GRALL & ASSOCIÉS AVOCATS
Antitrust Alliance

La lettre du Cabinet

MAI-JUIN 2012
contact@grall-legal.fr - www.grall-legal.fr

Grall & Associés est partenaire des prochains rendez-vous de LSA les 26 septembre, 3 et 4 octobre 2012 ***(voir page 18).***

LES RENCONTRES LSA

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

Sommaire

3 L'Autorité de la concurrence reconnait l'application d'un délai de prescription pour défaut de notification
Thomas Lamy et Elodie Camous

4 Focus sur la règlementation des cookies suite à la transposition des directives du 25 novembre 2009 dites *« Paquet Telecom »*
Eléonore Camilleri

5 E-book pricing subject to the competition authorities' scrutiny
Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

7 Renforcement du contrôle de la publicité sur les médica-ments : feu vert de l'Autorité de la concurrence aux pro-jets de décrets pris en application de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011
Jean-Christophe Grall & Giuliana Galbiati

8 La CEPC précise le champ d'application de la convention annuelle dans le cadre des négociations commerciales
Jean-Christophe Grall & Guillaume Bisdorff

11 Avis n°12-A-12 du 15 mai 2012 de l'Autorité de la concurrence
Echanges d'informations : limites posées aux organisa-tions professionnelles ! Petits rappels !
Jean-Christophe Grall & Ossman Badir

13 Coopération commerciale et action du ministre de l'économie: Cour d'appel d'Orléans, 12 avril 2012, RG n° 11/02284
Peggy Tourret

14 L'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires: entre vagues d'audace et rochers de réalisme
Nicolas Cré

16 Proposition de formation:
LME - Négociations commerciales 2013

18 Le Cabinet Grall & Associés est partenaire des prochaines Rencontres LSA

19 PROGRAMME DES INTERVENTIONS ET DES FORMATIONS 2012

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence : Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Italie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovénie, Suède, Suisse

63, avenue de Villiers 75017 Paris, France ■ T + 33(1) 53 57 31 70 ■ F + 33(1) 47 20 90 40 ■ Palais P 40

Selarl d'Avocats au barreau de Paris au capital de 125 770 euros - Siret 41797693300024 - TVA FR 74417976933

L'Autorité de la concurrence reconnait l'application d'un délai de prescription pour défaut de notification

par Thomas Lamy et Elodie Camous

Le 11 mai 2012, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société Ets. Fr. Colruyt pour n'avoir pas procédé à la notification d'une opération de concentration préalablement à sa réalisation. L'intérêt juridique de cette décision réside particulièrement dans les développements de l'Autorité sur la notion de prescription rapportée au droit des concentrations, qui viennent en l'occurrence combler un vide juridique béant.

* * *

Dans cette affaire, la société mise en cause avait omis de notifier au Ministre de l'économie – autorité compétente en matière de contrôle des concentrations au moment des faits – trois opérations de rachat d'entreprises préalablement à leur réalisation.

Notifiées a posteriori, ces opérations, qui ne soulevaient aucune difficulté de concurrence, ont depuis été autorisées sans réserve par l'Autorité de la concurrence (aujourd'hui compétente en matière de contrôle des concentrations[1]). En parallèle, l'Autorité s'est toutefois autosaisie de la question du défaut de notification, en application de l'article L.430-8 du Code de commerce, lequel prévoit qu'une sanction pécuniaire peut être infligée aux entreprises manquant aux obligations prévues en la matière.

Il se trouve qu'en l'espèce, deux des trois opérations concernées étaient intervenues au cours des années 2003 et 2004, soit plus de sept et huit ans après la commission de l'infraction, de sorte que se trouvait posée la question de savoir si les deux manquements les plus anciens n'étaient pas prescrits.

➢ <u>Sur l'inexistence d'une prescription légale spécifique</u>

A l'occasion de cette affaire, l'Autorité de la concurrence a constaté que le Code de commerce ne contenait aucune disposition expresse portant sur l'existence d'une prescription spécifiquement applicable aux faits visés au I de l'article L.430-8 du Code de commerce.

C'est donc sur le fondement de l'article L.462-7 dudit code, qui prévoit que *« L'Autorité ne peut être saisie de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction »*, que l'Autorité, estimant que cet article *« vise sans distinction l'ensemble des 'faits' que l'Autorité peut être conduite à sanctionner »*, et engloberait par conséquent les faits visés par le Titre III relatif aux concentrations économiques, a conclu que les manquements visés au I de l'article L.430-8 du Code de commerce étaient soumis à une prescription quinquennale.

De l'aveu même de Monsieur Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, il s'agit là d'une *« prise de position audacieuse »*[2], la question du caractère prescrit ou non des infractions en cause impliquant qui plus est de déterminer le point de départ du délai de prescription.

➢ <u>Sur le point de départ de la prescription applicable</u>

Se posait en effet la question de savoir si l'infraction que constitue le défaut de notification devait être qualifiée d'infraction instantanée ou conti-nue, le point de départ du délai de prescription pouvant varier significativement selon que l'on retient l'une ou l'autre option. Pour mémoire, une infraction instantanée s'entend d'une infraction consommée dès sa réalisation, tandis que l'infraction continue se prolonge dans le temps.

En l'espèce, l'Autorité a estimé que *« l'omission d'une notification devant intervenir à un moment précis (…) où la réalisation d'une opération de concentration économique intervient en un trait de temps, même si ses effets sont appelés à se poursuivre (…) constitue une infraction permanente »*.

A ce propos, le Président Lasserre a, par la suite, eu l'occasion de préciser que la position de l'Autorité se fondait notamment sur le fait que l'article L.430-8 du Code de commerce *« ne réprime pas l'activité économique poursuivie sans notification, mais seulement le fait de ne pas notifier l'opération »*[3].

L'Autorité en a donc déduit que les manquements liés deux premières opérations, réalisées respectivement en 2003 et 2004, étaient prescrits, dans la mesure où aucun acte interruptif ou suspensif n'était intervenu avant leur dénonciation spontanée par la société en charge de la notification.

En conséquence, c'est uniquement sur le fondement de la dernière opération, réalisée en 2009 sans que l'Autorité en ait été informée, que la société Ets. Fr. Colruyt a été sanctionnée au titre des dispositions légales précitées, à hauteur d'une amende d'un montant de 392 000 euros.

(1) Depuis la loi de modernisation de l'économie (LME) n°2008-776 du 4 août 2008.

(2) Propos tenus lors de l'assemblée généra-le de l'Association Française d'Etude de la Concurrence, le 13 juin 2012.

(3) Idem.

Focus sur la règlementation des cookies suite à la transposition des directives du 25 novembre 2009 dites *« Paquet Telecom »*

par Eléonore Camilleri

Un cookie est un fichier texte de taille limitée permettant de stocker certaines informations sur le disque dur des internautes et qui ne sont lisibles que par leurs émetteurs, à savoir les éditeurs de sites internet.

Les cookies remplissent principalement deux objectifs :

- soit ils ont simplement une finalité technique, nécessaire à l'ergonomie de la navigation,
- soit ils ont un objectif de traçage et deviennent ainsi des outils au service, le plus souvent, de la publicité.

Les fichiers cookies sont régis par la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 *« vie privée et communications électroniques »* laquelle complète et précise les dispositions de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 *« relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »*.

La directive 2002/58/CE posait initialement, à son article 5.3, le principe selon lequel le stockage d'informations dans l'équipement terminal d'un internaute n'était possible qu'à la condition que celui-ci soit clairement et complètement informé quant à la finalité des cookies et qu'il ait le droit de refuser un tel traitement.

Il existait donc deux obligations relativement simples pour l'émetteur de cookies :

- faire figurer sur le site internet une information relative à ces cookies (cette information figurait en pratique dans les CGU - Conditions Générales d'Utilisation du site),
- et permettre à l'utilisateur de les refuser.

Autrement dit, il s'agissait d'un système d'*« opt out »* : le cookie était installé par défaut sur l'ordinateur de l'internaute, mais celui-ci qui en était "informé" (le plus souvent par un paragraphe dans les CGU), avait la possibilité de les retirer et les refuser.

La directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 est venu modifier l'article 5.3 de la directive 2002/58/CE *« vie privée et communications électroniques »* afin de consacrer désormais l'exigence de **l'information et du consentement préalables de l'internaute en matière de cookies, c'est-à-dire le droit, d'accepter ou de refuser explicitement, de manière ponctuelle ou permanente, l'implantation d'un cookie dans son équipement terminal.**

Le système de l'« *opt-in* » a donc remplacé l'« *opt out* » : les cookies ne peuvent être installés sans l'accord préalable de l'internaute.

Cette règle aurait dû être transposée dans chaque droit national avant le 25 mai 2011, mais de nombreux États membres ont pris du retard, certains ne l'ayant d'ailleurs pas encore fait à ce jour (telles la Pologne et l'Allemagne).

En France, la transposition est intervenue par une ordonnance publiée le 24 août 2011 (dite ordonnance **"*Paquet télécom*"**)[1] qui est ainsi venue modifier notamment l'article 32 II de la loi *« Informatique et Libertés »* du 6 janvier 1978, qui régit l'implantation et l'utilisation de fichiers cookies ou de tout procédé similaire.

Il existe donc désormais en droit français une obligation de recueillir le consentement de l'utilisateur avant tout stockage de cookies sur son ordinateur.

Qui plus est, cet accord préalable doit être spécifique et ne peut porter que sur un traitement précis et une finalité déterminée : il ne peut dès lors être global pour tous les cookies à venir.

Le texte prévoit toutefois, tout comme l'article 5.3 précité de la directive modifiée, deux exceptions à cette règle de consentement préalable : ne sont pas concernés les cookies qui sont nécessaires à une communication électronique demandée par un utilisateur ou qui facilitent une telle communication.

De plus, la CNIL a indiqué qu'elle considérait qu'il convenait d'ajouter à ces exceptions prévues expressément par les textes, les cookies qui sont nécessaires pour mesurer la fréquentation et l'utilisation d'un service en ligne dans des conditions non individualisées au regard d'un terminal particulier, dès lors que ces finalités ne mettent aucunement en jeu la protection de la vie privée d'utilisateurs anonymes et non individualisés[2].

Il convient, en conséquence, de bien cibler la finalité des cookies envisagés afin de savoir s'il convient de mettre en place un système d'« *opt in* » ou d'« *opt out* » s'agissant de l'implantation de cookies via un site internet.

(1) Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011.
(2) CNIL, Fiche pratique *« Ce que le "Paquet Telecom" change pour les cookies »*, 26 avril 2012.

E-book pricing subject to the competition authorities' scrutiny

par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

On April 11th, 2012, the *Department of Justice* [hereafter, the "*DOJ*"] – the US competition authority – announced the filing of an antitrust lawsuit in the U.S. District Court for the Southern District of New York [hereafter, the "*USDC*"] against five book publishers – namely Hachette, HarperCollins, MacMil-lan, Penguin and Simon & Schuster – and Apple, for price fixing on the e-book market. The DOJ filed such complaint further to inspections conducted in this sector which raised antitrust concerns on agency agreements entered into by these five book publishers and retailers for the sale of e-books. Such agency contracts are also under the European Commission's scrutiny, which opened proceedings against books publishers and Apple in December 2011.

* * *

The development of the e-book sector: from the traditional wholesale pricing model to the agency pricing model

At the beginning of the development of the e-book industry, the books publishers organized their contractual relationship on the traditional wholesale pricing model. Under such commercial relationship, the books publishers used to charge retailers half the list price for each book, letting retailers free to set the books resale prices.

However, while launching Kindle, in 2007, Amazon – the pioneer company on the emerging e-book market, whose market shares were estimated around 90% at that time – offered its books for sale below costs, including bestsellers at $ 9.99. Such low price practice was naturally not well accepted in the publishing industry: the books publishers feared that such low prices would disrupt the industry, but could not attempt unilaterally to raise the retail e-book prices.

As a result, when Apple launched the Ipad in early 2010, the company negotiated with the books publishers to distribute e-books through agency contracts. Under such agreements, *"publishers would take control of retail pricing by appointing retailers as "agents" who would have no power to alter the retail prices set by the publishers"*[1]. Thus, publishers kept their freedom to set the resale prices of the e-books and Apple would take a 30 percent commission on the sales of the books.

The alleged anticompetitive agreements: the new agency contracts concluded in 2010 between the five publishers and Apple.

According to the complaint filed before the USDC, in 2008, the books publishers engaged into meetings, telephone or electronic communications, acknowledging that they needed to *"work collectively to end that strategy* [Amazon low pricing strategy]"[2] and, at the end of 2009, an agreement had been reached with Apple on the strategy for this purpose: the above mentioned agency model.

Such agency agreements, concluded between Apple and the five above-mentioned publishers in 2010, provided for a set of price tiers that determined de facto retail e-book prices as a function of the title's hardcover list price. Once these agreements took effect, the publishers *"raised the prices at all retail outlets to the maximum price level within each tier"*[3] and, very quickly, such agreements led to a significant rise of the retail e-book prices. The DOJ also raised concerns about the existence of a *"Most Favored Nation"* clause in the agency agreements, which *"required each publisher to guarantee that it would lower the retail price of each e-book in Apple's iBookstore to match the lowest price offered by any other retailer"*[4]. In addition, according to the DOJ complaint, the books publishers also pressured another publisher to adopt the agency model.

In this regard, the DOJ considered that Apple and the books publishers violated Section 1 of the Sherman Act for exchange of sensitive business information and price-fixing, in order to end price competition among e-book retailers and limit retail price competition among the books publishers. According to the DOJ, such conspiracy has *"caused e-book consumers to pay tens of millions of dollars more for e-books that they otherwise would have paid"*[5].

The outcome of such proceedings: the publishing industry endangered?

In response to the DOJ's complaint, three of these publishers – Hachette, HarperCollins, and Simon & Schuster – agreed to settle with the US competition authority. Such settlement agreement, if accepted by the USDC, would overturn the agency model, since the publishers agreed, in particular, to terminate their agreements with

(1) USDC, Southern District of New York, Complaint, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*, §5.

(2) USDC, Southern District of New York, Complaint, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*, §37.

(3) USDC, Southern District of New York, Complaint, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*, §90.

(4) USDC, Southern District of New York, Complaint, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*, §65.

(5) USDC, Southern District of New York, Complaint, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*, §10.

Apple and to terminate any agreement with any e-book retailer, which restricted its ability to set books resale prices and/or which contained a MFN clause. In addition, they agreed to refrain from restricting any e-book retailer's ability to set the retail prices of e-books for two years[6]. On the other hand, the two other publishers and Apple decided to challenge the DOJ's complaint.

(6) USDC, Southern District of New York, [Proposed] final judgment, Civil action n°12-CV-2826, US v. *Apple and others*.

Regardless the strategic decision adopted by the defendants regarding their particular situation, it shall however be pointed out that such proceedings will affect the emerging and fast growing e-book industry. Indeed, if such agreements are prohibited by the antitrust rules, we may wonder if Amazon's dominant position in 2007 (holding an estimated 90 %-market-share!) had any benefic effects on the market. Amazon's ability to sell below costs may impede significantly competition on the market. For sure, e-books prices were very attractive…but for how long ?

Renforcement du contrôle de la publicité sur les médicaments : feu vert de l'Autorité de la concurrence aux projets de décrets pris en application de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011

par Jean-Christophe Grall & Giuliana Galbiati

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a rendu, le 26 avril 2012, un avis sur trois projets de décrets pris en application de la **loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.**

On se souvient que cette loi dite « *Loi Bertrand* » avait notamment inséré un nouvel article L.5213-3 du Code de la santé publique, rédigé en ces termes :

> *« Ne peuvent faire l'objet d'une publicité auprès du public les dispositifs médicaux pris en charge ou financés, même partiellement, par les régimes obligatoires d'assurance maladie, à l'exception des dispositifs médicaux présentant un faible risque pour la santé humaine dont la liste est fixée par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. ».*

Le premier projet de décret était relatif à la publicité des médicaments à usage humain. Il s'agit désormais du **décret n° 2012-741 du 9 mai 2012 portant dispositions relatives à la publicité pour les médicaments à usage humain** (I).

Le second projet de décret était relatif au contenu de la publicité des dispositifs médicaux et aux modalités de délivrance de l'autorisation de publicité de certains dispositifs médicaux. Il s'agit désormais du **décret n° 2012-743 du 9 mai 2012 relatif à la publicité pour les dispositifs médicaux** (II).

Le troisième projet de décret était relatif au contenu de la publicité des dispositifs médicaux de diagnostic in vitro et aux modalités de délivrance de l'autorisation de certains dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*. Il s'agit désormais du **décret n° 2012-744 du 9 mai 2012 relatif à la publicité pour les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*** (III).

A titre liminaire, l'ADLC indique que par un **avis n° 95-A-10 du 20 juin 1995**, elle s'était déjà prononcée sur les différents principes du droit de la concurrence applicables en matière de règlementation de la publicité, en particulier dans le domaine de la santé. Ainsi, selon l'Autorité, un texte règlementaire qui concerne uniquement la publicité sur les produits, sans aborder les questions relatives à la publicité sur les prix de ces produits, est peu susceptible d'entraver la concurrence.

Par ailleurs, ces décrets s'appliquent quel que soit le circuit au sein duquel les produits faisant l'objet de la publicité sont distribués, ce qui exclut *a priori* une entrave à la concurrence entre circuits différents.

D'autres dispositions de ces trois décrets ont toutefois donné lieu à une analyse plus approfondie de la part de l'Autorité.

I. Le décret n° 2012-741 du 9 mai 2012 portant dispositions relatives à la publicité pour les médicaments à usage humain

Le premier projet de décret soumis à l'avis de l'Autorité a pour objet de préciser le champ et les modalités d'application de **l'article 29 de la loi du 29 décembre 2011**. Le paragraphe V de l'article 29 est particulièrement important car il instaure un mécanisme de contrôle *a priori* des publicités à destination des professionnels de santé, à l'instar du contrôle en vigueur pour la publicité à destination du public. Le décret précise les modalités de cette évolution législative.

Par ailleurs ce décret a inséré au sein de la catégorie des médicaments à usage humain, **une obligation d'information plus étendue concernant les médicaments génériques**. Par exemple, les publicités de génériques devront désormais faire apparaître que le **médicament appartient « *à la catégorie des spécialités génériques*»** et ils devront également indiquer la spécialité de référence, **sous la forme de « *cette spécialité est un générique de [...]* ».**

La question posée à l'Autorité de la concurrence était celle de savoir si le fait d'introduire une obligation d'information plus étendue concernant les médicaments génériques n'était pas de nature à introduire une distorsion de concurrence entre les médicaments génériques et les médicaments « *princeps* ».

L'ADLC considère que cette obligation d'information permet une plus grande substitution entre les médicaments de référence et les médicaments génériques. De plus, cela semble utile pour les médecins qui seraient incités à prescrire des médicaments génériques. Enfin, cette information est de nature à prévenir d'éventuelles actions injustifiées de laboratoires pharmaceutiques auprès des professionnels de santé, visant à mettre en échec tout mécanisme de substitution des « *princeps* » avec des génériques.

II. Le décret n° 2012-743 du 9 mai 2012 relatif à la publicité pour les dispositifs médicaux

Ce décret a eu comme objet de préciser le champ d'application de **l'article 34 de la loi n° 2011-2012.**

La définition du terme « *dispositif médical* » est donnée par l'article L.5211-1 du Code de la santé publique.

Jusqu'à la loi n° 2011-2012, les dispositifs médicaux n'étaient pas soumis à des règles particulières en matière de publicité. Désormais, l'article 34 de la loi 2011-2012 a donné une définition de la publicité pour les dispositifs médicaux (art. L.5213-1 CSP) et en a prévu les modalités (art. L.5213-2 CSP).

Les articles R. 5213-1 et suivants du Code de la santé publique introduits par le décret n° 2012-743 portent sur le contenu de la publicité des dispositifs médicaux et les modalités de délivrance de l'autorisation de publicité de ces mêmes dispositifs.

Il apparaît de ces textes, ce qui est logique, que les modalités de publicité sont plus souples pour les dispositifs médicaux des classes I (faible degré de risque) et II a. (degré moyen de risque), que pour les classes II b. et III (respectivement potentiel élevé et très sérieux de risque).

Par exemple, l'article R.5213-1 4° g) prévoit que la publicité auprès du public pour un dispositif médical ne doit contenir aucun élément qui « *se référerait à une recommandation de personnes qui, bien que n'étant ni des scientifiques ni des professionnels de santé, peuvent par leur notoriété, inciter à l'utilisation de dispositifs médicaux, sauf si la publicité concerne un dispositif médical de classe I ou II a* ». **[nous soulignons]**

L'article R.5213-1 4° o) précise pour sa part que la publicité auprès du public pour un dispositif médical ne doit comporter aucun élément qui « *comporterait des offres de primes, objets ou produits quelconques ou d'avantages matériels directs ou indirects de quelque nature que ce soit, sauf si la publicité concerne un dispositif médical de classe I ou II a* ». **[nous soulignons]**

L'Autorité de la concurrence s'est interrogée sur la distorsion de concurrence qui pourrait résulter de ces différences de traitement. Toutefois, elle retient que les dispositifs médicaux qui ne présentent pas de risques pour la santé se distinguent des dispositifs médicaux présentant un risque plus important pour la santé. Ainsi, ces produits appartiennent à des catégories différentes et ne sont pas substituables entre eux. Par ailleurs, ces différences demeurent proportionnées à l'objectif de protection du consommateur fixé par le législateur, puisqu'elles permettent de donner une information objective et non trompeuse sur les produits présentant effectivement un risque pour la santé.

III. Le décret n° 2012-744 du 9 mai 2012 relatif à la publicité pour les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*

La loi n° 2011-2012 a également introduit les articles L.5223-1 à L.5223-5 dans le Code de la santé publique.

Ces articles régissent les modalités de publicité pour les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.

Le décret n° 2012-744 du 9 mai 2012 est par la suite venu préciser les modalités de cette publicité (articles R.5223-1 à R.5223-11 CSP). Il fixe en particulier les exigences minimales auxquelles doit satisfaire le contenu de toute publicité portant sur les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* afin de garantir la protection des consommateurs par le biais d'une information objective non trompeuse et non attentatoire aux règles de santé publique. Le décret détermine aussi les modalités d'application du régime d'autorisation préalable de la publicité de ces dispositifs.

En conclusion, sur l'ensemble de ces décrets, l'Autorité de la concurrence n'a relevé aucun point susceptible de poser des difficultés au regard du droit de la concurrence.

La CEPC précise le champ d'application de la convention annuelle dans le cadre des négociations commerciales

par Jean-Christophe Grall & Guillaume Bisdorff

La convention écrite prévue à l'article L.441-7 du Code de commerce s'impose-t-elle lorsque les achats sont opérés via un commissionnaire à l'achat ? La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) répond à cette question par l'affirmative et retient que la convention écrite imposée par l'article L.441-7 du code de commerce doit être établie entre le commissionnaire à l'achat et le fournisseur.

QUELQUES RAPPELS PRÉALABLES :

- L'article L.441-7 du Code de commerce bien connu aujourd'hui prévoit qu'une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale.
- Cette convention doit être établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre et des contrats d'application.
- Elle fixe notamment les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale.
- La convention unique ou le contrat-cadre annuel doit être conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.
- Est puni d'une amende de 75.000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant à ces différentes exigences ; le quintuple pour chacune des entreprises poursuivies, soit 375.000 € potentiellement pour le distributeur et le fournisseur.

Le 16 mars 2012, la CEPC a été saisie par une société coopérative d'une question portant sur l'obligation d'établir une telle convention écrite en présence d'un commissionnaire à l'achat.

* * *

Selon l'article L.132-1, alinéa 1er du Code de commerce, « *le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

Par ailleurs, il est important de relever que l'article L.110-1 du Code de commerce range parmi les actes de commerce, « *toute entreprise de commission* ». Ainsi, le commissionnaire qui accomplit des actes de commission à titre habituel est un commerçant.

Il est alors légitime de se demander si la convention qui indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties dans le cadre de leur négociation annuelle, conformément à l'article L.441-7 du Code de commerce, s'impose lorsque les achats sont opérés par un commissionnaire à l'achat, comme par exemple une coopérative de commerçants détaillants.

La définition du commissionnaire posée à l'article L.132-1 du Code de commerce permet de distinguer le commissionnaire du mandataire. En effet, si le commissionnaire et le mandataire agissent tous deux pour le compte d'un autre opérateur économique qualifié de commettant dans le contrat de commission et de mandant dans le contrat de mandat, il existe toutefois une différence sensible entre ces deux intermédiaires : le commissionnaire agit en son propre nom et donc de manière opaque alors que le mandataire agit au nom du mandant.

Pour distinguer la commission du mandat, la jurisprudence est également assez nette et s'en tient au critère énoncé par l'article L.132-1 du Code de commerce. Ainsi, dans un arrêt de principe rendu le 6 juillet 1960, la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que « ***le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte du commettant, alors que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant*** » (Cass. com., 6 juillet 1960, n°58-11.222 et 58-11.223).

Autrement dit, et comme le rappelle la CEPC dans son avis, dans ses rapports avec son commettant, acheteur, le commissionnaire est dans une relation de mandat, alors que dans ses rapports avec le fournisseur, vendeur, le commissionnaire est personnellement tenu des obligations des contrats d'achat qu'il conclut en cette qualité.

Le commissionnaire devant agir en son propre nom, cela implique que, sans être tenu au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal, il ne doit pas révéler aux tiers le nom du commettant (CA Rouen, 25 juin 1904). Ainsi, le statut particulier du commissionnaire, fait qu'il instaure un véritable écran entre le distributeur (commettant) et le fournisseur.

Tous ces éléments ont permis à la CEPC de retenir dans son avis n°12-05 publié le 14 mai 2012, que **la convention unique imposée par l'article**

L.441-7 du Code de commerce doit être établie entre le commissionnaire à l'achat et le fournisseur.

➔ **Ainsi, la coopérative qui agit en tant que commissionnaire à l'achat et le fournisseur doivent conclure une convention annuelle qui va décrire le résultat de leur négociation commerciale, en précisant les avantages financiers convenus.**

En revanche, la CEPC précise que cette obligation ne s'impose pas aux relations entre le commissionnaire et son commettant, celles-ci étant régies par le contrat de commission, pas plus qu'elle ne s'impose aux relations entre le fournisseur et le commettant qui sera un point de vente exploité par un commerçant indépendant par exemple.

➔ **Autrement dit, c'est seulement entre la tête de réseau qui joue le rôle de commissionnaire à l'achat et le fournisseur que la convention doit être établie.**

Mais n'est-ce pas déjà la pratique retenue ?

Avis n°12-A-12 du 15 mai 2012 de l'Autorité de la concurrence
Echanges d'informations : limites posées aux organisations professionnelles ! Petits rappels !

par Jean-Christophe Grall & Ossman Badir

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a été saisie pour avis par l'Union des Importateurs indépendants Pétroliers (UIP) en application de l'article L.462-1 du Code de commerce. Le Comité Professionnel du Pétrole (CPDP) publiait depuis 1950 et ce, jusqu'en 2008, des statistiques mensuelles sur les volumes des ventes de produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés. L'arrêt de la diffusion de ces statistiques a entrainé, selon l'Union des Importateurs indépendants Pétroliers (UIP), demandeur de l'avis, une distorsion de concurrence puisque les acteurs du marché du raffinage qui sont aussi des distributeurs ont quant à eux accès à toutes les informations commerciales concernant les autres distributeurs.

Dans son avis n°12-A-12 du 15 mai 2012, l'Autorité de la concurrence estime que la publication de statistiques sur les volumes de ventes de produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés n'a pas forcément un effet anticoncurrentiel dès lors que celle-ci n'entraîne pas une augmentation de la transparence du marché. L'Autorité revient ainsi sur les facteurs qui permettent de déterminer si l'échange d'informations est contraire ou non au droit de la concurrence.

L'ADLC rappelle dans cet avis son approche très concrète et l'importance de la prise en compte des caractéristiques du marché pour déterminer si l'échange d'informations telle que la publication de statistiques est contraire au droit de la concurrence. En effet, dans un précédent avis n°03-A-09 du 6 juin 2003, le Conseil de la concurrence avait considéré que « *les échanges d'informations, en augmentant la transparence du marché, peuvent perturber la qualité concurrentielle du fonctionnement du marché* », ce qui faciliterait dès lors la collusion entre concurrents en leur permettant de coordonner leurs politiques commerciales.

L'ADLC, tout comme la Commission européenne d'ailleurs, appréhende les échanges d'informations au cas par cas au vu de leurs *effets actuels ou potentiels* sur la concurrence, en tenant compte de la structure du marché, de la nature des informations échangées et des modalités de réalisation des échanges.

Tout d'abord, en ce qui concerne la **structure** de marché, l'échange d'informations ne doit pas intervenir sur un marché oligopolistique fortement concentré, sur lequel la collusion est plus facile à atteindre et à maintenir. Il est ainsi important de tenir compte du nombre d'opérateurs participant à l'échange et de leurs parts de marché cumulées pour apprécier la dangerosité d'un système d'échange d'informations.

D'autres facteurs sont aussi à prendre en compte, comme la **demande** (suivant sa dispersion, les offreurs seront ou non en position de force) ou la **structure symétrique** des opérateurs économiques.

Ensuite la **nature** des informations échangées et les modalités de cette communication sont des composantes sensibles dans l'approche de l'Autorité de la concurrence : l'échange d'informations stratégiques réduisant l'incertitude relative à la stratégie commerciale des entreprises y participant, ainsi que leur intérêt à avoir un comportement concurrentiel - indépendant - sur le marché concerné, il est nécessaire d'analyser ces éléments.

Ainsi, selon une pratique décisionnelle constante, les échanges d'informations portant sur les prix de vente des opérateurs ont un caractère anticoncurrentiel, surtout si ceux-ci interviennent dans un laps de temps permettant aux opérateurs de surveiller en temps réel le comportement de leurs concurrents, et donc d'inciter les concurrents à aligner leurs comportements sur le marché. De plus, les données relatives aux volumes des ventes des opérateurs sont aussi considérées par la Commission et l'ADLC comme étant des informations confidentielles qui peuvent être déterminantes pour la stratégie commerciale des opérateurs.

La pratique des données collectées a posteriori, avec un délai suffisant par rapport à ses constatations pour ne pas permettre, justement, aux entreprises de connaître et surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents, n'est pas considérée comme restrictive de concurrence par l'Autorité de la concurrence.

L'échange d'informations doit aussi être apprécié au regard du cercle d'opérateurs auprès desquels ces données sont diffusées, puisque la communication de ces informations ne doit pas avoir pour objet ou pour effet d'évincer des opérateurs ou de leur rendre plus difficile, voire

impossible, l'accès au marché en cause. Ainsi l'Autorité de la concurrence considère que tout échange d'informations stratégiques, confidentielles, récentes et suffisamment individualisées, qui n'ont pas un caractère public et ne peuvent pas être obtenues par les entreprises autrement que par l'échange, est susceptible d'avoir un effet restrictif sur la concurrence.

En l'espèce, après avoir pris en considération l'utilité des statistiques relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers par les opérateurs agréés pour la gestion des crises d'approvisionnements, l'Autorité de la concurrence estime que les statistiques ventilées par entrepositaire agréé au niveau national sont peu susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence si celles-ci sont publiées avec une ancienneté suffisante, compte tenu du grand nombre d'opérateurs existant au niveau national.

Concernant, en revanche, les statistiques ventilées par département et région tous opérateurs confondus, l'Autorité considère qu'il existe un risque d'augmentation de la transparence sur le marché de vente en gros des produits pétroliers et partant, une incompatibilité avec le droit de la concurrence. La publication des statistiques doit donc être limitée aux zones géographiques présentant un nombre suffisant d'opérateurs, en tenant compte de la structure du marché, pour éviter une trop grande transparence sur celui-ci.

En ce qui concerne la **fréquence** de la publication des statistiques, elle doit être appréciée au cas par cas, une fréquence semestrielle ou annuelle étant plus adaptée aux statistiques ventilées par opérateur au niveau national, mais une fréquence mensuelle de publication pourrait être considérée comme acceptable pour certaines statistiques.

L'Autorité de la concurrence, dans cet avis, confirme son approche à l'égard des échanges d'informations, en ne s'opposant pas à la diffusion de statistiques sur des ventes, mais sous certaines conditions strictes, dans le but de ne pas accroître la transparence du marché, de telle sorte que subsiste une réelle compétition entre les différents opérateurs.

A méditer …

Coopération commerciale et action du ministre de l'économie : Cour d'appel d'Orléans, 12 avril 2012, RG n° 11/02284

par Peggy Tourret

La Cour d'appel d'Orléans, statuant sur renvoi de cassation[1], a rendu le 12 avril dernier un arrêt intéressant en matière de coopération commerciale dans une affaire opposant la société Carrefour au ministre de l'économie.

Rappelons qu'à la suite d'un contrôle portant sur les accords de coopération commerciale conclus entre un magasin Carrefour avec ses fournisseurs directs, l'administration avait constaté que pour 22 contrats différents, Carrefour avait perçu une rémunération nettement supérieure aux profits dégagés par les fournisseurs.

Le ministre de l'économie avait donc assigné Carrefour aux fins de voir dire, au visa de l'article L.442-6-I 2°a du Code de commerce, devenu l'article L.442-6-I 1° à la suite de la suppression du délit civil de pratiques discriminatoires abusives, qu'elle avait obtenu des avantages manifestement disproportionnés au regard de la valeur du service rendu.

L'action du ministre visait donc l'annulation des contrats de coopération commerciale irréguliers, la restitution par Carrefour des sommes indûment versées par ses fournisseurs, la cessation des pratiques illicites et la condamnation de Carrefour au paiement d'une amende civile.

Sur le fond, tout d'abord, reprenant l'analyse de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 février 2011 qui avait considéré que les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale ne sont pas tenus à une obligation de résultat, la Cour d'appel d'Orléans a débouté le ministre de ses demandes.

La Cour de cassation avait en effet estimé que « *si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale pendant la période de référence au regard de l'avantage qui lui a été consenti ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation de l'éventuelle disproportion manifeste entre ces deux éléments, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de cette disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat* ».

La Cour d'appel d'Orléans constatant que le ministre de l'économie limitait son argumentation à la comparaison entre le prix payé par le fournisseur et le chiffre d'affaires réalisé pendant la période de promotion, a, à son tour, rejeté la demande du ministre rappelant que « *les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale ne sont pas tenus à une obligation de résultat quant au succès de l'opération mais simplement obligés d'effectuer l'action convenue* ».

Par ailleurs, cet arrêt s'est également prononcé sur la question de la recevabilité de l'action du ministre de l'économie prévue par l'article L.442-6-III du Code de commerce s'agissant de contrats conclus entre personnes privées, y compris en l'absence de l'un des cocontractants à l'instance.

Rappelons, en effet, qu'il résulte de l'article L.442-6 III du Code de commerce que le ministre de l'économie peut demander à la juridiction saisie en vue de sanctionner certaines pratiques restrictives de concurrence d'ordonner la cessation des pratiques incriminées, de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, et de demander la répétition de l'indu ainsi que le prononcé d'une amende civile.

Le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 mai 2011[2] a reconnu la constitutionnalité de l'action du ministre au titre de l'article L.442-6 III du Code de commerce, sous réserve que les parties au contrat aient été informées de l'introduction de l'instance par le ministre.

En l'espèce Carrefour soulevait l'irrecevabilité de l'action du ministre dès lors que les fournisseurs avaient été informés de l'action cinq ans après l'introduction de l'instance, ce qui selon elle ne satisfaisait pas aux exigences du Conseil constitutionnel.

La Cour d'appel a rejeté cet argument considérant que « *le défaut éventuel d'information des fournisseurs par le ministre constitue (…) une fin de non-recevoir qui (…) peut être régularisée en cours d'instance, même en cause d'appel, si la cause d'irrecevabilité a disparu au moment où le juge statue* ».

La Cour d'appel a donc déclaré l'action du ministre de l'économie recevable.

(1) Cass.com 27 avril 2011, n°10-13690

(2) Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 QPC, JO 13 mai.

L'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires : entre vagues d'audace et rochers de réalisme

par Nicolas Cré

Un pacte d'actionnaires conclu entre deux groupes d'actionnaires prévoyait qu'en cas de cession des actions de contrôle de la société holding, les cédants devaient proposer en priorité aux actionnaires cosignataires du pacte de leur céder les actions ou de leur permettre de sortir de la société conjointement.

L'actionnaire détenteur des actions de contrôle a cédé à une société tierce les titres qu'il détenait dans la société holding sans respecter la clause de préemption ni de sortie conjointe.

Assigné en référé, le cédant se défendait d'avoir enfreint le pacte car il détenait 100 % des titres de la société acquéreuse de sorte que, l'actionnaire majoritaire étant le même dans la société venderesse et dans la société acquéreuse il n'y avait pas eu transfert de contrôle de la société holding.

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 14 février 2012 (n°11-14.683) n'a pas suivi le raisonnement du cédant en jugeant qu'il ajoutait une condition non prévue au pacte lequel, dénué de toute ambiguïté, n'avait pas limité le droit de préemption ou de sortie conjointe à l'hypothèse où le cédant ne contrôlerait pas la société cessionnaire.

La Cour d'appel a, par conséquent, interdit au cédant de réaliser tout acte de disposition portant sur les actions et droits de vote qu'il détenait dans la société bénéficiaire de l'apport et lui a ordonné de notifier l'offre de cession de la totalité de la participation détenue au bénéficiaire du pacte.

Elle a également enjoint à la société cessionnaire de notifier aux autres actionnaires signataires du pacte, d'une part, l'offre de leur céder la totalité de sa participation dans la société holding et, d'autre part, l'offre de sortie conjointe.

Elle a estimé que les mesures sollicitées relevaient bien de la juridiction de référé car elles étaient justifiées par l'urgence et l'absence de contestation sérieuse, exigences posées par l'article 872 du Code de procédure civile.

Pour ordonner l'exécution forcée du pacte d'actionnaires, la cour d'appel s'est fondée sur l'article 873 alinéa 1er du Code de procédure civile qui autorise le juge des référés à « *même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » et sur l'article 873 alinéa 2 du Code de procédure civile qui prévoit que « *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ». L'article 873 alinéa 2 s'applique sans qu'il soit nécessaire de constater l'urgence, a-t-elle également souligné.

La cour d'appel a fait sienne la définition du trouble manifestement illicite donnée par la doctrine en retenant que « *le trouble manifestement illicite désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* » ; la règle de droit étant celle créée par les parties dans leur pacte.

L'obtention de l'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires ne va pas toujours de soi.

L'exécution forcée est l'apanage des obligations de donner. Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, l'exécution forcée est plus rarement obtenue.

En effet, l'article 1142 du Code civil prévoit que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ».

Cependant, lorsque l'exécution en nature ne pose pas de difficulté particulière, le juge l'ordonne.

L'exécution en nature d'un pacte d'actionnaires portant une convention de vote se heurte au Code de commerce et au Code civil qui prévoient un nombre limité de causes de nullité.

Pourtant, l'article 1143 du Code civil prévoit bien que « *Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu* ».

En ce qui concerne notamment les assemblées d'actionnaires, les juges appliquent l'adage : « *Pas de nullité sans texte !* ». La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 novembre 2011 (n°11-16.066) l'illustre par le sérieux coup de frein qu'elle a porté à l'exécution forcée des conventions de vote en infirmant l'ordonnance de référé

qui avait accordé l'exécution forcée, dont la doctrine avait loué l'audace.

Dans cette affaire, le bénéficiaire d'un pacte d'actionnaire avait demandé au tribunal de commerce d'ordonner en référé l'exécution forcée du pacte prévoyant la répartition des cinq sièges du comité de surveillance d'une société par actions simplifiée entre l'associé minoritaire (deux sièges) et l'associé majoritaire (trois sièges).

L'associé majoritaire n'avait pas voté la nomination des deux candidats de l'associé minoritaire contrairement à son engagement. Il avait préféré voter en faveur des candidats qu'il présentait lui-même.

Le Président du Tribunal de commerce, dans une ordonnance du 3 août 2011, a ordonné en référé l'exécution forcée en contraignant, sous astreinte, l'associé majoritaire à la révocation des deux membres du comité à l'occasion d'une nouvelle assemblée et à la nomination de deux autres membres parmi les candidats présentés par l'associé minoritaire.

La Cour d'appel de Paris a réformé l'ordonnance du 3 août 2011 par laquelle le Président du Tribunal de commerce avait ordonné la tenue d'une nouvelle assemblée, la révocation des deux membres élus en contravention avec le pacte et l'élection de deux représentants proposés le minoritaire.

La Cour a en effet considéré que si la tenue d'une nouvelle assemblée générale pouvait être ordonnée par le premier juge, il ne lui était pas possible d'ordonner la révocation des deux membres du comité de surveillance élus ; « *qu'en effet, cette mesure équivaut à prononcer l'annulation de ces deux résolutions, ce qui excède les pouvoirs du juge des référés ; que seuls les juges du fond sont susceptibles de prononcer une telle mesure* ».

Toutefois, la Cour d'appel a rappelé que « *Considérant, par ailleurs, que si conformément aux dispositions de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il n'en demeure pas moins que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsque celle-ci est possible* ».

Sur le fondement de l'article 873 alinéa 1er du Code civil, la Cour d'appel a désigné un mandataire qu'elle a chargé d'assister aux réunions du comité de surveillance et d'en faire un compte rendu à l'associé minoritaire. Il s'agissait de la demande subsidiaire de l'associé minoritaire, lequel pouvait donc prendre connaissance des décisions prises au sein du comité de surveillance mais non y exercer le droit de veto que le pacte lui avait attribué au sein du comité.

Cette autre mesure d'exécution ne remettait donc pas en cause le vote des associés et n'aboutissait pas à leur donner des consignes de vote.

La Cour d'appel de Paris a rappelé qu'en matière de référé, même lorsqu'il existe une contestation sérieuse, le juge des référés a le pouvoir de prendre les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble illicite. Il ne peut, en revanche, trancher un litige entre associés dans ce cadre car ce pouvoir ne relève pas de lui.

Pourtant, il n'est pas certain que l'associé minoritaire aurait eu davantage de succès d'obtenir l'annulation de la délibération litigieuse devant le juge du fond car la nullité des délibérations reste cantonnée aux violations de dispositions impératives du Code de commerce ou du droit des contrats comme le prévoit l'article L.235-1 du Code de commerce.

L'associé minoritaire aurait pu obtenir satisfaction en choisissant le terrain non moins difficile de l'abus de droit du majoritaire mais à la condition que tous les associés aient signé le pacte car il est difficile de faire subir à tous les associés et à la société une nullité en référence à un pacte qui ne leur est pas opposable. Il semble donc difficile d'obtenir la nullité d'une délibération en vertu d'une convention de vote.

Le recours au juge des référés pour obtenir l'exécution forcée d'une convention de vote n'est donc pas le remède le plus adapté. Le moyen le plus efficace pour assurer l'efficacité d'un pacte demeure l'insertion d'une clause d'inopposabilité au cocontractant victime de la violation du pacte et la stipulation de pénalités, à condition qu'elles soient suffisamment dissuasives.

Proposition de formation : LME - Négociations commerciales 2013

INTRODUCTION :

- Présentation du bilan d'application de la Loi de Modernisation de l'Economie (« *LME* ») dans le cadre du rapport Vautrin et Gaubert du 11 avril 2011, stigmatisant les dysfonctionnements issus de cette loi et dressant une liste de 9 propositions destinées à améliorer les relations industrie/commerce ;
- Négociation commerciale reposant sur un objectif de réduction significative des marges arrière poursuivi par le législateur ;
- Négociabilité des tarifs des industriels / fournisseurs : la discrimination tarifaire est autorisée ;
- Accroissement du formalisme au travers du Plan d'affaires annuel ;
- La directive communautaire sur les délais de paiement du 16 février 2011.
- L'articulation des négociations commerciales avec les pratiques anticoncurrentielles : ententes et abus de position dominante.

LES CONDITIONS DE VENTE ET LEUR NEGOCIABILITE :

- **Les conditions de vente :**

1) La déclinaison des conditions de vente de l'industriel / producteur / grossiste :
   - Les conditions **générales** de vente ;
   - Les conditions **catégorielles** de vente ;
   - Les conditions **particulières** de vente : la fin des contreparties ?
   - Conditions particulières de vente et services de « ***coopération commerciale*** » ;
   - Conditions particulières de vente et « ***autres obligations*** » visées par la LME ;
   - Faut-il communiquer les conditions particulières de vente ?
   - Faut-il proposer spontanément les conditions particulières de vente négociées avec un client à tous ses autres clients ou clients appartenant à une même catégorie ?
   - Faut-il accorder les mêmes conditions particulières de vente à tous ses autres clients ou clients appartenant à une même catégorie, qui remplissent les conditions pour pouvoir bénéficier des mêmes avantages ?
2) Les conditions logistiques et leur mode de rémunération ;
3) **Les délais de paiement** : les dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce ; la fin des accords dérogatoires au niveau d'une filière professionnelle et la directive communautaire du 16 février 2011 : quelles conséquences juridiques et pratiques pour les entreprises ?

   Les remises et accords **de gammes** : interdiction ou possibilité ? L'appréciation de leur légitimité en droit des pratiques collectives anticoncurrentielles.

- **La négociabilité des tarifs :**
  - Quelques rappels ;
  - Comment peut s'exercer la différenciation tarifaire ?
  - Quelle marge de négociation pour les opérateurs économiques ?
  - Quelle relation avec le formalisme induit par la conclusion d'un accord cadre ou unique annuel visé par l'article L.441-7 du Code de commerce et la nécessité de préciser les obligations convenues entre les parties pour fixer le prix d'achat des produits ;
  - La limite de la négociabilité des tarifs :
    - Les clauses interdisant une modification des tarifs en cours d'année ;
    - Le **déséquilibre économique significatif** entre les droits et obligations de l'acheteur et du vendeur (article L.442-6-I du Code de commerce) ;
  - Les sanctions potentielles.

LA CONTRACTUALISATION DE LA RELATION COMMERCIALE ANNUELLE REPOSANT SUR UN PLAN D'AFFAIRES ANNUEL PRENANT LA FORME D'UN « CONTRAT UNIQUE ANNUEL » OU D'UN CONTRAT CADRE ASSORTI DE CONTRATS D'APPLICATION, MATERIALISANT L'ENSEMBLE DE LA NEGOCIATION COMMERCIALE, IDENTIFIANT LES DIFFERENTES OBLIGATIONS DES PARTIES : FOURNISSEUR / DISTRIBUTEUR : CONDITIONS DE VENTE / AUTRES OBLIGATIONS (EX SERVICES DISTINCTS) ET COOPERATION COMMERCIALE :

- Rappel de la définition de la coopération commerciale
- Les « autres obligations » prévues par la LME

Évolution de la coopération commerciale pour englober les prestations rendues par les négociants grossistes ;

- **Le « plan d'affaires » annuel pour 2013 : définition / contenu / formalisation / délai maximal de conclusion ;**
- La facturation des services de coopération commerciale par les distributeurs et/ou grossistes - la rémunération des services en valeur absolue ou relative ;
- La qualification et la rémunération des **autres obligations (ex services distincts** de la coopération commerciale).

LE CALCUL DU SEUIL DE REVENTE A PERTE :

1) Quelle définition du seuil de revente à perte ?
2) Comment calculer le « trois fois net » ?
3) Que recouvrent l'« ***ensemble des avantages financiers*** » ?
4) Quid des ristournes conditionnelles et de l'impact des rémunérations de services facturés par les distributeurs sur le SRP ?
5) Quelles sont les mentions obligatoires sur factures ?
6) Définition du « ***prix unitaire net*** » de l'article L.442-2 du Code de commerce et relation avec les dispositions pénales de l'article L.441-3 du code de commerce en matière de facturation ;
7) Attention aux pratiques collectives anticoncurrentielles : ententes verticales portant sur la fixation d'un prix minimal ou d'une marge minimale notamment !!!
8) Légitimité aujourd'hui des prix conseillés / suggérés / préconisés ou indicatifs ?

QUELQUES MOTS SUR LA CEPC :

Présentation ;

Les avis rendus.

DATES D'INTERVENTION :

- **JEUDI 20 SEPTEMBRE 2012**
- **MARDI 6 NOVEMBRE 2012**
- **JEUDI 6 DECEMBRE 2012**

INTERVENANTS :

Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy, Avocats à la Cour.

TARIF : 500 € HT

Le Cabinet bénéficie des dispositions des articles L.653-1 et suivants du Code du travail sur les organismes de formation - Numéro d'enregistrement 11753760075 auprès du Préfet de région d'Ile de France. Une convention de formation professionnelle peut, à cet égard, être adressée en fonction de la durée de la formation ou de l'intervention et de l'OPCA de branche.

LES OBJECTIFS POURSUIVIS :

Maitriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME ;

Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix ;

Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et dont la signature avant le 1er mars de chaque année est impérative ;

S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust ;

Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun.

Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente, celle d'une position dominante ou bien encore celle d'un état de dépendance économique ;

Appréhender les comportements à risques afin de mieux les éliminer ;

Evaluer les risques potentiels liés à certains comportements ;

Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non ;

Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence.

PUBLIC CONCERNÉ :

Directeurs commerciaux / directeurs des achats / responsables compte clé / administration des ventes / services commerciaux / responsable MDD / directeurs juridiques / responsable juridique concurrence / distribution / directeurs administratifs et financiers / secrétaires généraux, etc.

Le Cabinet Grall & Associés est partenaire des prochaines Rencontres LSA

Jeux-jouets : « Dynamiser vos ventes en ligne »

Les Rencontres LSA - le 26 septembre 2012

Jean-Christophe Grall interviendra en qualité d'expert au cours de la formation sur le thème suivant : « la directive européenne sécurité, LME… maîtriser les dispositifs juridiques qui encadrent le marché des jeux et jouets ».

Avec la participation de :

- Bruno Berard, Directeur Général, PLAYMOBIL
- Philippe Gueydon, Président-directeur Général, KING JOUET
- Ulric Jerome, Directeur Général, PIXMANIA
- Pierre Laura, Directeur Général Europe du Sud, HASBRO
- Eric Maugein, Directeur Général, LEGO
- Gilles Mollard, Directeur Général, TOYS'R US

L'événement :

- Le rendez-vous incontournable du secteur des Jeux et Jouets
- Avec les témoignages inédits de TOYS'R US, KING JOUET, HASBRO et DISNEY
- Les dernières innovations du marché pour développer vos ventes sur Internet

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :

http://evenements.infopro.fr/lsa/?p=60&sp=1&evenementId=140

Le rendez-vous incontournable des négociations commerciales LSA : « Préparez vos négociations commerciales 2013 ! »

Les Rencontres LSA - les 3 au 5 octobre 2012

Jean-Christophe Grall interviendra à cette occasion lors de la première journée sur les thématiques suivantes « Jurisprudence et perspectives règlementaires : le préalable de vos négociations 2013 » afin « d'appréhender le cadre juridique et jurisprudentiel évolutif qui réglemente les négociations.

Points forts :

- Le rendez-vous de l'année des Négociations commerciales
- Un plateau d'exception réunissant les dirigeants de la grande consommation
- Avec la participation de Michel–Edouard Lecerc et Serge Papin

Actualité :

- Les distributeurs et industriels prennent la parole sur les négociations dans le contexte de crise actuel
- LME : quelle évolution du cadre législatif et jurisprudentiel et quel impact sur le climat des négociations
- Quelles stratégies mener pour sortir de la crise et réussir à se différencier
- Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy animeront la journée de formation LME. Négociations comerciales du 4 octobre 2012.

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :

http://evenements.infopro.fr/lsa/?p=60&sp=1&evenementId=148

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, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2012 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2013 et les évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « *FAQ* »;**
- **La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « ***NIP*** », etc.;
- **La mise en place de Programme de « *compliance* » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **Le contrôle des concentrations :**
  - Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;**
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;**
- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;**
- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence] ;**
- **Les enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l' **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;**
- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**
- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de **la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008 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.grall-legal.fr

Grall & Associés

63 avenue de Villiers ■ 75017 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
contact@grall-legal.fr ■ www.grall-legal.fr

Mai-Juin 2012 - Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, la Lettre du Cabinet ne saurait engager la responsabilité de Grall et Associes.