

# LA LETTRE DU CABINET

JANVIER - FÉVRIER - MARS 2013

[contact@grall-legal.fr](mailto:contact@grall-legal.fr) - [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)

## Sommaire

- 02 **Le commerce électronique de médicaments ouvert aux pharmaciens d'officine**  
par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Philippe Juvet
- 03 **Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État donnent raison à l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Canal Plus / TPS**  
par Jean-Christophe Grall et Élodie Camous
- 04 **Entente et seuil de sensibilité : première interprétation de la communication de minimis par la Cour de justice de l'Union européenne.**  
par Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière
- 05 **Affaire Intermarché : un jugement en demi-teinte !**  
par Jean-Christophe Grall
- 07 **Cartel du porc : retour sur le rôle du Syndicat national du commerce du porc**  
par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 09 **Agriculture et concurrence : alignement, adaptation, confrontation ou consensus : un débat permanent !**  
par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros
- 14 **Contribution du Cabinet Grall & Associés pour les travaux de l'APDC portant sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence depuis le communiqué sur les sanctions du 16 mai 2011 : Décision « Endives »**  
par Jean-Christophe Grall, Elodie Camous et Nathalie de Crouy
- 15 **Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-08 du 6 mars 2012 (secteur agricole : production et commercialisation des endives)**  
par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous
- 17 **Agent commercial : le développement d'une activité concurrente de celle du mandant ne constitue pas nécessairement une faute grave**  
par Caroline Bellone
- 18 **Le propriétaire d'un centre commercial ne peut le laisser dépérir même s'il ne lui reste qu'un seul locataire**  
par Nicolas Cré
- 20 **Programme des interventions et des formations 2013**

# Le commerce électronique de médicaments ouvert aux pharmaciens d'officine

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Philippe Jouvét

**Le débat sur la vente de médicaments sur Internet rebondit avec la possibilité donnée aux pharmaciens d'officine de créer un site Internet proposant à la vente les médicaments « over the counter ». Passée un peu inaperçue en période de fêtes, cette faculté nouvelle est cependant lourde de conséquences sur les plans pratique et juridique.**

On entend par **commerce électronique de médicaments** l'activité économique par laquelle le pharmacien propose ou assure à distance et par voie électronique la vente au détail et la dispensation au public des médicaments à usage humain et, à cet effet, fournit des informations de santé en ligne.

Telle est la définition qui ressort du nouvel article L. 5125-33 du Code de la Santé Publique, introduit par l'Ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur Internet et à la lutte contre la falsification de médicaments (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026805101&dateTexte=&categorieLien=id>).

Ce texte précise que la dispensation électronique de médicaments est réservée aux pharmaciens titulaires d'une officine ou aux pharmaciens gérant d'une pharmacie mutualiste ou de secours minière, exclusivement pour leurs membres.

Elle relève de l'entière responsabilité du pharmacien, est limitée aux **seuls médicaments de médication officinale qui peuvent être présentés en accès direct au public en officine** et est soumise aux règles de déontologie applicables à l'officine (le pharmacien doit notamment informer de la création du site le conseil compétent de l'Ordre des pharmaciens dont il relève).

Il est également à noter qu'en cas de regroupement de plusieurs officines de pharmacie, il ne peut être créé et exploité qu'un seul site Internet rattaché à la licence issue de ce regroupement.

En cas de manquement aux règles applicables au commerce électronique de médicaments, le Directeur Général de l'Agence régionale de santé territorialement compétente peut, après une mise en demeure :

- prononcer la fermeture temporaire du site pour une durée allant jusqu'à cinq mois ;
- prononcer une amende administrative, assorti le cas échéant d'une astreinte, cette amende pouvant atteindre **30% du chiffre d'affaires** réalisé par la pharmacie dans le cadre du commerce électronique, dans la limite d'un million d'euros.

La mise en œuvre de ce nouveau dispositif, s'il suscite de vives critiques, était pourtant inéluctable et cela pour deux raisons principales :

- les impératifs issus du droit de l'Union européenne (I) ;

- la nécessité de lutter contre la vente de produits falsifiés (II).

## I. Les impératifs issus du droit de l'Union européenne :

On se souviendra qu'aux termes du célèbre arrêt « *Doc Morris* » en date du 11 décembre 2003, la Cour de Justice de l'Union européenne avait jugé qu'un Etat membre ne pouvait interdire aux pharmacies la vente en ligne de médicaments non soumis à ordonnance.

Encore fallait-il cependant concilier, pour la Cour, le principe de la libre circulation des marchandises garanti aujourd'hui par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et la réglementation nationale spécifique aux spécialités pharmaceutiques.

C'était là l'un des buts donnés à la directive 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, en ce qui concerne la prévention de l'introduction dans la chaîne d'approvisionnement légale de médicaments falsifiés.

De cette directive ressortaient les conditions minimales applicables au commerce électronique de médicaments par les pharmacies, conditions qui ont été transposées dans le droit national par l'Ordonnance du 19 décembre 2012 :

- autorisation ou habilitation préalable ;
- fourniture d'informations détaillées sur le site Internet et ses opérateurs ;
- et donc respect de la législation nationale de destination.

Le nouvel article L.5125-40 du Code de la Santé publique transpose ainsi cette dernière obligation en prévoyant qu'une « *personne physique ou morale légalement habilitée à vendre des médicaments au public dans l'Etat membre de l'Union européenne dans laquelle elle est installée doit, dans le cadre d'une activité de commerce électronique de médicaments à destination d'une personne établie en France, respecter les dispositions de l'article L. 5125-34 ainsi que la législation applicable aux médicaments commercialisés en France* ».

Cette possibilité de commerce électronique de médicaments instaurée par la législation européenne, puis aujourd'hui par le droit français, a, de manière évidente, pour objectif de lutter contre la vente en ligne de médicaments falsifiés.

## II. La nécessité de lutter contre la vente en ligne de médicaments falsifiés :

Selon la définition donnée par le nouvel article L.5111-3 du Code de la Santé publique, le médicament fal-

sifié est un médicament comportant une fausse présentation :

- de son identité, y compris de son emballage et de son étiquetage, de son nom ou de sa composition s'agissant de n'importe lequel de ses composants, y compris les excipients, et du dosage de ces composants ;
- de sa source, y compris de son fabricant, de son pays de fabrication, de son pays d'origine ou du titulaire de son autorisation de mise sur le marché ;
- ou de son historique, y compris des autorisations, des enregistrements et des documents relatifs aux circuits de distribution utilisés.

Le risque pour un consommateur d'être trompé par cette fausse présentation et d'acheter ainsi un médicament falsifié sur Internet est loin d'être négligeable.

Selon une étude de l'OMS reprise par l'Institut de recherche anti-contrefaçons de médicaments (IRACM) : (<http://www.iracm.com/hp3download/4185.pdf>) « un patient a 90 % de chance d'être trompé en achetant des médicaments sur Internet dont environ 50 % de risque de tomber sur un médicament falsifié ».

Afin de limiter ce risque, l'ordonnance du 19 décembre 2012 a introduit un nouvel arsenal répressif dans le cadre du nouvel article L.5421-13 ajouté au Code de la santé publique qui punit de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, la fabrication, le courtage, la distribution, la publicité, l'offre de vente, la vente, l'importation, l'exportation de médicaments falsifiés.

Ces peines sont portées à 7 ans et 750 000 euros d'amende lorsque :

- le médicament falsifié est dangereux pour la santé de l'homme ;
- les délits précités sont commis par des établissements pharmaceutiques autorisés conformément à l'article L. 5124-3, les courtiers déclarés conformément à l'article L. 5124-20, les pharmacies d'officine

titulaires de la licence mentionnées à l'article L. 5125-4 et les pharmaciens à usage intérieur mentionnés à l'article L. 5126-5 du Code de la santé publique ;

- les délits précités sont commis en bande organisée ;
- les délits de publicité, offre de vente ou vente de médicaments falsifiés ont été commis sur un réseau de télécommunication à destination d'un public non déterminé.

L'ordonnance apporte-t-elle pour autant un remède au risque de falsification des médicaments ?

Rien n'est moins certain, si l'on en croit le Conseil national de l'Ordre de pharmaciens qui l'a vivement dénoncée dans un communiqué du 20 décembre 2012 :

*« (...) L'Internet menace gravement une des dimensions essentielles des professions de santé : la confidentialité. Là où le dossier pharmaceutique est crypté, l'échange d'e-mails ne l'est pas ; **Ce ne sont pas les médicaments proposés en ligne par les pharmaciens qui seront contrefaits, ce sont les pharmacies qui seront falsifiées.** La prolifération de sites vendant tout et n'importe quoi en matière de santé et parapharmacie, sous des dehors pseudo-pharmaceutiques, met en danger les patients qui ne se repéreront pas dans cette jungle électronique. Tous les labels peuvent être falsifiés ; La délivrance par Internet complexifie les contrôles à réaliser et rend plus difficile la vérification du respect des règles professionnelles. ».*

L'article 3 du décret d'application de l'ordonnance en date du 31 décembre 2012 (<http://www.legi-france.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026871417&dateTexte=>) qui encadre strictement les modalités d'autorisation de commerce électronique de médicament et de création du site Internet des pharmaciens d'officine, apportera peut-être des éléments de réponse rassurants aux pharmaciens, mais pour autant la vente de médicaments sur Internet n'a certainement pas fini de susciter bien des passions.

## Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État donnent raison à l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Canal Plus / TPS

Par Jean-Christophe Grall et Élodie Camous

**Après la décision fin 2011 de l'Autorité de la concurrence retirant l'autorisation de rachat de TPS par la société Groupe Canal Plus et condamnant cette dernière pour non-respect des engagements conditionnant cette autorisation, l'année 2012 a été ponctuée d'une série de décisions liées aux recours que les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal ont effectués dans cette affaire.**

Pour mémoire, le 20 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence a ordonné le retrait de la décision d'autorisation du Ministre chargé de l'économie en date du 30 août 2006 autorisant le rachat de TPS par la société Groupe Canal Plus et a sanctionné Groupe Canal Plus au paiement d'une amende de 30 millions d'euros pour avoir manqué à plusieurs des engagements auxquels l'autorisation de la concentration

était subordonnée (Décision n°11-D-12 en date du 20 septembre 2011).

Dans le cadre du recours devant le Conseil d'État, tendant à l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence, les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal ont posé une question prioritaire de constitutionnalité (ci-après, « **QPC** ») portant sur les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence au titre de l'article L.430-8-IV du Code de commerce (permettant à cette dernière de sanctionner les entreprises n'ayant pas respecté les engagements souscrits à l'occasion de l'autorisation d'une opération de concentration).

La procédure en annulation de ladite décision devant le Conseil d'État a alors été suspendue jusqu'à

l'adoption de la décision du Conseil constitutionnel, le 12 octobre 2012.

### **I. La décision du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012 : les pouvoirs de l'Autorité sont conformes à la Constitution**

Plus particulièrement, dans le cadre de la QPC, les sociétés ont soulevé l'absence de conformité des dispositions du Code de commerce relatives à la composition, aux règles de délibération et aux modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence (articles L.430-8-IV, L.461-1, L.461-3 et L.462-5-III du Code de commerce) avec le principe d'impartialité et à la liberté d'entreprendre.

Le 17 juillet 2012, le Conseil d'État a transmis au Conseil constitutionnel la QPC, considérant que la question posée par les requérantes répondait aux conditions de transmission pour examen au Conseil constitutionnel (pour un commentaire de cette décision, voir l'article « *Affaire Canal Plus : les pouvoirs de l'Autorité de la concurrence soumis à l'analyse du Conseil constitutionnel* » par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous).

Le 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a rejeté la question prioritaire de constitutionnalité posée par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal considérant que ces dispositions étaient conformes à la Constitution :

- s'agissant des dispositions relatives aux pouvoirs de sanction de l'Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel a considéré qu'elles ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre au regard de l'objectif de préservation de l'ordre public économique puisqu'elles assuraient le respect effectif des engagements dont peuvent être assorties les décisions d'autorisation d'une concentration ;
- s'agissant des dispositions relatives à la composition, aux règles de délibération et aux modalités de saisine de l'Autorité de la concurrence, le Conseil constitutionnel a considéré qu'elles respectaient les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans la mesure où elles organisaient une séparation fonctionnelle au sein de l'Autorité et qu'aucune confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les fonctions de jugement n'existait. (Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

Le Conseil d'État a alors pu reprendre les rênes afin de juger le fond de l'affaire.

### **II. L'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2012**

Par arrêt du 21 décembre 2012, le Conseil d'État a confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence du 20 septembre 2011 retirant l'autorisation de rachat de TPS par le Groupe Canal Plus (CE, 21 décembre 2012, n°353856).

Dans la droite ligne de la décision du Conseil constitutionnel précisant que le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence répondait à l'objectif de préservation de l'ordre public économique, le Conseil d'État a précisé que le niveau de la sanction devait être fixé en fonction : « (...) de l'importance des engagements en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir, de l'ampleur des manquements et de la nécessité d'assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés ; (...) ».

En l'espèce, la société Groupe Canal Plus a manqué à des engagements qui se trouvaient au cœur du dispositif des mesures correctives prévues par la décision d'autorisation et dont la méconnaissance a eu des effets majeurs sur l'équilibre concurrentiel des marchés concernés.

Le Conseil d'État a donc estimé que le retrait de l'autorisation prononcé par l'Autorité de la concurrence n'était pas disproportionné et a confirmé, sur ce point, la décision du 20 septembre 2011. Il a toutefois réduit l'amende de 30 à 27 millions d'euros car deux des dix manquements constatés par l'Autorité de la concurrence n'étaient pas fondés.

Le retrait d'autorisation de la concentration a été donc confirmé par le Conseil d'État.

Notons que pour régulariser cette situation atypique, les sociétés concernées ont dû procéder, dans la foulée de la décision du 20 septembre 2011, à une nouvelle notification de l'opération, le recours n'étant pas suspensif. Ainsi, 6 ans après sa réalisation, cette 'concentration' a fait l'objet d'une nouvelle décision d'autorisation sous injonctions le 23 juillet 2012 (Décision n°12-DCC-101 du 23 juillet 2012), que les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal ont tenté de contester, sans succès devant le Conseil d'État, qui a validé l'analyse concurrentielle effectuée par l'Autorité de la concurrence et confirmé les injonctions prises par cette dernière. (CE, 21 décembre 2012, Nos 362347, 363542, 363703).

## **Entente et seuil de sensibilité : première interprétation de la communication de minimis par la Cour de justice de l'Union européenne.**

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Jamais revisitée depuis la modernisation des règles de la concurrence et la décentralisation du pouvoir vers les autorités nationales opérée par le règlement n°1/2003, la communication de la Commission européenne concernant les accords d'importance mineure du 22 décembre 2001 a pour la première

fois reçu une interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Expédia (CJUE, 13 décembre 2012, aff. C-226/11, Expédia Inc. contre Autorité de la concurrence).

Une autorité nationale de concurrence peut-elle



poursuivre sur le double fondement de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE et du droit national, des accords ou des pratiques concertées susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, alors que la part de marché cumulée détenue par les parties ne dépasse pas les seuils de 10 % ou 15 % retenue par la communication de minimis ?

A cette question préjudicielle posée par la Cour de cassation, les juges de la Cour de Luxembourg répondent par l'affirmative : les instances nationales peuvent sanctionner une entente sur le fondement du droit européen quand bien même les parties possèdent des parts de marché inférieures à ces seuils, pourvu qu'elles constatent une restriction sensible de la concurrence.

A l'appui de ce principe, l'arrêt de la Cour de justice apporte des précisions attendues, d'une part, sur la force de la communication de minimis pour les juridictions et autorités nationales de concurrence dans un système décentralisé d'application du droit de l'Union, et d'autre part, sur la détermination du caractère sensible de la restriction.

La Cour considère en effet que la communication de minimis est dépourvue de force obligatoire à l'égard des autorités de concurrence et juridictions des Etats membres. Seule la Commission est liée par ce texte de *soft law* : en deçà des seuils, la Commission a posé une présomption de défaut d'incidence sensible de la pratique, au vu de laquelle elle s'est engagée à ne pas poursuivre. En revanche, la communication de minimis ne saurait revêtir une quelconque force contraignante envers les instances nationales. Selon la Cour, les seuils indiqués dans la communication ne sont que « *des indices parmi d'autres* » pour apprécier le caractère sensible ou non d'une restriction de la concurrence, une autorité nationale de concurrence

pouvant s'y référer « *sans pour autant être obligée de s'y tenir* ».

La communication de minimis n'étant pas contraignante pour les autorités et juridictions des Etats membres, il n'en demeure pas moins que si ces dernières décident d'appliquer l'article 101, paragraphe 1 en deçà des seuils établis par la communication, elles doivent identifier une restriction sensible de la concurrence. La Cour de justice rappelle à ce titre qu'elle exige depuis longtemps que l'incidence de l'accord sur la concurrence soit sensible pour que l'entente puisse être interdite. Ainsi, en vertu du principe de primauté du droit européen, cette condition de sensibilité doit être respectée par l'autorité de concurrence nationale lorsqu'elle fait application du droit européen parallèlement au droit interne. A cet égard, l'arrêt précise que le bénéfice de la communication de minimis n'est pas exclu seulement dans les cas de restrictions caractérisées qu'elle vise mais également pour tout accord ayant un objet anticoncurrentiel. D'après la Cour, un tel accord constitue « *par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence* ».

Cet arrêt illustre une nouvelle fois l'acception extensive de la notion de restriction par objet retenue par la Cour de justice de l'Union européenne depuis l'affaire T-Mobile (CJUE, 4 juin 2009, aff. C-8/08). Par conséquent, les opérateurs économiques ne disposent d'aucune définition stricte des cas d'exclusion du bénéfice de la communication de minimis. Cette situation compromet l'une des raisons d'être d'une règle de minimis, qui, rappelons-le, consiste à créer une zone de sécurité permettant d'accroître la sécurité juridique des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises.

## Affaire Intermarché : un jugement en demi-teinte !

Par Jean-Christophe Grall

Après les jugements concernant le Galec (enseigne Leclerc) et Système U au mois de décembre 2011, c'est au tour d'Intermarché d'obtenir le rejet des demandes du ministre de l'Economie sur le fondement du déséquilibre significatif (Tribunal de commerce d'Evry 3ème Chambre - 6 février 2013 - n° 2009F00727).

Ce jugement est néanmoins intéressant même s'il déboute le ministre de l'Economie de l'intégralité de ses demandes car, en effet, le Tribunal de commerce d'Evry répond de manière relativement précise aux critiques émises par les représentants du groupement Intermarché.

Nous ne reviendrons que brièvement sur les demandes de nullité de l'assignation du ministre de l'Economie et d'irrecevabilité de la demande de ce dernier, pour nous attacher principalement à l'examen des clauses figurant dans l'accord annuel conclu au titre de l'année 2009 par un certain nombre d'entités relevant du groupement Intermarché et les fournisseurs de ces dernières.

Préalablement, il convient de rappeler que le groupement Intermarché demandait la nullité ainsi que l'irrecevabilité de l'action du ministre pour ne pas avoir procédé à l'information des fournisseurs concernés par les accords incriminés, en se fondant sur la célèbre décision à présent du 13 mai 2011 du Conseil Constitutionnel relative à la conformité aux droits et libertés que la constitution garantit [décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011], s'agissant des dispositions du Code de commerce permettant dans le cadre de l'article L.442-6-I-2° combinées avec celles de l'article L.442-6-III du même Code, de demander la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont pu causer, mais pour autant que les parties au contrat aient été informées de l'introduction d'une telle action judiciaire.

On se souviendra que le Tribunal de commerce de Meaux, dans ses deux jugements concernant la centrale Provera (Cora/Match) du 6 décembre 2011, puis EMC Casino du 24 janvier 2012, a considéré que le

ministre de l'Economie ayant modifié ses demandes initiales et ne visant plus à obtenir l'indemnisation d'un préjudice particulier à l'égard des fournisseurs, ni davantage la nullité des conventions en cause, l'action du ministre était parfaitement recevable  
**[Tribunal de commerce de Meaux - 6 décembre 2011 - n° 2009/02295 et Tribunal de commerce de Meaux - 24 janvier 2012 - n° 2009/02296].**

Relevons également que la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 octobre 2012 **[Cassation Chambre commerciale - 9 octobre 2012 - n° de pourvoi : 11/19833]** a dit pour droit que si le ministre de l'Economie est recevable à poursuivre la nullité des conventions illicites ainsi que la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices causés, c'est sous la condition que les parties aux contrats en cause aient été informées de l'introduction d'une telle action.

En revanche, il faut donc en déduire que dès lors que le ministre de l'Economie ne demande que la cessation des clauses incriminées et le prononcé d'une amende civile, il intervient alors en tant que gardien de l'ordre public et l'obligation posée par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 13 mai 2011 relative à l'information préalable des parties aux contrats ne trouve pas à s'appliquer.

#### • Sur l'existence d'un déséquilibre significatif :

Le Tribunal rappelle tout d'abord que l'application de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce condamnant 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, implique qu'une clause ne pourra pas être déclarée abusive et donc interdite « pour la seule raison qu'elle est favorable ou très favorable à l'une des parties » et en l'occurrence, au distributeur poursuivi.

En effet, nous dit le Tribunal de commerce d'Evry, le déséquilibre significatif devant s'apprécier au niveau des droits et obligations des parties, c'est donc l'ensemble du contrat qui doit être affecté par ce déséquilibre et non une clause en particulier qui induirait un tel déséquilibre.

Le Tribunal ajoute ce qui suit :

*« Que ce déséquilibre pourrait résulter de l'accumulation « d'obligations » c'est-à-dire de clauses parfaitement licites dont seul le nombre ou le poids créerait l'excès prohibé ; qu'en l'espèce le ministre a choisi, notamment en refusant de communiquer les pièces du dossier d'enquête, de considérer que le déséquilibre du contrat proviendrait de clauses considérées isolément, dont la force ou la nocivité seraient telles qu'elles pourraient à elles seules, peu important les autres clauses du contrat, déséquilibrer l'ensemble ; ».*

Le Tribunal fait une allusion très claire à cet égard aux clauses potestatives visées par l'article 1170 du Code civil, clauses dont la nullité de plein droit prévue par l'article 1174 du Code civil, rend sans objet toute procédure les concernant.

Partant de ce constat, le Tribunal considère dès lors qu'une clause, sans être potestative, ne peut être annulée que si elle est de nature à déséquilibrer, à elle seule, le contrat.

On voit dès lors la difficulté qui se profile à l'horizon ; une clause appréciée isolément peut-elle déséquilibrer un contrat dans sa globalité ?

Le Tribunal eut souhaité avoir communication de l'ensemble du dossier d'enquête de la DGCCRF afin d'envisager l'agrégation de clauses qui en elles-mêmes auraient pu ne pas être déséquilibrées mais qui, par leur accumulation, auraient pu impliquer un tel déséquilibre significatif.

→ Deux clauses vont être examinées par le Tribunal :

#### • Il s'agit tout d'abord de la clause d'exclusion préalable de certaines dispositions des conditions générales du fournisseur :

Le Tribunal n'emprunte pas la voie tracée par le ministre de l'Economie et va bien au contraire prendre une toute autre voie en jugeant que ces clauses n'ajoutent rien au fait que toute négociation commerciale, quelles que soient les parties en cause, peut aboutir à une exclusion de tout ou partie des conditions générales, qu'elles soient de vente ou d'achat et que ces clauses qui renvoient à une négociation qui en tout état de cause aurait pu avoir lieu en leur absence, n'ont pas de valeur juridique réelle.

*« Les clauses ci-dessous énumérées de manière non exhaustive seront exclues ou rediscutées d'un commun accord au motif qu'elles peuvent être considérées comme déséquilibrées et/ou abusives ou ne relèvent pas de la négociation commerciale et/ou relèvent d'un autre document signé par les deux parties.*

*Il s'agit notamment des clauses relatives :*

- à l'exclusion de toute possibilité de négocier tout ou partie des conditions générales de vente ;
- aux conditions particulières pour la passation et/ou l'acceptation des commandes ;
- à des délais abusivement écourtés pour contester le bien fondé ou le règlement d'une facture ;
- à l'impossibilité de négocier les prix et les remises ;
- à l'application des conditions générales de vente aux services rendus par le distributeur ;
- aux conditions logistiques incompatibles avec l'organisation de groupement des mousquetaires ;
- à l'application des nouveaux tarifs dans un délai imposé ;
- à l'exonération ou la limitation de responsabilité du fournisseur ».

Les conditions générales de vente constituant le socle de la négociation commerciale au sens de l'article L.441-6 du Code de commerce doivent pouvoir s'appliquer, ce qui - il est vrai - n'exclut pas toute négociation de celles-ci.

Le Tribunal va donc en conclure que c'est à l'issue de la négociation commerciale qu'un déséquilibre significatif pourrait éventuellement être constaté et non en vertu de clauses qui ne font qu'ouvrir « un espace de discussion ».

Et afin de répondre au ministre de l'Economie qui, « postule qu'en raison d'une asymétrie dans les rapports de force entre la plupart des fournisseurs et les distributeurs »,

la négociation sera défavorable au fournisseur, les magistrats d'Evry considèrent que le ministre de l'Economie ne s'est pas donné les moyens d'en faire la démonstration et qu'il ne prouve pas que la situation serait substantiellement différente en l'absence de la clause contestée.

C'est là toutefois faire preuve d'une méconnaissance de ce que sont les négociations commerciales annuelles !

• **Sur la clause figurant sous l'article 4.2, alinéa 6, du contrat ITM 2009 :**

Rappelons que l'article 4.2 alinéa 6 du plan d'affaires ITM 2009 prévoit que le paiement des factures et avoirs par le fournisseur présume de la réalisation effective des obligations et services et du caractère justifié et proportionnel des rémunérations versées au titre de l'année écoulée.

La DGCCRF estimait que cette clause imposait au fournisseur de renoncer unilatéralement et sans condition aux garanties prévues par l'article L.442-6-III du Code de commerce qui prévoit que dans tous les cas, « *il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel [...] qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de l'obligation* », autrement dit d'apporter la preuve de l'exécution du service à titre d'exemple.

Le Tribunal de commerce d'Evry va d'un revers de manche, renvoyer le ministre dans ses « 22 mètres » en considérant que les dispositions du contrat ITM ne font que « *repandre la substance du droit commun des obligations selon lequel la charge de la*

*preuve du paiement incombe au demandeur en restitution* », ajoutant « *qu'à supposer que l'article L.442-6-III précité constitue une dérogation à ces principes, ce qui est loin d'être évident, le rappel d'un principe élémentaire du Code civil ne peut constituer une clause abusive susceptible de déséquilibrer un contrat de façon significative* ».

Le jugement est à cet égard très sévère ! En effet, c'est en quelque sorte un message du type « *n'y revenez pas !* ».

On peut être étonné d'une telle sévérité des magistrats consulaires alors même que les négociations commerciales sont, nous le savons tous, particulièrement tendues et de plus en plus tendues d'année en année, entre fournisseurs et distributeurs, le climat économique n'aidant pas, il est vrai.

C'est néanmoins faire preuve, là encore, d'une méconnaissance certaine du contenu même de ce qu'est une négociation commerciale annuelle entre un fournisseur et un grand distributeur qui peut représenter jusqu'à 20 à 25 % du chiffre d'affaires annuel d'un fournisseur, le déréférencement qui pourrait être jugé abusif aux termes de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce sonnant alors l'hallali pour le fournisseur, ne lui permettant pas de s'opposer réellement au contenu des contrats d'adhésion qui lui sont proposés.

Mais il s'agit là d'une toute autre discussion. Attendons la suite que donnera à cette décision la Cour d'appel de Paris !

## Cartel du porc : retour sur le rôle du Syndicat national du commerce du porc

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvét

L'Autorité de la concurrence a sanctionné, par une décision n°13-D-03 du 13 février dernier, huit abatteurs de porcs à hauteur de 4,5 millions d'euros pour s'être entendus sur les marchés de l'abattage et de la commercialisation du porc charcutier. La principale pratique condamnée concerne la fixation concertée des quantités de porcs achetées par cinq grands abatteurs bretons, mais le grief qui attire le plus notre intérêt en l'espèce est le grief n°4 soulevé par l'Autorité au sujet des directives syndicales du Syndicat national du commerce du porc (SNCP), devenu *French Meat Association*, sur les promotions à la découpe de viande de porc fraîche.

Ce syndicat qui a changé de nom en décembre 2009 est un syndicat professionnel actif dans le domaine de l'exportation de la viande, principalement porcine. Il a pour objet la défense des intérêts de ses membres auprès des instances nationales et européennes dans les domaines liés à l'exportation.

L'instruction de l'Autorité a démontré que le SNCP, au travers de communiqués et de circulaires, a invité ses adhérents à ne pas accepter de vendre leur viande porcine aux enseignes de la grande distribution à des prix considérés comme nuisibles à leur rentabilité et à l'image de la filière. Cette diffusion de consigne est in-

tervenue lors des périodes promotionnelles traditionnelles de viande de porc dans les points de vente, à savoir en janvier et septembre, de sorte que l'existence de cette pratique est établie entre décembre 2004 et août 2009.

• **Les limites de la mission de défense de ses adhérents par une organisation professionnelle :**

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence sur le rôle imparti à un syndicat professionnel peut apparaître très stricte.

Se prononçant sur la célèbre décision relative à l'Union française des audioprothésistes, la Cour d'appel de Paris a rappelé, dans son arrêt du 29 janvier 2008 que « *si un organisme professionnel peut diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, l'aide qu'il leur apporte ainsi ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de les détourner d'une appréhension directe de leur stratégie commerciale qui leur permette d'établir leurs prix de manière indépendante* ».

S'il est donc parfaitement loisible à un syndicat professionnel ou à un groupement professionnel de diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, cette aide ne doit



néanmoins pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession.

La diffusion de consignes ne doit pas interférer dans le processus des négociations commerciales entre opérateurs économiques et ne saurait dès lors avoir un quelconque caractère impératif.

En l'espèce, les circulaires diffusées par le SNCP avaient sans nul doute un caractère impératif, comme en témoigne celle du 23 novembre 2005 :

« (...) au cours d'une réunion à Inaporc [l'interprofession nationale porcine], nous avons souligné les effets néfastes pour l'image de la viande de porc, la filière et le revenu des éleveurs, d'opérations de promotions à bas prix [...] **Compte tenu des prix en production, aucune promotion de demi porc - prix de vente consommateur ne doit être réalisé en dessous de 1,70 €/kg. Nous vous rappelons qu'en cas d'infraction le fournisseur, comme le distributeur, sera pénalisé.** Notre responsabilité collective d'abatteurs découpeurs doit nous conduire à ne pas céder à des prix déconnectés du marché qui pénalisent toute la filière. Soyons vigilants et responsables. ».

La mise en garde du syndicat peut apparaître légitime sur un plan strictement économique en relation avec la survie des exploitations et conforme à la mission de défense de la profession, cependant elle est illégale en ce qu'elle demande aux abatteurs d'influer sur le prix de vente aux consommateurs.

A l'entente horizontale entre abatteurs organisée avec le support du syndicat professionnel s'adjoint ainsi une possible entente verticale (entre abatteurs et distributeurs) sur l'imposition des prix de revente.

• **Le SNPF a continué à diffuser des consignes anti-concurrentielles après avoir été destinataire d'un rappel à la loi effectué par la DGCCRF :**

En effet, la DGCCRF avait adressé au SNCP, le 19 septembre 2008, **un rappel à la réglementation**, lui reprochant la diffusion de circulaires de nature à restreindre la concurrence, en considérant que par ces opérations de communication, le syndicat demandait à ses adhérents de s'engager à ne pas vendre « de demi-carcasses en promotion » ni « de pièces de découpe en dessous de la référence des prix de gros sur le marché des pièces à Rungis ».

Or, le SNCP a continué à diffuser des consignes anti-concurrentielles à ses adhérents.

L'un d'eux (la société Cooperl), relève la décision de l'Autorité, s'est trouvé particulièrement actif pour faire du syndicat une caisse de résonance auprès des autres adhérents et plus largement auprès de l'ensemble de la filière. En témoigne ce courriel adressé par l'un des responsables de cette société au syndicat, évoquant une « *action salubre et impérative de redressement* » :

« Bonsoir P.

Je viens de recevoir ce soir, les toutes premières informations des promos de rentrée de janv. 2006. Ci-joint les PVC LECLERC annoncés dans le sud de la France pour la semaine n° 1 de 2006. Si les PVC de la majorité des références sont « relative-

ment » cohérents, le PVC des « ½ porcs » est par contre annoncé à 1.50 €/kg en 57% de TVM (soit très en dessous du 1.75 € minimum diffusé depuis plusieurs jours) **Suite aux informations engagées par toute la corporation, en cachant le corps de ce message, tu peux cependant utiliser le document joint, totalement anonyme, pour commencer dès demain, au niveau du syndicat et des fédérations « l'action salubre et impérative de redressement » qui s'impose.** À défaut : discrédit total des missives syndicales et fédératives auprès des distributeurs « légalistes » qui, dès la connaissance de ce PVC, ne manqueront pas de déclencher en rétorsion, des actions encore plus coercitives auprès des industriels. Merci P. de nous informer des suites de ces actions... « urgentes ».

Le rappel à la loi de la DGCCRF aurait dû servir de réelle mise en garde pour le SNCP !

L'Autorité de la concurrence en a d'ailleurs pris acte dans la détermination de la sanction pécuniaire (qui s'élève pour le SNCP à 10.800 € s'agissant de ce grief), en considérant que la non prise en compte du rappel à la loi par le SNCP rendaient les pratiques en cause particulièrement graves.

**Rappelons que le montant total des sanctions s'élève à plus de 4 500 000 € !**



# Agriculture et concurrence : alignement, adaptation, confrontation ou consensus : un débat permanent !

Par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros

À l'aube de la réforme de la Politique Agricole Commune (PAC) en 2013, l'incompréhension entre agriculture et concurrence est à son paroxysme. D'un côté, un secteur agricole frappé de plein fouet par la crise et en recherche de régulation de ses marchés et de l'autre, des autorités de concurrence déterminées à passer au crible le fonctionnement concurrentiel de ce secteur.

*Rappelons que l'agriculture n'est pas une activité économique comme les autres.*

*C'est un secteur qui présente de nombreuses spécificités en raison de la multiplicité des enjeux d'ordre économique, social, environnemental ou énergétique auxquels il est lié. N'oublions pas que son premier objectif est d'assurer la sécurité alimentaire des Hommes.*

*Ainsi, l'agriculture est une activité qui doit prendre en compte les aléas de production bien que ceux-ci soient en partie maîtrisables avec certains investissements (irrigation, serre...) ainsi que la volatilité des prix compte tenu du caractère souvent hautement périssable des denrées agricoles et du caractère aléatoire des récoltes.*

La première PAC garantissait des prix plancher aux producteurs et les assurait contre le risque de baisse des prix mais la réforme de la PAC en 2003 a consacré le principe de découplage des aides qui lie ces dernières à divers facteurs tels la surface exploitée, l'historique des aides perçues, le respect des bonnes pratiques agricoles et environnementales et non plus à production elle-même.

*Par ailleurs, l'agriculture est marquée par une forte asymétrie des pouvoirs de marché entre les producteurs et les acheteurs. L'offre est très atomisée quand la demande est particulièrement concentrée.*

Dans ces conditions, l'application pure et parfaite du droit de la concurrence peut sembler inadaptée et un système de régulation propre au secteur de l'agriculture peut apparaître à bien des égards nécessaire.

Néanmoins, on constate aujourd'hui une application stricte des règles de concurrence par les autorités françaises de concurrence au secteur agricole (II) en dépit du fait que ce soit un secteur traditionnellement soumis à un régime dérogatoire (I).

La réforme de la PAC en 2013 va-t-elle faire évoluer cette pratique ? Rien n'est moins sûr (III).

## I. Un secteur traditionnellement soumis à un régime dérogatoire, « l'exception agricole » :

En vertu de l'article 42 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'application des règles de concurrence au secteur agricole serait une forme d'exception : « **les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le parlement européen et le Conseil [...] compte tenu des objectifs énoncés à l'art. 39<sup>1</sup>** ».

Par conséquent, bien que décrit comme un « **secteur excepté** », le secteur agricole n'est pas un secteur « **exempté** » de l'application des règles de concurrence que l'on connaît plus généralement (ententes anticoncurrentielles et abus de domination). Aussi bien et en théorie, les règles de concurrence doivent s'appliquer mais de manière raisonnée et compatible avec les objectifs fixés par la PAC.

A ce titre, le règlement 1184/2006<sup>2</sup> (modifié en 2007 et 2009) - règlement d'application de l'art 42 TFUE - prévoit une applicabilité des règles de concurrence (i.e. les arts 101 à 106 et 108 du TFUE) au secteur agricole, tout en minorant cette applicabilité au titre des articles 1, 1 bis et 2 du règlement 1184/2006 dans le cadre du « **secteur excepté** ».

Ces tempéraments sont en fait de trois ordres :

- 1) Application des règles spécifiques prévues par le règlement 1234/2007<sup>3</sup> modifié relatif aux organisations communes de marché (les OCM) ;
- 2) Accords et pratiques s'intégrant à une organisation nationale de marché (ex. : miel) ;
- 3) Accords nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC (cf. art. 39 TFUE).

Il en résulte, selon certains auteurs<sup>4</sup>, que l'exception agricole est précisément une exception, son champ d'application étant assez circonscrit. Il se limite en effet aux formes de coopération tolérées au sein des OCM : élaboration de normes communes de commercialisation, de normes de qualité, mise en place d'organisations de producteurs autorisés à réguler l'offre et la mise sur le marché des produits.

Au regard de l'application des règles de concurrence au secteur agricole, il semblerait que finalement, il n'y ait pas réellement de prééminence de la PAC sur les règles de concurrence inscrites dans le TFUE, mais inclusion de la PAC dans la politique de concurrence.

<sup>1</sup> Parmi ces objectifs de la PAC : a) accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main d'œuvre, b) assurer ainsi un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture, c) stabiliser les marchés, d) garantir la sécurité des approvisionnements, e) assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs.

<sup>2</sup> Règlement n°1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles JOUE04.08.2006, L 214/7.

<sup>3</sup> Règlement n°1234/2007 du 22 octobre 2007, JOUE 16.11.2007, L 299/1.

<sup>4</sup> Michel Debroux, Agriculture et concurrence : vers une nouvelle articulation ? Concurrences n°3-2011.

Il semblerait même que la tendance est à l'intransigeance dans l'application du droit de la concurrence au secteur agricole.

## II. Application stricte du droit de la concurrence par l'Autorité française de la concurrence :

L'actualité concurrentielle du secteur agricole a été particulièrement riche en 2012, que ce soit en matière de pratiques anticoncurrentielles ou de concentrations.

### 1) Au niveau des pratiques anticoncurrentielles :

Deux décisions de l'Autorité de la concurrence ont marqué en 2012 l'actualité dans le secteur agricole.

- **La première est la décision dite « *des endives* » du 6 mars 2012<sup>5</sup> dans laquelle l'Autorité de la concurrence a appliqué de manière claire et précise les règles générales interdisant les pratiques anticoncurrentielles au secteur agricole.**

L'ADLC a, en effet, sanctionné onze organisations de producteurs d'endives et sept organisations professionnelles à hauteur de 3,6 millions d'euros d'amende pour avoir fixé collectivement des prix minima de vente des endives et ce, pendant 14 ans.

Leur sont reprochés depuis 1998, un ensemble d'accords et de pratiques visant à coordonner collectivement leur politique tarifaire et commerciale afin de maîtriser les prix de vente des endives aux grossistes et distributeurs.

L'Autorité de la concurrence a ainsi mis en évidence plusieurs types de pratiques ayant contribué à la réalisation de l'objectif de respect d'un prix minimum :

- diffusion hebdomadaire d'une consigne de prix minimum ;
- coordination des offres promotionnelles ;
- gestion des quantités d'endives mises en vente dans le but de limiter les volumes d'endives sur le marché pour soutenir les mécanismes de fixation collective du prix de ces produits via la pratique de la « *dénaturation* » (destructions de production par retournement des bacs ou pulvérisation d'eau de javel sur les salades et racines sous le contrôle de représentants de l'un des syndicats professionnels) ;
- mise en place d'un système d'échange d'informations nommé Infocl@r sur les prix pratiqués en temps réel permettant de contrôler le respect des prix minima fixés ;
- mise en place de mesures de pressions et de sanctions à l'encontre des organisations de producteurs qui ne respectaient pas les prix minima ou refusaient d'appliquer les *dénaturations* obligatoires.

Dans cette décision, l'Autorité de la concurrence a souhaité communiquer un message clair et lisible à l'ensemble du monde agricole : **l'agriculture est soumise aux règles de concurrence !**

L'Autorité de la Concurrence prend ainsi clairement position dans le débat qui nous anime ici : le droit de la concurrence doit-il être plutôt mis en retrait des problé-

matiques agricoles ou doit-il s'appliquer au domaine agricole comme aux autres secteurs d'activité ?

Elle balaye ainsi les arguments des producteurs et de leurs organisations qui avaient fait valoir que le secteur agricole devait s'extraire de l'orbite du droit de concurrence et que l'organisation commune de marché (OCM) autorisait une régulation concertée des prix.

Selon l'Autorité de la concurrence, le règlement communautaire n°1184/2006 soumet le secteur agricole aux règles de la concurrence et la régularisation des prix à la production autorisée par le règlement « OCM unique » ne permet tout au plus que la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, mais n'autorise en aucun cas une pratique de fixation collective des prix.

Elle rappelle à cet égard que « **les pratiques de producteurs considérées comme licites au regard du droit de la concurrence se limitent, au sein de leurs organes représentatifs, à l'élaboration de normes communes de commercialisation, de normes de qualité, à la mise en place d'organisations de producteurs autorisés à réguler l'offre et la mise sur le marché des produits ou à orienter la production vers certains débouchés** ».

Pour autant, l'Autorité de la Concurrence insiste, dans son communiqué de presse, sur le fait que le droit de la concurrence doit demeurer souple et permettre une approche pragmatique des problèmes rencontrés actuellement par le secteur agricole.

A cet égard, elle précise que « **loin d'être un frein à leur développement, le droit de la concurrence peut, au contraire, accompagner les producteurs et les aider à renforcer leur pouvoir de négociation face aux acteurs de la grande distribution. Il admet l'emploi d'outils utiles (contractualisation, indicateurs de tendance, marchés à terme, etc.) qui permettent aux producteurs d'avoir une meilleure visibilité et prévisibilité dans la gestion de leurs exploitations.**

*Si les moyens d'action donnés aux producteurs, notamment par les règlements pris pour la mise en œuvre de la Politique Agricole Commune mais aussi par le droit national sont larges, l'Autorité de la concurrence leur signale, à nouveau, que certaines pratiques, comme celles de s'entendre sur les prix, restent interdites et ne peuvent être admises.* »

Quant à l'amende totale qui se limite à 3,6 millions d'euros, l'Autorité l'a qualifiée de modérée alors même qu'elle représente dans les faits environ 3 à 4% des chiffres d'affaires des entreprises mises en cause, ce qui est loin d'être un pourcentage modéré si on les compare aux sanctions prononcées dans le cadre de véritables « *hardcore* » cartels.

Néanmoins, le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris a fait preuve de réalisme en ordonnant le 26 juin 2012<sup>6</sup> sur le fondement de l'article L.464-8 du code de commerce et ce, à la faveur de trois ordonnances, qu'il soit sursis à l'exécution de la décision de l'Autorité dans la mesure où celle-ci était

<sup>5</sup> ADLC, décision n°12-D-08 du 6 mars 2012 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

<sup>6</sup> CA Paris Pôle 5 Chambre 7 ordonnances du 26 juin 2012, n° RG 12/08906.

susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives sur l'ensemble des organisations de producteurs, des associations d'organisations de producteurs et de syndicats (sauf deux qui n'avaient pas sollicité le sursis à exécution).

Le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris s'est montré très sensible aux difficultés évoquées par les entreprises et syndicats, rejetant les arguments de l'Autorité selon lesquels les faits reprochés se sont étalés sur quatorze ans, les parties requérantes n'ont pas justifié de difficultés certaines et non ponctuelles et aucune de ces sociétés n'a sollicité auparavant d'échelonnement du paiement de la sanction.

- **La seconde est la décision dite « farines en sachets » du 13 mars 2012<sup>7</sup> dans laquelle l'Autorité de la concurrence a condamné 17 meuniers français et allemands pour deux séries de pratiques : un cartel secret ayant pour objet la fixation d'un quota d'importation de farine en sachets entre Allemagne et France et des pratiques de fixation d'un prix unique et de répartition des volumes au sein de deux structures communes constituées entre des meuniers français, France Farine et Bach Mühle.**

S'agissant des pratiques initiées par des structures communes, l'Autorité de la concurrence a estimé que, par son fonctionnement et son mode d'intervention, France Farine avait permis une véritable organisation centralisée du marché de la farine, éliminant toute forme de concurrence entre les meuniers.

France Farine assurait elle-même la commercialisation auprès de la grande distribution de la farine en sachets produite par ses actionnaires et appliquait un prix de cession unique déterminé en commun. Une fois la négociation commerciale avec les clients de la grande distribution réalisée, France Farine procédait elle-même à la répartition des commandes reçues. Cette répartition était effectuée, par principe, selon une clé de répartition fixe : elle transmettait la commande « *au meunier le plus proche du site de commande* ». Dans les faits, cette clé de répartition permettait la désignation de zones géographiques pré-attribuées pour chacun d'entre eux.

L'Autorité rappelle que les entreprises communes ne sont pas interdites de façon générale : elles peuvent être le siège de gains d'efficacité. Mais en l'occurrence, France Farine et Bach Mühle avaient selon la décision de l'Autorité, pour objet réel une entente sur le prix de la farine et la répartition des clients entre les différents meuniers.

Contrairement à l'affaire des endives dans laquelle l'Autorité de la concurrence a rappelé les conditions de l'application du droit de la concurrence au secteur agricole, elle applique ici les règles en matière d'ententes entre concurrents sans prendre en compte à aucun moment le contexte des pratiques.

→ Là encore, l'Autorité de la concurrence fait primer de manière claire les règles de concurrence sur les problématiques agricoles.

La sanction prononcée s'élève à 242,2 millions d'euros. Cette sanction est particulièrement élevée en rai-

son de la prise en compte de la durée exceptionnellement longue des pratiques incriminées.

## 2) Au niveau des concentrations

Deux décisions concernant des rapprochements entre coopératives agricoles sont intervenues au cours des années 2011 et 2012. Ces décisions tranchent avec la pratique décisionnelle du Ministre de l'économie puis de l'Autorité de la concurrence en la matière qui ont toujours considéré que la relation existant entre les adhérents agriculteurs et les coopératives empêchait toute atteinte à la concurrence.

Ces décisions sont donc les premières autorisant des opérations de concentration concernant des coopératives agricoles sous réserve d'engagements.

- **La première décision du 10 octobre 2011 concerne la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial<sup>8</sup>.**

Sur le marché de la collecte de lait, caractérisé par un contexte global de surproduction et la fin programmée en 2015 des quotas laitiers, l'Autorité de la concurrence a constaté que la grande majorité des producteurs, dont le lait était collecté jusqu'à présent par la coopérative Elle-et-Vire, n'auront pas d'autre choix que de rejoindre, à la suite de l'opération, la coopérative Agrial pour sécuriser leurs débouchés.

L'Autorité a estimé que le groupe coopératif pourrait user de sa puissance d'achat sur le marché de la distribution de produits d'agrofourniture, en conditionnant la collecte de lait à une obligation préalable, pour les exploitants agricoles, d'acheter leurs semences, engrais, produits phytosanitaires et aliments pour bovins auprès de son réseau de distribution.

Agrial a donc dû s'engager à modifier ses statuts de manière à réduire pour les adhérents de la coopérative la part d'approvisionnement obligatoire en produits d'agrofourniture par le biais de la coopérative et à supprimer la clause selon laquelle l'achat par la coopérative de la production laitière de l'agriculteur est conditionné à l'obligation préalable d'acheter ses intrants en agrofourniture auprès du réseau de distribution de la coopérative.

- **La seconde décision du 26 mars 2012<sup>9</sup> concerne la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia.**

Cette fusion a permis à Champagne Céréales de renforcer significativement sa position de cinquième plus importante coopérative agricole en France en termes de chiffres d'affaires en regroupant plus de 11.000 adhérents agriculteurs implantés dans le quart nord est de la France.

Si l'opération ne portait pas atteinte à la concurrence sur les marchés nationaux et internationaux mettant en présence les coopératives avec des tiers, en revanche, elle risquait d'affecter les marchés locaux mettant en présence les coopératives et les agriculteurs.

Ainsi, dans les départements, où la position cumulée de Champagne Céréales et Nouricia serait impor-

<sup>7</sup> ADLC, décision n°12-D-09 du 13 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires.

<sup>8</sup> ADLC, décision n°11-DCC-150, 10 octobre 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire par le groupe coopératif Agrial.

<sup>9</sup> ADLC, décision n°12-DCC-42, 26 mars 2012, relative à la fusion entre la coopérative Champagne Céréales et la coopérative Nouricia.



tante à l'issue de l'opération, seule la société EMC2 représenterait une alternative pour les agriculteurs en matière de distribution de produits d'agrofournitures pour cultures. Or, son contre pouvoir était amoindri du fait de sa participation aux côtés de Champagne Céréales et Nouricia à une structure commune Séveal Union.

Les parties se sont donc engagées à ne pas s'opposer à la sortie d'EMC2 du capital de Seveal Union et dans l'attente de la sortie effective d'EMC2, de ne pas échanger d'informations avec cette dernière concernant les prix de vente au détail des produits d'agrofournitures aux cultivateurs et les réseaux de points de vente et la localisation de ceux-ci.

\*\*\*

Si la volonté de l'Autorité de la concurrence d'exclure toute pratique illicite du monde agricole est légitime, en tant qu'autorité de régulation, la manière dont elle s'y prend peut apparaître critiquable.

En effet, on peut regretter une application aussi stricte du droit de la concurrence à un secteur en grande difficulté.

On peut également regretter un manque de pédagogie à l'égard des agriculteurs et de leurs coopératives qui ont été encouragés ces dernières années à se regrouper pour renforcer leur pouvoir face à la grande distribution par le biais d'organisations de production ou encore de l'obligation de contractualisation au niveau des interprofessions<sup>10</sup>.

L'ensemble de ces instruments mis à disposition des opérateurs agricoles n'a pu que les inciter à aligner leurs prix en dépit des avertissements de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de plusieurs avis<sup>11</sup> dont notamment celui du 12 juillet 2011 relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricoles<sup>12</sup>.

Dans le cadre de ce dernier avis, l'Autorité de la concurrence a rappelé que chaque opérateur économique doit demeurer autonome et user pleinement de sa liberté de négociation pour la fixation des prix : « **aucun prix, aucune variable de référence ne doivent être diffusés par les organisations professionnelles. Si l'harmonisation des prix est encouragée, la concertation sur les prix demeure interdite.** ».

Il faut donc distinguer les modalités de fixation du prix permises et illicites : tandis qu'une grille tarifaire commune fixant les indices de prix de vente par produit est interdite<sup>13</sup>, la référence comportant une indication

élémentaire pour faciliter le calcul du prix de revient est permise<sup>14</sup>.

En d'autres termes, l'Autorité privilégie les indicateurs de tendance aux recommandations de prix mais la frontière demeure très ténue pour les agriculteurs et leurs coopératives.

Dans ces conditions, on ne peut que rejoindre la position de certains auteurs qui ont fustigé la sévérité de l'Autorité et regretté qu'elle n'ait pas fait preuve de mansuétude en recourant au préalable à des injonctions de structure, ou en appliquant l'article 7 du communiqué sur les sanctions qui lui permettait de s'en écarter pour des « *circonstances particulières* » ou « *des raisons d'intérêt général* »<sup>15</sup>.

Et ce, d'autant plus qu'une application aussi stricte des règles de concurrence au secteur agricole par l'Autorité de la concurrence crée elle-même des distorsions de concurrence avec les autres pays de l'Union européenne dans lesquels les autorités de concurrence sont plus magnanimes à l'égard des organisations de producteurs.

### III. Perspectives : une application idoine des règles de concurrence au secteur agricole - une simple question mais une réponse politique :

La réforme prochaine de la PAC fonde toutes les espérances : le secteur agricole va-t-il faire enfin l'objet d'une application régulée du droit de la concurrence ?

C'était en tout cas le souhait de l'ancien Ministre français de l'Agriculture à la veille de la présentation par la Commission européenne de ses propositions sur la future PAC, propositions qui ne semblent pas être en mesure de combler les espérances du monde agricole s'agissant de l'application du droit de la concurrence.

#### 1) L'engagement de l'agriculture française dans la compétitivité

Le discours de Bruno Lemaire, alors Ministre de l'Agriculture, dans le cadre du colloque « Agriculture et Concurrence » du 26 septembre 2011<sup>16</sup> laissait penser qu'une politique de concurrence régulée appliquée au secteur agricole allait enfin voir le jour :

« Je suis Ministre de l'Agriculture, je me bats évidemment pour aider les paysans lorsqu'ils rencontrent des difficultés, mais **je me bats surtout pour les aider à gagner en compétitivité**, pour leur montrer que les restructurations des exploitations et les économies d'énergie sont nécessaires et que la réduction du

<sup>10</sup> La Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010 a introduit une obligation de contractualisation préalable pour la vente des produits agricoles. L'article L 631-24 du Code rural prévoit ainsi ce qui suit : « La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L. 551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation.

Ces contrats écrits comportent des clauses relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture. Ces clauses prévoient l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison. (...) Ils peuvent être rendus obligatoires :

a) Par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel, dans les conditions définies aux articles L. 631-10, L. 632-3, L. 632-4 et L. 632-12 ;

b) Ou, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'a été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'Etat. L'application de ce décret est suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord interprofessionnel mentionné au a. »

Voir notre article paru à la Revue Lamy de la concurrence : Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010, Contractualisation obligatoire : présentation et incertitudes I, Revue Lamy de la concurrence (RLC) 2011/26, n° 1735.

<sup>11</sup> ADLC Avis n°10-A-28 du 13 décembre 2010 relatif à deux projets de décret imposant la contractualisation dans les secteurs agricoles ; Avis n°08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes.

<sup>12</sup> ADLC Avis n° 11-A-11 du 12 juillet 2011 relatif aux modalités de négociation des contrats dans les filières de l'élevage dans un contexte de volatilité des prix des matières premières agricole.

<sup>13</sup> Point 63 avis n°11-A-11 précité.

<sup>14</sup> Point 64 avis n°11-A-11 précité.



*coût du travail fait partie des obligations absolues de ce pays. J'ai donc engagé l'agriculture dans cette voie de la compétitivité. ».*

Il préconisait ainsi trois solutions :

- un meilleur regroupement des producteurs pour une meilleure organisation de l'agriculture :

*« Les producteurs ont leur part du chemin à faire pour mieux s'organiser et mieux se regrouper pour être plus forts face à la distribution ou à la transformation » ;*

- respect des accords de filières - équité et coopération dans les relations commerciales :

*« Nous ne pouvons pas à la fois exiger de nos producteurs le respect des règles environnementales et sanitaires les plus strictes au monde et laisser en même temps nos frontières grandes ouvertes aux produits agricoles étrangers, sans contrôle et sans compensation tarifaire [...]. Il nous revient donc de rappeler cette règle très simple : la concurrence ne peut fonctionner que dans le cadre d'un marché fondé sur un principe de stricte réciprocité. Il n'y a pas de libre concurrence sans stricte réciprocité dans l'application des règles et des normes » ;*

- une interprétation pragmatique et adaptée des règles de concurrence.

Les propositions de la Commission européenne sur la future PAC ainsi que les déclarations du commissaire européen chargé de l'Agriculture, Dacian Cioloș laissent présumer pourtant du contraire.

## 2) Perspectives européennes

La Commission européenne a dévoilé le 12 octobre 2011 ses propositions législatives sur la future PAC, base de négociations pour les Etats et le Parlement européen.

Aucune disposition spécifique ne modifie les règles régissant à ce jour l'application du droit de la concurrence au secteur agricole.

Ainsi, la proposition portant établissement d'une OCM unique prévoit ce qui suit :

*« Conformément à l'article 42 du traité, les dispositions du traité relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par la législation de l'Union, dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 43, paragraphes 2 et 3, du traité.*

*Il importe que les règles de concurrence relatives aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101 du traité, ainsi qu'aux abus de position dominante, s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles, dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC.*

*Il convient de prévoir une approche particulière dans le cas des organisations de producteurs agricoles ou de producteurs ou de leurs associations, qui ont notamment pour objet la production ou la*

*commercialisation en commun de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes, à moins qu'une telle action commune n'exclue la concurrence ou ne mette en péril la réalisation des objectifs de l'article 39 du traité.*

*Il convient de prévoir une approche particulière pour certaines activités des organisations interprofessionnelles, à condition qu'elles n'entraînent pas de cloisonnement des marchés, ne nuisent pas au bon fonctionnement de l'OCM, ne faussent pas ou n'éliminent pas la concurrence, ne comportent pas la fixation de prix ou ne créent pas de discrimination.*

*7415 amendements ont été déposés au cours du mois de juillet 2012 !*

*Un amendement concerne spécifiquement le droit de la concurrence. Il s'agit de celui déposé par l'eurodéputé Michel Dantin qui préconise une application stricte de l'article 42 du TFUE qui, rappelons le, précise que les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le parlement européen et le Conseil [...] compte tenu des objectifs énoncés à l'art 39 ».*

Ainsi, dans le cadre d'une interview donnée dans le journal « L'agriculteur de l'Aisne », Michel Dantin préconise ce qui suit :

*« Il existe un article dans le traité de Rome de 1957 qui permettrait de justifier d'un traitement partiellement dérogatoire de l'agriculture vis à vis de la concurrence ; il existe toujours dans le traité de Lisbonne. Ce texte n'a jamais été mis en œuvre et si l'agriculture était jadis protégée avec des prix agricoles administrés ce n'est plus le cas aujourd'hui. Je pense que sur la base de ce texte, les interprofessions et certains accords dans le cadre renouvelé des organisations de producteurs devraient pouvoir déroger au droit de la concurrence. On applique encore aujourd'hui à l'agriculture des règles économiques qui datent des années soixante ! Il est temps de les faire évoluer. ».*

L'examen de la réforme de la PAC par le Parlement européen devait intervenir à la fin de l'année mais compte tenu de l'absence de compromis sur le budget 2014-2020 à ce jour, cet examen a été reporté au début de l'année 2013.

La Commission Agriculture du Parlement adoptera ainsi son rapport sur l'avenir de la PAC à la fin du mois de janvier et l'examen en séance plénière par le Parlement aura lieu en mars.

Rendez-vous donc au printemps 2013 : La nouvelle PAC introduira-t-elle une conception ordolibérale de la concurrence dans laquelle le principe de libre concurrence pourra être tempéré par des exigences de justice sociale, prenant en compte notamment la situation de crise structurelle, la finalité particulière de la branche agricole et ses spécificités.

Rien n'est moins sûr !

<sup>15</sup> L. GIVRY, Ph. GUILBERT, Billet d'humeur : le secteur agricole à l'épreuve du droit de la concurrence, un sujet de campagne ? , Lamy Droit des affaires, 2012, n°71.

<sup>16</sup> B. LEMAIRE, introduction de l'Atelier de la concurrence organisé par la DGCCRF « Agriculture et concurrence », 26/09/11 François BAROIN et Bruno LE MAIRE défendent une concurrence au service d'une agriculture compétitive et moderne, p.18-21.

# Contribution du Cabinet Grall & Associés pour les travaux de l'APDC portant sur la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence depuis le communiqué sur les sanctions du 16 mai 2011 : Décision « Endives »

Par Jean-Christophe Grall, Elodie Camous et Nathalie de Crouy

Sur la détermination du montant de base de la sanction. Dans l'affaire des Endives, l'Autorité de la concurrence rappelle que l'entente ne se cantonne pas à la seule fixation d'un prix minimum de vente mais s'étend à une coordination des périodes promotionnelles, à un contrôle des quantités produites et à un système d'échanges d'information utilisé comme outil de police des prix. Si ces pratiques constituent une entente horizontale entre concurrents, « d'une indéniable gravité » (§ 611), l'Autorité précise que leur gravité n'égale toutefois pas celle des ententes secrètes (§ 612). S'agit-il, le critère de gravité est pondéré. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'Autorité n'en déduit pas de coefficient, contrairement aux directives de méthode de son communiqué du 16 mai 2011. C'est donc le critère du dommage à l'économie qui sera déterminant dans le calcul du montant de base. Or, de prime abord, les pratiques litigieuses revêtent une ampleur considérable en raison de son impact territorial national et de l'implication d'un produit grande consommation (§ 618-619). Pourtant, cette caractéristique du dommage à l'économie est immédiatement nuancée par trois caractéristiques dites « *objectives* » du secteur : le contrepouvoir des acheteurs, la vulnérabilité des producteurs face à la puissance d'achat de la grande distribution et l'élasticité-prix des dits produits. Enfin, constatant l'absence de répercussion du surprix en aval, au détriment du consommateur, l'Autorité conclura à un faible dommage à l'économie. La proportion retenue du montant de base sera donc basse, 4% du chiffre d'affaire par opérateur (§ 634), ce qui est tout à fait exemplaire en présence d'une entente horizontale portant sur un prix minima, considérée comme une infraction particulièrement grave<sup>1</sup>.

Sur la prise en compte de la spécificité du secteur agricole. Si cette décision fait montre d'une mansuétude particulière, c'est parce qu'elle tente dans la mesure du possible de concilier l'application des règles de concurrence au secteur agricole avec les objectifs de la PAC conformément à l'article 42 TFUE<sup>2</sup>. Dans son rapport d'activité 2011, l'Autorité se félicite de la « *position pragmatique et souple [adoptée] dans ce dossier* » car elle a su tenir compte des « *ressources financières limitées des producteurs et de l'impact modéré que cette entente a eu sur les prix en raison du contre-pouvoir de la grande distribution* »<sup>3</sup>. Nous ne le démentirons pas. La motivation de la décision

témoigne en effet d'une attention accrue aux spécificités du secteur agricole. L'inégalité criante entre producteurs et acheteurs au stade des négociations est soulignée et rapportée : « *le problème clé de l'endive en France est le déséquilibre entre le nombre de producteurs et le nombre d'acheteurs (au stade de gros). [...] les acheteurs sont très concentrés tandis que la production est atomisée* » (§ 624). Aussi l'on comprend qu'en défense, les parties aient fait valoir l'un des objectifs de la PAC énoncés à l'article 39 TFUE (la « *régularisation des prix à la production* »<sup>4</sup>) afin de sauvegarder une rémunération raisonnable des producteurs. C'est donc pour contrer la puissance de négociation des centrales d'achat que les producteurs et organismes collectifs se sont concertés.

Sur la justification des pratiques. Pour autant, la survie d'un secteur face à une crise sectorielle ou à la puissance d'achat de la grande distribution, fut-elle un objectif légitime, ne saurait cautionner une pratique anticoncurrentielle. Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence constante. Le Conseil de la concurrence s'était déjà prononcé à plusieurs reprises sur l'état de nécessité invoqué par le secteur agricole pour se dédouaner de pratiques anticoncurrentielles<sup>5</sup>. Chaque fois, il jugea que la légitime défense du secteur agricole face à la puissance de la grande distribution ne saurait justifier des pratiques commerciales anticoncurrentielles. De la même manière, l'Autorité déboutera les parties de leur demande d'exemption individuelle, fondée sur l'article 101§3 TFUE. L'appréciation est sévère : faute de preuve d'un progrès économique, d'un bénéfice tiré par les consommateurs et du caractère indispensable de ces pratiques pour obtenir des gains d'efficacité, les conditions n'étant pas remplies, la demande de justification des pratiques est donc vouée à l'échec (§ 596). On peut regretter que la poursuite d'un objectif légalement prévu par la PAC, ne pèse pas davantage au titre de l'examen des conditions d'exemption. Par conséquent, les acteurs du secteur agricole encourent la sanction pécuniaire légalement prévue.

Réflexions sur le calcul de la sanction pécuniaire. La mise en œuvre des modalités de calcul de la sanction pécuniaire prévue par l'article L464-2 du Code de commerce a connu une évolution notable depuis l'adoption du communiqué du 16 mai 2011. Force est de constater s'agissant de la décision des Endives,

<sup>1</sup> Décision n°05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc, §50 ; CJUE 24 septembre 2009, Erste Gruppe Bank e.a./ Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C 135/07 P et C-137/07 P, Rec.p. I-8681, point 103 : la « *fixation du prix minima de vente commun constitue une infraction grave par son objet et par l'importance de ses effets potentiels sur le fonctionnement de la concurrence* ».

<sup>2</sup> Article 42 TFUE : « *les dispositions du chapitre relatif aux règles de concurrence ne sont applicables à la production et à la commercialisation des produits agricoles que dans la mesure déterminée par le Parlement européen et le Conseil dans le cadre des dispositions et conformément à la procédure prévues à l'article 42, paragraphe 2, compte tenu des objectifs énoncés à l'article 39* ».

<sup>3</sup> Rapport Autorité de la concurrence, 2011, p.61.

<sup>4</sup> Article 39, 1° TFUE : « *La politique agricole commune a pour but : a) d'accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main d'œuvre ; b) d'assurer ainsi un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture, c) de stabiliser les marchés, d) de garantir la sécurité des approvisionnements, e) d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs* ».

<sup>5</sup> Cconcur 97-D-20 25 mars 1997 ; Cconcur 94-D-54 25 oct 1994 ; cconcur 95-D-78 5 décembre 1995.

que les producteurs et organismes collectifs impliqués n'ont pas cherché à optimiser leurs gains au travers des pratiques interdites, mais plutôt à préserver un minimum de gains indispensables à la survie de leur secteur. Dès lors, on peut se demander si la sanction pécuniaire, pensée sur le modèle de la sanction dite « optimale » est une sanction adéquate lorsque les entreprises commettent des pratiques anticoncurrentielles par « *intention légitime* » et non par « *intention lucrative* ».

Aussi, il nous semble opportun de solliciter que « *l'intention lucrative* » soit prise en compte comme nouvelle circonstance individuelle. Traditionnellement, la qualification d'une pratique anticoncurrentielle n'exige pas la preuve d'une intention, mais la démonstration de la volonté des parties d'adhérer à l'action collective<sup>6</sup>. Pourtant, on perçoit aisément que l'objectif de dissuasion d'une sanction optimale vise principalement « *l'intention lucrative* » des agents rationnels. De ce fait, « *l'intention lucrative* » (que l'on pourrait définir comme l'intention tournée vers la recherche d'un avantage illicite dans la concurrence - gains escomptés supérieurs à ceux obtenus dans une situation normale de concurrence) apparaît comme la raison d'être de la sanction optimale, visant à dissuader les entreprises de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Partant, il serait peut être souhaitable de rétablir une place à l'intention délictueuse dans un droit de la concurrence, qualifié de droit répressif empruntant toujours plus au droit pénal sa force et ses garanties<sup>7</sup>. L'intention lucrative pourrait constituer une nouvelle circonstance individuelle justifiant une aggravation de la sanction pécuniaire en sa présence, ou l'atténuation de la dite sanction en

son absence. In fine, on pourrait discuter de l'opportunité de diversifier les sanctions prononcées par l'Autorité : ne serait-il judicieux de prévoir une sanction d'une autre nature que pécuniaire pour ne pas affaiblir les entreprises déjà en difficulté ?

Vers une politique répressive plurielle de l'Autorité. Dans l'affaire des Endives, la sévérité de l'Autorité est critiquable, même si la spécificité du secteur a été prise en considération. Aussi, il est regrettable que l'Autorité n'ait pas procédé à l'application de l'article 7 du communiqué sur les sanctions qui lui permettait de s'en écarter pour des « *circonstances particulières* » ou « *des raisons d'intérêt général* »<sup>8</sup>. Cette remarque est d'autant plus justifiée que le dommage à l'économie était, en l'espèce, inexistant, puisque la hausse du prix minimum n'a pas été repercutée dans le prix final.

Néanmoins, on comprend que dans cette affaire, la décision de l'Autorité a une vocation pédagogique et préventive. Pour l'Autorité, il n'est pas question de dissuader des comportements de survie, mais de prévenir et d'informer les auteurs que leurs pratiques sont illicites en dépit de leur intention légitime. Dès lors on pourrait reprocher à l'Autorité d'appliquer les mêmes sanctions lorsqu'elle vise à prévenir et lorsqu'elle cherche à dissuader. La mise en conformité du système d'information (Infoclr) avec les règles de concurrence enjoint par l'Autorité au second article du dispositif de la décision *Endives* n'aurait-elle pas suffi ? Ou une telle injonction de structure prononcée sous astreinte n'aurait-elle pas été une sanction préventive efficace ?

<sup>6</sup> Conseil de la concurr 07-D-41 28 novembre 2007.

<sup>7</sup> CEDH, 21 févr. 1984, aff. 9/1982/55/84, Öztürk c/ RFA, §§ 50 et 54 ; CEDH, 0 févr. 2009, aff. 14939/03, Zolotoukhine c/ Russie, § 56 ; Cons. const., 23 janv. 1987, no 86-224 DC, sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

<sup>8</sup> L.GIVRY, Ph.GUILBERT, *Billet d'humeur : le secteur agricole à l'épreuve du droit de la concurrence, un sujet de campagne ?*, Lamy Droit des affaires, 2012, n°71.

## Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-08 du 6 mars 2012 (secteur agricole : production et commercialisation des endives)

Par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

Entente horizontale entre organisations de producteurs (OP), association des organisations de producteurs (AOP), comités économiques agricoles visant à la fixation prix de vente minimum (art. L. 420-1 et 101 TFUE).

**A noter** : L'Autorité a pris en considération le fait que les opérateurs agricoles génèrent des profits uniquement grâce aux aides et subventions reçues au titre de la politique agricole commune (§653).

### 1) Détermination de l'assiette du montant de base (valeur des ventes/ cotisations)

#### (i) Pour les organisations de producteurs

- période d'infraction : du 30 novembre 2001 pour sept OP (OP Cap'Endives, Fraileg, France Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Soleil du Nord, Sipema et Valois-Fruits), 25 février 2002 pour l'OP

Prim'Santerre, 16 avril 2003 pour l'OP Nord Alliance et 1<sup>er</sup> janvier 2005 pour la SAS Groupe perle du Nord jusqu'au jour de la décision de l'Autorité (§ 606) ;

- exercice retenu : exercice 2011 ou exercice 2010, selon que les entreprises ont une comptabilité tenue par année civile ou non (§ 606).

→ **Assiette** : Valeur des ventes non prise en compte car les OP ont bénéficié de subventions publiques (§ 603) donc assiette pris en compte : chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France (§ 604).

■ Sur l'exercice 2010 pour :

- Fraileg 21 600 882€ ;
- France Endives 19 581 136€ ;
- Marché de Phalempin 39 564 656€ ;
- Nord Alliance 2 299 842€ ;
- Prim'Santerre 12 174 588€ ;



- SAS Groupe Perle du Nord 163 963€ ;
- Soleil du Nord 4 066 828€ ;
- Sipema 8 390 022€ ;
- Valois-Fruits 11 370 110€.

■ Sur l'année 2011 pour :

- Cap Endives 2 595 208€ ;
- Primacoop 22 297 584€.

**(ii) Pour les organismes collectifs**

- période d'infraction : du 28 Août 2008 jusqu'au jour de la décision pour l'APEF, presque 6 ans pour la FCE, environ 5 ans pour la CERAFEL, du 22 novembre 2002 au 28 août 2008 pour la FNPE et de février 2001 à janvier 2007 pour la SNE (pour les autres organismes, durée non communiquée) ;
- exercice retenu : exercice 2010 ou en moyenne (§ 701).

→ **Assiette** : valeur des ventes non prises en compte car pas de chiffre d'affaires réalisé ni de ventes liées à la production et à la commercialisation d'endives (§ 700) donc assiette prise en compte : montant des cotisations professionnelles perçues au titre de la défense des intérêts des producteurs d'endives (§701) :

- Sur l'année 2010 : APEF 1 595 103€ ; CERAFEL 123 480€ ; FCE 10 000€.
- En moyenne : pour CELFNORD 222 177€ ; FNPE 355 582€ ; SNE 329 228€.
- Non disponible : APVE.

**2. Détermination du montant de base**

**2.1 Proportion de valeur des ventes**

**2.1.1 Gravité**

- entente horizontale de fixation de prix constitue par nature une infraction très grave (§ 609) La gravité des faits n'égale cependant pas celle des ententes secrètes entre concurrents qui sont considérés comme les plus graves (§612) ;
- ces pratiques d'ententes sur les prix s'appuyaient en outre sur la coordination des périodes promotionnelles, le contrôle des quantités produites et un système d'échange d'informations utilisé comme outil de police des prix (§611).

→ **Gravité « indéniable » quant à la nature de la pratique (cependant moindre qu'une entente horizontale entre concurrents) (§611).**

**2.1.2 Importance du dommage causé à l'économie**

- sur l'ampleur de l'infraction :
- Pratique mise en œuvre sur l'ensemble du territoire et concerne toutes les catégories d'endives confondues, soit 95% du marché français (§ 618) ;
- L'infraction porte sur un produit de grande consommation, soit le quatrième légume acheté par les consommateurs français et dont la valeur annuelle des ventes est de l'ordre de 135 millions de chiffre d'affaires total en 2009 (§ 619-620) ;

- mais, nuances du dommage à l'économie :

- Contre-pouvoir important des acheteurs, en particulier de la grande distribution et le hard-discount (§623 et 627).
- Production d'endives atomisée face à des acheteurs concentrés : situation de grande vulnérabilité des producteurs d'endives face à la puissance d'achat de la grande distribution (§ 624).
- Élasticité-prix élevée de nature à tempérer l'importance du dommage causé à l'économie d'un prix collusif (§629).

- impact sur le marché : Absence de surpris causé par les pratiques : l'Autorité constate que l'entente n'a que très peu modifié le prix d'équilibre sur le marché au cours de la période considérée (§ 632).

→ **Dommage certain d'une faible importance (§ 633)**

**2.1.3 Proportion retenue**

- **4% (§ 634)**
- exceptions : en raison d'une durée de participation inférieure :
- Pour Nord Alliance **3,6% (§ 634)** → montant de base :  $2\,299\,842\text{€} \times 3,6\% = 82\,794\text{€}$ .
- Pour SAS Groupe Perle du Nord **3,5% (§ 634)** → montant de base :  $163\,963\text{€} \times 3,5\% = 5\,738\text{€}$ .

**NB** : ces coefficients ont été réduits à **3%** pour certaines OP au regard des circonstances individuelles (voir ci-dessous).

**NB 2** : Pas de calcul du montant de base pour les organismes collectifs.

**2.2 Durée**

- de 4 à 11 ans, selon les organisations sanctionnées ;
- **pas de facteur multiplicateur lié à la durée** dans cette décision.

**3. Circonstances individuelles**

- circonstances atténuantes :
- Comportement de franc-tireur adopté par l'OP Fraileg en raison de son opposition aux décisions de la CELF Nord (§ 641-642) → Réduction du montant de base de 25%, ce qui revient à appliquer un coefficient de 3% au chiffre d'affaires (§ 644).
- La présence sur le marché : réduction du montant de base de la sanction pour les OP diversifiées, celles qui ont réalisé moins de 90% du CA réalisé avec les produits concernés (§ 646) → Réduction du montant de base : application d'un coefficient de 3% aux OP France Endives, Marché de Phalempin, Sipema et Valois-Fruits (§ 648).
- circonstances aggravantes : Rôle prépondérant et de coordinateur joué par le CELFNORD, la FNPE et de la SNE (§§ 709-740-745) ;
- capacité contributive : Difficultés financières des OP Fraileg, Prim'Santerre, Soleil du Nord (§§ 662-680-689) et de l'organisme collectif FCE (§ 737) justifiant une réduction de leur sanction ;



- réitération : de CERAFEL → Majoration du montant de base de la sanction de 25% (§ 732).

#### 4. Vérification maximum légal

- CA le plus élevé : (uniquement pour les OP, car les organismes collectifs ne réalisent pas de chiffre d'affaires)
  - Cap'Endives : 7 092 903€ en 2000
  - Fraileg : 21 655 630€ en 2010
  - France Endives : 38 143 986€ en 2001
  - Marché le Phalempin : 42 943 858€ en 2002
  - Nord Alliance : dissoute
  - Primacoop : 30 379 862€ en 2020
  - Prim'Santerre : 16 084 532€ en 2010
  - SAS Groupe Perle du Nord : 1 655 179€ en 2009
  - Soleil du Nord : 11 796 504€ en 2002
  - Sipema : 9 135 450€ en 2006
  - Valois-Fruits : 16 767 822€ en 2006
- montant maximal de la sanction : (uniquement pour les OP, car les organismes collectifs ne réalisent pas de chiffre d'affaires)
  - Cap'Endives : 709 290€
  - Fraileg : 2 165 563€
  - France Endives : 3 814 398€
  - Marché le Phalempin : 4 294 385€
  - Nord Alliance : dissoute
  - Primacoop : 3 037 986€
  - Prim'Santerre : 1 608 453€
  - SAS Groupe Perle du Nord : 165 517€
  - Soleil du Nord : 1 179 650€
  - Sipema : 913 545€
  - Valois-Fruits : 1 676 782€

#### 5. Sanction

- sanction pécuniaire des OP :
  - Cap Endives : 103 800€
  - Fraileg : 83 000€
  - France Endives : 587 430€
  - Marché de Phalempin : 1 186 930€
  - Nord Alliance : pas de sanction (dissolution)
  - Primacoop : 891 900€
  - Prim'Santerre : 127 000€
  - SAS Groupe Perle du Nord : 5 730€
  - Soleil du Nord : 72 000€
  - Sipema : 251 700€
  - Valois-Fruits : 341 100€
- sanction pécuniaire des organismes collectifs :
  - APEF : 50 000€
  - APVE : 5 000€
  - CELFNORD : 100 000€
  - CERAFEL : 75 000€
  - FCE : 5 000€
  - FNPE : 80 000€
  - SNE : 5 000€

#### 6. Autres remarques

- recours formé devant Cour d'appel Paris ;
- sursis à exécution accordé en raison des conséquences manifestement excessives, au sens de l'article L464-8 Ccom aux sociétés : Fraileg, Prim'Santerre et Soleil du Nord d'une part, Cap'Endives, France Endives, Primacoop, Sipema et Valois-fruits d'autre part et aux organismes APEF, SNE, FCE, CELFNORD, FNPE, par trois ordonnances rendues par le premier Président de la Cour d'appel de Paris le 26 juin 2012.

## Agent commercial : le développement d'une activité concurrente de celle du mandant ne constitue pas nécessairement une faute grave

Par Caroline Bellone

**Dans un arrêt du 9 octobre 2012 (Cass. Com., 9 octobre 2012, n°11-22.876), la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue préciser les conditions dans lesquelles devait être appréciée l'existence d'une faute grave de l'agent privative d'indemnité.**

Dans cette espèce, le mandant avait rompu le contrat le liant à son agent commercial pour faute grave au motif que celui-ci avait créé, en violation de ses obligations contractuelles, une société ayant une activité concurrente de celle du mandant sans l'accord de ce dernier. L'agent commercial contestait quant à lui la gravité de la faute afin d'obtenir le paiement des indemnités de préavis et de fin de contrat.

Pour rappel, constitue une faute grave privative d'indemnité la faute « qui porte atteinte à la finalité com-

*mune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel » (Cass.com., 24 mai 2011, n°10-16.969).*

L'article L. 134-4 du Code de commerce dispose que « les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information ».

Ainsi, la distribution de produits concurrents sans l'accord du mandant est-elle généralement considérée comme une faute grave de l'agent en ce qu'elle porte atteinte à cette exigence de loyauté (Cass. com., 24 mai 2011, n°10-16.969). Et c'est bien la position qu'avait retenue la Cour d'appel de Grenoble dans l'affaire qui nous intéresse.

Mais la Cour de cassation est venue censurer cette décision au motif que les juges du fond ne pouvaient se déterminer ainsi sans rechercher, d'une part, si le véritable motif de la rupture ne résultait pas de la volonté du mandant de mettre fin à certains commissionnements de l'agent et de conclure avec ce dernier un nouveau contrat moins avantageux et, d'autre part, si la qualification de faute grave ne présentait pas un caractère disproportionné au regard du chiffre d'affaires qui aurait été réalisé par la société de l'agent sur des produits concurrents de ceux du mandant.

Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle ainsi, indirectement, que la faute grave de l'agent doit être appréciée de manière stricte, dans la mesure où elle a pour conséquence de priver ce dernier de la protection à laquelle il a légalement droit en fin de contrat. Dans ces conditions, une telle faute ne saurait être caractérisée de manière systématique au seul motif que l'agent aurait participé, d'une manière ou d'une autre, à une activité concurrente de celle du mandant.

L'appréciation de l'existence d'une faute grave doit ainsi tenir compte des circonstances de l'espèce. Le

premier attendu de cette décision, invitant les juges du fond à rechercher l'intention réelle du mandant, n'est pas sans poser de difficulté dans la mesure où l'appréciation de cette intention paraît pour le moins subjective. Faudrait-il considérer que, dès lors qu'il existe une explication alternative à la rupture du contrat d'agence, la faute de l'agent perd de sa gravité ? Il conviendra de rester prudent sur ce point en attendant de nouvelles décisions sur cette question.

En revanche, le critère d'appréciation développé dans le second attendu paraît plus objectif. La Cour de cassation précise en effet que la qualification de faute grave en matière de violation d'une clause de non-concurrence doit rester proportionnée au regard du chiffre d'affaires en cause. Il restera néanmoins à définir le seuil à partir duquel le chiffre d'affaires réalisé en violation de la clause de non-concurrence devrait être considéré comme significatif.

En tout état de cause, il ressort de cette décision que le mandant ne saurait invoquer une faute minime de l'agent en vue de dissimuler la véritable raison de la rupture et d'échapper ainsi au versement de l'indemnité de fin de contrat légalement due à ce dernier.

## Le propriétaire d'un centre commercial ne peut le laisser déperir même s'il ne lui reste qu'un seul locataire

Par Nicolas Cré

Le propriétaire d'un local commercial s'est pourvu en cassation à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Caen du 23 juin 2011 (n°09/02986) qui a prononcé la résiliation du bail commercial à ses torts et l'a condamné à verser au titre de l'indemnité principale, la valeur du fonds de commerce établie sur 80 % de la moyenne du chiffre d'affaires (178 294 €) et à rembourser six mois de loyer (7 955 €) en raison du mauvais entretien des parties communes du centre commercial dont il était également propriétaire.

La Troisième Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 décembre 2012 (n°11-23.541) a rejeté le pourvoi du propriétaire.

Les faits étaient les suivants. Le centre commercial s'est vidé peu à peu de ses commerçants qui ont préféré s'installer dans une galerie marchande récemment construite à proximité.

Dans le centre commercial laissé à l'abandon, le seul commerce qui demeurait ouvert était un salon de coiffure. Son exploitant s'est plaint d'un déperissement général de l'immeuble, de la suppression de l'accès aux toilettes du centre commercial et de l'encombrement de la majorité des places de parking par des gravats.

En vertu de l'article 1719 du Code civil, le bailleur n'est tenu d'assurer que l'entretien du local donné à bail, au titre de son obligation de délivrance. L'environnement dans lequel est inséré le magasin échappe normalement à la critique du preneur, le bailleur fût-il également propriétaire de l'ensemble immobilier. La Cour de cassation s'en tenait jusqu'ici à une application stricte de l'article 1719 du Code civil.

Le présent arrêt étend l'emprise de l'article 1719 du Code civil aux accessoires que constitue indéniablement la galerie marchande pour le commerçant qui a son commerce installé en son sein.

En effet, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du bailleur et retenu que « *le bailleur d'un local situé dans un centre commercial dont il est propriétaire étant tenu d'entretenir les parties communes du centre, accessoires nécessaires à l'usage de la chose louée, la cour d'appel qui a relevé un déperissement général de l'immeuble, la suppression de l'accès aux toilettes WC du centre et l'existence de gravats et de levées de terre empêchant le libre accès au parking, en a justement déduit un manquement grave du bailleur à ses obligations légales et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

### • Engagement de maintenir un environnement commercial favorable

Dans son pourvoi, le bailleur s'estimait non tenu par une quelconque obligation de maintenir un environnement commercial favorable, le bail ne contenant pas de clause obligeant le bailleur à maintenir le même niveau d'activité.

Certains propriétaires de centres commerciaux s'engagent, en effet, dans le bail à maintenir pendant une certaine durée l'activité du centre commercial et à ne pas en changer les caractéristiques principales, comme le démontre l'arrêt Usines Center de la Cour d'appel de Paris du 13 mars 2002 (n°1999-21169 *Simco c/ Segece*) qui a condamné le bailleur à des dommages et intérêts pour avoir modifié le concept du

centre commercial contrairement à la stipulation du bail où il s'engageait à le maintenir pendant cinq années. Ce changement de politique et l'expulsion en série des commerçants par le bailleur avait conduit à la fermeture du centre.

En l'absence de clause particulière au bail, les juges ne retiennent pas d'obligation à la charge du bailleur de maintenir un « *environnement commercial favorable* ».

Ce qu'illustre l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 11 mai 1995 (n°93-16.719) qui a censuré une cour d'appel qui a condamné le bailleur pour n'avoir pas tout fait pour assurer au preneur le maintien d'un environnement commercial favorable et de ne pas avoir pris les moyens appropriés pour « *faire revivre la galerie* » alors que le bail ne mettait à la charge du bailleur aucune obligation particulière liée à l'existence de la galerie.

Cette solution fût également celle adoptée le 12 juillet 2000 (n°98-23.171) par la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation alors qu'un preneur reprochait au bailleur de laisser désertifier la galerie marchande où il exploitait un restaurant. La Cour de cassation retint que « *le bailleur est seulement tenu, en l'absence de stipulation particulière, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée, la cour d'appel a violé l'article 1719 du Code civil* ».

Cette solution a été reprise dans un arrêt du 28 juin 2005 (n°04-14.087) où la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui pour condamner le bailleur avait retenu qu'il avait « *laissé passivement se dégrader un environnement qui dépend de lui et qui n'a pu attirer que les marginaux de toutes sortes et que sa défaillance à maintenir un état décent du bail commercial, qui fait partie indissociable des lieux loués, est une faute contractuelle* ». La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel a violé l'article 1719 du Code civil qui ne prévoit que l'obligation du bailleur à l'entretien des lieux loués en l'absence de stipulation particulière.

#### • **Prise en compte de la spécificité des galeries commerciales**

Pourtant, la Troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'est postérieurement montrée plus favorable à la protection des accessoires nécessaires à l'usage de la chose louée au sein des galeries commerciales.

C'est ainsi qu'elle a décidé, dans son arrêt du 31 octobre 2006 (n°05-18.377), « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il lui avait été demandé, si le défaut d'entretien des parties communes du centre commercial n'avait pas pour effet de priver les preneurs des avantages qu'ils tenaient du bail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

La Cour admettait alors pour la première fois la spécificité des galeries marchandes en étendant aux accessoires l'obligation du bailleur d'entretenir les locaux loués.

Désormais, l'obligation d'entretenir les parties communes d'un centre commercial ne relève pas de l'obligation de maintenir « *un environnement com-*

*mercial favorable* » mais d'une obligation d'entretien découlant du bail, adaptée aux spécificités du centre commercial. La responsabilité contractuelle du bailleur envers son preneur « *du fait du centre commercial* » est donc élargie.

# Programme des interventions et des formations 2013

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

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2013 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2013 et les évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;**
- **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. ;
- **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 ;**
- **Le 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] ;
- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;**
- **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. ;
- **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 ;**
- **Les 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 ;**
- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **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. ;**
- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de **la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008, 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.].
- **Les 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.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)



## Rappel des prochaines formations

---

### **La rupture brutale de relations commerciales établies** **Vendredi 5 avril 2013**

---

**Intervenante : Nathalia Kouchnir-Cargill**  
**Formule 1 demi-journée - 450€ HT**

#### Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la rupture de relations commerciales établies
- Savoir accompagner les opérationnels dans le cadre d'une rupture que l'on en soit l'auteur ou la victime
- Savoir évaluer le préjudice subi lors d'une rupture fautive de relation commerciale établie
- Déterminer le préavis devant être respecté
- Savoir identifier le préjudice subi et l'indemnisation induite
- Identifier les indemnisations périphériques : investissements, capital humain, moyens techniques
- Faire le lien avec les pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante)
- Savoir faire intervenir des économistes et des experts comptables
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître la pratique judiciaire, les sanctions applicables en la matière et le rôle des Tribunaux et des services de la DGCCRF

### **Positionnement du prix de vente / revente et droit de la concurrence** **Jeudi 11 avril 2013**

---

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill**  
**Formule 1 demi-journée - 450€ HT**

#### Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la communication des prix
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale en matière de prix de revente
- Appréhender les comportements à risques afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Évaluer les risques potentiels liés à certains comportements
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence

### **Responsabilités et obligations du fournisseur** **Jeudi 18 avril 2013**

---

**Intervenante : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi**  
**Formule 1 journée - 600€ HT**

#### Objectifs principaux

- Identifier les différents types de responsabilités et de garanties liées aux produits commercialisés
- Connaître les obligations générales de sécurité et de conformité
- Appréhender les conséquences liées aux garanties légales et contractuelles
- Appréhender les clauses limitatives de responsabilité et leur validité en droit français

## **Les systèmes de distribution**

### **Jeudi 30 mai 2013**

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill**  
**Formule 1 journée - 750€ HT**

#### **Objectifs principaux**

- Maîtriser les aspects juridiques des contrats de distribution dans le cadre de l'architecture contractuelle européenne
- Connaître la qualification des différents statuts de distributeurs existants
- Savoir mettre en place un réseau de distribution exclusive ou sélective au niveau français et européen
- S'assurer de la pertinence de son réseau en termes d'étanchéité lorsqu'il s'agit d'un réseau de distribution sélective
- Savoir rédiger les différents contrats de distribution ; quelles sont les clauses sensibles (les « clauses noires ») ?
- Savoir intégrer des clauses relatives à la communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Savoir appréhender la distribution sur Internet (e-commerce)
- Savoir maîtriser le « dual pricing »
- Appréhender les importations parallèles et savoir réagir efficacement
- Comment réagir judiciairement dans chaque Etat membre de l'Union Européenne ?
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale ayant comme support un contrat de distribution
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Auto-évaluer son contrat de distribution dans le cadre du règlement 1/2003
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables et le rôle des autorités de concurrence en matière d'entente verticale

## **Les enquêtes de concurrence diligentées par les services de la DGCCRF, de l'autorité de la concurrence, et par la Commission européenne**

### **Jeudi 6 juin 2013**

**Intervenant : Jean-Christophe Grall**  
**Formule 1 journée - 600€ HT**

#### **Objectifs principaux**

- Acquérir les bons réflexes face à des enquêteurs relevant d'une autorité de concurrence
- Comment se comporter face à des enquêteurs ?
- Appréhender les risques liés à toute enquête de concurrence et ses conséquences potentielles futures
- Participer à des exercices pratiques et à des mises en situation
- Déterminer son comportement au vu de situations pratiques présentées lors de cette formation
- Connaître les suites de toute enquête de concurrence en termes de procédure civile, pénale, ou devant une autorité de concurrence
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non

## **Droit de la vente**

### **Jeudi 13 juin 2013**

---

**Intervenantes : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Martine Béhar-Touchais**  
**Formule 1 journée - 600€ HT**

#### **Objectifs principaux**

- Déterminer les caractéristiques d'un contrat de vente : comment se conclut-il et quelles conséquences emporte-t-il ?
- Connaître les obligations pesant sur un vendeur : obligations de conseil, d'information et de délivrance
- Distinguer les notions de vice caché et de défaut de conformité
- Appréhender les conséquences liées aux garanties légales et contractuelles
- Connaître les droits et actions d'un acheteur
- Quelles sont les limites du marketing : pratiques commerciales déloyales et protection du consommateur

## **Pratiques anticoncurrentielles**

### **Jeudi 27 juin 2013**

---

**Intervenants : Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Nathalia Kouchnir-Cargill**  
**Formule 1 journée - 800€ HT**

#### **Objectifs principaux**

- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente, celle d'une position dominante ou bien encore celle d'un état de dépendance économique
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Les échanges d'informations
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence françaises et européennes

