

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

Sommaire

- 2** Assignations Novelli : suite, mais pas encore fin !
Jean-Christophe Grall
- 9** L'Arrêté du 26 décembre 2011 et la réforme des marges de distribution en gros des spécialités pharmaceutiques remboursables !
Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 11** Quelques réflexions à propos du secteur de la distribution alimentaire en France
Thomas Lamy et Giuliana Galbiati
- 13** Cartel des lessives en France: La plus importante affaire de clémence traitée jusqu'à présent par l'Autorité de la concurrence
Jean-Christophe Grall et Elodie Camous
- 18** Distribution alimentaire : la décision Carrefour Market, une application pratique intéressante de l'avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire
Elodie Camous
- 21** Tribunal de commerce de Paris, 22 novembre 2011: sévère mise en cause des pratiques commerciales du Galec ...
Thomas Lamy
- 23** Programme des interventions et des formations 2012



Assignations Novelli : suite, mais pas encore fin !

Par Jean-Christophe Grall

Un nouveau jugement rendu le 24 janvier par le Tribunal de commerce de Meaux, concernant cette fois le groupement **EMC Casino**, vient nous alerter sur le caractère contestable de certaines clauses figurant dans les contrats d'enseigne !

Nous profiterons de ce **Flash Concurrence** pour rappeler le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Meaux, le 6 décembre dernier, dans le dossier **Provera (Cora)** et les deux jugements du Tribunal de commerce de Créteil, du 13 décembre 2011 visant les enseignes **Galec** et **Système U**.

➤ **S'agissant, en premier lieu, du Tribunal de commerce de Meaux – Affaire Provera (Cora) :**

Le Ministre de l'économie a assigné **PROVERA FRANCE**, à l'effet de :

« Dire que la clause intitulée « Inexécution Contractuelle », de l'article 7.3 de la Convention fournisseur de Marque Nationale, notamment dans sa partie relative à la **résiliation pour inexécution contractuelle tirée de la sous performance du produit**, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société **PROVERA France** ;

Dire que la clause intitulée « Modalités de règlement et facturation » et le contenu de l'annexe 6 de la convention fournisseur de Marque Nationale, relatives aux **délais de paiement des factures émises par la société PROVERA FRANCE et au délai de paiement des factures émises par le fournisseur**, créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société **PROVERA FRANCE** ;

Dire que ces clauses contreviennent donc aux dispositions de l'article L.442-6-1-2° du Code de Commerce ;

Constaté en conséquence la **nullité** de ces clauses dans l'accord de la société **PROVERA FRANCE** et en tirer toutes conséquences ;

Enjoindre à la société **PROVERA FRANCE** de **cesser** les pratiques dénoncées ;

Condamner la société **PROVERA FRANCE** au paiement d'une amende civile de 2 millions d'euros. »

■ **Sur le défaut de notification aux fournisseurs :**

Que répond le Tribunal ?

« Attendu que la demande du **MINISTRE DE L'ECONOMIE** telle qu'elle est présentée au Tribunal au jour où les parties ont été entendues ne vise pas à **obtenir l'indemnisation d'un préjudice particulier à l'égard des fournisseurs, ni la nullité d'une convention** ;

➔ **Attendu que dès lors l'obligation posée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 13 mai 2011 relative à l'information préalable des parties au contrat ne trouve pas à s'appliquer.**

■ **Sur le déséquilibre significatif :**

La position des magistrats est claire et sévère :

Au titre de l'article 7.3 de la Convention fournisseur marque nationale

Attendu qu'il est fait grief à l'article 7.3 de la convention fournisseur marque nationale d'autoriser la résiliation totale ou partielle de la convention en cas de manquement à l'une des obligations stipulées ;

Qu'une telle résiliation intervenant en dehors de tout débat judiciaire ne pourrait résulter que d'un manquement grave ;

Qu'à défaut de manquement grave, cette disposition qui jouerait majoritairement en faveur du distributeur constituerait outre un manquement aux dispositions de l'article L.442-6-5° du Code de Commerce, une cause de déséquilibre significatif ;

[...]

Qu'elle comporte toutefois la **sous performance du produit par rapport aux objectifs fixés d'un commun accord entre les parties et/ou aux résultats annoncés par le Fournisseur ;**

Mais attendu que le défaut de performance d'un produit est directement fonction des conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente ;

Que le Tribunal considère que l'article 7.3 de la Convention Fournisseur Marque Nationale offre au distributeur la possibilité de déréférer un fournisseur unilatéralement sans préavis et sans indemnisation ;

Que la clause ainsi rédigée apparaît purement potestative ;

➔ **Qu'il s'ensuit nécessairement un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle.**

■ **Sur les délais de paiement :**

Que répond le Tribunal ?

Attendu que la Convention Fournisseur Marque Nationale prévoit une annexe 5 « **délais de paiement** » ;

Attendu que l'article 3 du contrat de prestation dispose que **les factures du prestataire sont payables à 30 jours date de facture ;**

Mais attendu qu'il est prévu en annexe 1 que ces prestations ne seront pas facturées au fil de

leur réalisation mais suivant un calendrier d'acomptes en fonction du budget global convenu ;

Attendu que LE MINISTRE DE L'ECONOMIE Indique que **cette disposition permet à PROVERA FRANCE de percevoir des sommes antérieurement à la réalisation des prestations qui servent de support à la facturation ;**

Mais attendu que ce moyen est inopérant à démontrer que **PROVERA FRANCE serait fondée à facturer ses prestations avant même leur réalisation quand ses achats sont, quant à eux, payés de 30 à 60 jours après réception de la marchandise ;**

[...]

Qu'il est expressément prévu une clause de compensation entre les dettes de marchandises et de prestation mais que cette compensation ne s'opère qu'entre dettes également échues ;

Que les dettes de prestations sont dès lors toujours échues avant les dettes de fourniture de marchandises ;

→ **Que cette pratique crée un déséquilibre de trésorerie au détriment du fournisseur.**

■ Sur l'amende :

Le Tribunal va se montrer tout à la fois sévère sur le principe et clément dans le quantum de l'amende ?

Attendu que si PROVERA FRANCE n'est pas l'acteur le plus important de son secteur, elle n'en reste pas moins l'un des 5 principaux acheteurs de la grande distribution alimentaire ; Que la société PROVERA FRANCE est de mauvaise foi à soutenir le contraire ;

Attendu que la société PROVERA FRANCE soutient que la loi de Modernisation de l'Économie a renforcé la liberté de négocier et que dès lors les conventions passées entre le distributeur et le fournisseur s'inscrivent dans le cadre de la loi, et qu'il convient de leur donner la force obligatoire de l'article 1134 du Code Civil ;

Que les conditions auraient en l'espèce été librement négociées, mais qu'aucun contrat type ne semble avoir reçu une modification significative ;

→ **Que le Tribunal considère que la négociation commerciale rapportée ne consacre pas véritablement les concessions réciproques mais davantage l'adhésion à des conditions pré-définies, préalable nécessaire au référencement d'un fournisseur ;**

*Le Tribunal prononcera une amende civile de **250.000 euros** ».*

Observations :

Nous relevons que les dispositions contractuelles contestées par le Ministre de l'économie et condamnées, en première instance certes, par le Tribunal de commerce de Meaux, demeurent aujourd'hui dans le contrat Provera 2012, sous l'article 7.3 de la convention fournisseur Marque nationale et sous l'article 3 de l'annexe n° 2 du contrat de prestations de services concernant les services de coopération commerciale.

Un point particulier sur le caractère potestatif de l'article 7.3 actuel, en ce que cette disposition maintenue en l'état apparaît en effet éminemment contestable et encourir la nullité, ainsi que le Tribunal de commerce de Meaux l'a stigmatisé, reprochant même au ministre de l'économie de ne pas avoir demandé la nullité d'une telle clause en tant que gardien de l'ordre public économique !

➤ **S'agissant, en second lieu, des jugements du Tribunal de commerce de Créteil dans les affaires Galec et Système U :**

■ Affaire du Galec

Le Ministre de l'économie demande au Tribunal de :

« Dire que l'article I-5 du contrat cadre annuel 2009, en ce **qu'il exclut l'application des conditions générales de vente des fournisseurs**, à toute livraison de produits ou prestation de services du fournisseur, au profit des conditions d'achat du GALEC, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs ;

Dire que **la distorsion en matière de délais de paiement entre le GALEC et ses fournisseurs** qui résulte de la clause 4.3.a de l'annexe II (conditions d'achat) du contrat cadre 2009, crée un déséquilibre significatif dans les

droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs ;

Dire que les clauses 4.2.b et 4.3.b de l'annexe II (conditions d'achat) du contrat cadre 2009, en ce qu'elles imposent des pénalités, pour **paiement avec retard des ristournes et des prestations de services**, - d'un montant manifestement déconnecté de la réalité économique du préjudice qu'elles entendent prévenir, créent un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au détriment des fournisseurs ;

Dire que les clauses 4.2.c et 4.3.c de l'annexe II (conditions d'achat) du contrat cadre 2009, en ce **qu'elles excluent d'office les escomptes pour paiement anticipé des ristournes et des prestations de services**, créent un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au détriment des fournisseurs ;

Dire que la clause I.4.d de l'annexe II (conditions d'achat) du contrat cadre 2009, en ce

qu'elle met à la charge des fournisseurs **les coûts inhérents à la destruction par les consommateurs des produits et/ou de leurs emballages**, crée un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au détriment des fournisseurs.

Dire que les clauses susvisées contreviennent aux dispositions de l'article L.442-6-I-2° du code de commerce ;

Enjoindre au GALEC de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner les clauses susvisées dans ses contrats ;

Prononcer à l'encontre du GALEC une amende civile de 2 millions d'euros. »

Que répond le Tribunal de commerce de Créteil ?

« Attendu que le Ministre **n'a pas justifié avoir informé** les 58 fournisseurs concernés ;

Attendu qu'en conséquence, **le Tribunal ne pouvant ni statuer de manière générale ni statuer sur les 124 contrats versés aux débats relatifs aux 58 fournisseurs, en l'absence de preuve que lesdits fournisseurs ont été informés de l'action du Ministre, dira l'action du Ministre irrecevable et le débouterà de l'ensemble de ses demandes.** »

■ **Affaire Système U :**

Le Ministre de l'économie demande de :

« Dire et juger que la distorsion de traitement qui résulte des **modalités de mise en œuvre des pénalités pour livraisons tardives** qui résulte des clauses 5.4.1 et 5.5 de l'accord cadre annuel 2009, créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société SYSTEME U ;

Dire et juger que **l'imposition de pénalités pour retard de livraisons de produits en promotion**, telle que prévue à la clause 6.3.a de l'accord cadre annuel 2009 crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société SYSTEME U ;

Dire et juger que **l'imposition de pénalités forfaitaires pour non-conformité du GTIN Unité consommateur**, telle que prévue à la clause 6.3.c de l'accord cadre annuel 2009, crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société SYSTEME U ;

Dire que les pratiques susvisées contreviennent aux dispositions de l'article L442-61-2° du Code de commerce ;

Enjoindre à la société SYSTEME U de cesser pour l'avenir les pratiques susvisées ;

Prononcer à l'encontre de la société SYSTEME U une amende civile de 2.000.000,00 € ;

Que répond là également le Tribunal de commerce de Créteil ?

■ **Sur la demande d'irrecevabilité de la demande suite à la décision du Conseil Constitutionnel du 13 mai 2011 :**

Attendu que, le 13 mai 2011, le Conseil Constitutionnel a dit conforme à la Constitution le second alinéa du paragraphe III de l'article L.442-6 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008, sous réserve que l'autorité publique, qui engage une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public, **informe au préalable les parties au contrat ;**

Attendu qu'à la suite de cette décision, le Ministre a modifié sa demande initiale, en renonçant à faire déclarer nulles les clauses qu'il considérait comme créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de la société SYSTEME U, **ne sollicitant plus désormais que la cessation des pratiques litigieuses ;**

Attendu que le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 13 mai 2011 a dit l'action du Ministre conforme à la Constitution, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ;

Et attendu que le Ministre a indiqué, lors des débats, avoir informé les fournisseurs, **mais ne pouvoir le justifier ;**

Attendu, qu'en conséquence, **le Tribunal ne pouvant ni statuer de manière générale ni statuer sur les 72 contrats versés aux débats relatifs aux 56 fournisseurs, en l'absence de preuve que lesdits fournisseurs ont été informés de l'action du Ministre, dira l'action du Ministre irrecevable et le débouterà de l'ensemble de ses demandes.** »

Observations :

Certes, le Tribunal de commerce de Créteil n'est pas entré en voie de condamnation de ces deux enseignes, puisque l'action du Ministre a été considérée purement et simplement comme irrecevable sur le fondement de la décision du 13 mai dernier du Conseil constitutionnel¹.

Au-delà de l'aspect lié au caractère irrecevable de la saisine ministérielle, irrecevabilité que nous considérons comme étant éminemment critiquable, dès lors que le Ministre de l'économie n'avait pas maintenu à

⁽¹⁾ Cf. Flash Concurrence n° 11 Juin 2011 intitulé « L'action du Ministre de l'économie déclarée conforme à la Constitution, sous une réserve d'interprétation ». Voir également l'article publié à la revue Décideurs Stratégie Finance Droit, n° 126 – Avril 2011 intitulé « Le déséquilibre significatif conforme à la Constitution ! » et l'article publié à la revue Lamy Concurrence, n° 28 – juillet/septembre 2011.

la barre sa demande de nullité des clauses qu'il considérait comme créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit des enseignes Galec et Système U, en ne demandant plus exclusivement que la cessation des pratiques litigieuses, les critiques formées à l'encontre des clauses évoquées ci-dessus demeurent, sous réserve que les clauses concernées soient toujours actuelles, ce qui n'est pas le cas en totalité en 2012.

Un mot simplement sur l'aspect de l'irrecevabilité que nous considérons effectivement comme étant parfaitement contestable, dès lors que le Ministre agissant en qualité de gardien de l'ordre public, ce que reconnaissent toutes les juridictions qui sont intervenues jusqu'à présent (cf. jugement prononcé par le Tribunal de commerce de Lille dans les affaires Castorama – 6 janvier 2010 et Eurauchan – 7 septembre 2011², ou bien encore jugement Galec du 22 novembre 2011 ou bien encore le jugement du Tribunal de commerce de Meaux dans le dossier Provera et l'affaire EMC Casino que nous évoquerons par la suite, il a vocation à demander la cessation des pratiques jugées contraires aux dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ; et c'est d'ailleurs le droit que lui donne l'article L.442-6-III du Code de commerce³.

Or, au titre de la cessation des pratiques jugées illicites et du prononcé d'une amende civile, le Ministre n'intervient pas en se substituant aux parties au contrat et donc aux fournisseurs, et ne demande pas l'annulation des clauses ni même et encore moins la restitution des sommes qui seraient indûment perçues.

En conséquence, il n'a pas à informer les fournisseurs de cette demande, puisqu'il n'agit pas en plaident en quelque sorte par procureur, mais bien en tant que gardien de l'ordre public économique, et à ce titre, en tant qu'institution publique chargée de faire respecter les dispositions d'ordre public prévues par le législateur et inscrites dans le Code de commerce sous son Titre IV du Livre IV.

Il y a donc, selon nous, une erreur de droit qui a été commise par le Tribunal de commerce de Créteil.

Il convient également de relever que Système U demandait le rejet de l'action ministérielle en ce que cette action visait à demander au tribunal de se prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, en contradiction avec l'article 5 du Code civil⁴.

En effet, le Tribunal de commerce devait se prononcer sur la validité de certaines clauses contractuelles contenues dans 72 contrats signés avec 56 fournisseurs, sans qu'une analyse concrète n'ait été faite par le Ministre de l'économie au titre de chacune de ces situations contractuelles individuelles.

Le Tribunal de commerce de Créteil a considéré qu'il ne pouvait pas statuer de manière générale, dès lors que son jugement ne peut avoir une valeur qu'inter partes et non erga omnes.

C'est donc l'autorité de la chose relative attachée à un jugement qui est ici visée par le Tribunal de commerce de Créteil.

C'est là un débat naturellement extrêmement intéressant qu'il y aura devant la Cour d'appel de Paris.

S'agissant des clauses qui ont été dénoncées par le Ministre de l'économie, ces clauses demeurent en l'état ou ont été modifiées pour certaines d'entre-elles, voire même ont été supprimées.

On observera dans le contrat Système U néanmoins, le maintien d'un certain nombre de dispositions visées sous les articles 5.4.1 et 5.5, ainsi que sous les articles 6.3.a) et 6.3.c) (pénalité pour retard de livraison et pénalité pour code GTIN unité consommateur non-conforme).

S'agissant des conditions d'achat Galec 2012, certains dispositions contestées par le ministre ont été supprimées ; il s'agit ainsi de l'article 1.4.d) et 1.5.d).

En revanche, les dispositions des articles 4.2.b), 4.2.c), 4.3.b) et 4.3.c) concernant les pénalités de retard dues en cas de non règlement d'une somme à l'échéance prévue ainsi que le versement d'un escompte pour tout paiement anticipé, qu'il s'agisse de ristournes ou de rémunération de coopération commerciale, sont maintenues dans les conditions d'achat Galec 2012 .

⁽²⁾ Cf. Flash concurrence n° 18 de décembre 2011 intitulé « Tribunal de commerce de Paris, 22 novembre 2011 : sévère mise en cause des pratiques commerciales du Galec ... »

⁽³⁾ « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministre public, par le **ministre chargé de l'économie** ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministre public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. »

⁽⁴⁾ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

➤ **S'agissant, en dernier lieu, du jugement du Tribunal de commerce de Meaux du 24 janvier 2012 (EMC Casino) :**

Le Ministre de l'économie a modifié ses demandes dans les termes suivants versus son assignation :

« Dire que la distorsion des modalités de mise en œuvre des conditions tarifaires qui résulte de l'articulation des clauses 4.2-1 et 42-2 de l'annexe B de l'accord commercial 2009, sur la base duquel les contrats entre la société E.M.C. DISTRIBUTION et ses fournisseurs ont été conclus, constitue une tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de E.M.C. DISTRIBUTION et des membres du groupe CASINO, ses mandants ;

Dire que l'article 2 de l'annexe B de l'accord commercial 2009, sur la base duquel les contrats entre la société E.M.C. DISTRIBUTION et ses fournisseurs ont été conclus, en ce qu'il impose que l'intégralité des produits achetés par CASINO soient repris par le fournisseur dans le cas où ils n'auraient pas été vendus à la fin de l'exercice ou de la période de commercialisation saisonnière, constitue une tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de la société E.M.C. DISTRIBUTION et des membres du Groupe CASINO, ses mandants ;

Dire que ces clauses contreviennent donc aux dispositions de l'article L.442-6 I 2° du Code de Commerce ;

Enjoindre la société E.M.C. DISTRIBUTION de cesser pour l'avenir les pratiques consistant à mentionner les clauses susvisées dans ses contrats ;

Condamner la société E.M.C. DISTRIBUTION au paiement d'une amende civile de 2 millions d'euros ;

■ **Sur le défaut de notification aux fournisseurs :**

Quelle position le Tribunal va-t-il adopter sur cette question éminemment sensible ?

Attendu que la demande du MINISTRE DE L'ECONOMIE telle qu'elle est présentée au Tribunal au jour où les parties ont été entendues ne vise pas à obtenir l'indemnisation d'un préjudice particulier à l'égard des fournisseurs, ni la nullité d'une convention ;

Attendu que dès lors l'obligation posée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 13 Mai 2011 relative à l'information préalable des parties au contrat ne trouve pas à s'appliquer ;

Attendu que c'est par une lecture incomplète que la défenderesse soutient le contraire ;

Attendu que la décision sollicitée n'est pas de nature à atteindre un contrat en cours et dès lors les droits et obligations d'une partie ;

➔ *Attendu que l'exception d'irrecevabilité de la demande pour défaut de notification aux fournisseurs ne peut être accueillie.*

■ **Sur la violation de l'article 5 du Code Civil :**

Il s'agit là d'un point extrêmement intéressant et sensible du débat judiciaire :

Attendu que la société E.M.C. DISTRIBUTION fait grief au MINISTRE DE L'ECONOMIE de rechercher dans la présente instance que soit rendu un arrêt de règlement contraire aux dispositions de l'article 5 du Code Civil ;

Que l'argumentation de l'administration n'intégrerait aucun aspect de la vie des contrats dont seul le principe de deux clauses se trouve étudié in abstracto ;

Attendu que la décision à intervenir ne se fondant que sur une disposition in abstracto, elle porterait une interdiction générale et dès lors irrégulière ;

Mais attendu que le présent litige porte sur un contrat d'adhésion soumis par la société E.M.C. DISTRIBUTION à ses fournisseurs ;

Qu'il n'est pas contesté que le contrat ait été adopté tel quel par les fournisseurs ; Qu'il constitue la loi des parties ;

Que l'article L.442-6 du Code de Commerce est un texte d'ordre public ;

➔ **Que LE MINISTRE DE L'ECONOMIE investi de pouvoirs particuliers en matière de défense de l'ordre public économique est en droit de rechercher qu'il soit mis un terme à l'usage de clauses contractuelles fautives sans que la décision rendue puisse être considérée comme un arrêt de règlement ;**

Voilà qui est à méditer car il y a là une position de principe qui est arrêtée par les magistrats et qui va se retrouver contestée devant la Cour d'appel de Paris, soyons en certains par le groupement EMC !

■ **Sur le déséquilibre significatif :**

Que répond le Tribunal de commerce de Meaux après une analyse très concrète des clauses dénoncées et des implications économiques pour les fournisseurs ?

Attendu qu'à la suite de ses dernières écritures, LE MINISTRE DE L'ECONOMIE renonce à demander la nullité des deux clauses de la convention marque nationale et leur retrait des conventions en cours, mais qu'il se borne à demander la cessation des pratiques pour l'avenir ;

■ **Au titre de la clause de retour des marchandises invendues :**

Attendu qu'il est fait grief à la société E.M.C. DISTRIBUTION d'imposer à ses fournisseurs une clause ainsi rédigée :

Le fournisseur s'engage expressément à reprendre, dans son intégralité, le stock des produits invendus en fin d'exercice et/ou de période de commercialisation saisonnière. Un état des produits retournés au fournisseur sera joint à l'envoi. En outre, les membres du Groupe Casino établiront une demande d'avoir.

Cette disposition consacrerait le transport du risque d'invendus à la charge du fournisseur alors que le distributeur détient la propriété du stock et les conditions de sa commercialisation [...]

Attendu que le secrétaire d'état a lui-même rappelé le 7 Juillet 2008 devant le Sénat que les dispositions de l'article L442-6 du Code de Commerce permettaient de sanctionner les abus contractuels en la matière ;

Attendu que c'est à tort que la société E.M.C. DISTRIBUTION soutient être en accord sur ce point avec la loi LME ;

Qu'il sera relevé que la clause est de portée générale et que la société E.M.C. DISTRIBUTION succombe à démontrer le contraire ;

Attendu que le fait que la reprise d'invendus soit demeurée licite n'autorise pas qu'elle soit imposée systématiquement et abusivement ;

Attendu que le fait que le distributeur n'ait aucun intérêt à avoir des invendus ne vient pas faire échec au fait que le risque d'invendus se trouve par l'effet de la clause querellée systématiquement transporté entre les mains du fournisseur, l'accord « gagnant gagnant » allégué par le distributeur n'apparaissant pas à l'évidence ;

Attendu que le fait, pour le distributeur, de se préserver du risque de dégradation de produits antérieurement référencés ne peut suffire à justifier que le fournisseur assume le risque d'invendus de produits ;
[...]

→ **Attendu que la société E.M.C. DISTRIBUTION impose la clause de reprise des invendus de manière indifférenciée à tous les produits en stock, il commet ainsi un abus constitutif d'un déséquilibre significatif dans la relation avec les fournisseurs ;**

■ **Sur les changements de tarifs et conditions :**

Attendu que LE MINISTRE DE L'ECONOMIE reproche à la société E.M.C. DISTRIBUTION un déséquilibre entre les conditions d'augmentation des prix des fournisseurs et celles relatives aux baisses desdits produits ;

Que les articles 4.2-1 et 4.2-2 de l'accord commercial disposent :

4-2-1 Augmentation de Tarif :

Toute demande d'augmentation de tarif emporte obligation pour le fournisseur de renégocier le présent Accord Commercial.

L'augmentation de tarif demandée ne sera mise en œuvre que sous réserve de l'accord exprès et préalable d'E.M.C. DISTRIBUTION et moyennant le respect des conditions suivantes :

- I. Toute demande d'augmentation de tarif sera adressée en recommandé avec accusé de réception au plus tard trois mois avant la date d'application effective ;
- II. Cette demande précisera le numéro de contrat E.M.C. DISTRIBUTION concerné, le pourcentage moyen de la variation de tarif pondéré par les réalisations de volume en UVC des 12 derniers mois, ainsi que la variation par produit en valeur relative. Elle sera justifiée par un exposé des éléments objectifs, vérifiables et significatifs ;
- III. Dans tous les cas, une telle demande fera l'objet d'une discussion avec E. M. C. DISTRIBUTION, sur le fondement, entre autres critères, d'une analyse de la valeur et/ou d'une comparaison avec les prix des produits sous marque de Distributeur appartenant à la même catégorie de produits. Sur le fondement de ces éléments, E.M.C. DISTRIBUTION se réserve le droit de refuser une telle augmentation ;
- IV. Toute hausse de tarif acceptée ne pourra en tout état de cause, affecter les commandes et les opérations promotionnelles prévues à cette date ;
- V. En cas de désaccord, E. M. C. DISTRIBUTION se réserve le droit de mettre fin au référencement des produits concernés.

Toute demande d'augmentation du tarif non justifiée qui manifesterait que le fournisseur abuse ou tente d'abuser de sa position dominante, sera considérée comme une situation infractionnelle et pourra donner lieu à des poursuites sur le fondement des articles 82 du traité CE et L.420-2 du Code de Commerce.

En sera notamment ainsi dans l'hypothèse d'une demande d'augmentation de tarif dépourvue de tout rapport avec l'augmentation des coûts effectivement supportés par le fournisseur et/ou en comparaison avec la moyenne des demandes d'augmentation des autres opérateurs du marché sur lequel le Fournisseur intervient. Il en sera également ainsi de toute pratique d'imposition de prix excessifs.

Dans ces circonstances et en l'absence d'accord dans le cadre de la négociation, E. M. C. DISTRIBUTION pourra demander en justice la réparation intégrale de tous chefs de préjudices subis du fait des agissements du Fournisseur.

4-2-2 Réduction de Tarif :

Afin d'assurer la compétitivité de ses produits sur le marché et le pouvoir d'achat du consommateur, le fournisseur s'engage à repercuter

dans son tarif les baisses concernant des éléments constitutifs de ses prix de vente.

Dans ce contexte (baisse des matières premières ou de tous autres coûts supportés par le fournisseur) et aux fins de respect de cette obligation, le fournisseur s'oblige à adresser un tarif modifié.

Le fournisseur communiquera cette baisse de tarif par lettre recommandée avec accusé de réception.

Cette communication précisera le numéro de contrat E. M. C. DISTRIBUTION et les références concernées, le pourcentage moyen de la variation de tarif pondéré par les réalisations de volume en UVC des douze (12) derniers mois, ainsi que la variation par produit en valeur relative.

En cas de refus injustifié de respecter les obligations visées ci-dessus, E. M. C. DISTRIBUTION aura la possibilité de revoir les conditions de référencement des produits concernés.

[...]

Attendu que l'administration reproche à la société E.M.C. DISTRIBUTION d'avoir créé un déséquilibre entre les conditions d'octroi d'une augmentation de prix et le droit contractuellement réservé à bénéficier de toute réduction des éléments constitutifs du prix des produits vendus ;

Attendu qu'elle relève une différence de traitement en termes de marge dès lors que le distributeur ne prend aucun engagement sur ce point tandis que le fournisseur s'engage à ne pas modifier les siennes ;

[...]

Attendu que le Tribunal constate que toute évolution à la baisse des éléments de calcul du Prix de Revient Industriel (P.R.I.) du fournisseur doit selon les termes du contrat, profiter au distributeur par l'octroi d'une réduction de tarif ;

Attendu que cette disposition n'est pas compensée par une disposition équivalente en matière de hausse des éléments de calcul du P.R.I.

[...]

Attendu que toute augmentation des prix de vente du fournisseur est soumise à l'agrément du distributeur lequel se réserve le droit de les rejeter sans que les critères prévalant à ce choix soit définis de manière objective et incontestable

Que la rédaction du III) de l'article 4-2-1 du contrat d'adhésion laisse toute latitude à la société E.M.C. DISTRIBUTION pour agir selon son souhait ;

Attendu qu'il s'ensuit un risque d'écrasement des marges du fournisseur sans espoir de gain voire même de rétablissement ;

Attendu que le distributeur s'est quant à lui réservé de pouvoir bénéficier d'une augmentation de ses marges sans encourir le risque d'une réduction ;

→ Attendu que si la clause de révision de prix est licite, c'est le déséquilibre de traitement des hausses et des baisses qui est contesté, l'administration ne se prévalant pas de l'illicéité de la clause ;

Attendu que les hausses de prix rapportées par la société E.M.C. DISTRIBUTION ne concernent que 3 fournisseurs, qu'elles émanent de grandes entreprises, qu'elles ne semblent pas avoir satisfait aux exigences de l'article 4-2-1 du contrat

→ Qu'elles laissent donc accroître à une pratique relevant du fait du prince ;

→ Attendu que le Tribunal considère que les articles 4-2-1 et 4-2-2 relatifs aux conditions de hausse et de baisse de tarifs stipulés par la société E.M.C. DISTRIBUTION, dans les contrats passés avec ses fournisseurs, créent un déséquilibre significatifs au sens de l'article L.442-6 1 2° ;

→ Qu'en conséquence, le Tribunal prononcera à l'encontre de la société E.M.C. DISTRIBUTION une amende civile réduite à la somme de 400.000 euros ;

Observations :

Le Tribunal de commerce de Meaux se montre, une fois encore, après le jugement prononcé au mois de décembre dernier dans l'affaire Provera (Cora), qu'il entend faire prévaloir une stricte application des dispositions visées sous le Titre IV du Livre IV du Code de commerce et déclarer parfaitement recevable l'action du Ministre, jugeant à cet égard par ailleurs que son jugement ne saurait s'assimiler à un « arrêt de règlement ».

CONCLUSION GENERALE :

C'est donc à la lumière de l'ensemble de cette pratique judiciaire, qu'il faut compléter avec les affaires Eurauchan du mois de septembre 2011 et Castorama du mois de janvier 2010 que les fournis-

seurs de la grande distribution, qu'ils interviennent dans le domaine alimentaire ou non-alimentaire, devront formuler des réserves au titre des clauses pouvant encore, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, figurer dans les contrats d'enseignes nationales.





L'Arrêté du 26 décembre 2011 et la réforme des marges de distribution en gros des spécialités pharmaceutiques remboursables !

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Retour sur l'Arrêté du 26 décembre 2011 modifiant l'arrêté du 4 août 1987 relatif aux prix et aux marges des médicaments remboursables, applicable au 1^{er} janvier 2012, qui a redéfini les tranches et le taux de marge des grossistes-répartiteurs, dans un objectif affiché de baisse des prix des médicaments remboursables et donc de maîtrise des dépenses de santé.

Pour rappel, l'Arrêté fixe désormais un taux de 6,68 % pour un PFHT compris entre 0 et 450 € et une marge forfaitaire de 30,06 euros au-delà de 450 €. Nous passons donc de quatre tranches à deux !

La principale innovation de l'Arrêté réside essentiellement dans la garantie d'une marge minimale de 30 centimes d'euros pour les grossistes-répartiteurs. Ainsi, pour un PFHT compris entre 0 et 4,50 €, la marge du grossiste est fixée à 30 centimes d'euros.

Cette marge minimale garantie a pour principale conséquence que le nouvel arrêté est plus favorable aux grossistes-répartiteurs (leur marge augmente par rapport à la situation antérieure) pour les médicaments remboursables dont le PFHT est compris entre 0 et 3,02 €.

En revanche pour un produit compris entre 3,02 et 132,35 €, l'application des nouveaux taux conduit à une marge inférieure pour le grossiste-répartiteur et donc mécaniquement à une baisse des prix publics TTC des médicaments remboursables concernés. Rappelons en effet que les taux de marge fixés réglementairement pour les pharmaciens d'officine ne sont pas modifiés par l'Arrêté du 26 décembre 2011.

Le tableau suivant offre une synthèse de la réforme des marges de distribution, en comparant la situation actuelle avec celle connue sous l'arrêté du 3 mars 2008 :

TRANCHES	AVANT LE 1 ^{er} JANVIER 2012	APRÈS LE 1 ^{er} JANVIER 2012
0 à 4,5 € Ex: Médicament à 2,99 € Ex: Médicament à 3,10 €	9,93 % 0,296 € 0,307 €	Marge minimale garantie de 0,30 € 0,30 € soit > à 0,296 € 0,30 € soit < à 0,307 €
4,50 à 22,90 €	9,93 %	6,68 %
22,90 à 150 €	$(22,90 \times 9,93 \%) + [(PFHT - 22,90) \times 6,00 \%]$	6,68 %
150-400 €	2 %	6,68 %
400-450 €	0 %	6,68 %
Au delà de 450 €	0 %	6,68 % de 450 € (→ forfait de 30,06 €)

On comprendra que le pharmacien d'officine pourra donc bénéficier de l'augmentation de la marge du grossiste (sur les produits ayant un PFHT inférieure à 3,02 € ou supérieur à 132,35 €) s'il cumule la marge grossiste et la marge pharmacien. En revanche, pour les produits dont le PFHT est compris entre 3,02 € et 132,35 €, le pharmacien qui bénéficiait de tout ou partie de la marge grossiste devrait connaître une perte de marge.

On soulignera également deux autres conséquences pratiques de l'Arrêté du 26 décembre 2011 :

- D'une part, en ce qui concerne la coexistence de taux différents (avant et après le 1^{er} janvier 2012), l'Arrêté précité, en son article 2, dispose que les stocks « usines » vignettés aux anciens taux pourront être dispensés jusqu'au 31 mars 2012. Il faut donc que la vente des pharmaciens aux

clients s'effectue avant le 31 mars 2012 pour que les médicaments issus de ces stocks soient remboursés par l'Assurance maladie.

En outre, pour tout médicament fabriqué à partir du 1^{er} janvier 2012, les laboratoires doivent, à leur frais, apposer une vignette avec les nouveaux taux. Ce coût de revignettage n'est en tout état de cause pas à négliger.

- D'autre part, les grossistes-répartiteurs pourraient être amenés à devoir tenter de restructurer leur portefeuille de produits du fait de la variation des taux de marge, en

repreant la main sur le flux des produits dont le prix est inférieur à 3,02 €, dès lors que leur marge est aujourd'hui supérieure, compensant ainsi leur perte de marge sur les autres spécialités.

Il est aussi possible que les grossistes-répartiteurs souhaitent réduire leurs charges fixes, en diminuant leur nombre de tournées quotidiennes, par exemple, mais néanmoins toujours dans le respect de leurs obligations de service public clairement sanctionnées par la loi de sécurité sanitaire du 29 décembre dernier (cf. art. 5421-9 CSP).





Quelques réflexions à propos du secteur de la distribution alimentaire en France

Par Thomas Lamy et Giuliana Galbiati

La situation concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire est, semble-t-il, au centre des préoccupations actuelles de l'Autorité de la concurrence et du Gouvernement.

De fait, après avoir émis, en décembre 2010¹, un avis portant sur les contrats d'affiliation et les modalités d'acquisition du foncier commercial, l'Autorité de la concurrence vient d'en rendre un nouveau, fort intéressant, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. Mais ce n'est pas tout : le Sénat a adopté, en décembre 2011, un projet de loi² qui vise, entre autres choses, à améliorer les relations des groupes de distribution avec leurs affiliés dans le secteur de la distribution alimentaire.

Que devons nous retenir des ces différents textes ?

Sur la question des contrats d'affiliation, on relèvera tout d'abord que le projet de loi reprend la plupart des recommandations qui avaient été formulées par l'Autorité de la concurrence à l'occasion de son avis de décembre 2010.

Ainsi, en partant du constat d'un manque sensible de transparence dans ce type de conventions, qu'expliquent entre autre la multiplicité des documents contractuels et leur signature tardive, voire à contretemps, l'Autorité recommandait, fin 2010, la mise en place d'un accord-cadre unique d'affiliation ; cette proposition est reprise dans le projet de loi modifié par le Sénat (futur article L.340-1-II), et s'accompagne de la mise en place d'un projet de convention, destiné à améliorer l'information pré-contractuelle de l'affilié.

Concernant la durée de l'engagement, le Sénat s'est prononcé en ce sens que les contrats d'affiliation devront avoir une durée maximale de six ans et ne pourront pas être renouvelés par tacite reconduction.

D'autres clauses des contrats d'affiliation soulèvent traditionnellement des préoccupations concurrentielles. C'est le cas des stipulations qui visent à empêcher le départ du magasin du

réseau au terme de la relation, ou de celles qui instaurent un droit de priorité ou de préemption au profit des groupes de distribution. Idem pour les clauses de non concurrence ou de non ré-affiliation post-contractuelle. A ce sujet, l'Autorité de la concurrence recommandait un meilleur encadrement, aussi bien dans leur objet que dans leur durée.

A ce titre également, le Gouvernement s'inspire de l'avis précité, en encadrant sur ces points la relation des parties (futur article L.340-5-I et II). Désormais, les clauses de non-concurrence devront être d'une durée maximale de un an, et devront concerner uniquement les biens et services en concurrence avec l'objet de la convention d'affiliation ; elles devront, qui plus est, être limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'affilié exerçait son activité. En outre, la validité de ces clauses reste conditionnée par la nécessité de protéger le savoir faire substantiel, spécifique et secret qui aura (ou aurait) été transmis aux affiliés au cours de la relation contractuelle.

* * *

L'avis de l'Autorité de la concurrence du 11 janvier 2012³ avait plus spécifiquement trait au secteur de la distribution alimentaire à Paris. Il confirme un constat généralement fait, à savoir que la distribution alimentaire généraliste parisienne se trouve particulièrement concentrée : en ressort tout naturellement une préoccupation de concurrence qui, à ce jour, découle en fait plus de la structure même du marché parisien que de l'existence avérée de comportements anticoncurrentiels.

De fait, dans le panorama national, les caractéristiques du marché parisien paraissent véritablement spécifiques, l'offre reposant essentiellement sur des magasins de petite taille.

A lui seul, le groupe Casino, point de convergence des analyses de l'Autorité de la concurrence, représente 55% des points de vente alimentaires généralistes, que ce soit en nombre de magasins, ou en surface totale de vente. Cette part de marché passe à 65% si l'on tient compte du contrôle conjoint, avec le groupe Galeries Lafayette, des enseignes Monoprix.

⁽¹⁾ Autorité de la concurrence, avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

⁽²⁾ Assemblée nationale n°4141, projet de loi, modifié par le Sénat, renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, enregistré le 23 décembre 2011.

⁽³⁾ Autorité de la concurrence, avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Dans certains quartiers, la part de marché du groupe Casino est même supérieure à 80 % ...

Malgré un rythme d'ouverture de magasins de petite taille très important, la structure du marché est restée inchangée ces 5 dernières années. L'une des explications en serait que certains opérateurs se montrent en fait peu intéressés par le marché parisien, qui suppose des coûts importants, alors même que le chiffre d'affaires escompté demeure inférieur à celui pouvant être réalisé, à niveau d'investissement égal, dans des supermarchés de périphérie.

Il s'ensuit que, pour le moment, la menace d'entrée de nouveaux concurrents n'est pas suffisamment importante pour dynamiser le jeu concurrentiel sur l'ensemble du marché parisien.

On relèvera par ailleurs que, parmi les enseignes du groupe Casino, Franprix occupe une place remarquable sur le marché parisien : la croissance du parc des magasins Franprix à Paris représente ainsi l'essentiel de la croissance du groupe dans la capitale.

L'Autorité analyse en outre la nature des barrières à l'entrée du marché, et, au premier chef, les barrières administratives, provenant du fait que les implantations de surfaces commerciales de plus de 1000 m² nécessitent une autorisation de la commission départementale d'aménagement commercial. L'Autorité évoque également l'existence de certaines barrières plus « économiques », liées notamment au coût de l'investissement au m² et au taux de croissance élevé des loyers commerciaux.

Au vu de ces considérations, l'Autorité de la concurrence aura donc émis quelques recommandations, aux fins d'obtenir (ou de tenter d'obtenir) une dilution de la concentration de la distribution alimentaire à Paris.

Parmi elles, on retrouve une proposition de suppression des autorisations administratives d'im-

plantation pour les surfaces de plus de 1000 m², ainsi que l'évocation de l'assouplissement des contrats d'affiliation soumis par le groupe Casino à ses franchisés indépendants. Sans trop d'illusions semble-t-il, puisque l'Autorité considère qu'une modification de ces clauses n'aurait, en définitive, qu'un impact limité sur la structure du marché...

En fait, selon l'Autorité, seul un contrôle ex post pourrait sans doute véritablement rééquilibrer la structure du marché parisien de la distribution alimentaire : en d'autres termes, ce serait plutôt à des injonctions structurelles qu'il conviendrait de recourir, afin d'obtenir que les groupes de distribution se voient imposer la cession d'une partie de leurs magasins, ceci afin de rétablir une situation concurrentielle plus saine.

Cela dit, la mise en œuvre de ce contrôle est subordonnée à des conditions qui paraissent, en l'état actuel, très difficiles à satisfaire : on rappellera en effet que l'Autorité ne peut adresser une injonction structurelle qu'après avoir constaté un abus de position dominante ou de dépendance économique, et la persistance de la pratique malgré une décision de l'Autorité la condamnant.

Ces deux conditions de mise en œuvre rendent cet outil quasiment inutilisable, alors pourtant qu'il s'agirait, selon l'Autorité, du moyen le plus efficace pour influencer sur la structure du marché au bénéfice du consommateur.

* * *

Sur le plan pratique, les conséquences des avis précités, ainsi que du projet de loi approuvé par le Sénat le 23 décembre 2011, ne devraient cependant pas tarder à se faire sentir.

Du côté des groupes de la grande distribution ainsi que de leurs affiliés, certains comportements devraient ainsi être revus et, espérons-le, corrigés. C'est en tout cas le souhait de l'Autorité régulatrice ainsi que celui du Gouvernement.





Cartel des lessives en France : La plus importante affaire de clémence traitée jusqu'à présent par l'Autorité de la concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

Dans une décision rendue le 8 décembre 2011, l'Autorité de la concurrence a sanctionné quatre fabricants de lessives à hauteur de 367,9 millions d'euros pour avoir mis en place et participé à un important cartel portant sur la mise en commun de leur politique tarifaire et promotionnelle. La société Unilever, qui a dénoncé l'existence du cartel en 2008 à l'Autorité de la concurrence, a bénéficié d'une exonération totale de sanction, au titre du programme de clémence !

L'enjeu de la mise en œuvre de la procédure de clémence - outil de détection et de répression des cartels instauré en France par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (ci-après, dénommée « **NRE** ») -, ressort nettement de la décision rendue le 8 décembre 2011 par l'Autorité de la concurrence, concernant un cartel entre quatre fabricants de lessives (I). Cette décision marque par ailleurs une remarquable évolution de la position de l'Autorité de la concurrence s'agissant de la question du cumul des procédures de clémence et de non-contestation des griefs (II).

I. Les enjeux de la mise en œuvre de la procédure de clémence pour les entreprises

Dans cette affaire, les quatre participants à l'entente ont sollicité le bénéfice de la clémence, conformément à l'article L.464-2-IV du code de commerce, rédigé comme suit :

« Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L.420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. (...) ».

L'instauration de cette procédure en droit de la concurrence français présente deux enjeux pour les entreprises : d'une part, être la première entreprise à dénoncer l'entente anticoncurrentielle pour bénéficier d'une exonération totale de sanction (I.1.), et, d'autre part, être en mesure de « contribuer » réellement à la constatation de la pratique prohibée (I.2.).

I.1. L'attrait de l'exonération totale de sanction

En l'espèce, la société Unilever a été la première entreprise à dénoncer l'existence du cartel à l'Autorité de la concurrence, en mars 2008. Elle a, à ce titre, bénéficié d'une exonération totale de sanction en rapport avec les pratiques constatées par l'Autorité. Les trois autres entreprises ayant participé à l'entente ont sollicité le bénéfice de la clémence, en avril 2008 (Henkel), septembre 2008 (Procter & Gamble) et février 2009 (Colgate Palmolive). Chacune d'entre elles s'est vue accorder une exonération partielle de sanction, à hauteur de 25 % pour Henkel, 20 % pour Procter & Gamble et 15 % pour Colgate Palmolive.

Il est à ce titre intéressant de constater que, si Unilever a été la première entreprise à dénoncer l'entente à l'Autorité de la concurrence en mars 2008, une entente entre fabricants de lessives a été dénoncée par Henkel auprès de la Commission européenne à peine un mois plus tard ! Or, nul ne peut nier qu'au moment où Henkel a sollicité le bénéfice de la clémence auprès de la Commission européenne, elle espérait que les pratiques dénoncées par sa concurrente auprès de l'Autorité soient incluses dans l'objet de l'instruction de la Commission.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de la décision commentée, l'Autorité rappelant l'avis de clémence¹ aux termes duquel le Conseil de la concurrence estimait que :

« les déclarations de Henkel relatives à une dimension internationale ou à une coordination européenne de ces pratiques (qui seraient distinctes des pratiques d'ententes entre fabricants intervenues en marge du processus de compactage des lessives au niveau européen (...) n'étaient pas établies (paragraphes 147 à 151 de l'avis)² ».

Rappelons que lorsque la Commission européenne ouvre une procédure visant à constater l'existence d'infractions aux articles 101 et 102

(1) Avis n°09-AC-01 du 21 janvier 2009, relatif à la demande de clémence de la société Henkel.

(2) Décision n°11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives, §724.

du Traité sur le fonctionnement de l'Union, les autorités nationales de concurrence sont dessaisies de l'examen des pratiques, s'agissant de l'application des règles de concurrence de l'Union.

Dès lors, on aurait pu penser, alors même qu'elle avait dénoncé l'existence de l'entente à l'Autorité un mois après Unilever, que Henkel bénéficierait pour l'ensemble de ces pratiques – dans le cadre de la procédure ouverte devant la Commission européenne –, de la clémence de premier rang et, par conséquent, d'une exonération totale de sanction !

Il en a cependant été autrement ! L'existence de ces différentes demandes de clémence présentées par Henkel, à la fois devant la Commission et devant l'Autorité, a amené la Commission européenne à se prononcer sur l'étendue de sa saisine. La Commission a alors constaté, par courrier en date du 22 avril 2010 adressé à l'Autorité de la concurrence, que sa décision d'ouverture d'une procédure le 21 décembre 2009 n'avait pas dessaisi l'Autorité, puisqu'elle ne portait pas sur les pratiques visées par les griefs notifiés à Henkel par cette dernière.

C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé l'Autorité de la concurrence à plusieurs reprises dans la décision commentée : les dossiers instruits respectivement par l'Autorité de la concurrence et par la Commission européenne ne portaient pas sur les mêmes pratiques, se distinguant par leur nature, leur champ, leur couverture géographique, leur durée et les participants.

Ainsi, par décision du 13 avril 2010, la Commission européenne a accordé une exonération totale de sanction à Henkel, bénéficiant de la clémence de premier rang, alors que le bénéfice de l'exonération totale de sanction a été accordé à une autre entreprise (Unilever) par l'Autorité de la concurrence par décision du 8 décembre 2011. Cette dernière décision n'a évidemment pas satisfait Henkel, et l'on ne s'étonnera pas qu'elle ait fait appel...

Cela étant, si la « *contribution* » apportée par le demandeur de « *premier rang* » – c'est-à-dire celui qui a dénoncé en premier l'existence de l'entente – est évidente puisqu'elle permet à l'Autorité de la concurrence de connaître de l'existence d'accords anticoncurrentiels dont le caractère secret rend toute détection particulièrement difficile, en revanche, comment l'Autorité de la concurrence évalue-t-elle la « *contribution* » des demandeurs de « *second rang* » ?

La décision commentée est à ce titre riche d'enseignements à méditer.

1.2. La nécessité d'apporter une véritable contribution à l'instruction

L'Autorité précise dans la décision commentée que :

« (...) la présentation d'une demande de clémence suppose nécessairement que l'entreprise ou l'organisme dont elle émane informe l'Autorité, premièrement, de la nature et du champ matériel, géographique et temporel de l'entente visée par cette demande, deuxièmement, de sa propre responsabilité dans cette entente et, troisièmement, de l'identité des autres entreprises ou organismes auteurs des pratiques en cause »³.

Or, la pratique de l'Autorité – retranscrite dans le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français – consiste à accorder aux demandeurs de clémence de second rang le bénéfice d'une exonération partielle de sanction dont l'importance dépendra de la valeur ajoutée apportée à l'instruction, par rapport aux éléments de preuves dont les services de l'Autorité disposent déjà, du rang de la demande et du moment où elle a été présentée⁴. En outre, l'Autorité de la concurrence prendra en compte le comportement du demandeur pendant la procédure : l'entreprise doit apporter à l'Autorité « *une coopération véritable, totale, permanente et rapide* »⁵.

Ainsi, dans l'affaire des lessives, l'Autorité a rappelé qu'elle n'accorderait effectivement l'exonération de sanction pécuniaire envisagée dans l'avis de clémence qu'« *à la condition que le demandeur coopère activement à l'ensemble de la procédure d'enquête et d'instruction* »⁶.

Elle a alors précisé qu'en cas de manquement à ce devoir de coopération, l'étendue de l'exonération de sanction dépendrait de l'ampleur et des conséquences du comportement de l'entreprise concernée dans le cadre de la procédure.

Elle constate en effet que certains manquements peuvent « *empêcher, retarder ou rendre plus difficile l'établissement et la caractérisation des faits et des responsabilités par les services d'instruction* » ; tandis que d'autres peuvent « *rendre plus difficile, voire impossible, le constat d'une infraction à l'issue de la phase préliminaire d'enquête et de la procédure d'instruction, ou plus généralement à compliquer la tâche de l'Autorité* »⁷.

L'Autorité de la concurrence a, à ce titre, accordé à Henkel un taux de réduction d'amende inférieur

³ Décision n°11-D-17, §712.

⁴ Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, §18.

⁵ Communiqué du 2 mars 2009, §21.

⁶ Décision n°11-D-17, §716.

⁷ Décision n°11-D-17, §719.

à celui qu'elle envisageait d'accorder dans l'avis de clémence, parce qu'elle n'a pas respecté cette obligation de coopération.

En effet, conformément aux termes de l'article L.464-2-IV du code de commerce :

« (...) A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction ».

Dès lors, si l'Autorité considère que l'entreprise sollicitant la clémence n'a pas respecté les conditions de l'avis de clémence, et plus généralement, de coopération avec les services d'enquête et d'instruction de l'Autorité, elle pourra accorder une réduction de sanction moindre que celle envisagée dans l'avis de clémence.

En l'espèce, il ressort de la décision commentée que Henkel n'a pas adopté un comportement conforme aux attentes de l'Autorité. En effet, l'Autorité a estimé que le comportement de Henkel avait « rendu plus difficile l'établissement et la caractérisation des faits par les services d'instruction, en les confrontant en permanence à une discussion sur la nature et le champ réels des pratiques dénoncées par Henkel » et qu'il avait « retardé sans justification le cours de la procédure »⁹.

C'est donc à ce titre que l'Autorité de la concurrence a accordé à Henkel un taux de réduction d'amende de 25 %, contre les 30 % auxquels Henkel prétendait avoir droit.

Cette décision montre bien l'importance pour les sociétés sollicitant le bénéfice de la clémence d'adopter un comportement très coopératif avec les services d'instruction de l'Autorité. L'Autorité de la concurrence montre bien, dans cette décision, le caractère conditionnel de l'avis de clémence : l'étendue de l'exonération de sanction pécuniaire envisagée dépendra clairement de la

contribution que l'entreprise aura apportée à l'établissement de l'infraction !

Force est de constater, par ailleurs, que l'Autorité de la concurrence a amorcé un revirement de sa position quant à l'éventualité pour une même entreprise de cumuler le bénéfice de la clémence et de la non-contestation des griefs.

II. L'ouverture à un cumul des procédures de clémence et de non-contestation des griefs

Cette reconnaissance d'un possible cumul entre clémence et non-contestation des griefs est d'autant plus surprenante – mais louable ! – que l'Autorité préconisait une position inverse à l'occasion de la publication du projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs le 14 octobre 2011.

En effet, la lecture du point 49 du projet de communiqué ne laissait pas de doute sur la position de l'Autorité quant à un possible cumul des deux procédures :

« L'Autorité estime que, compte tenu des objectifs auxquels elles répondent, des conditions auxquelles elles sont subordonnées et de leur modalités procédurales, la mise en œuvre cumulative des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, au bénéfice d'un même organisme ou d'une même entreprise, n'est pas justifiée ».

Pourtant, dans la décision du 8 décembre 2011, l'Autorité de la concurrence ne rejette pas la possibilité d'un tel cumul mais au contraire, reconnaît la possible coexistence de ces deux procédures, permettant à un demandeur de clémence de ne pas contester les griefs, conformément à la procédure de l'article L.464-2-III du code de commerce⁹ :

« La coexistence de ces dispositions n'exclut pas la possibilité, pour le rapporteur général, de proposer à l'Autorité de tenir compte du fait qu'une entreprise ou un organisme ayant présenté une demande de clémence renonce ultérieurement à contester les griefs qui lui auraient été notifiés dans l'intervalle »¹⁰.

⁽⁹⁾ Décision n°11-D-17, §740.

⁽⁹⁾ Aux termes duquel : « Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction ».

⁽¹⁰⁾ Décision n°11-D-17, §763.

Bien au contraire, elle précise que les objectifs de ces deux procédures sont différents, ce qui justifie donc leur cumul. En effet, si l'objectif de la clémence est de faciliter la détection des ententes, leur constatation et leur sanction, la procédure de non-contestation des griefs permet quant à elle d'alléger et d'accélérer l'instruction des dossiers, ce qui justifie une réduction d'amende plus limitée pour cette dernière.

Ainsi, l'Autorité affirme clairement que la réduction de sanction accordée dans le cadre d'une procédure de non-contestation des griefs doit être inférieure à celle pouvant être accordée dans le cadre d'un programme de clémence. Cela se justifie au regard du fait que, dans le cadre de la procédure de clémence, l'entreprise va « reconnaître des faits constitutifs d'une entente, d'une part, et sa responsabilité dans cette entente, d'autre part »¹¹ tandis que dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs, l'intéressée « se borne à ne pas contester les griefs »¹².

Il appartient donc au rapporteur général de décider, au vu des caractéristiques du dossier, si le recours à la procédure de non-contestation des griefs est susceptible d'apporter des gains procéduraux et une valeur ajoutée utile au traitement du dossier.

En l'espèce, l'Autorité a considéré que la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs à l'égard de Colgate Palmolive n'était pas justifiée, dans la mesure où elle n'aurait apporté que des gains procéduraux limités, et n'aurait pas entraîné une accélération du traitement de l'affaire¹³.

En conséquence, cette décision, même si elle n'accorde pas en l'espèce le bénéfice du cumul des deux procédures à Colgate Palmolive, constitue un revirement sensible de la position de l'Autorité. Ce revirement est d'autant plus remarquable que sa position antérieure avait été affirmée clairement avec la publication du projet de communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs rendu public moins de deux mois auparavant ! Il est donc prévisible que l'Autorité s'inspire, outre les observations reçues dans le cadre de la consultation publique portant sur ce projet de communiqué et qui s'est clôturée le 14 décembre 2011, des précisions apportées dans la décision du 8 décembre 2011 sur l'articulation entre la procédure de clémence et la procédure de non-contestation des griefs, en vue de l'adoption du texte définitif.

* * *

⁽¹¹⁾ Décision n°11-D-17, §769.

⁽¹²⁾ Décision n°11-D-17, §770.

⁽¹³⁾ Décision n°11-D-17, §779.

Si cette décision est, nous l'avons vu, très riche en apports quant au traitement des demandes de clémence, on ne peut passer sous silence le caractère particulièrement grave, selon les termes mêmes de la décision, de l'entente mise en œuvre et sanctionnée par l'Autorité, notamment au regard de ses effets sur les consommateurs finals.

En effet, l'Autorité de la concurrence a constaté que l'entente trouvait son origine dans la loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur l'équilibre et la loyauté des relations commerciales – dite loi Galland – instaurant un seuil de revente à perte (ci-après, dénommé « **SRP** ») égal au « **prix d'achat effectif qui comprend le prix des produits figurant sur les factures et toute réduction acquise à la date de la vente** », ce qui est une formulation inexacte eu égard aux termes précis, puisque d'incrimination pénale, des dispositions figurant dans l'ancien article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui ne vise qu'un prix unitaire figurant sur facture ; cette définition du SRP a été modifiée ensuite et successivement par les lois Dutreil du 2 août 2005¹⁴ et Châtel du 3 janvier 2008¹⁵. En fait, il faut comprendre que l'Autorité a volontairement résumé le calcul du SRP, en évoquant un prix d'achat facturé par l'industriel, correspondant au prix tarif diminué de toutes les réductions de prix acquises à la date de la vente et devant dès lors figurer sur les factures par application de l'article L.441-3 du code de commerce (ancien article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986).

Dès lors, l'Autorité a constaté que :

« Dans ce contexte, les distributeurs, qui étaient tenus de respecter le seuil de revente à perte tel que défini par la loi Galland, fixaient généralement les prix de revente des lessives à un niveau légèrement supérieur ou identique aux prix nets facturés par les fabricants. Ainsi, en s'entendant sur les prix pratiqués à l'égard de la grande distribution, les lessiviers étaient en mesure d'influer sur les prix de revente aux consommateurs finals »¹⁶.

Ainsi, alors même que l'entente portait sur les prix de vente des lessives à la grande distribution, l'accord entre les fabricants portait mécaniquement sur les prix de revente aux consommateurs ! Selon l'Autorité, les fabricants de lessive ont tiré avantage de la loi Galland, contrebalançant indûment les effets escomptés

⁽¹⁴⁾ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°179 du 3 août 2005 page 12639.

⁽¹⁵⁾ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 4 janvier 2008 page 258.

⁽¹⁶⁾ Décision n°11-D-17, §258.

de ladite loi pour les consommateurs, puisque ces pratiques ont eu un impact direct sur les prix payés par ces derniers.

Elle a, par conséquent, en appliquant pour la première fois le communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, relevé que l'infraction avait causé un dommage important à l'économie, au regard notamment des effets directs causés par l'entente sur les consommateurs finals, de par l'application du mécanisme de calcul du SRP issu de la loi Galland¹⁷.

On se souviendra à cet égard de la décision très médiatisée - dite des jouets - du 20 décembre 2007 dans laquelle le Conseil de la concurrence avait dénoncé et sanctionné sur fond de loi Galland des ententes verticales entre les principaux fabricants de jouets et les grandes surfaces alimentaires, mais aussi spécialisées¹⁸.

Cette loi Galland n'en finit pas de faire parler d'elle !

* * *

Enfin, dans cette décision, instructive à plus d'un titre, l'Autorité de la concurrence rappelle avec clarté le standard de preuve pour déterminer la participation individuelle d'une entreprise à une

entente horizontale. Elle rappelle ainsi, comme dans la décision sur les banques du 20 septembre 2010¹⁹, que deux situations d'entente peuvent être distinguées : soit l'entente se déroule au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle, soit elle se déroule par le biais de réunions informelles occultes ou secrètes. Dans son analyse des faits d'espèce – appartenant à la deuxième situation : la participation des entreprises mises en cause à des réunions informelles – l'Autorité de la concurrence se rapproche du standard de preuve de l'Union européenne : pour déterminer si une entreprise a pris part à l'entente, il faut déterminer si « *elle a participé à des réunions en ayant connaissance de leur objet anticoncurrentiel* »²⁰ ou si elle a su « *se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support* »²¹.

Ainsi, l'Autorité a su identifier la participation individuelle de chacun des quatre fabricants aux réunions de concertation qui se sont tenues entre 1997 et 2004, ces derniers ayant tous reconnu leur participation aux pratiques litigieuses.

⁽¹⁷⁾ Mais aussi de la durée, de la part de marché des participants, de l'ampleur nationale de l'entente.

⁽¹⁸⁾ Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets, Cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009 et Cour de cassation - arrêt du 7 avril 2010.

⁽¹⁹⁾ Décision n°10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement ; voir à ce titre La lettre du cabinet, Sept-Oct. 2010, *Décision sur les banques: Rappel sur les conditions de participation à une entente*, par P. Jouvét.

⁽²⁰⁾ Décision n°11-D-17, §490.

⁽²¹⁾ Décision n°11-D-17, §489.





Distribution alimentaire : la décision *Carrefour Market*, une application pratique intéressante de l'avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire

Par Elodie Camous

Le 16 décembre 2011, l'Autorité de la concurrence a rendu une décision par laquelle elle accepte et rend obligatoires les engagements pris par la société Carrefour, concernant le passage d'un supermarché parisien (rue Marcadet, 18^e) franchisé Champion sous enseigne Carrefour Market. Le remplacement envisagé par la société Carrefour du contrat de franchise Champion par un contrat de franchise Carrefour Market aux conditions plus restrictives soulevait en effet des préoccupations de concurrence.

* * *

Cette décision a pour origine une saisine assortie d'une demande de mesures conservatoires de l'Autorité par les sociétés Marcadet Distribution 75 et Marcadet Exploitation 75 (ci-après, dénommées ensemble les « **Sociétés Marcadet** ») s'estimant victimes d'un abus de dépendance économique de la part de la société Carrefour.

Tout en rejetant la demande de mesures conservatoires à défaut d'urgence, l'Autorité a renvoyé l'affaire à l'instruction au fond considérant que les pratiques étaient susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles¹. Le 29 juillet 2011, la société Carrefour a soumis à l'Autorité des propositions d'engagements². Dans la décision rendue le 16 décembre 2011, l'Autorité a accepté l'ensemble des engagements proposés par la société Carrefour, tenue de proposer aux Sociétés Marcadet la signature d'un nouveau contrat de franchise sous enseigne *Carrefour Market*, dont certaines clauses (durée, non-réaffiliation, non-concurrence post-contractuelle, droit de priorité et droit d'entrée à paiement différé) seront assouplies, voire supprimées, en vue d'aligner le nouveau contrat *Carrefour Market* sur l'ancien contrat de franchise *Champion*.

Dans un contexte où l'activité de l'Autorité de la concurrence a été particulièrement marquée par les préoccupations de concurrence majeures existant dans le secteur de la distribution alimen-

taire – avec, très récemment, l'avis du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris³ – cette décision est une application pratique utile de l'avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire⁴.

* * *

Aussi l'Autorité de la concurrence a-t-elle analysé successivement les clauses du contrat de franchise sous enseigne *Carrefour Market*, qui, plus restrictives que celles de l'ancien contrat de franchise *Champion*, soulevaient des préoccupations de concurrence, au regard notamment de l'analyse du secteur faite par l'Autorité dans l'avis du 7 décembre 2010 susmentionné.

- Sur la durée du contrat de franchise : une durée devant être inférieure à cinq ans :

Dans l'avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a constaté que les relations contractuelles entre les affiliés et les groupes de distribution étaient, dans la pratique, très étendues dans la durée. Estimant que « *les clauses de durée qui excèdent cinq années soulèvent donc de légitimes préoccupations de concurrence* », elle a ainsi recommandé que la durée des contrats liant les affiliés et les groupes de distribution devraient être inférieure à cinq ans⁵.

Dès lors, l'engagement de la société Carrefour de réduire la durée du contrat de franchise *Carrefour Market* de sept ans (renouvelable par période de trois ans) à trois ans (renouvelable par période de trois ans) a été considéré par l'Autorité comme « *compatible avec l'analyse menée par l'Autorité de la concurrence dans son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 (...)* »⁶.

⁽¹⁾ Aut. conc., décision n°11-D-04 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire.

⁽²⁾ Publiées le 7 septembre 2011 sur le site de l'Autorité, dans le cadre d'un test de marché.

⁽³⁾ Aut. conc. avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. A ce titre, voir ci-avant, l'article de Thomas Lamy intitulé « *Quelques réflexions à propos du secteur de la distribution alimentaire en France* ».

⁽⁴⁾ Aut. conc. avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire.

⁽⁵⁾ Aut. conc. avis n°10-A-26, §§135 et 222.

⁽⁶⁾ Aut. conc., décision n°11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, §41.

■ Sur le caractère nécessaire et proportionné des clauses de non-réaffiliation et de non concurrence : le nécessaire encadrement des clauses de non-réaffiliation post-contractuelles :

Pour l'Autorité, les clauses de non-réaffiliation, existant très souvent dans les contrats entre affiliés et les groupes de grande distribution, peuvent être assimilées à des clauses de non-concurrence. Par conséquent, ces clauses doivent être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent. L'Autorité a même estimé dans l'avis susmentionné qu'il était préférable que ces clauses soient limitées à une durée d'un an à compter de l'expiration de l'accord⁷.

Aussi, l'Autorité de la concurrence a-t-elle retenu l'engagement de la société Carrefour de supprimer les clauses de non concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelles prévues dans le contrat-type *Carrefour Market*, en estimant que cet engagement était :

« compatible avec l'analyse menée par l'Autorité de la concurrence dans son avis n°10-A-26 incitant les opérateurs, compte tenu de l'atteinte que porte ce type de clauses au libre exercice de son activité par l'affilié, à limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause dès lors que de telles clauses paraissent nécessaires à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret »⁸.

■ Sur l'encadrement des droits de priorité au profit des groupes de distribution :

Dans l'avis du 7 décembre 2010, l'Autorité a étudié les effets sur la concurrence de l'existence d'un droit de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés, valable même après l'arrivée à échéance des contrats d'enseigne. Elle a notamment considéré que de tels droits de préemption créent une *« asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être achetés par des concurrents »* et que les droits de priorité sont de nature à empêcher la valorisation des magasins par le jeu de la concurrence, *« permettant ainsi à la tête de réseau bénéficiaire du magasin de conserver dans son réseau des magasins à moindre coût »⁹*. De telles clauses sont donc constitutives de barrières à l'entrée empêchant tout nouvel entrant d'accéder au

réseau. Dans cet avis, l'Autorité a donc recommandé la suppression de ce type de droits, *« à tout le moins, dans l'hypothèse où le groupe de distribution n'est pas propriétaire des murs du magasin et ne possède aucune participation dans la société d'exploitation »¹⁰*.

Dans la décision commentée, la société Carrefour a tenté d'insérer dans les nouveaux contrats de franchise *Carrefour Market* la mise en place d'un droit de priorité au franchiseur, applicable pendant la durée du contrat, mais s'étendant aussi à deux années après l'échéance du contrat. Une telle clause est valable pour la durée du contrat, dans la mesure où la société Carrefour a une participation dans les Sociétés Marcadet. En revanche, l'extension de ce droit à l'échéance du contrat soulevait des préoccupations de concurrence. L'engagement de la société Carrefour tendant à supprimer les droits de priorité post-contractuels a donc répondu à ces préoccupations¹¹.

■ Sur la suppression des droits d'entrée différés au profit d'un paiement étalé dans la durée :

L'Autorité de la concurrence a relevé dans l'avis du 7 décembre 2010 que la mise en place d'un droit d'entrée dont le paiement est différé à l'échéance du contrat *« risque de limiter sa liberté commerciale en le dissuadant de quitter le réseau »¹²*, considérant par conséquent que de tels droits devraient être supprimés.

Dans le cadre de la procédure ouverte à son encontre, la société Carrefour a proposé de supprimer du contrat-type *Carrefour Market*, la clause soumettant le franchisé à l'obligation de verser un droit d'entrée au franchiseur, exigible le jour où le contrat prendrait fin. Cet engagement était donc compatible avec l'analyse de l'Autorité dans l'avis précité, priviliégiant les « mécanismes d'étalement dans la durée du paiement du droit d'entrée »¹³.

En outre, les Sociétés Marcadet avaient reproché à la société Carrefour de les évincer des locaux commerciaux, en s'opposant à une renégociation du bail commercial, acte qu'elles considéraient être constitutif d'un abus de dépendance économique.

En effet, la société Carrefour a mis un terme au contrat de bail (dont la société Marcadet Distribution 75 était titulaire) à son arrivée à échéance, dans les délais légaux au regard de la date d'échéance contractuelle du bail.

⁽⁷⁾ Aut. conc., avis n°10-A-26, §§147, 160 et 228.

⁽⁸⁾ Aut. conc., décision n°11-D-20, §66.

⁽⁹⁾ Aut. conc., avis n°10-A-26, §§172-173.

⁽¹⁰⁾ Aut. conc., avis n°10-A-26, §227.

⁽¹¹⁾ Aut. conc., décision n°11-D-20, §69.

⁽¹²⁾ Aut. conc., avis n°10-A-26, §229.

⁽¹³⁾ Aut. conc., décision n°11-D-20, §75.

Toutefois, l'Autorité a considéré que la société Carrefour y avait mis fin pour des raisons légitimes et en respectant le délai de préavis contractuellement prévu, et que, par conséquent, ce refus de renouveler le contrat ne constituait pas un abus de dépendance économique.

Dès lors, elle a estimé légitime que la société Carrefour ne prenne pas d'engagements concernant le bail commercial, tenant, comme le souhaitent les Sociétés Marcadet, « *à ce que Carrefour renonce à la procédure d'éviction, renouvelle le contrat de bail ou, à défaut, mette à leur disposition des locaux équivalents dans Paris intra muros afin de leur permettre de continuer à exercer leur activité de supermarché, sont sans objet dans le cadre de la présente procédure* ».

L'Autorité a donc rendu obligatoires les engagements initiaux de la société Carrefour (sans en ajouter de nouveaux), qui dispose d'un mois à compter de la publication de la décision commentée pour proposer un nouveau contrat de franchise conforme à ses engagements, aux Sociétés Marcadet, qui auront à leur tour un mois pour l'accepter, à défaut de quoi les propositions de Carrefour seront caduques.

* * *

Cette décision d'engagements s'inscrit donc dans la droite ligne de l'avis du 7 décembre 2010, dans lequel l'Autorité de la concurrence avait mis en évidence, dans le cadre de cette enquête sectorielle portant sur la grande distribution alimentaire, ses préoccupations quant au niveau préoccupant de concentration, aux importantes barrières à l'entrée et à l'absence de mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes dans ce secteur, préconisant même l'intervention du législateur pour fluidifier le marché et favoriser la concurrence.

Force est de constater que le pouvoir d'auto-saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence, instauré par l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 et codifié à l'article L.462-4 du Code de commerce, a fortement accru le rôle de veille concurrentielle de l'Autorité.

Or, il ressort clairement de cette décision que la volonté croissante de l'Autorité d'aborder des sujets divers à travers les avis, recommandations et enquêtes sectorielles qu'elle diligente, a pour finalité d'apporter aux opérateurs économiques des « *lignes directrices* » sur les comportements à adopter sur les marchés.





Tribunal de commerce de Paris, 22 novembre 2011 : sévère mise en cause des pratiques commerciales du Galec ...

Par Thomas Lamy

Lors d'une intervention au Forum LSA le 4 octobre dernier, Michel-Edouard Leclerc avait créé la surprise en déclarant abruptement que les assignations délivrées au Galec par le ministère de l'économie étaient... « co**es ».

Comme d'ordinaire le personnage est d'un abord plutôt sympathique et que, par ailleurs, Madame Homobono, Directrice générale de la concurrence, était assise dans la salle en face de lui, d'aucuns parmi les quelques 500 participants au forum n'avaient pas manqué de s'interroger sur la raison de ce petit dérapage ...

Le jugement prononcé le 22 novembre 2011 par le Tribunal de commerce de Paris, qui marque une étape importante dans le long bras de fer opposant l'administration au Galec, contribuera peut-être à expliquer rétrospectivement ce mouvement d'humeur.

Rappel de cette intéressante saga judiciaire :

En 2001, la SC Galec avait eu connaissance de conditions commerciales obtenues par la société Carrefour auprès de certains de ses fournisseurs au cours des années 1998 et 1999, et constaté à cette occasion qu'elle avait bénéficié de montants de coopération commerciale inférieurs à ceux de l'enseigne concurrente.

En conséquence de quoi, le Galec avait requis des fournisseurs concernés une compensation de la différence constatée, ceci par le biais de « protocoles d'accord transactionnels », conclus entre 2002 et 2003, et prévoyant la perception d'une indemnité forfaitaire dont le montant total avait atteint plus de 23 millions d'euros.

Le ministre de l'économie avait alors poursuivi le Galec, considérant que ces accords transactionnels permettaient à l'enseigne de percevoir des rémunérations rétroactives, ne correspondant à aucune prestation commerciale effectivement rendue.

C'est dans ce cadre que, le 15 novembre 2005, le Tribunal de commerce de Nanterre avait annulé les différents accords transactionnels en cause et condamné le Galec à la restitution des sommes indûment perçues.

Par la suite, le 3 mai 2007, la Cour d'appel de Versailles avait déclaré irrecevable l'action du ministre, au motif qu'elle aurait constitué une action de substitution à celle des fournisseurs, engagée sans leur assentiment.

Cet arrêt ayant fait l'objet d'un pourvoi, la Cour de cassation, le 8 juillet 2008, a cassé et annulé l'arrêt d'appel, en vertu du principe selon lequel l'intervention du ministre se fonde sur « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

Le 29 octobre 2009, la Cour d'appel de Versailles, saisie sur renvoi, avait confirmé la nullité des accords transactionnels en cause, condamnant de surcroît le Galec au paiement d'une amende civile de 500.000 € et au remboursement des sommes indûment perçues, soit 23.313.680 €, ces sommes devant être reversées au trésor public, à charge pour celui-ci de les restituer au fournisseur.

On pensait alors le débat définitivement clos ; Pourtant, à l'occasion de courriers circularisés le 29 novembre 2010, le Galec, alléguant le fait que lors de la procédure au fond, le ministre de l'économie avait pris l'engagement de restituer au groupement les sommes qui ne pourraient être remises aux fournisseurs, a requis de ces derniers qu'ils restituent au trésor public les fonds perçus à l'issue de la procédure, ceci au motif que les fournisseurs en cause avaient, par courrier en date du 2 juin 2004, indiqué au Galec qu'ils n'entendaient obtenir ni remboursement, ni restitution des sommes concernées.

C'est dans ce contexte que, dans le cadre d'une procédure à bref délai, le ministre de l'économie a sollicité du Tribunal de commerce de Paris qu'il juge la pratique consistant, pour la société coopérative Galec, à demander à ses fournisseurs la restitution des sommes qu'elle avait été condamnée à leur verser par décision judiciaire, comme constitutive d'une tentative de les soumettre à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et donc, contraire aux dispositions de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce.

Qui plus est, le ministre de l'économie sollicitait à l'encontre du Galec le prononcé d'une amende civile de 2.000.000 € (soit le plafond prévu par la loi), ainsi que la publication de la décision à intervenir.

Face aux prétentions de l'administration, le Galec faisait observer qu'il n'avait, dans cette affaire, jamais été fait pression sur les fournisseurs afin que ces derniers reversent les

sommes perçues et, par ailleurs, que le Galec n'avait jamais tenté d'obtenir un avantage sans contrepartie, mais simplement demandé que les sommes ne pouvant être remises aux fournisseurs lui soient restituées, conformément à l'engagement pris par le ministre de l'économie.

Sur ce, le Tribunal entre en voie de condamnation à l'encontre du Galec, au terme d'un raisonnement dont les points clés sont les suivants :

- selon le tribunal, les courriers signés par les fournisseurs entre les années 2004 et 2006, aux termes desquels ils confirmaient ne pas vouloir revenir sur le protocole d'accord signé en 2002, ni demander remboursement ou restitution, présentaient des similitudes de rédaction telles qu'il est fort difficile de croire à une initiative spontanée des fournisseurs ;
- toutefois, le Tribunal relève que le fait de signer un acte, serait-il préparé par autrui, n'invalide nullement cet acte ;
- cela dit, le Tribunal relève également que ces documents, présentant des similitudes importantes, ne sauraient être pris en considération dans l'hypothèse où les fournisseurs se trouveraient en situation de dépendance économique vis-à-vis de leur distributeur, ou connaîtraient parfaitement le système auquel ils se soumettent, bon gré, mal gré ;

– en l'occurrence, le Tribunal considère que le Galec a obtenu des fournisseurs qu'ils signent des engagements de ne pas faire valoir leurs droits, et leur a par la suite adressé, en novembre 2010, c'est-à-dire durant la période de renégociation des contrats, un courrier leur rappelant leur engagement ;

– Le Tribunal en conclut que ces démarches relèvent de pressions abusives sur les fournisseurs et constituent une tentative de les soumettre à un déséquilibre significatif, au sens de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce.

Sous le bénéfice de cette analyse, le Tribunal condamne le Galec à une amende de 1.000.000 d'euros en lui enjoignant par ailleurs de mettre fin aux pratiques en cause, et ordonne l'exécution provisoire du jugement.

Qui plus est, le Tribunal ordonne la publication du dispositif du jugement dans *Le Monde*, *Le Figaro* et *Les Echos*, ainsi que sur la page d'accueil des sites Internet « *michel-edouardleclerc.com* » et « *e-leclerc.com* ».

Toutefois, dans la mesure où cette publication ne devrait intervenir qu'une fois la décision devenue définitive, il est peu probable qu'elle soit effective avant le dénouement d'une procédure d'appel, dont on peut légitimement penser qu'elle ne manquera pas d'être engagée par le Galec.





Programme des interventions et des formations 2012 :

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

Toute l'année, MG Avocats – Grall & Associés dispense des formations (N° d'agrément 11753760075) au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2012 seront :

- **La négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;**
- **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 et de la LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.]**
- **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.mgavocats.fr

