

Le Cabinet MG Avocats – Grall & Associés a reçu le 1^{er} février 2011 le Trophée d'argent en droit de la distribution. Cette reconnaissance succède aux précédents trophées reçus en 2009, 2007 et 2005.

S o m m a i r e

- 2** La reconnaissance des conditions générales types par la Commission européenne dans ses nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale
Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 4** Une pratique anticoncurrentielle commise à la Réunion affecte-t-elle le commerce intra-communautaire ?
Thomas Lamy
- 5** Naissance de l'acte d'Avocat: la loi du 28 mars 2011 donne valeur légale au contreseing de l'avocat
Nathalia Kouchnir-Cargill
- 6** L'Autorité de la concurrence sanctionne quatre entreprises pour s'être concertées sur les prix lors de marchés ponctuels de travaux de peinture portuaire et d'ouvrages d'art entre 2005 et 2006
Clémence Ducros
- 8** Dans son avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence formule à l'attention des distributeurs du secteur de la grande distribution alimentaire plusieurs recommandations concernant le foncier commercial, ainsi que les relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés
Julie Zoughi
- 11** Point d'actualité sur le droit de la consommation
Eléonore Camilleri
- 14** Dans sa décision du 15 février 2011, l'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu à poursuivre concernant une clause de non-réaffiliation post-contractuelle d'un groupement de grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais
Jean-Christophe Grall et Julie Zoughi
- 16** La crise économique d'un secteur n'est pas un critère à prendre en considération pour le calcul des amendes en matière de pratiques anticoncurrentielles
Peggy Turret
- 18** Les licenciements économiques lors de fermeture de filiales désormais sous la loupe du juge
Nicolas Cré
- 23** Quelques informations



La reconnaissance des conditions générales types par la Commission européenne dans ses nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale !

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvét

On sait que, depuis leur publication par la Commission européenne le 14 janvier dernier, les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) aux accords de coopération horizontale (« **Les Lignes directrices** ») ont apporté des enseignements inédits et enrichissants sur les échanges d'informations et sur les accords de normalisation, ces accords ayant « *pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles les produits, processus, services ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre*¹ ».

Au sein de ces nouveaux développements sur les accords de normalisation, la Commission européenne traite d'une thématique particulière, les « **conditions générales** », là encore de façon inédite.

Jusqu'à l'adoption des Lignes directrices en effet, seul le secteur de l'assurance bénéficiait d'une exemption portant sur le recours à des **conditions générales**.

Or, la révision de l'ancien règlement et l'adoption du Règlement n° 267/2010, du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances a été l'occasion pour la Commission européenne de prendre conscience que d'autres secteurs, tels que la banque ou l'énergie, avaient régulièrement recours à ce type de documents.

Dès lors, la Commission européenne a décidé de ne pas renouveler l'exemption applicable aux conditions générales dans le secteur de l'assurance et d'introduire dans ses lignes directrices sur les accords horizontaux des dispositions applicables à tous les secteurs d'activités ; c'est ce qu'il nous faut retenir.

1. « Conditions générales types » :

Les Lignes directrices précisent ainsi au point 259 :

« Dans certains secteurs, les entreprises ont recours à des conditions générales et des conditions de vente ou d'achat conçues par un groupement professionnel ou directement par les sociétés concurrentes (...). Ces

conditions générales sont couvertes par les présentes lignes directrices à condition qu'elles établissent des conditions types de vente ou d'achat de biens ou de services entre concurrents et consommateurs (et non les conditions de vente ou d'achat entre concurrents) pour des produits de substitution ». [nous soulignons]

Sont ainsi concernées par les lignes directrices les **conditions générales** conçues par un groupement professionnel ou directement par des sociétés concurrentes entre elles dès lors qu'elles établissent des conditions types de vente ou d'achat entre concurrents et consommateurs.

Sont donc exclues du champ d'application des Lignes directrices les **conditions générales** rédigées de façon unilatérale par une entreprise, qui ne posent pas de difficultés a priori au regard des ententes horizontales.

2. Principaux problèmes de concurrence :

Les lignes directrices évoquent particulièrement en l'espèce le cas des conditions générales qui définissent le champ d'application du produit final car celles-ci peuvent induire de vrais problèmes de concurrence par une limitation du choix des produits, de l'innovation voire une limitation de la concurrence par les prix².

En effet, si tout un secteur, adopte des conditions générales identiques, les clients voient nécessairement leur choix restreint puisqu'ils ne peuvent s'en écarter.

En revanche, un tel effet restrictif est moins probable s'agissant de biens de consommation courante.

■ Restriction par l'objet :

Selon la Commission : « Les accords qui ont recours à des conditions générales dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par l'objet³ ».

Et de citer ici l'exemple d'un groupement professionnel qui n'autorise pas une nouvelle entreprise entrante sur le marché à accéder à ses conditions générales, dont l'utilisation est primordiale pour pénétrer ce marché.

⁽¹⁾ Lignes directrices, point 257.

⁽²⁾ Lignes directrices, point 270.

⁽³⁾ Lignes directrices, point 275.

Les Lignes directrices considèrent en outre que les conditions générales comprenant des dispositions destinées à influencer les prix imposés aux clients, y compris les prix conseillés et les réductions de prix, revêtent un **objet anticoncurrentiel**.

■ **Restriction par l'effet :**

En ce qui concerne l'effet restrictif induit par des conditions générales de vente, la Commission européenne considère que l'appréciation doit prendre en compte les caractéristiques du marché en cause.

D'une manière générale, « *tant que la participation à l'établissement effectif des conditions générales n'est pas limitée pour les concurrents sur le marché en cause (soit par la participation à un groupement professionnel, soit directement) et que les conditions générales établies sont non contraignantes et effectivement accessibles à chacun, de tels accords ne sont pas susceptibles de produire des effets restrictifs sur la concurrence*⁽⁴⁾ ». [nous soulignons]

La Commission relève cependant « *deux exceptions générales qui nécessiteraient une appréciation plus approfondie* ».

Premièrement, des conditions générales qui définissent le champ d'application du produit vendu au client et pour lesquels le risque d'une limitation du choix de produit est plus important pourraient avoir des effets restrictifs sur la concurrence « *si de leur application générale est susceptible de résulter un alignement de fait*⁽⁵⁾ ».

L'utilisation étendue de conditions générales de vente ou de prestation de services types pourrait conduire de fait à une limitation de l'innovation et de la variété des produits / services offerts sur le marché.

Les Lignes directrices évoquent ici le secteur des assurances, lorsque des conditions générales contenues dans des contrats d'assurance limitent pour les clients le choix des éléments clés du contrat, comme les risques types couverts : « *Même si l'utilisation des conditions générales n'est pas obligatoire, elles peuvent nuire aux incitations poussant les concurrents à se livrer concurrence en matière de diversification des produits*⁽⁶⁾ ».

Deuxièmement, selon la Commission « même si les conditions générales ne définissent pas le champ d'application réel du produit final, elles peuvent constituer un volet essentiel de la transaction avec le client pour d'autres raisons⁽⁷⁾ ».

La Commission illustre son propos avec la pratique des **achats en ligne**, caractérisée par l'utilisation de systèmes de paiement sûrs, la description exacte des produits, des règles claires et transparentes en matière de tarification, la souplesse de la politique de retours, etc.

Comme il est difficile aux consommateurs de porter une appréciation claire sur tous ces éléments, ils pourraient être enclins à privilégier les pratiques les plus fréquemment répandues, des usages en quelque sorte, « *et les conditions générales concernant ces éléments pourraient se muer en une norme de facto, que les entreprises devraient respecter pour pouvoir vendre sur le marché*⁽⁸⁾ ».

Les conditions générales deviendraient dès lors une norme contraignante, et leur impact sur la qualité des produits / services, leur diversité et l'innovation devraient dès lors être appréciés avec une certaine rigueur.

3. Exemption au titre de l'article 101§3 du Traité :

Dans l'hypothèse où les conditions générales de vente ou de prestation de services seraient / apparaîtraient restrictives de concurrence, elles pourraient néanmoins bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 101 § 3 du TFUE.

Les Lignes directrices citent quelques exemples de gains d'efficience générés par des conditions générales et qui sont bénéfiques aux consommateurs : comparabilité accrue des offres sur le marché, facilitation des changements de fournisseurs, certitude juridique découlant des clauses énoncées dans les conditions générales, diminution des coûts de transaction, etc.⁽⁹⁾

Nul doute que l'ensemble de ces dispositions totalement inédites issues des nouvelles Lignes directrices du 14 janvier 2011 suscitera de nombreux commentaires dans les semaines à venir !

En effet, n'est-ce pas finalement inciter nombre de fédérations professionnelles, d'ordres professionnels, de groupements et d'associations intervenant dans différents domaines, à se doter de conditions générales de vente ou de prestation de services types qu'ils pourraient ainsi proposer – et non imposer bien entendu – à leurs adhérents car c'est bien là la question qui doit se poser en pratique et qui nous est fréquemment posée d'ailleurs ?

⁽⁴⁾ Lignes directrices, point 301.

⁽⁵⁾ Lignes directrices, point 303.

⁽⁶⁾ Lignes directrices, point 303.

⁽⁷⁾ Lignes directrices, point 305.

⁽⁸⁾ Lignes directrices, point 305.

⁽⁹⁾ Lignes directrices, point 323.





Une pratique anticoncurrentielle commise à la Réunion affecte-t-elle le commerce intra-communautaire ?

Par Thomas Lamy

Selon le général de Gaulle, l'Europe allait de l'Atlantique à l'Oural ; à la lecture de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} mars 2011⁽¹⁰⁾, on peut également affirmer que les pratiques commerciales mises en œuvre dans l'océan indien affectent le commerce entre Etats membres de l'Union européenne, et donc que l'Europe se prolonge dans l'hémisphère sud, même si, sur le plan géographique, cette réalité ne saute pas forcément aux yeux ...

De fait, l'affaire examinée par la Cour de cassation constitue le dernier développement en date de la saga judiciaire dite du « carburéacteur », dont on rappellera qu'elle a pour origine la condamnation prononcée par le Conseil de la concurrence, le 4 décembre 2008, des compagnies pétrolières Chevron-Exxon, Total, Exxon et Shell pour des faits d'entente anticoncurrentielle horizontale commis sur le marché de la vente du carburant pour avions à la Réunion⁽¹¹⁾.

En l'espèce, se posait la question de savoir si les règles de prohibition des cartels horizontaux issus de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne étaient applicables, dès lors qu'en effet ce dispositif n'a vocation à concerner que les seules pratiques abusives « susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres ».

Très souvent, tel n'est pas le cas, tout au moins s'agissant des affaires examinées au niveau national par l'Autorité de la concurrence, de sorte que cette dernière et, avant elle, le Conseil de la concurrence, ont pris le soin de préciser, lorsque la décision s'appuie sur un motif tiré du droit européen, que celui-ci, même lorsqu'il n'est pas applicable, constitue néanmoins un « guide d'analyse utile » susceptible d'éclairer le droit français de la concurrence.

S'agissant de l'affaire du carburéacteur, le Conseil de la concurrence et, à sa suite, la Cour d'appel de Paris étaient cependant allés plus loin, en postulant l'application directe du droit européen de la concurrence du fait, précisément, d'une affectation du commerce entre les Etats membres. Ainsi, les compagnies pétrolières, dans leur pourvoi, avaient principalement tiré leurs moyens de cette problématique et, sur cette question fondamentale, la Cour de cassation apporte plusieurs éclairages.

Tout d'abord, la Cour énonce que, lorsqu'une entente horizontale est mise en œuvre par des

entreprises qui appartiennent à des groupes de dimension internationale et lorsqu'il est par ailleurs avéré qu'une compagnie aérienne, en l'occurrence Air France, « attirait sur la destination de Saint-Denis de la Réunion des ressortissants de pays de la communauté européenne », il en résulte que « l'activité transcommunautaire était nécessairement, ou au moins, potentiellement affectée ».

Toutefois, la Cour de cassation considère qu'en l'espèce la Cour d'appel n'a pas démontré à suffisance le caractère sensible de cette possible affectation du commerce entre Etats membres, et précise à ce propos ce qui suit :

« Une entente ne couvrant qu'une partie [d'un Etat membre], devait être appréciée en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet Etat ».

Or, en l'espèce, le volume de ventes concerné, rapporté au volume de vente global national, était limité, ainsi que le soutenaient les compagnies mises en causes.

En conséquence de quoi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation prononce la cassation de l'arrêt rendu le 24 novembre 2009 par la Cour d'appel de Paris dans cette affaire.

Sur cette question éminemment sensible, on rappellera que, dans le droit fil des nombreuses et importantes décisions à l'occasion desquelles les juridictions communautaires se sont prononcées sur la notion d'affectation du commerce entre Etats membres, la Commission européenne avait publié, le 27 avril 2004, une communication intitulée « lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité »⁽¹²⁾.

Ce texte, qui s'applique tant aux accords horizontaux qu'aux accords verticaux, analyse les trois grands thèmes que sont la notion de « commerce entre Etats membres », celle d'« affectation » possible de ce même commerce et, enfin, la notion de « caractère sensible » de l'affectation en cause.

Au vu de la décision précitée de la Cour de cassation, il apparaît que ces lignes directrices, dont les entreprises mises en cause sollicitaient, en quelque sorte, la validation par la Cour de cassation, conservent aujourd'hui toutes leur primeur et leur actualité.

(10) N° de pourvois 09-72.655, 657, 705, 830 et 894.

(11) Affaire n° 08-D-30 du 4 décembre 2008.

(12) JOUE, 27 avril 2004, C 101/81.





Naissance de l'acte d'Avocat : La loi du 28 mars 2011 donne valeur légale au contreseing de l'avocat

Par **Nathalia Kouchnir-Cargill**

La loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et de certaines professions réglementées n° 2011-331 du 28 mars 2011 vient de donner naissance à l'acte contresigné par avocat.

De quoi s'agit-il ?

Il n'existait jusqu'à présent en France que deux types d'actes : les actes sous seing privé et les actes authentiques :

- l'acte sous seing privé est un acte ou contrat librement conclu entre les parties, et n'est soumis à aucune autre condition de forme que la signature de ceux qui s'obligent ;
- l'acte authentique est celui qui est reçu par-devant un notaire ; il a force exécutoire.

Désormais, il existe une troisième catégorie d'actes : l'acte sous seing privé revêtu du contreseing de l'avocat.

Le nouvel article 66-3-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifié par la loi du 28 mars 2011 dispose ainsi :

« En contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte ».

Le nouvel article 66-3-2 dispose quant à lui :

« L'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable ».

Le nouvel article 66-3-3 dispose enfin :

« L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressé-

ment au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

Cet acte avait été préconisé par le rapport Darrois dans le cadre de la discussion lancée en 2009 par le Président de la République sur les nécessaires réformes des professions du droit.

Ce nouvel instrument est une mesure de modernisation de notre droit permettant aux parties de renforcer la valeur de l'acte sous seing privé qu'elles concluent en demandant à un avocat, pouvant ou non être commun à plusieurs d'entre-elles, de le contresigner.

Ce contreseing entraîne deux conséquences :

- l'avocat ayant contresigné l'acte sera présumé avoir examiné cet acte, s'il ne l'a rédigé lui-même, et avoir conseillé son client, et assume en conséquence la responsabilité qui en découle ;
- l'avocat est le témoin de l'authenticité du consentement et de la signature de son client.

De ce fait, l'acte signé sera empreint d'une plus grande sécurité juridique dans la mesure où sa contestation deviendra plus difficile de la part de celui qui serait tenté de le remettre en cause, pour vice du consentement par exemple ou en niant, autre exemple, l'authenticité de sa signature ou le pouvoir qu'il avait de signer.

Cet acte, à la valeur probante renforcée, aura vocation à être utilisé dans tous les domaines du droit et notamment dans la sphère du droit des affaires, lorsque l'une des parties aura à cœur que l'autre ne puisse contester, de plus ou moins bonne foi, un acte, contrat ou protocole d'accord qui aura pourtant été dûment négocié en amont.

Attendons maintenant que ce nouvel acte s'intègre, sous la pression des besoins de la pratique, du monde des affaires notamment, dans notre culture juridique.





L'Autorité de la concurrence sanctionne quatre entreprises pour s'être concertées sur les prix lors de marchés ponctuels de travaux de peinture portuaire et d'ouvrages d'art entre 2005 et 2006

Par Clémence Ducros

Dans une décision du 24 février 2011, l'Autorité de la concurrence sanctionne quatre entreprises de travaux de peinture industrielle à hauteur de 1 160 100 euros pour s'être concertées sur les prix, préalablement au dépôt des offres et avoir déposé des offres de couverture, lors d'appels d'offres dans le secteur des travaux de peinture portuaire et d'ouvrages d'art.

Les appels d'offres concernaient précisément la réfection des quais du port de Brest, la peinture d'engins portuaires du port de Nantes Saint Nazaire, la réfection de l'écluse du port du Havre, la réparation et la remise en peinture du pont de Varades, la réparation d'une conduite forcée d'EDF et la rénovation d'un portique du port autonome de Bordeaux.

Avant le dépôt de leurs offres, les entreprises échangeaient, par fax, téléphone ou support informatique, des informations portant sur les prix de leurs prestations. Elles remettaient aussi des offres de couverture qui trompaient les maîtres d'ouvrage sur la réalité de la concurrence, en faisant apparaître l'une des sociétés participant à l'entente comme mieux-disante.

1. La mise en œuvre de la procédure d'engagements :

Trois des entreprises en cause n'ont pas contesté la réalité des griefs qui leur ont été reprochés et, conformément aux dispositions de l'article L.464-2 III du Code de commerce, ont formulé des engagements à l'appui d'une demande de transaction, que la Rapporteuse générale de l'Autorité de la concurrence a acceptée.

Elles se sont ainsi engagées à mettre en place des programmes de formation et de sensibilisation du personnel au droit de la concurrence, à prévoir des sanctions en cas de violation des règles de concurrence et à instituer un audit interne sur le respect de ces règles.

Les engagements comportent également une procédure de traitement des réponses aux appels d'offres dans le cadre du système de qualité ISO 2001 en organisant un processus unifié d'élaboration des offres et le contrôle des conventions de groupement.

Alors que l'article L.464-2 III du Code de commerce prévoit que lorsqu'il est recouru à la procédure de transaction, « le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié », l'Autorité de la concurrence n'accorde aux parties en cause

qu'une réduction de leur sanction de 12 % à 16%, compte tenu de la gravité des pratiques en cause.

L'Autorité de la concurrence considère en effet que tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence et mettre en échec le déroulement normal d'une procédure d'appels d'offres porte gravement atteinte à l'ordre public économique :

« (...) la mise en échec du déroulement normal des procédures d'appel d'offres, en empêchant la fixation des prix par le libre jeu du marché et en trompant la personne publique sur la réalité et l'étendue de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises soumissionnaires, perturbe le secteur où a lieu une telle pratique et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ».

En tout état de cause, Il est peu probable que l'Autorité de la concurrence accorde des réductions de sanction supérieures à 30 % à des entreprises bénéficiant de la procédure de transaction. En effet, l'espérance de gain attendu d'une procédure de transaction ne doit pas compromettre l'incitation à opter pour la procédure de clémence et donc à une véritable coopération avec les autorités de concurrence !

2. La méthode de détermination des sanctions : application de la méthode exposée dans le projet de communiqué de l'Autorité de la concurrence sur les sanctions :

La détermination de l'assiette de calcul de la sanction pécuniaire dans la présente décision est une illustration de la méthode de détermination du montant des sanctions pécuniaires dans le cas de certaines pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres, exposée aux points 58 et 59 du projet de communiqué de l'Autorité de la concurrence sur les sanctions pécuniaires de février dernier.

L'Autorité de la concurrence considère en effet que la méthode selon laquelle la valeur des ventes constitue l'assiette de calcul doit être adaptée dans le cas de pratiques portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'infractions complexes et continues :

« 58. La méthode décrite à la section IV.A.2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'infractions complexes et continues. En effet, la valeur des ventes ne constitue pas un indica-

teur approprié de l'ampleur économique de ces infractions, qui revêtent un caractère instantané, et du poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y prend part, en particulier lorsque leur implication consiste à réaliser des offres de couverture ou à s'abstenir de soumissionner

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

En revanche, l'Autorité ne détermine pas quelle sera l'assiette de calcul, même de manière approximative !!!

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence relève que les échanges d'informations et les offres de couverture ont porté sur cinq marchés sans lien établi entre eux sur une période de 14 mois et ne retient pas la valeur des ventes comme assiette de calcul mais semble retenir le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché global des travaux de peinture d'infrastructures métalliques.

S'agissant du coefficient de calcul de la sanction, celui-ci est très faible en l'espèce, 1 % du chiffre d'affaires du marché en relation avec les infractions, alors même que le point 59 précité du projet de communiqué précise bien que les pratiques se rangent parmi les infractions les plus graves, ce qui laisse entendre qu'elle appliquera le coefficient maximal de gravité propre aux cartels.

L'Autorité de la concurrence considère d'ailleurs que la gravité des pratiques est avérée et que le dommage à l'économie existe effectivement.

- **S'agissant de la gravité des pratiques,** l'Autorité de la concurrence relève qu'une

concertation en vue de la répartition des marchés, réalisée par l'échange d'informations qui ont porté sur les prix des offres et le dépôt d'offres de couverture, est une pratique d'une gravité avérée.

Elle relève également que les maîtres d'ouvrage se sont montrés vigilants puisque dans trois appels d'offres sur les cinq retenues, la procédure a été renouvelée après une première déclaration constatant le caractère infructueux des appels d'offres organisés, mais elle a entraîné une augmentation des coûts à la charge des organisateurs, sans produire d'ailleurs une amélioration de la concurrence entre les soumissionnaires.

Elle relève enfin que sont concernées des entreprises qui répondent à de nombreux appels d'offres et qui jouent un rôle important dans le secteur des travaux de peinture industrielle.

- **S'agissant du dommage à l'économie,** l'Autorité de la concurrence relève que si la concertation entre entreprises n'a pas éliminé les offres concurrentes, le maître d'ouvrage n'a néanmoins pas pu bénéficier d'une pression pro-concurrentielle optimale nécessaire et attendue de la part notamment des deux principales entreprises du secteur.

Pour animer la concurrence, les maîtres d'ouvrage ont été amenés à déclarer infructueux trois des cinq marchés qui ont dû être reconduits. Or, les coûts liés à l'organisation d'un nouvel appel d'offres, à la charge du maître d'ouvrage, le caractère peu élastique de la demande en matière de marchés publics ainsi que les retards pris par les travaux, participent également au dommage causé par ces pratiques.

L'Autorité de la concurrence relève également que si le montant des marchés concernés et leur durée d'exécution limitée tendent à restreindre l'appréciation portée sur le dommage à l'économie, la répétition de comportements anticoncurrentiels des entreprises en cause dans un intervalle de temps limité à l'occasion d'appels d'offres portant sur cinq marchés de travaux de peinture industrielle, constitue, en revanche, un élément de nature à aggraver l'appréciation du dommage.





Dans son avis du 7 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence formule à l'attention des distributeurs du secteur de la grande distribution alimentaire plusieurs recommandations concernant le foncier commercial, ainsi que les relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés

Par Julie Zoughi

Vraisemblablement sensibilisée aux problématiques du secteur de la grande distribution alimentaire du fait des nombreuses notifications d'opérations de concentration réalisées depuis l'abaissement des seuils de notification pour les opérateurs du commerce de détail par la Loi de Modernisation de l'Economie, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« **ADLC** ») avait décidé de s'autosaisir le 25 février 2010 (décision n°10-SOA-01). L'auto-saisine avait deux objets : se prononcer sur les éventuels obstacles à l'entrée résultant d'une part, des modalités de gestion, d'acquisition et de revente du foncier commercial et d'autre part, des contrats liant les magasins affiliés ou indépendants à leur réseau d'affiliation. L'avis de l'ADLC a été rendu le 7 décembre 2010.

Avant de procéder à son analyse concurrentielle sur les deux points précités, l'ADLC présente, à titre préalable, les principales caractéristiques du secteur de la grande distribution alimentaire, notamment l'organisation de ses principaux opérateurs, le degré de concentration du secteur ainsi que les barrières à l'entrée constatées.

Sur ce dernier point, l'ADLC relève que les barrières à l'entrée sont de plusieurs types :

- En premier lieu, les barrières à l'entrée de nature administrative et réglementaire qui représentent pour les opérateurs économiques le principal obstacle pour s'implanter dans une zone de chalandise donnée. L'ADLC constate qu'en raison de ces difficultés tenant aux procédures d'autorisation d'implantation, la durée d'implantation moyenne d'un hypermarché « *entre la recherche du foncier commercial adéquat et la finalisation du projet, serait de sept à dix années* » !
- En deuxième lieu, les barrières à l'entrée sont liées au foncier commercial, les opérateurs soulignant notamment que plusieurs communes adoptaient des plans locaux d'urbanisme restrictifs afin de limiter le développement de certains formats de distribution.
- Puis l'étanchéité des différents réseaux de distribution alimentaire qui résulte d'une part, des contraintes contractuelles pesant sur les magasins affiliés à l'égard de leur enseigne et d'autre part, d'une faible mobilité des

magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

- Enfin, d'autres barrières à l'entrée ont été relevées, comme la notoriété de l'enseigne, qui constituent un obstacle important à l'entrée d'enseignes étrangères méconnues des consommateurs ou encore les coûts logistiques qui expliquent les développements régionaux des distributeurs alimentaires.

Après avoir dressé le constat des barrières à l'entrée dans ce secteur, l'ADLC mène son analyse concurrentielle sur deux des barrières à l'entrée visées par son auto-saisine.

1. Le foncier commercial : constats et recommandations :

En matière de gestion du foncier commercial, **les constats** sont de deux types :

- En premier lieu, l'ADLC a relevé que plusieurs opérateurs ont été empêchés de pénétrer certaines zones commerciales car leurs concurrents détenaient du foncier inexploité (terrain, surface commerciale). Toutefois, il apparaît que ce constat est contrebalancé par les justifications avancées afin de justifier cette pratique de « *gel du foncier* ». En effet, les opérateurs détenteurs de parcelles inexploitées font généralement valoir qu'ils restent dans l'attente d'un permis de construire ou d'implantation ou encore que cette détention participe d'une stratégie à long terme de développement de l'enseigne. En toute hypothèse, il est souligné par l'ADLC que cette pratique du « *gel du foncier* » ne représente pas une barrière à l'entrée définitive, aucun opérateur n'ayant jamais été empêché de s'implanter sur une zone de chalandise pour cette raison.
- En second lieu, les opérateurs interrogés ont révélé l'existence de clauses de non-concurrence dans les contrats de vente et d'achat de foncier commercial par lesquelles le contractant du groupe de distribution se voit privé de la possibilité d'exercer une activité de commerce alimentaire sur le terrain vendu et/ou sur les terrains à proximité du terrain vendu dont le groupe de distribution demeure propriétaire. **Or, selon les informations**

recueillies, de telles clauses peuvent avoir une durée pouvant atteindre 30 à 50 ans !!! Au rang des justifications, trois éléments ont été mis en avant : (i) pour les terrains mitoyens de ceux sur lesquels se situent les magasins, cette clause préserverait la rentabilité du magasin déjà implanté en empêchant l'implantation d'un second magasin, (ii) la clause permettrait en outre d'exclure l'implantation de magasins concurrents susceptibles d'agir en passagers clandestins et (iii) dans les cas où un opérateur serait amené à fermer un magasin pour se réinstaller à proximité, la clause préserverait la rentabilité du nouveau magasin.

L'analyse concurrentielle menée par l'ADLC l'a conduite à noter que la pratique précitée de « *gel du foncier* » est motivée « *par les perspectives d'agrandissement des magasins, les délais nécessaires à l'obtention des autorisations administratives, les périodes de transition succédant à la faillite ou à la fermeture d'un magasin* » (cf. point n° 105 de l'avis). L'ADLC ajoute en outre que, pour être anticoncurrentielle, l'implantation de plusieurs magasins d'un même groupe doit avoir pour seule ou principale motivation « *l'effet d'exclusion qu'elle entraîne à l'encontre d'événuels entrants potentiels* » (point n° 106 de l'avis) et d'ajouter que la démonstration serait pour le moins difficile !

Pour ces différentes raisons, l'ADLC estime qu'il n'est pas nécessaire de formuler de recommandations pour la pratique du « *gel du foncier* ».

En revanche, l'ADLC aboutit à une conclusion différente s'agissant des clauses de non-concurrence présentes dans les contrats de vente et d'acquisition du foncier commercial dont la durée, le caractère transmissible lors d'opérations de revente ultérieures et l'absence de justifications véritables contribuent à accroître les barrières à l'entrée sur le marché. Face aux risques que présentent de telles clauses, l'ADLC formule à l'attention des opérateurs la recommandation suivante :

« *La suppression de ces clauses de non-concurrence, tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés, apparaît donc nécessaire, ces dernières étant génératrices d'une limitation de la concurrence et constituant un frein à l'installation de nouvelles enseignes. Plusieurs solutions alternatives à une interdiction totale de ces clauses ont été envisagées [...] compte tenu de l'absence de gains d'efficience associés à ces clauses, l'incertitude juridique qui découlerait de la délimitation des zones de chalandise et de la mesure du degré de concentration rend nettement préférable leur interdiction pure et simple* ». (cf. point n° 111 de l'avis).

2. Les relations d'affiliation entre enseignes et commerçants affiliés : constats et recommandations :

Après avoir rappelé les pratiques contractuelles et capitalistiques dans les relations d'affiliation entre enseignes et magasins affiliés, l'ADLC dresse un constat relatif à la très faible mobilité des magasins affiliés entre enseignes de distribution concurrentes, constitutive d'une véritable barrière à l'entrée dans ce secteur. Plus précisément, trois pratiques ont pour conséquence de limiter la mobilité des magasins affiliés, à savoir tout d'abord, la durée longue des contrats (allant jusqu'à 30 ans dans les groupements coopératifs) et leur reconduction tacite qui est renforcée par les indemnités très élevées à la charge du commerçant en cas de rupture anticipée, ensuite l'existence de clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles empêchant le commerçant d'exercer, pendant une période limitée et dans une zone géographique déterminée, une activité similaire ou analogue ou de s'affilier à un autre réseau et enfin, les droits de priorité dont les enseignes bénéficient, qui font obstacle à la cession du point de vente à une enseigne concurrente.

L'ADLC dispose actuellement d'instruments lui permettant de corriger les comportements constatés dans ce secteur. Pour autant, chacun de ces instruments présente plusieurs limites. Ainsi, en matière de droit des concentrations, il convient de rappeler que celui-ci ne trouve à s'appliquer qu'à la condition que les seuils de notification soient atteints, ce qui, en pratique, ne concerne que les hypermarchés et les grands supermarchés. En outre, les prises de participation réalisées avant l'abaissement des seuils par la LME demeurent acquises. Enfin, certaines prises de participation échappent au contrôle dans la mesure où celles-ci sont réalisées par des magasins affiliés au groupement et non par la tête de réseau, de sorte que le chiffre d'affaires de cette dernière n'a pas à être pris en compte. S'agissant du droit des pratiques anticoncurrentielles et plus particulièrement de l'interdiction des abus de dépendance économique, l'ADLC remarque que si les pratiques contractuelles et capitalistiques identifiées pourraient permettre d'établir un état de dépendance économique des magasins affiliés à l'égard de leur enseigne, il n'en demeure pas moins que la preuve doit être apportée, d'une part, du comportement abusif de l'enseigne et d'autre part, d'une atteinte à la concurrence, cette dernière étant particulièrement difficile à rapporter.

L'ADLC est, par conséquent, conduite à formuler plusieurs recommandations visant à accroître la fluidité des réseaux de distribution.

Tout d'abord, afin de limiter le manque de transparence des conditions d'affiliation et renforcer la compétition entre les réseaux de distribution, l'ADLC formule plusieurs recommandations visant

à permettre aux magasins de faire un choix libre et éclairé :

- formalisation de la relation au sein d'un accord cadre unique, éventuellement complété de contrats d'application ;
- communication du projet d'accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers ;
- renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation.

En outre, **afin de faciliter la mobilité des magasins indépendants**, les recommandations suivantes sont faites :

- réduction de la durée des contrats à cinq ans maximum et modification en ce sens des contrats en cours d'exécution ;
- unification de la durée et du mode de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale ;
- interdiction des droits de priorité (droits de préemption et de préférence) au profit des enseignes têtes de réseau, applicable aux contrats en cours ;
- limitation des clauses de non-réaffiliation et des clauses de non-concurrence présentes

dans les contrats en cours et à venir, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat ;

- suppression des droits d'entrée différés, y compris pour les contrats en cours, et étalé sur une courte durée du paiement du droit d'entrée ;
- encadrement des prises de participations des enseignes pouvant consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes d'associés.

Force est de constater que cet avis vaut avant sanction puisque l'ADLC souligne que « **la mise en œuvre de ces recommandations est entre les mains des opérateurs économiques concernés [...] qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis** » avant d'ajouter qu' « **à défaut, une intervention du législateur serait sans doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence** » (point n° 236 de l'avis).

Les opérateurs économiques modifieront-ils leurs contrats de manière à éviter l'intervention du législateur ?





Point d'actualité sur le droit de la consommation

Par **Eléonore Camilleri**

Le Code de la consommation pourrait bientôt faire l'objet de plusieurs réformes d'initiative communautaire :

■ **La réforme attendue du Code français de la consommation aux fins de mise en conformité avec la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales :**

À la suite de la mise en demeure du 25 mai 2009 faite à la France par la Commission européenne, de quatre arrêts édictés de la CJUE¹³, et de plusieurs décisions de juridictions françaises faisant application de la solution dégagée par cette dernière¹⁴, il fallut se rendre à l'évidence : les interdictions françaises des ventes avec prime (article L.121-35 du Code de la consommation), des ventes liées ou subordonnées (article L.122-1) et des loteries avec obligation d'achat (article L.121-36) sont contraires au droit communautaire et, plus précisément, à la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 « *sur les pratiques commerciales déloyales* »¹⁵.

En effet, ces pratiques n'étant pas énumérées dans la liste noire des pratiques déloyales per se de l'annexe 1 de ladite directive, elles ne peuvent être interdites qu'à la condition qu'une analyse in concreto permette d'en démontrer leur caractère déloyal. La directive 2005/29/CE étant d'« *harmonisation maximale* », les États membres se devaient, lors de sa transposition, de supprimer les dispositions plus (ou moins) protectrices des consommateurs, ce que s'est pourtant bien gardé de faire la France puisqu'elle n'a toujours pas abrogé les interdictions des ventes liées, des ventes avec prime et des loteries payantes.

Les autorités françaises n'ont aujourd'hui d'autre choix que de mettre en œuvre une mise en conformité du Code français de la consommation avec la directive 2005/29/CE.

C'est dans le cadre des discussions parlementaires sur la proposition de loi de « *simplification*

et d'amélioration du droit » que fût présenté devant le Sénat par le Gouvernement le 28 octobre 2010 un amendement (lequel fût ensuite rectifié et représenté le 13 décembre 2010) ayant pour objet de modifier le Code français de la consommation à cet égard.

Cet amendement fût adopté par le Sénat lors de la séance du 14 décembre 2010 pour devenir l'article 26 bis de la proposition de loi, dont le texte fût également accepté par l'Assemblée Nationale en seconde lecture :

« Article 26 bis :

Le code de la consommation est ainsi modifié :

1° Les 1°, 4° et 5° de l'article L.115-30 sont abrogés ;

2° Le dernier alinéa de l'article L.121-8 est supprimé ;

3° Le premier alinéa de l'article L.121-35 est complété par les mots : « dès lors que la pratique en cause revêt un caractère déloyal au sens de l'article L.120-1 » ;

4° Le premier alinéa de l'article L.121-36 est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L.120-1. » ;

5° Le premier alinéa de l'article L.122-1 est complété par les mots : « dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L.120-1 » ;

6° L'article L.122-3 est ainsi rédigé :

« Art. L.122-3. - Il est interdit d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur, sauf lorsqu'il s'agit d'un bien ou d'un service de substitution fourni conformément à l'article L.121-20-3.

« La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles L.122-12 à L.122-14.

« Tout contrat conclu consécutivement à la mise en œuvre de la pratique commerciale

⁽¹³⁾ CF. arrêts de la CJUE du 23 avril 2009 relatif à l'interdiction belge des offres conjointes, du 14 janvier 2010 s'agissant de la prohibition allemande des loteries payantes, du 11 mars 2010 sur la législation polonaise qui interdisait les ventes liées et du 9 novembre 2010 sur l'interdiction autrichienne des ventes avec prime.

⁽¹⁴⁾ CF. en particulier l'arrêt « Orange Sport » du 14 mai 2009 de la Cour d'appel de Paris dont le raisonnement a été ap-prouvé par un arrêt du 13 juillet 2010 de la Cour de cassation.

⁽¹⁵⁾ CF. nos précédents articles parus notamment dans les Flash-Concurrence n° 4, 7 et 15 de l'année 2010 et dans la Revue Lamy Droit des Affaires - N° 48 - Avril 2010 "Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire".

illicite visée au premier alinéa du présent article est nul et de nul effet.

« Le professionnel doit, en outre, restituer les sommes qu'il aurait indûment perçues sans engagement exprès et préalable du consommateur. Ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal calculé à compter de la date du paiement indu et d'intérêts au taux légal majoré de moitié à compter de la demande de remboursement faite par le consommateur » ;

7° Le 6° de l'article L.122-11-1 est abrogé ;

8° Au premier alinéa de l'article L.421-6, les mots : « la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection » sont remplacés par les mots : « la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts ».

Ce futur article 26 bis procède ainsi par « *frappes chirurgicales* » consistant à compléter à minima les dispositions concernées afin de préciser que si de telles pratiques sont interdites, c'est seulement lorsqu'elles « *revêtent un caractère déloyal au sens de l'article L.120-1* » du Code de la consommation.

Il n'en demeure pas moins qu'une fois entré en vigueur, ce texte aura pour effet de ne permettre l'application des articles L.121-35 sur les ventes avec prime, L.121-36 sur les loteries réalisées par voie d'écrit et L.122-1 sur les ventes liées ou subordonnées, qu'à la condition que soit démontré que la pratique visée :

- est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,
- qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service,

au sens de l'article L.120-1-I du Code de la consommation.

S'agissant de l'état d'avancement des travaux parlementaires, une **commission mixte paritaire** a été convoquée et chargée de proposer un texte de compromis sur les dispositions demeurant en discussion après les différentes navettes entre le Sénat et l'Assemblée Nationale.

Le texte final de la loi devrait donc être adopté d'ici quelques semaines.

Notons néanmoins que les autorités françaises ont fait savoir qu'elles souhaitaient, à terme, une modification de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, celle-ci ne permettant plus d'assurer, au regard de la juris-

prudence de la CJUE, un « *haut degré de protection des consommateurs* », mais ce processus de modification du droit communautaire prendra inéluctablement beaucoup de temps ...

■ Un projet controversé de réforme de la vente à distance au niveau communautaire :

Le Parlement européen a adopté, le 24 mars 2011, une série d'amendements lors de l'examen de la proposition de directive « *relative aux droits des consommateurs* »¹⁶, laquelle pourrait entraîner, entre autres choses, un bouleversement des règles actuellement applicables en matière de vente à distance, en particulier s'agissant du droit de rétractation et des frais de retour pour les acheteurs en ligne.

Rappelons qu'aujourd'hui en droit français, le droit de rétractation du consommateur qui contracte à distance doit être exercé dans un délai de 7 jours à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Les frais de retour du bien peuvent, dans tous les cas, être mis à la charge du consommateur (article L.121-20 du Code de la consommation).

La proposition de directive communautaire « *relative aux droits des consommateurs* » prévoit quant-à-elle d'accorder au consommateur un **délai minimum de 14 jours pour se rétracter** d'un contrat à distance, ce délai commençant « *à courir le jour de la conclusion du contrat ou le jour où le consommateur reçoit copie du document contractuel signé sur un support durable, si ce jour n'est pas celui de la conclusion du contrat* ».

A ce premier délai de 14 jours dont disposerait le consommateur pour indiquer qu'il entend se rétracter, s'ajouterait un second délai de 14 jours (lorsque le contrat porte sur la fourniture de biens) pour renvoyer les biens au professionnel, ce délai courant à compter du jour où le consommateur communique sa décision de rétractation au professionnel, sauf si le professionnel propose de reprendre lui-même les biens.

S'agissant des **frais de retour**, le Parlement européen a également adopté un texte précisant que ces frais pourront être supportés par le consommateur, excepté si le professionnel a accepté dans le contrat de les prendre à sa charge **ou – et cela mérite d'être souligné – si le prix des biens à renvoyer est supérieur à 40 €**.

Le professionnel devra rembourser, dans les 14 jours suivant la date où il est informé de la décision du consommateur de se rétracter, tout paie-

⁽¹⁶⁾ Proposition de directive n° COM (2008) 0614 présenté initialement le 8 octobre 2008 par la Commission européenne.

ment reçu de la part du consommateur, y compris, le cas échéant, les frais de livraison.

A ce stade, la proposition de directive ne fait pas l'unanimité, loin de là.

Elle est, en effet, accueillie avec défiance par une grande partie des acteurs du e-commerce, lesquels y voient trop de contraintes, mais également par les autorités de certains Etats membres, à commencer par la France, qui

regrette notamment l'approche d'harmonisation maximale retenue encore une fois par la Commission européenne ...

Le texte voté le 24 mars dernier n'est cependant qu'une base de discussion pour le Parlement européen, le Conseil et la Commission. De nombreuses modifications peuvent donc encore être faites avant que le texte définitif de la future directive ne soit adopté.





Dans sa décision du 15 février 2011, l'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu à poursuivre concernant une clause de non-réaffiliation post-contractuelle d'un groupement de grossistes en fruits et légumes et produits de la mer frais

Par Jean-Christophe Grall et Julie Zoughi

Dans le prolongement de l'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 par lequel l'Autorité de la concurrence a notamment stigmatisé les clauses de non-réaffiliation freinant la mobilité des magasins affiliés vers d'autres enseignes de distribution alimentaire, il est intéressant de relever la décision n°11-D-03 du 15 février 2011 relative au secteur du commerce de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais.

La société Pomona, grossiste en fruits et légumes et produits de la mer frais, avait saisi le Conseil de la concurrence en 2008 de clauses figurant dans les documents contractuels liant le groupement Creno (regroupant plusieurs grossistes en fruits et légumes et produits de la mer) à ses adhérents. Était principalement visée par cette saisine la clause de non-réaffiliation post-contractuelle aux termes de laquelle l'adhérent du groupement s'interdisait de s'affilier à un groupement concurrent de Creno pendant deux ans à compter de son retrait.

Pour la société saisissante, cette clause avait pour objet et pour effet de rigidifier et de cloisonner le marché en faisant obstacle à des changements d'affiliation et, par conséquent, présentait un caractère restrictif de concurrence au regard des articles 101§1 du TFUE et L.420-1 du Code de commerce.

Quelle est l'appréciation portée par l'ADLC sur cette clause de non-réaffiliation post-contractuelle ?

Au préalable, l'ADLC refuse d'assimiler la clause de non-réaffiliation à une restriction accessoire à l'opération principale que constitue la coopération horizontale mise en œuvre au sein de Creno ; point important !

Sur ce point, il sera rappelé que les lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81§3 du traité (désormais 101§3 TFUE) précisent que « *si on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans cet accord sont également compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive* ».

Or, pour être assimilée à une restriction accessoire, la restriction en cause doit être directement liée et nécessaire à la réalisation de l'opération principale. Tel n'est manifestement pas le cas, en l'espèce, de la clause de non-réaffiliation dans la mesure où les principaux concurrents de Creno ne disposent pas d'un instrument comparable à la clause de non-réaffiliation figurant dans les documents contractuels de Creno. En d'autres termes, la clause de non-réaffiliation n'est en aucun cas nécessaire à l'existence et au fonctionnement du groupement Creno.

La clause de non-réaffiliation post-contractuelle n'étant pas assimilable à une restriction accessoire, celle-ci était-elle constitutive d'une restriction de concurrence par objet et/ou par effets ?

Selon Pomona, la clause en cause était restrictive de concurrence par l'objet dans la mesure où celle-ci limitait la capacité d'un ancien adhérent à entrer en concurrence avec les adhérents de Creno.

Au-delà, Pomona soutenait également que la clause de non-réaffiliation présentait des effets anticoncurrentiels en ce qu'il était difficile pour un grossiste indépendant et non-affilié à un groupement de poursuivre son activité de façon pérenne pendant les deux années suivant le retrait de Creno.

Toutefois, l'ADLC a écarté l'intégralité de l'argumentation développée par la partie saisissante.

En premier lieu, l'ADLC note qu'à la lumière des éléments réunis par l'instruction, il apparaît qu'un adhérent cessant d'appartenir à un groupement tel que Creno a peu de risque de perdre l'activité visée par la clause litigieuse (à savoir les relations commerciales nouées avec la clientèle locale de grands comptes). De surcroît, l'ADLC ajoute que l'activité visée par la clause ne représente que 14 à 18% du chiffre d'affaires des adhérents de Creno, ce qui signifie concrètement que l'ancien adhérent est en mesure de maintenir plus de 80% de son chiffre d'affaires. Selon l'ADLC, « *ces différents éléments attestent de la pression concurrentielle que les anciens adhérents peuvent continuer d'exercer à leur sortie du réseau à l'égard des autres opérateurs sur les marchés de gros des fruits et légumes et produits de la mer frais* » (cf. §. 112 de la décision).

En second lieu, l'ADLC relève qu'il est loin d'être évident que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle conduise à entraver le développement des groupes concurrents sur le marché en cause car ce dernier « *se caractérise par des barrières à l'expansion ou à l'entrée relativement faibles* ». La durée relativement courte de la clause (2 ans) est également prise en compte par l'ADLC pour établir que celle-ci « *ne paraît pas constituer un obstacle dirimant au développement des concurrents sur le marché des grossistes* » (cf. §. 116 de la décision).

L'ADLC conclut en soulignant qu'il résulte de l'ensemble de ces considérations que la clause de non-réaffiliation post-contractuelle, « *très spécifique à l'espèce* », n'est pas assimilable à une

clause de non-concurrence interdisant à l'ancien adhérent de poursuivre son activité sur le marché (cf. §. 121 de la décision).

Il est intéressant de noter qu'après l'avis du 7 décembre 2010 qui recommandait aux enseignes de la grande distribution alimentaire de limiter leurs clauses de non-réaffiliation post-contractuelle à un an, la durée assez courte de deux ans figurant dans les contrats proposés par Creno a constitué un élément sensible dans l'appréciation de l'absence d'effet anticoncurrentiel de la clause.

Cela offre aux opérateurs économiques un indice non négligeable quant à l'appréciation de la conformité de la clause de non-réaffiliation post-contractuelle au droit de la concurrence !





La crise économique d'un secteur n'est pas un critère à prendre en considération pour le calcul des amendes en matière de pratiques anticoncurrentielles

Par Peggy Turret

La Cour de cassation a rendu le 29 mars dernier un arrêt¹⁷ dans l'affaire concernant le secteur du travail temporaire dans lequel elle a affirmé que seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte pour le calcul des sanctions pécuniaires en matière de pratiques anticoncurrentielles, excluant ainsi l'éventuelle prise en considération des difficultés globales du secteur concerné par les pratiques.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé le 29 mars 2011 l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010¹⁸ s'agissant de pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris, qui a confirmé la décision n°09-D-05 du Conseil de la concurrence¹⁹, a dénoncé les pratiques d'entente mises en œuvre par les groupes de sociétés Adecco, Manpower et Vedior entre mars 2003 et novembre 2004 à l'égard de leurs principaux clients, tels que Eiffage, La Poste, Alstom, EDF, Servair, les Galeries Lafayette ou bien encore Alcan.

La Cour d'appel de Paris avait sanctionné les trois leaders mondiaux de l'intérim pour un montant total de 94.4 millions d'euros.

Les entreprises Manpower et Randstad (anciennement Vedior) avaient introduit un pourvoi en cassation estimant notamment qu'il appartenait aux autorités de concurrence de prendre en compte « l'existence d'une situation de crise aiguë du marché du travail temporaire pour minimiser les sanctions ».

Rappelons qu'en vertu de l'article L.464-2 du Code de commerce, les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées « à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées » et que les sanctions sont

déterminées individuellement pour chaque entreprise et de façon motivée.

En outre, le montant maximum de la sanction pour une entreprise est, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2001-420 du 15 mai 2001, de dix pour cent du chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Dans son arrêt du 26 janvier 2010, la Cour d'appel de Paris a estimé que le critère des effets de la crise économique sur la situation individuelle des sociétés Manpower et Randstad ne devait pas être pris en compte dès lors que, d'une part, les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés à l'article L.464-2 du Code de commerce et, d'autre part, qu'au regard du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises sont à retenir.

La Cour d'appel a précisé, en outre, qu'il convient d'apprécier les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises et, plus précisément l'affectation de leurs capacités contributives, au regard de pièces comptables sur plusieurs exercices.

Les sociétés Manpower et Randstad ont considéré que, en se prononçant ainsi, la Cour d'appel avait violé et ajouté une condition à l'article L.464-2 du Code de commerce.

La Cour de cassation a rejeté très clairement l'argumentation de ces sociétés et a confirmé la position de la Cour d'appel de Paris :

« Mais attendu qu'ayant exactement retenu que les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L.464-2 du Code de commerce et que seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction, la cour d'appel, après avoir constaté que les sociétés Manpower et Randstad n'apportaient pas la preuve de leurs difficultés contributives, a, sans ajouter au texte une condition qu'il ne contient pas, ni refuser d'individualiser la sanction, pu statuer comme elle l'a fait ».

⁽¹⁷⁾ Cour de cassation, chambre commerciale, 29 mars 2011, n°10-12913 et 10-13686.

⁽¹⁸⁾ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2010, n°2009/03532.

⁽¹⁹⁾ Conseil de la concurrence, décision n° 09-D-05 du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire.

Il ressort donc de cette décision qu'il convient d'opérer une distinction entre les difficultés du secteur concerné par les pratiques anticoncurrentielles et les difficultés individuelles des entreprises agissant sur ce secteur.

Ainsi les autorités de concurrence ne peuvent prendre en compte, pour déterminer les sanctions pécuniaires, les effets d'une crise économique qu'à la condition que ceux-ci impactent la situation individuelle de l'entreprise en affectant ses capacités contributives, ce qu'il convient de démontrer en communiquant les pièces comptables reflétant l'évolution de la situation de l'entreprise.

La Cour d'appel de Paris avait pourtant laissé croire dans l'affaire du cartel du négoce de l'acier qu'une situation de crise pouvait être prise en compte !

Dans son arrêt rendu le 19 janvier 2010²⁰, la Cour d'appel avait, en effet, considéré, s'agissant de l'appréciation de la gravité des pratiques, que le Conseil de la concurrence n'avait pas suffisamment tenu compte dans sa décision de la crise du secteur de la métallurgie :

*« **Considérant enfin et surtout que le Conseil a abordé de manière trop brève le contexte de crise économique, générale et particulière à la métallurgie [...]** en estimant que les chiffres d'affaires qui servent de base aux sanctions*

*incluent nécessairement l'état de crise qui peut traverser chaque société poursuivie, et que des moratoires du **Trésor Public permettent en outre à ces entreprises de supporter le paiement d'une amende ; que ce faisant, le Conseil ne peut être considéré comme ayant tenu compte de la situation de crise dans les sanctions qu'il prononçait** »*. [nous soulignons]

Ainsi, si l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire du secteur de l'acier laissait penser qu'une situation de crise pouvait être prise en compte, la Cour de cassation vient de le démentir et dès lors de limiter les causes de réduction de l'amende.

Il est intéressant de noter que cette décision intervient au moment même où la méthode de détermination des sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles fait l'objet de l'élaboration d'un communiqué par l'Autorité de la concurrence, faisant suite à une consultation publique lancée le 17 janvier 2011, ainsi qu'à la remise, le 20 septembre 2010, du rapport Folz-Rayseguier-Schaub au Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi, relatif aux sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Il convient enfin de préciser qu'outre ce point de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars dernier relatif à la détermination des sanctions, la Cour de cassation a rejeté l'ensemble des autres pourvois formés par les sociétés Manpower et Randstad s'agissant notamment des modalités de traitement d'une messagerie électronique saisie dans sa globalité, ou encore de la portée de la non-contestation des griefs.

⁽²⁰⁾ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010, n°2009/00334, venant réformer la décision du Conseil de la concurrence n°08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.





Les licenciements économiques lors de fermeture de filiales désormais sous la loupe du juge

Par Nicolas Cré

Deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 18 janvier 2011 et du 1^{er} février 2011 ont marqué une évolution importante dans le droit des licenciements économiques.

Jusqu'à l'intervention de l'arrêt du 18 janvier 2011, la cessation totale et définitive de l'activité d'une entreprise constituait une cause autonome de licenciement économique sous réserve que l'employeur n'agisse pas par faute ou légèreté blâmable.

Hormis ces limites tenant au comportement de l'employeur lors de la cessation de son activité et de la mise en œuvre des licenciements subséquents, il n'y avait donc pas lieu de vérifier si la fermeture de l'entreprise était justifiée par des raisons économiques, une mutation technologique ou une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise, selon la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 janvier 2001 (n°98-44.647).

Il importait alors peu que l'entreprise appartienne ou non à un groupe de sociétés.

Or, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé, pour la première fois, dans son arrêt du 18 janvier 2011 (n°09-69.199, Jungheinrich c/ Delimoges et autres) que « *lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent* ».

La Cour de cassation étend donc l'appréciation de la cause économique des licenciements au niveau du groupe lorsqu'il s'agit d'une cessation d'activité d'une entité du groupe.

Dans cette affaire, la Cour de cassation s'est prononcée sur le cas de la cessation d'activité d'une société française (MIC) filiale d'une société holding française (JFH), elle-même contrôlée par une société allemande.

La société MIC avait préalablement cédé une partie de son activité et transféré la plupart de ses salariés au sein de sa société sœur, autre filiale française du groupe, puis dans un second temps a licencié pour motif économique les sala-

riés restés à son service. Elle devait par la suite être mise en liquidation judiciaire.

Les salariés licenciés ont engagé un recours pour licenciement sans cause réelle et sérieuse à la fois contre leur employeur (la société MIC) mais également contre la société-mère, la société JFH, holding française, en sa qualité d'employeur conjoint et sollicité leur condamnation solidaire.

Les employés ont obtenu la condamnation solidaire de leur employeur et de la société-mère à les indemniser du préjudice né de leur licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'arrêt du 18 janvier 2011, par l'application de la théorie de l'employeur conjoint, a restreint la possibilité de licencier le personnel pour cause de cessation d'activité dès lors qu'une société appartient à un groupe et que le licenciement n'est pas justifié par des difficultés économiques au niveau du secteur d'activité du groupe.

Dans un second mouvement, le 1^{er} février 2011, la Chambre sociale de la Cour de cassation a autorisé les juges à prendre en compte la réalité du motif économique pour établir une faute de l'employeur dans la cessation de son activité.

Par la notion d'employeur conjoint, la Cour de cassation met fin à l'autonomie de la cessation d'activité comme cause de licenciement en présence d'un groupe de sociétés (I). La prise en compte du motif économique est admise pour apprécier si l'employeur, en dehors d'hypothèse de co-emploi, a commis une faute dans les licenciements liés à la cessation d'activité d'une société (II).

I. La cessation d'activité de la filiale en présence d'un coemployeur

Dans l'arrêt du 18 janvier 2011, la Cour de cassation a relevé l'existence d'un co-employeur des salariés licenciés ce qui lui a permis de vérifier la cause de la cessation d'activité.

La Cour de cassation a relevé que la Cour d'appel a retenu « *que l'activité économique de la société MIC était entièrement sous la dépendance du groupe Jungheinrich qui absorbait 80 % de sa production et fixait les prix, que la société JFH détenait la quasi totalité de son capital, qu'il existait une gestion commune du per-*

sonnel des sociétés MIC et Jungheinrich France, sous l'autorité de la société JFH, que celle-ci dictait à la société MIC ses choix stratégiques (...), que la société JFH intervenait de manière constante dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de la cessation d'activité de la société MIC et le licenciement de son personnel et qu'elle assurait ainsi la direction opérationnelle et la gestion administrative de sa filiale, qui ne disposait d'aucune autonomie ; qu'elle a pu en déduire qu'il existait entre la société JFH et la société MIC une confusion d'intérêts, d'activités et de direction et qu'en conséquence la société JFH avait la qualité de coemployeur à l'égard du personnel de la société MIC ».

Dans son pourvoi en cassation, la société-mère excipait le non-respect par la cour d'appel du principe d'autonomie des personnes morales qui fait obstacle à la reconnaissance de la qualité de coemployeur de la holding car en principe **les sociétés même intégrées dans un groupe conservent leur personnalité juridique distincte** et le groupe n'a pas de personnalité morale propre. Le groupe ne saurait par conséquent avoir la qualité d'employeur vis-à-vis des salariés.

L'autonomie juridique des sociétés interdit alors aux salariés de réclamer des indemnités ou une quelconque créance à l'encontre de la société-mère. En droit des procédures collectives, il convient de démontrer la confusion de patrimoines des sociétés ou la fictivité d'une des sociétés du groupe pour atteindre le patrimoine de la société-mère.

Or, par le biais de la notion de co-employeur, la Cour d'appel emprunte la solution de la confusion des patrimoines au droit des procédures collectives en caractérisant non une confusion de patrimoine mais une confusion d'intérêts permettant d'identifier une autre entité comme employeur des salariés.

Pour certains auteurs, la notion de coemployeur est une « *baguette magique* », « *capable de transformer n'importe quelle société-mère d'un groupe (ou sous-groupe) en employeur des salariés de l'une de ses filiales ou encore une société filiale en l'employeur des salariés d'une autre filiale* »²¹.

En effet, cette théorie a permis aux juges de franchir et de s'affranchir de l'écran formé par l'autonomie des personnes morales pour trouver un autre débiteur en la présence de la société-mère.

Ce résultat est la conséquence de « *l'action Aspocomp* » du nom de l'arrêt de la Chambre sociale du 19 juin 2007 (n°05-42.551) par lequel la Cour de cassation a condamné, au nom de la théorie de l'employeur conjoint, la société mère finlandaise mise en cause par les salariés de sa filiale française, au paiement d'importantes indemnités pour licenciements sans cause réelle et sérieuse résultant de la fermeture d'une filiale à Evreux pour délocalisation.

La Cour de cassation avait alors appliqué à la société-mère la théorie de l'employeur conjoint en relevant que la société mère avait indirectement profité de l'activité des salariés de la filiale française et qu'elle avait exercé sur eux un pouvoir de direction.

Ainsi, il était donné aux salariés un débiteur solvable qui puisse être assigné sur le lieu d'exécution du contrat de travail par les salariés.

La qualification de coemployeur peut être fondée sur l'examen de liens de subordination qui se superposeraient entre employeurs et employés (par ex. Cass.soc. 4 octobre 2007 n° 06-44.486) mais aussi s'entendre, comme il a été déjà jugé (Cass.soc. 1^{er} juin 2004 n°02-41.176) des relations entre les entreprises en cause (relations étroites, confusion d'intérêts d'activités ou de direction) qui permettent de supposer un lien de subordination entre les salariés du primo employeur et la société qualifiée de coemployeur.

On peut relever que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 18 janvier 2011, l'immixtion de la société-mère dans la vie de sa filiale était particulièrement importante.

En jugeant, jusqu'au présent arrêt, que la décision d'arrêter l'exploitation de l'entreprise constituait en elle-même un motif de licenciement économique légitime, la Cour de cassation avait créé une discrimination selon que l'activité en cause constituait l'unique activité de la société ou était une activité parmi d'autres de la société.

Ainsi, il était exigé d'une entreprise qui fermait une de ses usines qu'elle justifiait d'une nécessité économique au niveau de la société entière alors que si l'usine était l'unique actif d'une société autonome, même membre d'un groupe, aucune justification n'était exigée.

Une entreprise organisée au sein d'une seule société se trouvait ainsi moins bien traitée s'agissant de la justification d'un motif économique de licenciement que la même entreprise scindée en sociétés distinctes.

Il est ainsi mis fin à cette discrimination par l'attendu de cet arrêt qui pose que « *lorsque le salarié a pour coemployeurs des entités faisant partie*

⁽²¹⁾ « *Coemploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses* », Patrick Morvan, JCP éd. G, n°11, 14 mars 2011.

d'un même groupe, la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent ».

Or, la cessation d'activité en l'espèce résultait de choix stratégiques décidés au niveau du groupe sans que des difficultés économiques ne puissent la justifier. Les licenciements ne reposaient donc pas sur une raison économique et étaient donc dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Dès lors, quelle que soit la forme d'organisation retenue par un groupe, la même obligation de justification est exigée ; la démonstration de la nécessité économique des suppressions d'emploi envisagées au niveau auquel elles sont décidées. L'arrêt ne définit cependant pas la notion de groupe à l'intérieur duquel elle entend appliquer cette solution.

La Cour de cassation, pour déterminer le niveau d'appréciation de la cause économique du licenciement a retenu « *le niveau auquel la décision a été prise* », il est possible que cette appréciation puisse s'appliquer même en des circonstances où la proximité de la fille et de la mère est plus éloignée contrairement au cas présent.

Cette notion, pourrait correspondre en pratique à n'importe quelle chaîne de détention majoritaire dans un groupe. L'appréciation du motif économique devant, toutefois, se limiter au secteur d'activité en cause sans qu'il ne puisse être invoqué de difficultés économiques touchant d'autres secteurs du même groupe.

Une seule cause économique est à démontrer : celle qui a donné lieu à la cessation d'activité de la filiale excluant la justification des raisons de licencier chez l'employeur conjoint.

En retenant que « *la cessation d'activité de la société MIC ne résultait que de choix stratégiques décidés au niveau du groupe, sans que des difficultés économiques les justifient, au niveau du secteur d'activité du groupe* », les licenciements étaient donc dépourvus de cause réelle et sérieuse.

II. La cessation d'activité de la filiale en l'absence d'employeur conjoint

L'arrêt du 1^{er} février 2011 (n°10-30.045 *Goodyear Dunlop Tires c/ Cosson et autres*) concernait la remise en cause de licenciements économiques consécutifs à la décision de fermeture d'une société filiale du groupe Goodyear Dunlop.

Une société, filiale à 100 % du groupe Goodyear Dunlop avait pour activité le stockage de pneus et leur commercialisation. Il a été décidé au niveau du groupe de mettre fin à son activité et les salariés furent licenciés.

Contrairement à l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} janvier 2011, les salariés n'ont pas invoqué une situation de co-emploi mais ont soutenu que la cessation de l'activité de la filiale relevait d'une légèreté blâmable puisque la situation de l'entreprise ne justifiait pas qu'elle fût fermée.

Cet arrêt est à rapprocher du précédent dans la mesure où l'absence de motif économique a conduit la condamnation de la société-mère à indemniser les salariés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour de cassation, tout en rappelant que s'il n'est pas nécessaire de justifier la fermeture définitive et totale d'une société par l'existence de difficultés économiques, a estimé que le juge qui apprécie si celle-ci a eu lieu sans faute ou légèreté blâmable **peut se fonder sur la situation économique pour caractériser le comportement de l'employeur.**

Et pour retenir une faute à l'encontre de l'employeur, les juges de la Cour d'appel ont relevé que la baisse d'activité de la filiale était imputable à des décisions du groupe, que la filiale ne connaissait pas de difficultés économiques mais obtenait au contraire de bons résultats. Ces éléments démontraient que la décision de fermer l'entreprise a été prise « *par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité mais afin de réaliser des économies et améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* ».

Dans un précédent arrêt du 28 octobre 2008 (n°07-41.984), la Chambre sociale de la Cour de cassation avait jugé que la cessation d'activité d'une société décidée de manière précipitée, à la demande de son principal associé et pour satisfaire aux seules exigences du groupe, malgré les bons résultats qu'elle avait réalisés et en dépit de la situation favorable qu'elle occupait sur le marché, ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse.

* * *

Les juges portent désormais une appréciation sur les choix de gestion du groupe alors que la Chambre sociale avait réitéré par un arrêt récent du 20 octobre 2009 (n°08-43.984), son analyse selon laquelle les juges ne peuvent juger l'**opportunité** de la décision prise par l'employeur dans la gestion de son entreprise.

Il s'agit d'une approche pragmatique dont l'objectif est de freiner les fermetures de sociétés qui ne

sont pas menacées par un péril économique et qui répondent uniquement à un objectif d'amélioration de la rentabilité du groupe.

La cessation d'activité d'une des entités du groupe doit désormais répondre aux critères applicables aux réorganisations d'une entreprise, c'est-à-dire que la cessation doit être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation

technologique ou encore par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe.

En conséquence, la cessation définitive et totale d'activité, quand elle concerne une entité d'un groupe de sociétés, ne semble plus constituer en soi un motif autonome de licenciement économique.





Quelques informations :

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

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

■ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;

■ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**

■ **Au contrôle des concentrations**

■ Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]

■ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;

■ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**

■ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 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 ; etc. ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**

■ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**

■ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;

■ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**

■ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME** du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 et 2010 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

■ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

■ **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;

■ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**

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

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



Selarl MG Avocats - Grall & Associés

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