les droits des consommateurs vis-à-vis des transporteurs dans le cadre de la livraison de la marchandise à la suite d'un achat sur un site internet marchand. Le projet vise notamment à ce que le consommateur dispose d'un délai de 10 jours - contre 3 actuellement - pour signaler au transporteur une dégradation du produit due au transport, dans l'hypothèse où le transporteur n'a pas laissé au consommateur la possibilité de contrôler le produit directement lors de la livraison.

Le texte vise également à assurer le **respect effectif du droit de la consommation** en renforçant les pouvoirs des agents de la DGCCRF et en élargissant le champ des sanctions administratives dans ce domaine.

Enfin, la réforme devrait renforcer le marquage de l'origine des produits en étendant la **notion d'indication géographique protégée** aux produits industriels associés à un territoire.

Nous reviendrons sur les avancées des travaux préparatoires relatifs à cet important projet de loi dans les prochaines **Lettres du Cabinet**.





Rupture des relations commerciales établies et conjoncture économique difficile : du nouveau ?

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Elodie Camous

La responsabilité d'une entreprise peut-elle être engagée lorsqu'elle décide de mettre fin aux relations commerciales qu'elle entretient avec ses partenaires commerciaux, à la suite d'une baisse d'activité touchant l'ensemble de son secteur ?

Aux termes de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce :

« I.-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 : [...] »

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels [...] ».

Ainsi, l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce pose le principe de l'interdiction de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie.

Cependant, nul ne peut être tenu de maintenir de façon constante son niveau de chiffre d'affaires, lequel peut être altéré par des éléments extérieurs, comme notamment une conjoncture économique difficile. Quel comportement une entreprise est-elle autorisée à adopter si son activité connaît une forte baisse ? Il paraîtrait alors justifié que l'entreprise qui fait face à une baisse d'activité puisse diminuer en conséquence ses commandes auprès de ses partenaires commerciaux, fournisseurs de matières premières ou sous-traitants.

Or, la jurisprudence analyse classiquement la baisse des commandes comme une forme de rupture partielle des relations commerciales, même si les relations commerciales ont repris par la suite à un meilleur niveau²⁶.

En cette époque de crise économique, assiste-t-on à un infléchissement de la jurisprudence en faveur d'une « rupture pour motif économique » exonératoire de responsabilité ?

→ Sur la mise en cause de la responsabilité de l'auteur de la rupture des relations commerciales

L'article L.442-6 du Code de commerce prévoit qu'en cas de force majeure, une entreprise pourra mettre fin aux relations contractuelles sans préavis, sans engager sa responsabilité. Conformément à une jurisprudence bien établie, un événement revêt un caractère de force majeure dès lors qu'il réunit cumulativement les conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Les entreprises et, par conséquent, les juridictions judiciaires, se sont donc interrogées sur la possibilité de qualifier un changement de circonstances économiques de cas de force majeure.

En l'état actuel de la jurisprudence, la caractérisation de la force majeure n'a pas jusqu'ici été retenue mais les faits qui, sous la qualification de force majeure, ont été soumis à l'appréciation des juges méritent d'être étudiés :

La Cour d'appel de Chambéry, dans un arrêt du 8 juillet 2010, a considéré que les circonstances invoquées par l'auteur de la rupture ne revêtaient pas les caractères d'imprévisibilité et d'extériorité permettant de caractériser l'évènement de force majeure. Dans cette affaire, la société Sandvik ayant mis fin - sans préavis - aux relations de sous-traitance qu'elle entretenait avec la société Akros pour des opérations de montage de machines destinées à l'exploitation minière, cette dernière l'a assignée en réparation du préjudice résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies. En défense, la société Sandvik a invoqué l'existence d'un cas de force majeure résultant de la crise économique mondiale et de l'annulation soudaine des commandes. Cette défense a été rejetée par la Cour, qui a jugé :

« [...] Mais attendu que la survenance de la crise, qui s'est progressivement installée depuis 2007 et qui avait entraîné dès le mois de mars 2008, une baisse du cours des matières premières, ne peut être qualifiée d'imprévisible, de même que la baisse ou l'annulation des commandes qui n'en sont que la conséquence ; qu'en outre, l'annulation massive des commandes à partir de fin septembre 2009 [...] ne présente pas non plus le caractère d'extériorité constitutif de la force majeure »²⁷.

Ce qui a pesé dans cette appréciation faite par la Cour est donc :

⁽²⁶⁾ Cass. Com. 7 juillet 2004 n°03-11.472.

⁽²⁷⁾ CA Chambéry, 8 juillet 2010, n°09/01911.

- Tout d'abord, le caractère progressif de la survenance de la crise installée en 2007 alors que la rupture était intervenue en novembre 2008 : exit donc la condition d'imprévisibilité !
- En outre, les annulations massives de commandes dont se prévalait l'auteur de la rupture résultaient en réalité « *de décisions internes, anticipatives, provenant de sociétés de son groupe et non d'annulation émanant de clients finaux* » : point donc d'extériorité !

Face à ces faits, l'excuse de force majeure ne pouvait donc tenir !

Cependant, dans un contexte différent, en raisonnant a contrario, l'on voit bien que des difficultés économiques imprévisibles, extérieures et irrésistibles pourraient être exonératoires de responsabilité. La difficulté majeure réside dans le nécessaire cumul de ces conditions.

De la même façon, c'est en raison d'une carence dans l'administration de la preuve des difficultés économiques invoquées par l'auteur d'une rupture brutale que la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 11 février 2010 a retenu la responsabilité de l'auteur de la rupture.

En l'espèce, la société Linder, invoquant une baisse de son chiffre d'affaires et du nombre de commandes, a mis fin, sans préavis, aux relations de sous-traitance qu'elle entretenait avec la société Broderies Joly.

En effet, la Cour d'appel a admis que « *s'agissant de la baisse de commandes passées par la société Linder à la société Broderie Joly (... ;...) c'est le marché des produits pour lesquels elle faisait pour partie appel à la sous-traitance qui s'est effondré* » toutefois, la Cour souligne que l'auteur de la rupture « *indique avoir perdu de certains gros clients (sans toutefois justifier ainsi pour la Samaritaine de la brutalité de cette perte)* » [souligné rajouté].

Ainsi donc, le défaut de preuve de la brutalité de la perte de gros clients a été retenu « *à charge* » contre l'auteur de la rupture.

A défaut de soudaineté de la situation économique invoquée, la Cour a considéré que le respect d'un préavis de rupture s'imposait :

« *Attendu que [...] la situation [l'effondrement du marché et ses conséquences] qu'elle décrit ne pouvait dispenser la société [...] d'adresser à la société BRODERIE JOLY un préavis écrit qui pouvait prendre la forme d'une lettre l'informant des difficultés prévisibles auxquelles elle se trouvait et allait être confrontée* »²⁸.

La responsabilité de la société Linder a donc été pleinement retenue en raison de l'absence de préavis de rupture.

Sur la question du préavis de rupture, rappelons que la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 18 mai 2006²⁹, avait tenu compte « *de la conjoncture défavorable dans laquelle se trouvait l'industrie aéronautique à l'époque de la rupture* » pour considérer que le préavis octroyé par un équipementier du secteur aéronautique à son sous-traitant était suffisant pour permettre à ce dernier de se réorganiser. La Cour dans les motifs de son arrêt avait souligné que la baisse de commandes était « *la conséquence directe du retournement du marché aéronautique à la fin de 2001* » et que « *l'activité aéronautique est une activité cyclique et que 2001 marquait le terme d'une période de croissance, par l'effondrement du trafic aérien suite aux événements du 11 septembre et par les difficultés financières des compagnies aériennes* ».

En guise de synthèse, on peut donc retenir que l'absence totale de préavis n'a jamais jusqu'ici été excusée en raison de circonstances économiques mais qu'en présence d'un préavis réellement consenti par l'auteur de la rupture, les juges pour l'appréciation de la durée de ce préavis et de son caractère suffisant tiennent compte notamment du contexte économique.

→ Sur l'étendue de la responsabilité de l'auteur de la rupture des relations commerciales

S'il semble difficile à ce jour d'obtenir une exonération de responsabilité pour rupture des relations commerciales établies dans un contexte de crise économique, il apparaît en revanche que l'existence d'une situation conjoncturelle défavorable est prise en compte par les juges pour apprécier l'étendue et les conséquences de la responsabilité de l'auteur d'une rupture de relations commerciales.

Ainsi, dans l'arrêt *Sandvik/Akros* susvisé, la Cour d'appel de Chambéry a refusé de prendre en considération les arguments de la société demanderesse, selon laquelle le préjudice devait être évalué en fonction de l'activité des années précédentes. Ainsi, la Cour a-t-elle considéré que **le chef de préjudice ne pouvait être évalué en fonction de l'activité des années précédentes** « *compte tenu de la poursuite de la dégradation des conditions économiques en 2009* »³⁰.

De même, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 18 mai 2006, a débouté le Ministre de

⁽²⁸⁾ CA Lyon, 11 février 2010, n°09/00444.

⁽²⁹⁾ CA Versailles 18 mai 2006 n°05/03952.

⁽³⁰⁾ CA Chambéry, 8 juillet 2010, n°09-01911.

l'économie de sa demande d'amende civile³¹, au regard de la conjoncture économique défavorable du secteur concerné. Les juges du fond ont ainsi jugé :

« Considérant que la cessation des relations entre les deux sociétés est intervenue dans un contexte de lourde crise du textile à laquelle la société Viastael a été confrontée comme tous les agents économiques de ce secteur [...].

Considérant qu'il suit de là que la rupture sans préavis écrit des relations commerciales par la

⁽³¹⁾ Aux termes de l'article 442-6 du code de commerce : « Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

société Viastael n'a pas généré, en l'espèce, de trouble à l'ordre public économique, de nature à justifier le prononcé d'une amende civile »³².

Il est possible que l'actualité économique dans les prochains mois (ou compte tenu du temps judiciaire dans les prochaines années) nous fournisse enfin un cas de force majeure économique.

Mais il est plus vraisemblable que l'argumentation liée au contexte économique, à condition d'être clairement justifiée par des pièces, viendra de plus en plus atténuer la responsabilité des auteurs de rupture tant en termes d'appréciation de la durée du préavis que de règles d'indemnisation du préjudice subi. Le droit ne saurait être déconnecté de la réalité économique et l'inflexion de la jurisprudence en matière de calcul du préjudice (perte de marge brute, perte de marge nette, prise en considération des coûts variables mais aussi des coûts fixes en fonction du secteur économique concerné...) le démontre.

⁽³²⁾ CA Versailles, 18 mai 2006, Viastael/Maille du Pevele.





Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation
est disponible sur simple demande]

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- A la négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;
- A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008. Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;
- A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;
- Au contrôle des concentrations
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;
- A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence] ;
- Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des

pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;

- Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles [droit français et communautaire de la concurrence] ;
 - A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / Les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc ;
 - Aux promotions des ventes [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
 - Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
- * * *
- Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;
 - Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;
 - Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.
 - Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.
 - Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocats.fr

Selarl MG Avocats - Grall & Associés

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr