



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La lettre du Cabinet

JANVIER - FÉVRIER 2011

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Sommaire

- | | |
|--|--|
| 2 Le « déséquilibre significatif » déclaré conforme à la Constitution
<i>Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Julie Zoughi</i> | téléphoniques effectués par une partie, à l'insu de l'auteur des propos « captés » et, produits à titre de preuve devant l'Autorité de la concurrence
<i>Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet</i> |
| 4 Dans un avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence alerte les fournisseurs et les distributeurs sur les risques potentiels induits par les accords de « Category management »
<i>Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin</i> | 13 Détermination des sanctions pécuniaires : l'Autorité de la concurrence lance une consultation publique jusqu'au 11 mars sur son projet de communiqué
<i>Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet</i> |
| 7 La parole est d'argent mais le silence est d'or...
<i>Thomas Lamy</i> | 15 Clauses limitatives de responsabilité : l'apport du dernier arrêt Faurecia c/ Oracle
<i>Emmanuelle Bordenave-Marzocchi</i> |
| 9 Les visites domiciliaires et saisies sous les feux de la CEDH
<i>Arlette Gastaldy</i> | 17 Produits défectueux : le fournisseur en arrière plan
<i>Nicolas Cré</i> |
| 11 La Cour de cassation juge irrecevables les enregistrements de conversations | 19 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



Le « déséquilibre significatif » déclaré conforme à la Constitution

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Julie Zoughi

Introduit par la Loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008, l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce interdit 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* ».

Cette incrimination « *est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ; [...] il résulte de tout de ce qui précède que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit* »¹.

C'est en ces termes que le Conseil constitutionnel achève sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 et c'est peu de dire que le coup porté aux distributeurs s'avère rude.

La société Darty faisait partie des neuf enseignes concernées par les assignations dites « Novelli » délivrées fin 2009. Saisissant l'opportunité de l'entrée en vigueur, le 1er mars 2010, de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, la société Darty avait posé, devant le Tribunal de commerce de Bobigny, une Question Prioritaire de Constitutionnalité (ci-après « **QPC** ») ainsi rédigée :

« *L'article L.442-6-I-2° du code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, plus précisément, au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ».

Cette QPC avait franchi le premier filtre, le Tribunal de commerce de Bobigny décidant de recevoir la demande de la société Darty et d'ordonner la transmission de la question à la Cour de cassation².

A son tour, la Cour de cassation a reconnu que les trois conditions nécessaires à la transmission de la QPC étaient réunies. S'agissant plus particulièrement de la troisième condition relative au « *caractère sérieux* » de la question posée, la Haute Juridiction a dit pour droit que la QPC remplissait ce caractère « *au regard de la conformité du libellé de l'interdiction énoncée par l'article L.442-6-I-2° du code de commerce, aux exi-*

gences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines »³.

Saisi par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a donc reconnu la conformité de l'article L.442-6-I-2° au principe de légalité des délits et des peines et, de manière plus générale, à tous les droits et libertés que la Constitution garantit.

Afin de parvenir à cette solution, le Conseil constitutionnel devait, au préalable, constater que le principe de légalité des délits et des peines était, en l'espèce, applicable à la notion de déséquilibre significatif de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce. Sur ce point, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel reconnaît depuis longtemps que le principe de légalité est applicable, non seulement aux textes pénalement sanctionnés mais, plus généralement, à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition* », même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle⁴. Or, il est évident que l'amende civile encourue par les opérateurs économiques présente un tel caractère punitif, en raison notamment de l'importance de son montant. Dès lors, le Conseil ne pouvait que reconnaître, au regard de sa propre jurisprudence, qu'une amende civile prononcée par une juridiction civile pouvait constituer une « *sanction ayant le caractère d'une punition* » susceptible d'être confrontée au principe de légalité des délits et des peines.

Le préalable étant rempli, le Conseil constitutionnel devait apprécier si la notion de déséquilibre significatif telle que « *définie* » par l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce était conforme aux exigences de clarté et de précision découlant du principe de légalité.

Sur cet aspect, les différents distributeurs se sont efforcés de démontrer en quoi cette notion était imprécise et source d'une grande insécurité juridique pour les opérateurs économiques, rappelant la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière et mentionnant les différentes questions soulevées par cette nouvelle notion.

Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est montré insensible aux différents arguments présentés du côté des distributeurs et a, au contraire, jugé que l'infraction définie à l'article L. 442-6-I-2° du Code de commerce est bien conforme aux exigences de

⁽¹⁾ Cf. §. 5 de la décision n° 2010-85 QPC

⁽²⁾ Cf. T. Com. Bobigny, 13 juillet 2010, RG : 2010F00541.

⁽³⁾ Cf. Cass. Com., 15 octobre 2010, n° 10-40039.

⁽⁴⁾ Voir par exemple, déc. n° 88-248 du Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, §. 34 à 36.

clarté et de précision découlant du principe de légalité.

Plusieurs critères ont été utilisés par le Conseil constitutionnel que l'on mentionnera tour à tour :

- En premier lieu, le Conseil constate que pour déterminer l'objet de l'interdiction du déséquilibre significatif, « *le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L.132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »⁵.

Ainsi, le raisonnement par analogie avec le droit de la consommation est au cœur de la motivation du Conseil constitutionnel qui semble considérer qu'« une « infraction » qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise, ou ne serait pas explicitée, peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité, si d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de compléter les lacunes du texte »⁶.

Le Conseil n'a cependant pas relevé que cette référence au droit de la consommation comportait, dans la présente espèce, de nombreuses limites :

- D'abord, c'est là oublier que le droit de la consommation repose sur le postulat de l'infériorité du consommateur face au professionnel et est amené à conclure des contrats d'adhésion. Or, bien que les rapports de force soient légion entre les fournisseurs et la grande distribution, peut-on assimiler un professionnel à un consommateur et lui accorder une protection identique, ce qui serait aller très loin.
- Ensuite, il sera remarqué qu'une différence profonde existe entre les textes qui sanctionnent les clauses abusives qui ne prévoient pas de sanction équivalente à l'amende civile et l'article L.442-6-I-2° dont la violation est sévèrement sanctionnée. Par conséquent, la référence à une notion identique en apparence est problématique compte tenu des risques encourus par les professionnels.

- En second lieu, le Conseil souligne que « *la juridiction saisie peut, conformément au*

sixième alinéa du paragraphe III de l'article L.442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ».

Là encore, le Conseil a vraisemblablement raisonné par analogie avec le droit de la consommation, discipline dans laquelle la Commission des clauses abusives analyse les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels et recommande la suppression ou la modification des clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Bien qu'intéressant, il convient de relever que ce critère suscite l'interrogation en ce qu'il paraît pour le moins étonnant, dans le cadre d'une procédure en cours, que le juge ait besoin de saisir la CEPC afin de l'aider à comprendre et interpréter la notion de déséquilibre significatif. C'est bien là la preuve de ce que la notion de déséquilibre significatif de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce apparaît ne pas respecter suffisamment les exigences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines puisque le juge n'est pas en mesure d'interpréter lui-même ladite notion.

En outre, force est de reconnaître que le travail considérable réalisé jusqu'à présent par la CEPC qui a rendu de multiples avis sur la notion de déséquilibre significatif ne servira guère aux opérateurs économiques, comme aux juges puisqu'à la lecture de ces avis, il apparaît que toute clause est licite sauf si elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

- Pour conclure, le Conseil insiste sur le caractère « pécuniaire » de la sanction (par opposition au caractère privatif de droits) et sur la complexité des pratiques réprimées (dont le caractère évolutif semblerait justifier une relative imprécision) pour souligner que « *l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits et des peines* ».

In fine, la décision du Conseil constitutionnel suscite des interrogations dans la mesure où la référence au droit de la consommation, clé de voûte de l'argumentation développée pour reconnaître la constitutionnalité de l'article

L.442-6-I-2° du Code de commerce, demeure pour le moins contestable d'un point de vue juridique.

⁽⁵⁾ Cf. §. 4 de la décision n° 2010-85 QPC.

⁽⁶⁾ « Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n° 32.



Dans un avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence alerte les fournisseurs et les distributeurs sur les risques potentiels induits par les accords de « *Category management* »

Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin

Le « *Category management* » (ou « *management catégoriel* ») est une pratique en plein essor dans la distribution française. Moins courante que dans les pays anglo-saxons, cette forme de collaboration entre fournisseurs et distributeurs s'est développée de manière très sensible ces dernières années. Face à cette croissance importante de la coopération entre fournisseurs et distributeurs, l'Autorité de la concurrence a décidé de s'autosaisir le 19 mars 2010 (décision n° 10-SOA-02) pour se prononcer sur les risques éventuels liés à ce type d'accords. Neuf mois après, son avis a été rendu.

Le category management est apparu en France à la fin des années quatre vingt dix pour se développer avec une certaine acuité au cours des dix dernières années. Cette pratique consiste en une collaboration plus ou moins étroite entre un distributeur et un fournisseur, dans le but d'animer une catégorie de produits.

L'ADLC prend comme exemple celui de la catégorie « *Petit-déjeuner* » où peuvent être inclus, selon les distributeurs, les cafés, les thés, les chocolats en poudre, les céréales, les biscottes, les brioches, les jus de fruit, les viennoiseries fraîches, etc. Le management par catégorie consiste alors, pour l'essentiel, à organiser la présentation de la catégorie de produits comme un ensemble cohérent plutôt que comme la juxtaposition de décisions portant sur chaque produit de la catégorie.

Concrètement, le fournisseur (appelé « *Capitaine de catégorie* ») aura pour mission principale d'émettre des recommandations portant principalement sur i) l'assortiment des produits relevant de la catégorie dont il a la charge, ii) l'agencement du linéaire concerné, ainsi que sur iii) la politique promotionnelle visant la catégorie de produits retenue.

« Les recommandations transmises par le fournisseur partenaire portent principalement sur l'assortiment (a) et l'agencement du rayon (ou « *merchandising* ») (b), ainsi que sur la politique de promotion de l'enseigne (c). Elles ne concerneraient jamais ou très rarement la politique de prix (d), du moins pas celle relative aux produits des fournisseurs concurrents, même si des exceptions peuvent être relevées dans certaines présentations de

fournisseurs partenaires. Enfin, la prise en compte des marques de distributeurs dans les recommandations des fournisseurs varie selon les cas (e). »

S'agissant de l'aspect prix, l'ADLC relève ce qui suit ;

« Le quatrième levier du management catégoriel évoqué est le prix de revente du produit. Toutefois, la plupart des fournisseurs interrogés ont indiqué ne jamais établir de recommandations relatives aux prix des produits de la catégorie, ni à tout autre élément relatif au prix comme les écarts de prix à respecter ou les objectifs de rentabilité par exemple. En revanche, des résultats d'études sur l'élasticité-prix de la demande pour différentes références ou pour l'ensemble de la catégorie sont plus fréquemment communiqués aux distributeurs.

Lorsqu'une recommandation porte sur les prix de revente, elle concernerait spécifiquement les produits du fournisseur établissant les recommandations et notamment ses innovations : selon les opérateurs, l'absence de ventes passées sur lesquelles fonder une stratégie-prix cohérente rendrait plus légitimes et plus nécessaires de telles recommandations ».

* * *

L'avis du 7 décembre reprend en les détaillant, les différents aspects des accords de management catégoriel, la définition de ce qu'est réellement le management catégoriel, ses domaines d'application, les modalités collaboratives définies dans les contrats et les motivations des opérateurs intervenant dans la grande distribution : GSA d'un côté et fournisseurs de l'autre. C'est sur ces caractéristiques intrinsèques à ces accords que l'Autorité de la concurrence fonde son analyse concurrentielle et identifie les risques potentiels induits par ces pratiques.

Ces risques sont de deux types :

■ **Les risques d'éviction** : le risque qui vient instinctivement à l'esprit, sans autre analyse, est lié à la position qu'occupe le fournisseur en tant que capitaine de catégorie ; ne sera-t-il pas tenté de tout mettre en œuvre pour développer les parts de marché de sa ou ses

propres marques au détriment de ses concurrents ? Et dans cette logique, le capitaine de catégorie ne pourrait-il pas souhaiter dévaluer les produits de ses concurrents pour mettre les siens en avant, en sous évaluant ou décrédibilisant les performances des autres produits de la catégorie ?

L'ADLC met également en avant l'accessibilité du fournisseur retenu comme category captain à des informations privilégiées, en ayant communication de manière exclusive d'informations extrêmement sensibles telles que certaines données quantitatives transmises par le distributeur : données issues des cartes de fidélité, données sur les ventes, les prix et les stocks, par magasin et par référence sur une base hebdomadaire, mais aussi de données qui vont lui permettre d'anticiper les évolutions de la stratégie commerciale de l'enseigne en cause.

- **Les risques d'entente** : dans le cas où un fournisseur serait capitaine de catégorie pour plusieurs distributeurs, ce qui n'est pas improbable dès lors que les category captains sont généralement les leaders ou co-leaders de chaque catégorie de produits, les accords de category management pourraient servir de « pivot » afin de permettre à un fournisseur de coordonner le comportement de distributeurs concurrents !

En effet, un fournisseur responsable d'une catégorie pour une enseigne donnée pourrait informer les autres distributeurs pour lesquels il serait aussi category captain sur les intentions de leurs concurrents, ce qui aurait pour effet d'induire une « *pratique concertée unilatérale* » qui pourrait entraîner une hausse des prix de revente et/ou une réduction de la variété des produits mis en vente.

Mais n'existe-t-il pas également un risque d'entente entre fournisseurs ? En effet, ces derniers auront un accès privilégié à certaines informations, bien plus détaillées que celles proposées par les panélistes bien connus, sur les stratégies commerciales poursuivies par leurs concurrents. La transparence est accrue et le capitaine de catégorie peut suivre, semaine par semaine les initiatives prises par les autres producteurs.

- « **Néanmoins, ainsi que cela a déjà été souligné, certains fournisseurs partenaires peuvent bénéficier de transferts d'informations spécifiques par rapport à ceux disponibles auprès des cabinets de panélistes. Ces informations statistiques détaillées sont susceptibles d'informer rapidement le « capitaine de catégorie » des stratégies commerciales suivies par les producteurs concurrents. Si les prix d'achat de l'enseigne ne sont pas indiqués dans ces bases de données, celles-ci indiquent néanmoins l'étendue de la**

gamme référencée, les stocks présents dans chaque magasin, et les prix moyens pratiqués pour chaque référence. De ce fait, le fournisseur peut apprécier, magasin par magasin et sur une base au moins hebdomadaire, la présence de ses concurrents au sein de cette enseigne et ainsi riposter rapidement à toute initiative commerciale, dont il peut apprécier les résultats (extension de gamme, diminution du prix de revente) même s'il n'en connaît pas précisément les fondements (niveau des prix de vente du fournisseur, remises de gamme octroyées au fournisseur). Ce faisant, le fournisseur peut, à terme, dissuader ses concurrents de mettre en œuvre des stratégies commerciales plus agressives en étant à même de les dupliquer plus ou moins rapidement, facilitant ainsi la mise en place d'une entente tacite. Tel sera notamment le cas lorsque l'existence d'un capitaine de catégorie et les données auxquelles il accède sont connues de ses concurrents ».

Parallèlement à la constatation de ces risques potentiels, l'Autorité de la concurrence invite les opérateurs ainsi que la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) à réfléchir à la rédaction d'un Code de bonnes pratiques. En effet, il s'avère que le category management est un système relativement opaque, même si l'Autorité considère qu'en l'état actuel des choses, le droit de la concurrence suffit à prévenir les risques identifiés ci-dessus.

C'est pourquoi, l'avis fournit des « *grilles d'analyse* » qui permettront aux opérateurs à la fois de vérifier la conformité de leurs pratiques avec le droit de la concurrence et de donner les grandes lignes du projet de Code de bonnes pratiques. Dans le cadre de son analyse, l'Autorité met en avant trois points, qu'elle considère comme particulièrement importants :

- Elle serait favorable à ce que la méthode de désignation du capitaine de catégorie soit rendue publique car elle considère que l'opacité qui est la règle actuellement favorise les comportements anticoncurrentiels. La veille concurrentielle qui pourrait être mise en place par les opérateurs non retenus serait dès lors une technique de surveillance des plus efficaces ;
- Toujours dans une volonté de clarification des pratiques en cause, l'Autorité serait favorable à la rédaction de contrats qui prévoieraient, de façon précise, la répartition des tâches et des missions entre le capitaine de catégorie et le distributeur partenaire. Cette précision est la conséquence de l'une des inquiétudes principales liées aux contrats de management catégoriel, à

savoir l'absence globale de formalisation des accords, ce qui entraîne une variable d'ajustement inquiétante dans les domaines respectifs des obligations de chacun des cocontractants, source principale de suspicion pesant sur le management catégoriel ;

- Enfin, comme évoqué ci-dessus, l'Autorité estime que la Commission d'examen des pratiques commerciales pourrait jouer un rôle important dans la mise en place de bonnes pratiques dans ce domaine, le cadre contractuel se caractérisant justement par son absence de limite et de contenu !

Cet avis de l'Autorité ne se veut donc pas un avis avant sanction ; il se veut bien au contraire très pédagogique dans son approche et même particulièrement prévoyant quant à l'évolution probable de la collaboration de plus en plus étroite entre fournisseurs et distributeurs ; et là, l'ADLC est très clairvoyante, en précisant qu'une attention particulière doit donc être portée aux développements futurs des pratiques de management catégoriel, afin d'analyser dans quelle mesure des recommandations plus strictes, voire des dispositions législatives, devront être prévues pour assurer la conformité du management catégoriel avec les règles de la concurrence.





La parole est d'argent mais le silence est d'or...

Par Thomas Lamy

Si les moteurs de recherche sur Internet ne citent malheureusement pas l'origine de ce proverbe⁷, il n'en demeure pas moins que celui-ci pourrait utilement être mis en pratique par les fournisseurs de biens et de services dans le cadre des relations commerciales qu'ils entretiennent avec leurs clients... et inversement.

Les négociations commerciales sont en effet, aujourd'hui, comme on le sait, sujettes, sur le plan juridique, à une difficulté d'ordre quasi structurel, provenant du fait que les conventions établies entre les fournisseurs et les distributeurs n'expriment pas toujours – le mot est faible – la parfaite volonté contractuelle des parties.

Bien entendu, le problème n'a fait que s'aggraver à la suite de l'adoption de la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 qui, en imposant aux opérateurs économiques une obligations accrue de formalisation de leurs négociations commerciales dans un laps de temps qui plus est réduit (i.e., avant le 1er mars de l'année concernée), a entraîné la multiplication des matrices préétablies, voire pré-formatées et insusceptibles à ce titre de modification informatique, notamment lorsqu'elles sont échangées sous format « PDF ».

Dans ces conditions, la gageure consiste, et cela est surtout vrai pour les fournisseurs, à passer outre la barrière élevée par ces contrats d'adhésion et à acter les observations et réserves constitutives de leur volonté commerciale.

Evidemment, la solution la plus sécurisée sur le plan juridique consiste, et c'est là l'évidence, à apporter des corrections manuscrites et des amodiations sur le texte même du support papier établi par l'un des deux interlocuteurs commerciaux ; cela étant, cette solution optimale relève de plus en plus d'une chimère, non seulement parce que les personnes en charge de la négociation commerciale au sein des entreprises et, à ce titre, les acheteurs, ne disposent pas des pouvoirs nécessaires afin d'examiner de semblables corrections, mais également, et surtout, parce que le traitement informatisé de milliers de contrats d'approvisionnement rend impossible une prise en compte au cas par cas des particularités juridiques qui pourraient y figurer.

Par ailleurs, deux autres « fausses solutions » semblent devoir, elles aussi, être écartées, à savoir, d'une part, la signature croisée d'un contrat commercial et de conditions générales de vente, qui a pour conséquence de faire s'annuler les clauses

contraires des documents en cause et, d'autre part, l'émission d'un avenant par la partie désireuse de faire apporter des modifications au contrat qui, s'il ne lui revient pas signé par l'autre partie, est réputé avoir été refusé par son destinataire.

Dans ces conditions, une solution semble pouvoir se faire jour afin de résoudre une situation de prime abord sans issue : il s'agit de celle que la pratique commerciale désigne sous le vocable de « *lettre de réserves* », dont le mécanisme se fonde sur l'une des plus vieilles maximes du droit commercial, qui veut que, dans certaines circonstances, il peut s'avérer que « *qui ne dit mot consent* ».

L'hypothèse est la suivante : un cocontractant, qui tient absolument à pérenniser au titre des relations commerciales certains éléments contractuels, mais qui s'en trouve empêché du fait de l'opposition de l'autre partie d'apporter quelque modification que ce soit à la matrice contractuelle ou de signer tout avenant, adressera à son interlocuteur une lettre de réserves jointe au retour de la convention signée, précisant tous les points que l'expéditeur entend voir modifier.

Selon une formule voisine, cette lettre peut être adressée le lendemain ou le surlendemain de la signature de la convention écrite prévue par l'article L.441-7 du Code de commerce, lorsque celle-ci intervient dans le « *box* » des négociations commerciales.

Si le destinataire de la lettre de réserves, dont on supposera, par hypothèse, qu'il est en relation d'affaires depuis plusieurs années avec l'expéditeur, ne réplique pas à cette lettre – ce qui est le plus souvent le cas – et que les relations des parties se poursuivent, alors le destinataire sera réputé, au sens du droit commercial, avoir accepté tacitement les modifications exigées par l'expéditeur. Qui ne dit mot consent.

Du reste, nombreux sont encore les responsables commerciaux, voire les juristes, qui sous-estiment les conséquences qu'engendrent les lettres de réserves : ils auraient cependant bien tort d'en méconnaître l'efficacité, qui se trouve régulièrement réaffirmée par les juridictions supérieures et, notamment par la Cour de cassation.

A ce propos, on citera un arrêt rendu le 4 juin 2009 par la Première Chambre Civile de la Cour⁸, à l'oc-

⁽⁷⁾ *Doctus cum...* Google !

⁽⁸⁾ Cour de cassation, Chambre civile 1, 4 juin 2009, n° 08-14.481, société Médica France c/ République française.

casion de laquelle le principe exposé ci-dessus a été rappelé de manière on ne peut plus claire.

En l'espèce, une société, dénommée Médica France, avait racheté le fonds de commerce de l'entreprise SOMES, qui elle-même avait conclu avec le Ministère de la Défense, dans des conditions très avantageuses pour ce dernier, un contrat d'hébergement de huit personnes dans une maison d'accueil pour handicapés physiques adultes.

La convention, conclue pour une durée de dix ans avait été tacitement reconduite, ce que contestait, compte tenu de la nature du contrat en cause, la société Médica.

Pourtant, la Cour de cassation rejette les prétentions de cette dernière, dans des termes on ne peut plus clairs :

« Attendu que si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation [...] ; que la situation relative aux pensionnaires présents n'avait pas fait l'objet d'une nouvelle négociation et n'avait été contestée que près d'un an plus tard et que le commissaire à l'exécution du plan précisait que la société Médica était clairement avisée de la situation ; que la Cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que le nouveau contrat qui s'était formé entre la société Médica et l'État reprenait tacitement les conditions antérieures [du contrat] et que la société Médica qui avait tacitement admis les conditions de prise en charge des pen-

sionnaires présents [...] ne pouvait revenir sur cet engagement [...] ».

Il s'agit donc, ainsi qu'on le voit, d'une prise de position de principe, qui ne souffre pas la réplique.

On ne manquera pas de rappeler que, sur cette question de l'acceptation tacite, les règles qui prévalent en droit commercial se situent exactement aux antipodes de celles du droit civil et, *a fortiori*, du droit de la consommation, lequel prévoit que seul un consentement, sinon totalement exprès, en tout cas, parfaitement éclairé, peut fonder une convention.

A titre d'exemple, on peut citer notamment les dispositions L.122-3 du Code de la consommation qui, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005, prévoit que « *la four-niture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement. Aucune obligation ne peut être mise à la charge du consommateur qui reçoit un bien ou une prestation de service en violation de cette interdiction* ».

Le fait que la pratique, dite de l'« envoi forcé », soit donc interdite et ce, depuis le décret n° 61-138 du 9 février 1961, s'agissant des relations des consommateurs avec les professionnels et soit, qui plus est, constitutive d'une infraction pénale (article L.120-1 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008) explique peut-être la méconnaissance que les opérateurs économiques ont des effets de la lettre de réserves dans l'ordre commercial.





Les visites domiciliaires et saisies sous les feux de la CEDH

Par Arlette Gastaldy

Deux arrêts rendus, contre la France, le 21 décembre dernier, par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) relatifs aux procédures de visites et de saisies de l'article L.450-4 du code de commerce (requête n° 29408/08 et requête n°29613/08) retiennent l'attention.

Les sociétés requérantes (Canal plus SA notamment pour l'un des deux arrêts et Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz pour l'autre) se référant à l'arrêt *Ravon*, dénonçaient une atteinte à leur droit à un procès équitable et à un recours effectif étant précisé, d'une part, que leur pourvoi en cassation à l'encontre de l'ordonnance d'autorisation de visites et de saisies avait été rejeté par la Cour de cassation et que, d'autre part, elles faisaient l'objet, lors de leur saisie de la CEDH, d'une procédure en cours devant l'Autorité de la concurrence.

Le gouvernement français estimait que les requêtes étaient **irrecevables** au motif que les requérantes n'avaient pas épuisé les voies de recours internes.

Le gouvernement français avançait en effet que depuis l'adoption de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, les décisions autorisant les visites et saisies peuvent faire l'objet d'un appel. S'agissant d'opérations ayant lieu avant l'adoption de ce nouveau régime et lorsque notamment les ordonnances avaient fait l'objet d'un pourvoi et que, comme en l'espèce, celui-ci avait été rejeté, les entreprises concernées pouvaient, à l'occasion d'un recours formé devant la Cour d'appel de Paris contre la décision de l'Autorité de la concurrence statuant sur les pratiques anticoncurrentielles reprochées, saisir cette juridiction d'une contestation de l'ordonnance d'autorisation, conformément aux dispositions de l'article 5 - IV, de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

Les requérantes ont contesté la thèse du gouvernement en faisant valoir que le contrôle de l'autorisation prévu par les dispositions transitoires n'étaient pas adéquates et n'apportaient pas de réponse satisfaisante à la méconnaissance du droit à un recours effectif.

La Cour n'a pas retenu l'argument d'irrecevabilité soulevé par le gouvernement français estimant que la question de l'irrecevabilité étant étroitement liée à la substance du grief énoncé par les requérantes il y avait lieu de joindre l'exception d'irrecevabilité au fond.

Dans ces deux arrêts, la Cour rappelle en premier lieu qu'elle a jugé dans l'arrêt *Ravon et autres*, et dans les arrêts subséquents qu'en matière de

visites domiciliaires, **les personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel, en fait comme en droit**, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que le cas échéant des mesures prises sur son fondement : le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité soit de prévenir la survenance de l'opération, soit dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu de fournir à l'intéressé un redressement approprié.

Or, dans ces affaires, les requérantes n'avaient disposé que **d'un recours devant la Cour de cassation** pour contester la régularité de la décision prescrivant la visite, ce qui ne leur avait pas permis **d'obtenir un examen des éléments de fait fondant les autorisations de visite**.

La Cour conclut donc que **le pourvoi en cassation, prévu à l'article L450-4 du code de commerce, applicable au moment des faits** - quasiment identique à celui fixé à l'article L.16 B du livre des procédures fiscales- contre l'ordonnance du juge autorisant les visites et de saisies **ne garantit pas un contrôle juridictionnel effectif au sens de l'article 6§1 de la Convention**.

Puis la Cour note qu'après l'introduction des requêtes, une réforme du système de contrôle des opérations de visites et de saisies prévue à l'article L450-4 du code de commerce a été effectuée, afin d'offrir de nouvelles voies de recours. Les autorités françaises souhaitant tirer les conséquences de l'arrêt *Ravon et autres* dans le domaine de la concurrence, ont modifié le droit interne par l'ordonnance du 13 novembre 2008, afin de permettre aux personnes ayant fait l'objet de visites domiciliaires, d'interjeter appel de l'autorisation de visites et de saisies devant le Premier Président de la Cour d'appel.

Cependant, la Cour relève que l'ordonnance du 13 novembre 2008 contient également des dispositions transitoires rétroactives pour les opérations de visites et de saisies effectuées avant son adoption. Son article 5 - IV, prévoit notamment que si l'autorisation de visites et de saisies n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation ou si un pourvoi a donné lieu à un arrêt de rejet de la Cour de cassation, un recours en contestation de l'autorisation est ouvert devant la Cour d'appel de Paris saisie dans le cadre de l'article L464-8 du code commerce.

La Cour constate que cette action ne pourra être exercée que si un recours au fond est formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence,

ce qui rend nécessairement l'accessibilité de cette voie de recours incertaine, compte tenu de l'exigence préalable à la fois d'une décision au fond et d'un recours contre celle-ci. Par ailleurs la décision au fond de l'Autorité de la concurrence n'interviendra que plusieurs années après les décisions d'autorisation de visites et de saisies.

Or la Cour énonce qu'en plus d'un contrôle en fait et en droit de la régularité et du bien-fondé de la décision ayant prescrit la visite, le recours doit également fournir un redressement approprié, ce qui implique nécessairement la certitude en principe, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable.

Le recours en contestation prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne répond pas en conséquence aux exigences de l'article 6§1 de la Convention.

La Cour a donc jugé, d'une part, que le régime prévu à l'article L450-4 du code de commerce, avant sa modification par les dispositions de l'ordonnance du 18 novembre 2008, ne permettant qu'un pourvoi en cassation pour contester la régularité et le bien fondé des ordonnances d'autorisation de visites et de saisies, ne garantissant pas un **contrôle juridictionnel effectif, en fait et en droit**, viole les dispositions de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour européenne a jugé, d'autre part, que les dispositions transitoires rétroactives, introduites par l'ordonnance du 13 novembre 2008, pour les opérations de visites et de saisies effectuées avant l'adoption de l'ordonnance et, n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi ou dont le pourvoi a été rejeté violent également les dispositions de l'article 6§1 de la Convention.

Il faut enfin mentionner que la Cour a de plus pris la peine d'indiquer qu'elle ne peut suivre l'argument du gouvernement français selon lequel la

voie de recours prévue à l'alinéa 12 de l'article L450-4 du code de commerce dans sa rédaction applicable au moment des faits garantissait déjà aux requérants un contrôle juridictionnel effectif au sens de l'article 6§1 de la Convention. Si cette voie de recours, note la CEDH, permettait à la requérante de faire contrôler **la régularité du déroulement des opérations** de visites et de saisies par le juge qui les avait lui-même autorisées, elle ne garantissait pas un contrôle juridictionnel effectif de la régularité et du bien-fondé de l'ordonnance d'autorisation répondant aux exigences d'indépendance d'un tribunal posées par l'article 6§1 de la Convention. A cet égard, la Cour rappelle qu'elle a jugé qu'un contrôle des opérations effectué par le juge ayant autorisé les visites et saisies ne permettait pas un contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même (*Ravon et autres*).

La Cour d'appel de Paris qui devait se prononcer, le 13 janvier 2011, notamment sur la régularité des visites et saisies ayant eu lieu en février 1994, prenant en considération les deux arrêts de la CEDH intervenus pendant son délibéré, n'a pas statué mais a ordonné la réouverture des débats invitant l'Autorité de la concurrence, partie défenderesse devant la Cour et disposant de tous les droits inhérents à cette qualité, de conclure **sur la portée** de ces arrêts sans préjudice des conclusions des autres parties ainsi que du Ministère public et de la Ministre chargée de l'économie.

La portée des deux arrêts est claire.

Les sociétés poursuivies n'ont pas disposé au moment où l'ordonnance d'autorisation a été rendue d'un recours effectif au sens de l'article 6§1 de la Convention, et la voie de recours ouverte par les dispositions transitoires de l'article 5 - IV, alinéa 2 de l'ordonnance, n'est pas conforme à l'article 6§1 de la Convention.

La seule solution appropriée est, selon nous, l'annulation de la décision d'autorisation.





La Cour de cassation juge irrecevables les enregistrements de conversations téléphoniques effectués par une partie, à l'insu de l'auteur des propos « captés » et, produits à titre de preuve devant l'Autorité de la concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvét

Dans un arrêt rendu le 7 janvier 2011 (pourvois n° X. 09-14.316 et n° D. 09-14.667), l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation réaffirme qu'une juridiction civile ne peut fonder sa décision sur des enregistrements de conversations téléphoniques opérés à l'insu de l'auteur des propos.

Cette affaire concernait la procédure autonome suivie devant l'Autorité de la concurrence, à laquelle les dispositions du code de procédure civile et du code de commerce sont applicables, mais qui peut aboutir au prononcé de sanctions pécuniaires dont la nature les rapproche de sanctions pénales.

De façon constante, les chambres civiles de la Cour de cassation, se fondant sur l'article 9 du code de procédure civile et les articles 6 ou 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, **prohibent l'utilisation, à titre de preuve, d'enregistrements de conversations téléphoniques ou vidéos faits à l'insu de leurs auteurs, en raison de leur caractère déloyal.**

Cependant la Cour d'appel de Paris, se prononçant le 29 avril 2009, sur renvoi après cassation, sur les recours formés contre la décision n° 05-D-66 du Conseil de la concurrence, avait admis, à titre d'éléments de preuve, des enregistrements sonores produits par la saisissante - la société Avantage TVHA - de conversations avec les représentants de fournisseurs ou de grossistes avec lesquels elle était en relation, accompagnées de leur transcription, en dépit du fait que ces enregistrements sonores avaient été réalisés à l'insu de l'auteur des propos tenus. Si la Cour d'appel de Paris avait, une première fois, validé le procédé par un arrêt du 19 juin 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation l'avait, quant à elle, fermement rejeté, estimant, au visa de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

L'affaire avait alors été renvoyée devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée, qui, par un arrêt du 29 avril 2009, avait rendu une décision identique à son premier arrêt, rejetant les recours des sociétés condamnées.

Saisie d'un nouveau pourvoi, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, dans cet arrêt rendu le 7 janvier 2011, casse l'arrêt de la cour d'appel.

Visant les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais aussi le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, l'assemblée plénière a affirmé que « *sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence et que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Ce qu'il convient de retenir ici, c'est que les dispositions du code de procédure civile, qui ont vocation à s'appliquer à la procédure mise en œuvre par l'Autorité à chaque fois qu'aucune disposition expresse énoncées dans le code de commerce ne vient y déroger, doivent être retenues s'agissant de la question de l'admission de la preuve dans la mesure où le code de commerce est muet sur ce point.

L'article 9 du code de procédure civile, qui dispose qu'il « incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention », n'est cependant pas non plus très explicite.

D'où la nécessité pour l'Assemblée plénière de la Cour de cassation d'en appeler, à l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, cette référence est critiquable car non seulement cette disposition postule uniquement au droit à un procès équitable, mais en outre l'application qu'en fait la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne condamne pas, par principe, le recours à des preuves d'origine déloyale, ainsi que le montre l'avis rendu dans la présente affaire par le Premier Avocat général, Madame Cécile Petit, dont les conclusions n'ont pas été suivies par la Cour. À l'inverse, relève Madame Petit, **les règles du procès équitable invitent à débattre « in concreto » et contradictoirement des éléments de preuve versés aux débats, fussent-ils déloyaux.**

Avec l'arrêt du 7 janvier 2011, la plus haute formation de la Cour de cassation marque également son attachement au **principe de loyauté**, qui participe plei-

nement selon elle à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine, y compris en droit de la concurrence.

La Cour de cassation refuse par ailleurs de **reconnaître à la procédure devant l'Autorité de la concurrence la qualité de procédure « parapénale » ou « quasi pénale »** et d'en tirer les conséquences qu'une telle qualification

implique en termes d'admission plus libérale des modes de preuves.

Cet arrêt de la Cour de Cassation s'inscrit dans une logique de protection des droits. Si les enjeux économiques ne doivent pas être ignorés du juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action.





Détermination des sanctions pécuniaires : l'Autorité de la concurrence lance une consultation publique jusqu'au 11 mars sur son projet de communiqué

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Le 17 janvier dernier, l'Autorité de la concurrence a lancé une consultation publique destinée à lui permettre de recueillir les observations des personnes intéressées sur le projet de communiqué décrivant la méthode de fixation des sanctions qu'elle impose en cas d'infraction aux règles de concurrence.

Les personnes intéressées sont invitées à contribuer à cette consultation et à adresser vos observations **jusqu'au 11 mars au plus tard** (Retrouver toutes les informations pratiques pour le dépôt de ses observations : sur le lien suivant : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intro_lancement.pdf)

Nous présenterons d'abord les grandes lignes du projet soumis à consultation (I) avant d'en examiner quelques éléments parmi les plus problématiques (II)

I. Les grandes lignes du Communiqué :

■ Le but du communiqué :

Le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (« le Projet de communiqué ») vise à « **accroître la transparence**, en faisant connaître la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce. [II] **permet aux intéressés de mieux comprendre comment sont fixées les sanctions pécuniaires**, ainsi qu'aux juridictions de contrôle d'en vérifier plus aisément la détermination⁹ ».

Le Projet de communiqué a ainsi pour but d'améliorer la sécurité juridique des entreprises faisant l'objet d'une procédure contentieuse devant l'Autorité de la concurrence.

A ce titre, on rappellera qu'il convient de bien distinguer, en ce qui concerne les sanctions pécuniaires, transparence et clémence.

Aussi, les observateurs les plus assidus de la pratique communautaire ont pu souligner que les lignes directrices de la Commission européenne de 2006 pour le calcul des amendes¹⁰ avaient été énonciatrices d'une hausse généralisée du montant des amendes !

Une entreprise prévenue en vaudrait deux et nul doute que la publication du Projet de communiqué

a, à la fois, un aspect pédagogique et un aspect dissuasif en ce qui concerne la commission des pratiques anticoncurrentielles.

Cela étant dit, il convient bien évidemment de saluer le travail d'élaboration de ce Projet de communiqué et la consultation publique dont il fait l'objet.

■ La méthode de détermination du montant des sanctions :

Rappelons tout d'abord que, si l'Autorité dispose certes d'un important pouvoir d'appréciation, elle exerce son pouvoir de sanction dans le cadre de l'article L.464-2 du Code de commerce qui dispose notamment :

« Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la **gravité des faits** reprochés, à l'importance du **dommage causé à l'économie**, à la **situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné** ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».

Pour reprendre le point 17 du Projet de communiqué, **la méthode suivie en pratique par l'Autorité pour mettre en œuvre ces critères au cas par cas, dans l'ordre prévu par le code de commerce, peut être synthétisée en 4 étapes :**

1) L'Autorité détermine d'abord **le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme**, en considération de la **gravité des faits** et de l'importance du **dommage causé à l'économie**, critères qui concernent tous deux l'infraction en cause.

2) Ce montant de base est ensuite adapté pour prendre en considération **les éléments propres au comportement et à la situation individuelle** de chaque entreprise ou organisme, à l'exception de la réitération dont la loi a fait un critère autonome.

3) Le montant de base est augmenté dans un troisième temps, pour chaque entreprise ou organisme concerné, en cas de **réitération**.

4) Le montant définitif de la sanction pécuniaire, fixé en tenant compte le cas échéant de l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la **clémence** ou de la réduction accordée au titre de la **non contestation des griefs**, est enfin comparé au **maximum légal**, puis ajusté lorsqu'il y a lieu au vu de la **capacité contributive** de l'entreprise ou de l'organisme en cause.

⁽⁹⁾ Communiqué, point 13.

⁽¹⁰⁾ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JOCE n° C 210 du 1er septembre 2006.

Il convient maintenant d'attirer votre attention sur les éléments qui nous apparaissent comme les plus problématiques du Projet de communiqué.

II. Quelques éléments de débats :

On soulignera une nouvelle fois le travail remarquable de synthèse opéré par les rédacteurs du Projet de communiqué.

Il convient toutefois de mettre en exergue les éléments qui, selon nous, apparaissent parmi les plus problématiques.

■ La notion de dommage à l'économie :

On peut comprendre, à la lecture de l'article L.464-2 du Code de commerce, que le Projet de communiqué est tenu de faire référence à la notion de dommage à l'économie, spécificité française qui est contestée pour son importance disproportionnée dans la détermination de la sanction du fait de son caractère trop vague.

On rappellera ici que l'une des préconisations du rapport Folz du 20 septembre 2010 relatif aux sanctions des pratiques anticoncurrentielles (voir Flash concurrence MG Avocats n°10 d'octobre 2010) était précisément d'abandonner le critère du dommage à l'économie, lequel ne devait intervenir qu'au stade des pondérations comme circonstance atténuante ou aggravante.

Le Projet de communiqué, dans une lecture que l'on serait tenté de qualifier de « restrictive » de l'article L.464-2 du Code de commerce, confirme le caractère essentiel de ce critère, en le plaçant sur le même plan que la gravité de l'infraction en cause.

■ L'année de référence prise en compte pour la détermination de la sanction :

On rappellera que la valeur des ventes prise comme référence par l'Autorité pour donner une traduction chiffrée à l'appréciation portée sur la gravité des faits et sur l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des ventes de produits ou de services réalisées par l'entreprise ou l'organisme concerné en relation tant directe qu'indirecte avec l'infraction ou avec les infractions quand il en existe plusieurs, durant sa dernière année complète de participation à celle(s)-ci (point 27).

Cela étant précisé, certains commentateurs pourraient souligner le risque réel d'arbitraire de l'Autorité dans la fixation de l'année de référence, censée être la dernière année mais qui pourrait être très différente à la lecture du point 31 :

« Dans les cas particuliers où elle considère que la valeur des ventes réalisées durant la dernière année complète de participation à l'infraction n'est manifestement pas représentative de la valeur des ventes réalisées sur l'ensemble de la période d'infraction, l'Autorité retient une année qu'elle estime plus représentative ou une moyenne d'années ».

■ La détermination du montant de base de l'amende pour un groupement d'entreprises :

Le paragraphe 32 du Communiqué saura susciter sans nul doute de nombreux commentaires :

« Lorsque l'infraction est commise par un groupement d'entreprises, la valeur des ventes est celle réalisée par l'ensemble des entreprises membres du groupement ».

On pourrait légitimement s'interroger sur l'articulation de cette disposition avec notamment la vérification du respect du maximum légal de 10% du chiffre d'affaires ou encore avec la prise en compte de la capacité contributive de l'organisme en cause.

■ Le cas particulier de pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres :

On remarquera que la dernière partie du Communiqué est dédiée à l'adaptation de la méthode de détermination du montant des sanctions pécuniaires dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres.

A ce titre, les commentateurs devraient souligner la rédaction singulière du dernier paragraphe du Projet de communiqué au regard des exigences de transparence et de prévisibilité de la détermination des sanctions :

« Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, à l'assiette que l'Autorité retiendra comme pertinente au cas d'espèce. Ce coefficient tiendra compte du fait que ces pratiques se rangent, par leur nature même, parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter en raison de leur caractère occulte ».

■ L'absence d'éléments relatifs à la procédure

Le rapport Folz, en septembre 2010, préconisait qu'un rapport contradictoire ait lieu suffisamment en amont de la procédure afin que les parties ne prennent connaissance de la sanction seulement lorsque la décision finale leur est notifiée.

Sur ce point, le mutisme du projet est certain. Certains commentateurs relèveront enfin que le Projet ne prend pas en compte la possibilité soulevée par le Rapport Folz, de recourir au sursis avec mise à l'épreuve en cas de première infraction, pour les atteintes les moins graves au droit de la concurrence.

Le Projet suscitera évidemment de multiples autres interrogations.





Clauses limitatives de responsabilité : l'apport du dernier arrêt Faurecia c/ Oracle

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Après la série des arrêts « Chronopost »¹¹ et la saga judiciaire « Oracle/Faurecia » il était bien difficile d'y voir clair sur la question de la validité des clauses limitatives de responsabilité.

Avec l'arrêt rendu le 29 juin 2010 (n° 09-11841) par la Chambre commerciale de la Cour de cassation et qui constitue l'épilogue du contentieux « Oracle/Faurecia », c'est un peu plus de sécurité juridique que nous devrions retrouver dans ce domaine.

Avant que d'exposer l'apport de l'arrêt du 29 juin 2010, n° 09-11841, il convient de rappeler ce qu'était l'état de notre droit positif antérieur.

Le premier arrêt rendu par la Cour de cassation à l'encontre de Chronopost le 22 octobre 1996 (n° de pourvoi 93-18636) était fondé sur l'article 1131 du Code civil qui dispose : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

Le contrat qui avait été conclu entre le client et Chronopost prévoyait une clause limitative de responsabilité qui limitait l'indemnisation du retard dans l'acheminement du pli au prix du transport.

La Cour de cassation a considéré dans cet arrêt que l'obligation qui pesait sur Chronopost de livrer les plis dans un délai déterminé était une obligation essentielle du contrat.

Autrement dit, la stricte observation des délais était la raison d'être du contrat : sa cause.

La Cour de cassation avait donc estimé que la clause limitative de responsabilité qui limitait l'indemnisation du client au prix du transport contredisait la portée de l'engagement pris par Chronopost et devait, par application de l'article 1131 du Code civil, être réputée non écrite.

Par la suite, dans un arrêt du 22 avril 2005 (n° de pourvoi n° 03-14112) la Chambre Mixte de la Cour de cassation avait eu à statuer sur l'application de la clause limitative d'indemnité pour retard du contrat type « *Messagerie* » qu'opposait Chronopost à l'un de ses clients, la société KA France.

KA France avait décidé de concourir à un appel d'offres qui devait se clôturer le 25 mai 1999 à 17 heures 30 et avait confié à Chronopost le vendredi 22 mai 1999 l'acheminement de sa candidature qui n'était parvenue à destination que le 26 mai 1999, soit avec un retard de quatre jours.

La Cour d'appel avait écarté le plafond d'indemnisation prévu par le contrat type « *Messagerie* » et condamné Chronopost à payer à la société KA France la somme de 100.000 francs en raison de la défaillance de Chronopost consistant en un retard de quatre jours, qualifié par elle-même « *d'erreur exceptionnelle d'acheminement* ».

La Cour de cassation va sanctionner la Cour d'appel d'avoir statué ainsi « *alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissement sur la cause du retard* ».

On en déduisait alors que la faute lourde, seule susceptible d'écarter la clause limitative de responsabilité, nécessitait la preuve d'une négligence d'une particulière gravité et non pas seulement de la simple inexécution d'une obligation contractuelle.

Dans l'arrêt du 21 février 2006 (n° de pourvoi 04-20139), la Chambre sociale de la Cour de cassation enfonçait le clou sur cette appréciation de la faute lourde dans une affaire opposant la société Banchereau à Chronopost, une fois encore mise en cause à l'occasion de l'acheminement en retard d'un pli destiné à une soumission à une adjudication.

Chronopost, qui avait donc délivré ce pli en retard, opposait la clause légale de limitation de responsabilité du transporteur résultant de l'article 15 du contrat type « *Messagerie* ».

La Cour d'appel avait considéré qu'en livrant deux fois de suite les plis confiés vingt quatre heures après le délai garanti, Chronopost s'était affranchie de l'exécution de son obligation essentielle et avait vidé les contrats de leur substance.

La Cour de cassation va casser l'arrêt d'appel au motif « *qu'en statuant ainsi alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ».

L'enseignement à retirer de cet arrêt est donc que le seul manquement à une obligation contractuelle même s'il est essentiel, et en l'espèce l'engagement de Chronopost de livrer les plis dans un délai garanti était essentiel, ne caractérise pas à lui seul la faute lourde susceptible de priver le débiteur de cette obligation de la limitation de responsabilité prévue en sa faveur.

Cet arrêt signalait donc le retour en force de la limitation de responsabilité mais rendait du même coup très incertaine la démonstration d'une faute lourde.

⁽¹¹⁾ Cour de cassation Ch. com. 22 octobre 1996 n° de pourvoi 93-18636 ; Cassation Mixte, 22 avril 2005 n° 03-14112 ; Cassation comm. 21 février 2006 n° de pourvoi 04-20139.

Après le feuilleton judiciaire Chronopost, ce fut au tour des sociétés Oracle et Faurecia de tenir la doctrine juridique en haleine.

Dans un premier arrêt du 13 février 2007 (n° de pourvoi 05-17407) la Chambre commerciale de la Cour de cassation constata que « *la société Oracle s'était engagée à livrer la version V.12 d'un progiciel, objectif final des contrats passés en septembre 1999 et qu'elle n'avait exécuté cette obligation de livraison ni en 1999 ni plus tard, sans justifier d'un cas de force majeure, puis relevé qu'il n'avait jamais été convenu d'un autre déploiement que celui de la version V.12, ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* ».

Il s'agissait donc là d'une marche arrière totale par rapport au dernier arrêt Chronopost de 2006.

D'autant que le 5 juin 2007 la même Chambre commerciale de la Cour de cassation rendait un arrêt dans une autre affaire opposant Thalès à Extand, commissionnaire de transport qui avait perdu les colis confiés par Thalès.

Extand opposait une clause limitative dont l'application avait été retenue par la Cour d'appel.

La Cour de cassation censure cette décision au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché si l'impossibilité de localiser les colis pendant leur acheminement ne constituait pas un manquement à une obligation essentielle permettant de réputer non écrite la clause limitative d'indemnisation.

Cet arrêt achevait de remettre le critère du manquement à une obligation essentielle au centre du débat sur le fondement de l'article 1131 du Code civil.

A la suite de l'arrêt Faurecia du 13 février 2007, la Cour d'appel de Paris statuant sur renvoi refusa de s'incliner et accueillit favorablement la clause limitative de responsabilité de la société Oracle puisque cette clause n'avait pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant, ou de vider de toute substance cette obligation, mais seulement de fixer un plafond d'indemnisation qui n'était pas dérisoire puisqu'égal au montant du prix payé par Faurecia au titre du contrat de licence.

Faurecia ne désarma pas et forma donc un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris précité.

C'est donc en statuant sur ce pourvoi que la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendit le 29 juin 2010 un arrêt (n° de pourvoi 09-11481) par lequel jaillit enfin la lumière et, on l'espère, la clarification tant attendue !

Le pourvoi de Faurecia était soutenu pour violation des articles 1131, 1134 et 1147 du Code civil, c'est-à-dire encore une fois sur l'inexécution contractuelle et l'obligation sans cause.

Dans cet arrêt, le raisonnement tenu par la Cour de cassation est à double détente.

Premièrement, la Cour de cassation estime que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, le montant de l'indemnisation négociée aux termes d'une clause stipulant que des prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné une étude globale afin de développer un produit et Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V.12 d'Oracle Applications ; que la Cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision* ».

Deuxièmement, alors que Faurecia soutenait qu'Oracle n'avait pas livré la version V.12 et avait donc manqué à une obligation essentielle du contrat, la Cour de cassation va considérer que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ».

Désormais donc, une clause limitative de responsabilité sera considérée comme valable si son application fait peser sur le débiteur de l'obligation une contrainte financière suffisante de nature à le responsabiliser quant à l'exécution de cette obligation.

A contrario, si le jeu de la clause limitative n'aboutit à sanctionner le débiteur défaillant que de manière dérisoire, celui-ci se sachant pratiquement irresponsable, ne sera pas incité par le jeu de ladite clause à remplir correctement son obligation. Cette clause videra alors de toute substance l'obligation essentielle du débiteur.

C'est en cela que la clause limitative de responsabilité devra rester incitative pour le débiteur de l'obligation contractuelle.

En outre, s'agissant de l'appréciation de la faute lourde éventuellement commise par le débiteur de l'obligation inexécutée, la Cour de cassation réaffirme le principe selon lequel la seule inexécution contractuelle, même si elle porte sur une obligation essentielle du contrat, ne suffit pas à caractériser à elle seule la faute lourde susceptible de faire sauter la clause limitative de responsabilité.

Ce dernier arrêt « *Faurecia* » a donc le mérite de ne pas faire fi de la jurisprudence antérieure mais de venir la préciser et l'articuler de façon à ce que les futurs rédacteurs de clauses limitatives de responsabilité aient à l'esprit le maintien d'un certain équilibre de la relation contractuelle.





Produits défectueux : le fournisseur en arrière plan

Par Nicolas Cré

Dans un arrêt du 28 mai 2010 (n°08-18.545) la chambre commerciale de la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi de l'assureur subrogé dans les droits de l'employeur condamné pour la faute inexcusable ayant conduit au décès de l'un des ses employés, la Cour de cassation confirme que seul le régime spécial des produits défectueux s'applique en cas de dommages causés par un produit à la personne.

Ce régime spécial des articles 1386-1 et suivants du Code civil, modifié par une transposition difficile de la Directive européenne du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (I) est globalement défavorable à la victime qui disposait antérieurement de plusieurs recours (II).

I. Une transposition chaotique :

La transposition en France de la directive n° 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux a connu quelques soubresauts et donné lieu à deux condamnations de la France par la Cour de justice des communautés européennes pour transposition incorrecte.

La France avait souhaité conserver un régime de réparation plus favorable à la victime d'un produit défectueux que celui résultant de la directive précitée.

La directive du 25 juillet 1985 prévoit que « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit* ». Le producteur est défini comme le fabricant du produit, d'une composante du produit ou l'importateur d'un produit au sein de l'Union européenne.

La directive prévoit que si le producteur du produit ne peut être identifié, chaque fournisseur en sera considéré comme producteur à moins qu'il n'indique à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit.

La France, en transposant cette directive par la loi du 19 mai 1998, avait non pas prévu une responsabilité subsidiaire du fournisseur mais une responsabilité similaire à celle du producteur en rédigeant ainsi l'article 1386-7 du Code civil : « *Le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur ou tout autre fournisseur professionnel est responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur* ».

Ainsi, la victime pouvait introduire une action, au choix, à l'encontre du fabricant ou du distributeur.

Par un arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes du 25 avril 2002 (C-52/00), la France a été condamnée selon la procédure de manquement initiée par la Commission européenne pour cette transposition incorrecte.

Par conséquent, le législateur français devait, par la loi du 9 décembre 2004, modifier sa transposition. Il avait alors prévu que « *le vendeur (...) ou tout autre*

fournisseur professionnel n'est responsable du défaut de sécurité du produit dans les mêmes conditions que le producteur que si ce dernier est inconnu ».

Cette rédaction ne devait pas non plus recueillir la faveur de la Commission.

En effet, la France n'avait pas envisagé la possibilité pour le fournisseur d'échapper à sa responsabilité par l'indication du nom du producteur ni par celle de son propre fournisseur comme l'a pourtant précisé l'article 3 § 3 de la directive.

Dès lors, la Commission introduisit un second recours en manquement d'Etat qui devait aboutir à une seconde condamnation de la France pour mauvaise transposition.

La loi n° 2006-406 du 5 avril 2006 a modifié une nouvelle fois l'article 1386-7 du Code civil qui dispose désormais que « *si le producteur du produit ne peut être identifié, le vendeur (...) ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée* ».

Concernant la désignation du responsable, la directive n'avait pas prévu pour les Etats-membres de marge d'appréciation. Sur ce point, la France devait transposer « *toute la directive et rien que la directive* ».

La rédaction issue de la loi du 5 avril 2006 est moins favorable à la victime par rapport à la législation antérieure qui lui permettait de choisir de poursuivre soit le producteur, soit le vendeur professionnel ou dans les chaînes de contrat un vendeur antérieur.

Désormais, dès lors que l'identité du producteur est connue, le fournisseur est dégagé de toute responsabilité.

Dans l'arrêt du **28 mai 2010 (n°08-18.545)**, l'identité du producteur était connue. Pourtant, la compagnie d'assurance subrogée dans les droits de l'employeur avait choisi de poursuivre le distributeur, non sur le fondement de la responsabilité au titre des produits défectueux, mais sur la responsabilité délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La responsabilité contractuelle était exclue puisque le salarié victime de l'effondrement des matériels de stockage demeurait un tiers au contrat.

Cependant, la Cour de cassation en retenant que « *la société Ettax n'était que le fournisseur du matériel litigieux et non son fabricant (...), que les demanderessees connaissaient l'identité du producteur et qu'enfin celles-ci n'établissaient aucune faute distincte du défaut de sécurité du produit, la Cour d'ap-*

pel en a exactement déduit, sans dénaturer les conclusions qui lui étaient soumises, que la responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil était irrecevable par application des articles 1386-1 et suivants du Code civil ».

En matière de sécurité des produits, le choix pour la victime entre les différents régimes de responsabilité est désormais fermé, dès lors que le producteur est connu et qu'elle ne peut fonder son action sur un moyen autre que le défaut de sécurité du produit.

La solution retenue par la Cour de cassation n'était pas évidente car l'article 13 de la directive prévoit que *« la présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive »*. Cette disposition a été reprise à l'article 1386-18 du Code civil. L'assureur subrogé, au vu de cette disposition, a pu croire être bien fondé à retenir l'action en responsabilité du fait des choses.

Or, c'était là méconnaître la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes du 25 avril 2002 (affaire n° C-183/00).

Dans cet arrêt, à la question préjudicielle d'un juge espagnol, la Cour a répondu que *« l'article 13 de la directive ne saurait être interprété comme laissant aux Etats membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive », ce qui n'exclut pas « l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle reposant sur des fondements différents, tels que la garantie des vices cachés ou la faute »*.

La Cour de Justice a également précisé que le régime spécial doit s'entendre d'un régime propre, limité à un secteur déterminé de production. La Cour notait *« qu'en revanche, il y a lieu de considérer qu'un régime de responsabilité du producteur reposant sur le même fondement que celui mis en place par la directive et non limité à un secteur déterminé de production n'entre dans aucun des régimes de responsabilité auxquels se réfère l'article 13 de la directive. Cette disposition ne saurait être invoquée dans un tel cas pour justifier le maintien de dispositions nationales plus protectrices que celles de la directive »*.

II. La victime moins bien protégée :

Les commentateurs virent dans l'arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes précité une condamnation de la jurisprudence française fondée sur l'obligation de sécurité issue de l'article 1147 du Code civil.

Cette condamnation a été entendue par la Première Chambre civile de la Cour de cassation qui dans son arrêt du 15 mai 2007 (n°05-17.947) a retenu que c'est à bon droit que la Cour d'appel a *« relevé que la société La Redoute n'était que le fournisseur de l'appareil litigieux et non son fabricant, la Cour d'appel*

qui, par application des méthodes reconnues par le droit national, n'a fait qu'interpréter, comme cela lui incombait l'article 1147 du Code civil à la lumière de la directive 85/374/CEE [non encore transposée lors de l'introduction de l'instance] (...) a décidé à bon droit que l'action en responsabilité contractuelle fondée sur le texte de droit interne, ainsi exactement interprété, était irrecevable à l'encontre du fournisseur ».

La victime d'un produit défectueux ne peut plus se retourner contre son fournisseur, sur le terrain des articles 1386-1 et suivants du Code civil dès lors que le producteur est connu.

Les exigences relatives à la traçabilité des produits rendent encore plus difficile la recherche de la responsabilité du fournisseur. Il est rare aujourd'hui que l'identité du producteur soit inconnue, ce qui n'est pas sans poser de difficultés procédurales pour le plaignant si le producteur réside à l'étranger.

Les actions alternatives fondées sur les obligations nées d'un contrat comme la garantie des vices cachés n'ont vocation à être mises en jeu que par l'acheteur dans le cadre d'une vente et ne sauraient donc être invoquées par un tiers au contrat, comme un salarié. Il en va de même pour l'obligation de délivrance, de conformité, d'information ou de conseil.

Quant au régime de la responsabilité délictuelle du fait des choses, comme l'ont relevé la Cour d'appel et la Cour de cassation, il eut fallu que le tiers subrogé dans les droits de la victime puisse se prévaloir d'une faute autre que celle ayant consisté en la vente d'un produit défectueux pour pouvoir retenir la responsabilité du fournisseur.

Le régime de responsabilité issu de la directive de 1985 marque un recul de la protection de la victime d'un produit défectueux. Celle-ci ne peut que se retourner que contre le producteur dès lors que ce dernier est connu et n'est donc plus libre de diriger son action, comme elle le faisait auparavant, en considération du patrimoine de ses débiteurs. Elle ne retrouve le choix de son débiteur que si elle parvient à prouver une faute distincte de celle du défaut de sécurité du produit. Dans ce cas, elle peut engager la responsabilité du fournisseur sur le terrain des vices cachés ou de la responsabilité du fait des choses. Ce qui, comme l'illustre, la jurisprudence ici commentée, n'est pas chose aisée pour la victime.

La directive a été conçue dans le but de promouvoir la liberté de circulation des marchandises et le principe de la libre concurrence au détriment des garanties plus favorables de certaines législations nationales. Le reproche a été adressé à la Commission par de nombreux auteurs. La commission qui pourtant s'attache à étudier les effets de cette directive arrive paradoxalement à la conclusion qu'il serait prématuré de la modifier. Or, s'agissant d'un régime destiné principalement à réparer les atteintes à l'intégrité corporelle, il est choquant que la victime dispose de moins de recours que lorsque le dommage résulte d'une atteinte à ses biens.





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 loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 :** 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 nouveau 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 strictement 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] ;**

■ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 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 ; etc. ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions visées sous les 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 la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**

■ **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 ;**

■ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME** du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 et 2010 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, 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 ;

■ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011, 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 ;**

■ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

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