



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust
Alliance

La Lettre du Cabinet

Septembre 2011

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Trophée d'argent 2011 – Droit de la distribution

**MG AVOCATS est partenaire des Rencontres LSA
qui auront lieu le 4 octobre 2011 à Paris
sur les négociations commerciales 2012**

FLASH CONCURRENCE N° 14

Après Castorama, c'est au tour d'Auchan d'être sanctionnée par le Tribunal de commerce de Lille pour déséquilibre significatif manifeste

Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros

On se souvient des neuf assignations délivrées au mois de novembre 2009 par le Ministre de l'économie à l'encontre des enseignes Carrefour, Auchan, Système U, Casino, Leclerc, Cora, Intermarché, Castorama et Darty, leur reprochant d'insérer un certain nombre de clauses abusives dans leurs contrats d'enseigne, au titre des négociations commerciales 2009.

Ces assignations étaient intervenues peu de temps après la création de la brigade LME destinée à lutter contre les pratiques abusives dans le cadre des négociations commerciales.

A cette occasion, le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Madame Christine Lagarde et le Secrétaire d'état chargé de l'industrie et de la consommation, Monsieur Luc Chatel, avaient déclaré ce qui suit :

« La liberté de négocier, ce n'est ni la loi de la jungle, ni celle du silence. Par l'action de cette brigade, il s'agit donc de créer une véritable rupture par rapport aux pratiques anciennes de fausse coopération commerciale, de marges arrière garanties, et d'abus dans les contrats. ».

Le ton était donc donné !

Le premier jugement était d'ailleurs intervenu très rapidement, le 6 janvier 2010, soit moins de deux mois après les assignations.

Le Tribunal de commerce de Lille avait condamné Castorama à une amende de 300 000 euros pour avoir mis en place des modalités de perception des acomptes de nature à créer un déséquilibre significatif (en l'occurrence, la réduction de la périodicité des acomptes par rapport à l'année N-1, l'imposition

d'un délai de paiement des acomptes plus court que celui applicable pour le paiement des factures de vente des produits et l'imposition de pénalités pour retard de paiement à un taux usuraire).

Il aura fallu, en revanche, attendre pas loin de deux années pour que le deuxième jugement intervienne, ce qui, en termes de sécurité juridique, n'est pas une bonne chose compte tenu de la nouveauté de la notion de « déséquilibre significatif », notion dont les contours ne sont susceptibles d'être précisés que par les juridictions.

Les députés Catherine Vautrin et Jean Gaubert ont d'ailleurs dénoncé ce délai dans leur récent rapport d'information du mois d'avril 2011 sur l'application de la LME : « Il convient notamment que les procédures judiciaires décidées par le Gouvernement dans le cadre des assignations effectuées à l'automne 2009 aboutissent afin que les acteurs économiques sachent quel comportement ils doivent éviter s'ils ne veulent pas tomber sous le coup d'un tel déséquilibre. »

Pourquoi un tel délai ?

Cela s'explique principalement par la décision du Tribunal de commerce de Lille de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à l'article L.442-6-1-2° du Code de commerce ; Conseil constitutionnel qui a déclaré le 13 janvier 2011 cet article, et donc le fait d'interdire « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », parfaitement conforme à la Constitution.

Le deuxième jugement vient donc d'être rendu, le 7 septembre 2011, condamnant Auchan à une amende d'un million d'euros pour déséquilibre significatif.

Le Ministre de l'économie demandait au Tribunal de :

- 1) dire et juger que la distorsion des modalités de mise en œuvre des conditions tarifaires qui résulte de l'articulation des clauses 14.1.2. et 14.1.2.2. prévoyant que " Toute proposition de hausse des prix que le fournisseur souhaiterait appliquer en cours d'année devra être notifiée par lettre recommandée avec avis de réception et devra être accompagnée des éléments

objectifs sur la base desquels le fournisseur entend procéder à une augmentation de ses tarifs. Si la hausse de tarifs ne correspond pas strictement aux dits paramètres externes, elle ne peut s'appliquer qu'après l'accord exprès d'Auchan et sous réserve d'un préavis à définir qui ne pourra être inférieur à 4 mois à compter de son acceptation par Auchan. Aussi Auchan attire l'attention du fournisseur sur le fait que le préavis doit respecter les dispositions de l'article L.442-6-1-5° du code de commerce. Les relations commerciales des parties étant notamment fondées sur l'élément prix, élément déterminant dans l'acte d'achat d'Auchan, toute hausse substantielle des tarifs qui ne serait pas justifiée par des paramètres externes et qui serait de nature à remettre en cause l'économie générale des relations commerciales et contractuelles des parties est en effet susceptible de provoquer la rupture des dites relations commerciales" et de la clause 14.1.3 prévoyant que " De la même manière, Auchan estime que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou des prix des matières premières vaut dénonciation de l'accord commercial et obligation de renégociation. " » créent un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de EURAUCHAN contrevenant aux dispositions de l'article L.442-6-1-2° du code de commerce,

- 2) dire et juger que la fixation et l'application unilatérale d'un taux de service fournisseur telles que prévues à l'annexe 4 de la convention EURAUCHAN en ce quelle dispose que « taux de service fournisseur : valorisation des livraisons au site logistique et valorisation des commandes : il peut être exprimé en prix d'achat HT sur le bon de commande ou en nombre de colis, le taux de service mensuel devra être égal ou supérieur à : 98,5 % en P. F. (...) en cas de taux de service inférieur à celui mentionné au point 2 (98,5 %) des factures de pénalités seront établies et envoyées au fournisseur à hauteur de 10 % de la valorisation HT des non livrés (chiffre d'affaires manquant) » crée un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de EURAUCHAN contrevenant aux dispositions de l'article L.442-6-1-2° du code de commerce,
- 3) enjoindre à la société EURAUCHAN de cesser pour l'avenir les pratiques utilisées,

4) donner acte à la proposition d'EURAUCHAN de supprimer les clauses 14.1.3 et 14.1.2,

5) prononcer à l'encontre de la société EURAUCHAN une amende de 2.000.000 d'euros.

Le Ministre de l'économie rappelait à ce titre la notion de déséquilibre significatif, en précisant que celle-ci est inspirée des dispositions relatives aux clauses abusives en droit de la consommation et que ce déséquilibre doit être analysé à la fois à travers l'ensemble contractuel mais aussi à travers tous les droits et obligations et les comportements des partenaires.

Que répond le Tribunal de commerce de Lille ?

1. S'agissant des clauses de révision de prix :

Il est reproché à Auchan d'avoir inséré, dans sa convention de distribution 2009, une clause visant à soumettre toute hausse de tarif à des conditions restrictives telles qu'une obligation pour le fournisseur de fournir une justification objective, un accord préalable d'Auchan et un délai d'application du nouveau tarif de deux à quatre mois à compter de l'accord d'Auchan.

L'article 14.1.2 de la convention de distribution prévoit en effet ce qui suit :

« Toute proposition de hausse des prix que le fournisseur souhaiterait appliquer en cours d'année devra être notifiée par lettre recommandée avec avis de réception et devra être accompagnée des éléments objectifs sur la base desquels le fournisseur entend procéder à une augmentation de ses tarifs. Si la hausse de tarifs ne correspond pas strictement aux dits paramètres externes, elle ne peut s'appliquer qu'après l'accord exprès d'Auchan et sous réserve d'un préavis à définir qui ne pourra être inférieur à 4 mois à compter de son acceptation par Auchan.

[...]

toute hausse substantielle des tarifs qui ne serait pas justifiée par des paramètres externes et qui serait de nature à remettre en cause l'économie générale des relations commerciales et contractuelles des parties est en effet susceptible de provoquer la rupture des dites relations commerciales. ».

A l'inverse, le fournisseur a l'obligation de répercuter les baisses des coûts dans ses tarifs sous peine

de voir la convention révoquée de façon unilatérale par Auchan.

L'article 14.1.3 de la convention de distribution prévoit en effet ce qui suit :

« De la même manière, Auchan estime que toute baisse technique des tarifs du fournisseur ou des prix des matières premières vaut dénonciation de l'accord commercial et obligation de renégociation. ».

Le Tribunal de commerce ne dénonce pas les conditions liées à l'application d'une hausse de tarif par les fournisseurs, mais l'absence de réciprocité dans la négociation des tarifs à la hausse et à la baisse.

Le Tribunal de commerce de Lille a ainsi jugé que :

« Attendu que la réciprocité de renégociation mise en avant par EURAUCHAN est déséquilibrée dans ses modalités d'application; qu'inscrit dans la convention unique un tel désavantage en défaveur des fournisseurs dans les obligations réciproques affecte un des éléments déterminants de la relation commerciale, à savoir la formation du prix; qu'il crée ainsi un déséquilibre final de l'ensemble des droits et obligations des partenaires lorsqu'ils sont soumis à des variations fortes et brutales de leurs prix de revient. ».

Il reprend à ce titre, la proposition émise par les députés Catherine Vautrin et Jean Gaubert dans leur rapport sur l'application de la LME :

« [...] vos rapporteurs souhaitent que les règles permettant aux fournisseurs et aux distributeurs de prendre en considération une variation des prix des matières premières soient strictement parallèles selon qu'il s'agit d'une hausse ou d'une baisse de prix. ».

Le Tribunal conclut dès lors que la pratique consistant à prévoir une différence de traitement selon qu'il s'agit d'une hausse ou d'une baisse de tarifs est abusive et qu'une telle pratique crée bien un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en faveur d'Auchan, tel que prévu par l'article L.442-6-1-2° du Code de commerce.

Il convient de préciser que le Tribunal a également pris acte de la proposition d'Auchan de supprimer les clauses litigieuses dans sa prochaine convention, s'en tenant strictement au principe

d'intangibilité des tarifs, tout en considérant cette solution critiquable compte tenu de la souplesse tarifaire recommandée par la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC).

En effet, la CEPC considère que la souplesse tarifaire est indispensable à la préservation de l'équilibre commercial, souplesse tarifaire plus que nécessaire aujourd'hui compte tenu de l'évolution imprévisible du coût des matières premières.

Il ressort donc de ce jugement que fournisseurs et distributeurs devront se mettre d'accord, au titre des négociations commerciales 2012, sur une procédure identique de renégociation des tarifs, que ce soit à la hausse ou à la baisse...

2. S'agissant de la clause du taux de service fournisseur :

Il est également reproché à Auchan d'avoir inséré dans sa convention de distribution 2009 une clause prévoyant un système de pénalités calculées sur une base de 10% du chiffre d'affaires manquant, en cas de non respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5%.

Il est en effet prévu à l'annexe 4 de la convention de distribution que :

« le taux de service mensuel devra être égal ou supérieur à : 98,5 % en P. F. (...) en cas de taux de service inférieur à celui mentionné au point 2 (98,5 %) des factures de pénalités seront établies et envoyées au fournisseur à hauteur de 10 % de la valorisation HT des non livrés (chiffre d'affaires manquant) ».

Le Tribunal de commerce de Lille insiste sur le fait que ce « système de pénalité » a été imposé sans concertation aux fournisseurs, contribuant ainsi à renforcer leur dépendance, aggravant dès lors le déséquilibre de la relation en défaveur des fournisseurs.

Il cite à cet égard utilement l'avis n° 0902501 de la CEPC qui considère que :

« le fait pour des parties à la négociation d'obtenir des contrats pré-rédigés avec l'ensemble ou un nombre important de ses cocontractants pourrait révéler l'existence d'un déséquilibre dans leurs relations commerciales. Proposer des clauses pré-rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors

que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties. ».

Le Tribunal reproche également à Auchan le fait que ce système de pénalités soit complètement décorrélé du préjudice réellement subi, précisant à ce titre que contrairement aux engagements pris le 5 octobre 2010 par les acteurs de la grande distribution à l'exception du groupement Leclerc et dont Auchan était signataire, cette dernière n'a toujours pas mis en place de procédures permettant aux fournisseurs de vérifier que le grief est bien établi.

Il sera, à ce titre, intéressant de prendre connaissance de la convention de distribution 2012 sur ce point !

S'agissant, par ailleurs, de la définition du taux de service, le Tribunal de commerce de Lille considère que celui-ci est imprécis, manifestement trop élevé compte tenu de la complexité de la chaîne d'approvisionnement et ne tient pas compte des particularités propres à chaque fournisseur.

Là encore, le Tribunal reprend à son compte un avis de la CEPC préconisant une application individualisée du taux de service, conformément à ce que préconise la charte ECR France :

« Le niveau de taux service objectif différera d'une situation à l'autre selon les spécificités liées à l'activité et à la relation. L'engagement de taux de service pourra être défini d'un commun accord dans un contrat de progrès entre les parties ou proposé via des conditions d'approvisionnement pour discussion et accord des parties ».

Le Tribunal conclut dès lors que le caractère contraignant et pénalisant du taux de service, la trop grande disproportion entre le manquement et la pénalité, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au bénéfice d'Auchan.

En définitive, ce que reproche le Tribunal à Auchan, ce n'est pas la mise en place d'un taux de service, mais bien l'absence de négociation possible et de prise en compte des situations individuelles des fournisseurs dans la détermination de ce taux, ainsi que la disproportion de la sanction, la règle devant être la réparation du préjudice réellement subi par le distributeur.

Au vu de ces constatations, le Tribunal de commerce de Lille a donc fait droit aux demandes formulées par le Ministre de l'économie de cessation des pratiques qu'il avait dénoncées dans son assignation, dans des termes particulièrement forts.

Il dénonce ainsi de manière très ferme le comportement d'Auchan cherchant à imposer de gré ou de force sa convention unique :

« Mais, attendu que la loi a posé le principe des conditions générales de vente comme « socle de la négociation commerciale » ; que ce principe répond à la logique économique ; que la LME a cherché à encore renforcer le jeu de la négociation commerciale ; qu'EURAUCHAN cherche à imposer, de gré ou de force, une convention unique type et pré-rédigé qui écarte les conditions générales de vente du fournisseur et laisse peu de place à une négociation formalisée avec son partenaire en dehors du « plan tarifaire » c'est-à-dire de la partie strictement tarifaire ; que cette solution contractuelle retenue par EURAUCHAN entraîne ainsi une forte responsabilité en cas de clauses abusives ou déséquilibrées en sa faveur. ».

Le Tribunal réaffirme ici très clairement que les contrats pré-rédigés, ou non d'ailleurs, de la grande distribution doivent pouvoir être librement négociés avec les fournisseurs sur la base de leurs conditions générales de vente et logistiques.

Il est donc clair que toute clause en faveur du distributeur imposée aux fournisseurs est susceptible d'être constitutive d'un déséquilibre significatif !

L'amende infligée à Auchan est nettement supérieure à celle de Castorama : 1 000 000 euros versus 300 000 euros.

Les tarifs augmentent là aussi !

Il convient néanmoins de préciser que le Tribunal retient à la décharge d'Auchan qu'aucun exemple concret de refus caractérisé de renégociation des tarifs n'a pu être démontré, qu'elle a accordé à de nombreux fournisseurs des relèvements de tarifs et n'a procédé qu'à de très rares baisses.

En revanche et s'agissant des pénalités, près de 60 % des fournisseurs d'Auchan ont été impactés par des pénalités pour ne pas avoir atteint le taux

de service 98,5%, ce qui explique l'amende dissuasive !



Quelques informations :

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

- A la négociation commerciale 2012 et aux évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;
- A 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. ;
- A 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 ;
- 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] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;
- A 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. ;

- A 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 ;
- 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 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 ;
- 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 ; 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. ;
- Aux 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.].
- Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : responsabilité con-

tractuelle, 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 anti-trust 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.mgavocat

