

LA LETTRE DU CABINET

NOVEMBRE-DÉCEMBRE 2012

contact@grall-legal.fr - www.grall-legal.fr

Sommaire

- 02 **Les « conséquences manifestement excessives » d'une sanction pour pratique anticoncurrentielle appréciées au niveau de la situation financière du groupe**
par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous
- 03 **Vers une dé penalisation en trompe-l'œil du droit des pratiques restrictives de concurrence ?**
par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussoni ère
- 04 **Appréciation du caractère dénigrant d'une publicité comparative**
par Caroline Bellone
- 05 **Obstructions aux enquêtes de concurrence : qui s'y frotte s'y pique !**
par Philippe Jouvet
- 06 **La position de l'Autorité de la concurrence sur les limites au développement du commerce électronique (avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012)**
par Nathalia Kouchnir-Cargill
- 08 **Le Conseil d'Etat conforte le pouvoir consultatif de l'Autorité de la concurrence**
par Peggy Tourret
- 09 **Brève : Mention du site Internet sur le k-bis et simplifications des formalités au RCS**
par Nicolas Cr é
- 10 **Programme des interventions et des formations 2012 – 2013**

Les «conséquences manifestement excessives» d'une sanction pour pratique anticoncurrentielle appréciées au niveau de la situation financière du groupe

Par Jean-Christophe Grall et Elodie Camous

Par ordonnance du 13 novembre 2012, le premier Président de la Cour d'appel de Paris a estimé que pour apprécier les « conséquences manifestement excessives » d'une sanction pour pratique anticoncurrentielle justifiant un sursis à exécution, il convient de prendre en compte la situation financière du groupe, et non uniquement celle de la société frappée de l'amende.

Pour mémoire, le 13 mars 2012, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné à hauteur de 242,4 millions d'euros des entreprises de meunerie regroupées, d'une part, dans un cartel franco-allemand visant à limiter les importations de farine entre la France et l'Allemagne, et d'autre part, au travers de deux entreprises communes (France Farine et Bach Mühle), visant à fixer le prix, à limiter la production et à répartir la clientèle de la farine en sachet vendue à la grande et moyenne distribution et aux enseignes du hard discount en France (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=12-D-09>).

Les sociétés condamnées ont formé un recours à l'encontre de cette décision devant la Cour d'appel de Paris. En parallèle, le premier Président de la Cour d'appel de Paris a été saisi de demandes de sursis à exécution des sanctions prises à leur égard, sur le fondement de l'article L.464-8 du Code de commerce.

Les demandes de sursis à exécution des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence aux entreprises de meunerie

Aux termes de l'article L.464-8 du Code de commerce :

«Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.»

Aussi, au stade du paiement de l'amende, sur le fondement de l'article L.464-8 du Code de commerce, les entreprises condamnées ont demandé au premier Président de la Cour d'appel de Paris de constater que l'existence des «conséquences manifestement excessives» liées à l'exécution des sanctions doit être appréciée au vu de la seule situation financière des sociétés frappées de l'amende, et non au niveau du groupe.

Ainsi, à l'occasion de ces demandes, une question juridique importante s'est posée : en présence d'un groupe, à quel niveau faut-il se placer pour apprécier la situation financière de l'entreprise condamnée – au niveau de la filiale condamnée, ou au niveau du groupe auquel elle appartient ?

Car, en effet, au stade du calcul de l'amende, l'Autorité de la concurrence a fixé le niveau des sanctions

pécuniaires en prenant en considération le chiffre d'affaires réalisé par le groupe, alors pourtant que seules les filiales étaient condamnées.

Quelle a donc été la position du premier Président de la Cour d'appel de Paris, s'agissant de l'appréciation des «conséquences manifestement excessives» des sanctions infligées aux sociétés condamnées ?

Les ordonnances du 3 juillet et du 13 novembre 2012 : des décisions contradictoires

Le 3 juillet 2012, le délégué du premier Président de la Cour d'appel de Paris a accordé le sursis aux deux sociétés demanderesses (Axiane Meunerie et Minoteries Cantin), estimant que «les conséquences manifestement excessives de l'exécution de la décision doivent être appréciées au vue de la seule situation financière de la société frappée de l'amende».

A l'inverse, s'agissant de la demande de la société Grands Moulins de Strasbourg, le 13 novembre 2012, le premier Président de la Cour d'appel de Paris a jugé que «c'est au regard de ce chiffre d'affaires consolidé qu'il convient d'examiner si l'application des sanctions aurait des conséquences excessives».

Les deux premières ordonnances, qui ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation, ont été l'objet de critiques juridiques. En effet, s'il paraît juste de ne faire peser que sur la filiale condamnée les conséquences d'une pratique anticoncurrentielle, pour laquelle la société mère a été mise hors de cause, le raisonnement exposé dans ces ordonnances est toutefois critiquable en droit.

Nous soulignerons en effet que, dans les ordonnances du 3 juillet 2012, le délégué du premier Président de la Cour d'appel de Paris a motivé ses ordonnances de la façon suivante :

«Attendu que (...) le chiffre d'affaires du groupe n'est en effet évoqué aux termes de l'article L.464-2 du code de commerce que pour déterminer le maximum légale de la sanction».

Or, l'article L.464-2 du Code de commerce prévoit en son troisième alinéa que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la situation individuelle de l'entreprise condamnée ou du groupe auquel elle appartient. En effet, aux termes du dit article :

«Les sanctions pécuniaires sont 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 condamné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme condamné et de façon motivée pour chaque sanction.»

Aussi, la lecture de l'article L.464-2 du Code de commerce ne laisse pas de doute sur les critères pris en compte par l'Autorité de la concurrence au stade de la détermination du montant de l'amende : l'appartenance de l'entreprise mise en cause à un groupe est prise en considération au stade de l'individualisation de l'amende.

C'est sur ce fondement que le premier Président de la Cour d'appel de Paris a estimé, dans l'ordonnance du 13 novembre 2012, que si l'Autorité de la concurrence fixe le montant des sanctions en fonction du chiffre d'affaires consolidé du groupe, les conséquences que l'application de la sanction est susceptible d'entrainer doivent nécessairement être appréciées au regard du chiffre d'affaires consolidé du groupe. Il a ainsi précisé que « *le seul chiffre d'affaires de la société, pris individuellement, spécialement lorsqu'il s'agit d'une holding sans activité opérationnelle mais disposant de participations, ne permet pas*

en effet de donner une image du patrimoine et de la performance du groupe auquel elle appartient».

Aussi, le premier Président de la Cour d'appel de Paris a-t-il refusé d'accorder le sursis à exécution de la sanction à la société Grands Moulins de Strasbourg. La contradiction de cette décision avec les ordonnances du 3 juillet 2012 est d'autant plus marquante que l'Autorité de la concurrence avait pris en compte les difficultés financières de la société Grands Moulins de Strasbourg pour tenir compte de sa capacité contributive, conformément au communiqué relatif à la détermination des sanctions.

Les ordonnances du 3 juillet 2012 ont bien entendu fait l'objet d'un pourvoi en cassation, et celle du 13 novembre 2012 sera très probablement contestée par la société Grands Moulins de Strasbourg. Affaire à suivre, donc.

Vers une dépénalisation en trompe-l'œil du droit des pratiques restrictives de concurrence ?

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Lors des «Rencontres LSA» 2012, Madame Nathalie Homobono, directrice générale de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a émis le souhait que le ministre de l'économie puisse infliger des sanctions administratives en cas de non-respect des dispositions applicables à la convention écrite annuelle et au non respect des délais de paiement légaux. Si une telle dépénalisation semble attractive, il n'en demeure pas moins qu'elle n'ira pas sans engendrer difficultés et interrogations.

Les évolutions législatives successives ont déjà dépénalisé en partie le droit des relations commerciales, soit par suppression de certaines infractions pénales, soit par substitution des sanctions civiles aux sanctions pénales (refus de vente et de prestation de service ; refus de communication des conditions générales de vente), soit encore par création d'une sanction civile coexistante avec la sanction pénale (délais de paiement).

La poursuite de ce mouvement de dépénalisation est souhaitée par certains opérateurs économiques au motif de l'inefficacité de la sanction pénale à faire cesser les pratiques abusives (montants d'amende faibles ; intervention tardive de la sanction) et du caractère jugé infamant de la sanction pénale. Les avantages d'une sanction administrative résideraient ainsi dans la rapidité de la procédure, la sanction administrative étant immédiatement exécutoire et dans l'absence d'inscription au casier judiciaire pour les auteurs des pratiques (ce qui est déjà le cas pour partie).

Cependant, si la procédure pourrait s'avérer plus rapide, des recours systématiques contre ces sanctions, par exemple à des fins dilatoires, pourraient engorger les juridictions avec des délais de traitement longs. En outre, la DGCCRF bénéficie déjà d'un dispositif de

mesures alternatives qui lui offre une réelle souplesse dans l'application du dispositif pénal : la notification d'information réglementaire (qui est un rappel simple de réglementation), le rappel de réglementation proprement dit (qui prévoit la vérification future par un agent de la D.G.C.C.R.F. de la bonne application de la réglementation rappelée) et la transaction pénale. Les enquêteurs proposent déjà au Parquet l'ouverture d'une procédure pénale classique pour les seules infractions graves. Enfin, la sanction pénale trouve sa solennité dans l'intervention du Parquet et du juge, qualité que n'aurait pas une sanction rendue par des services de l'administration, les opérateurs économiques craignant encore le procès pénal.

Dès lors, pour être dissuasives, faute d'effet préventif dissuasif de la sanction pénale, les amendes administratives devront être élevées. Les économistes insistent sur la nécessité d'une sanction dissuasive en droit de la concurrence : une entreprise agit d'une façon rationnelle, si elle s'engage dans une pratique abusive, c'est en fonction d'un calcul coûts/bénéfices où les gains escomptés sont pondérés par les risques financiers (le montant de l'amende qu'elle risque de payer). Elle anticipe même ce risque et inclut une prime au risque dans son calcul initial, ce qui rend la sanction administrative quasi-indolore, à moins que le montant de l'amende soit très important.

Le montant élevé de l'amende pourrait soulever une difficulté au regard du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives dans la mesure où la plupart des sanctions administratives sont désormais infligées par des autorités administratives indépendantes et non par des administrations telle que la DGCCRF.

Cette mesure impliquerait la mise en place d'une procédure respectant l'ensemble des principes constitutionnels relatifs au respect du contradictoire et des

droits de la défense découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 applicables aux sanctions ayant un caractère punitif, s'agissant des modalités d'enquête, d'instruction et de jugement.

C'est pourquoi, les sanctions administratives pourraient être prononcées selon les préconisations du rapport Canivet intitulé « *Restaurer la concurrence par les prix* » (2004) par une Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) rénovée et dotée de moyens renforcés par la création d'une section des sanctions. Le rapport Coulon sur « *La dépénalisation de la vie des affaires* » (2008) préconise cette même solution mais y préfère l'élargissement du champ de compétence de l'Autorité de la concurrence.

Outre l'autorité compétente pour prononcer de telles sanctions administratives, l'ordre judiciaire compétent pour statuer sur les recours contre ces sanctions suscite également des interrogations. En effet, en principe, ce sont les tribunaux administratifs qui sont compétents pour examiner les recours contre les sanctions administratives prononcées par les services de la DGCCRF. Or, les juges administratifs qui devront nécessairement examiner le bien fondé de la sanction au regard de la pratique commerciale ne sont pas les juges naturels des relations commerciales. Un transfert de compétence au profit du juge judiciaire paraît nécessaire. Selon le Conseil Constitutionnel,

un tel transfert est envisageable dans le souci d'une bonne administration de la justice. Il a ainsi été admis que « lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé » (décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996)

Par conséquent, l'instauration de sanctions administratives efficaces nécessiterait une modification importante du rôle des acteurs en charge de la régulation des relations commerciales. Pourquoi, dès lors, circonscrire ce processus de dépénalisation aux délais de paiement et à la convention unique sans y inclure d'autres infractions en matière de pratiques restrictives de concurrence, comme la revente à perte, à titre d'exemple ?

Rapport Canivet « *Restaurer la concurrence par les prix* » : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000494/index.shtml>

Rapport Coulon « *La dépénalisation de la vie des affaires* » : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000090/index.shtml>

Appréciation du caractère dénigrant d'une publicité comparative

Par Caroline Bellone

Nestlé Nespresso obtient finalement gain de cause face à Bodum dans une affaire de publicité comparative. La Cour de cassation referme ainsi la brèche ouverte par la Cour d'appel de Versailles en mai 2011.

Bodum, fabricant d'une célèbre cafetière à piston, avait diffusé un catalogue comportant sur une double page, d'une part, un amoncellement de capsules percées ou déformées assorti du slogan « Make taste not waste » (faîtes du goût, pas des déchets) et, d'autre part, une cafetière Bodum surmontée du slogan « Clearly the best way to brew coffee » (assurément le meilleur moyen de faire du café).

Nespresso, fabricant bien connu d'une cafetière à capsules, soutenait que cette publicité était illicite et a assigné Bodum pour dénigrement et concurrence parasitaire. Cette dernière lui opposait qu'il s'agissait d'une publicité comparative licite.

Par un arrêt du 19 mai 2011, la Cour d'appel de Versailles avait jugé cette publicité conforme aux dispositions des articles L. 121-8 et L. 121-9 du Code de la consommation dans la mesure où :

- elle comparait objectivement une caractéristique essentielle, pertinente, vérifiable et représentative des biens comparés ;
- Bodum occupait déjà une place reconnue sur le marché et bénéficiait d'une notoriété certaine au moment de la diffusion de cette publicité : le fabricant de cafetière à piston n'avait donc pas cher-

ché à tirer indûment profit du succès des produits Nespresso ;

- l'amoncellement de capsules usagées et trouées est une convention de représentation répandue, similaire aux représentations courantes d'objets divers de la vie quotidienne compressés (compactage de bouteilles de lait, d'eau ou de cannettes) ne présentant donc pas, à lui seul, un caractère dénigrant ;
- le slogan « Make taste not waste » n'excédait pas la simple critique d'un concurrent dès lors qu'il illustrait un constat objectif incontestable selon lequel le système de cafetière à capsules génère des déchets, contrairement à celui de cafetière à piston.

Le 25 septembre 2012, la Cour de cassation a partiellement cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles.

Elle rejette à son tour les demandes de Nestlé Nespresso relatives à des pratiques de parasitisme, considérant que la cafetière Bodum disposait elle-même d'une notoriété certaine et que la référence au système Nespresso se justifiait par la comparaison des incidences environnementales de l'utilisation d'une cafetière à piston et d'une cafetière à capsules.

Elle casse en revanche l'arrêt d'appel sur la question du dénigrement, considérant que la publicité litigieuse mettait exclusivement en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent, présentée dans des conditions de nature à jeter le discrédit

sur celui-ci, en violation de l'article L. 121-9, 2^e du Code de la consommation.

Cette décision peut surprendre : signifie-t-elle que l'annonceur qui souhaite comparer ses produits à ceux d'un concurrent doit nécessairement mettre en avant tant les défauts que les mérites du produit

concurrent ? Le recours à la publicité comparative perdirait alors tout son intérêt...

On retiendra dès lors que si la publicité comparative est officiellement permise en France, sa pratique reste encore (très) difficile et qu'il convient de demeurer vigilant.

Obstructions aux enquêtes de concurrence : qui s'y frotte s'y pique !

Par Philippe Jouvet

La Cour de justice de l'Union européenne confirme qu'E.ON Energie doit payer une amende de 38 millions d'euros pour bris de scellé commis lors d'une inspection en matière de concurrence. Le pourvoi introduit par E.ON Energie contre l'arrêt du Tribunal de 2010, ayant confirmé la décision de la Commission infligeant cette amende, est rejeté.

Dans un récent article (<http://www.droitdesmarches.com/Obstructions-aux-enquetes-de-concurrence-le-jeu-n-en-vaut-pas-la-chandelle-a47.html>), nous avons déjà mis l'accent sur la sévérité avec laquelle la Commission européenne et avec elle les juridictions de l'Union Européenne sanctionnent les infractions de procédure et les obstructions aux enquêtes de concurrence.

À ce titre, la Commission peut infliger aux entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % de leur chiffre d'affaires lorsqu'elles ont brisé, délibérément ou par négligence, des scellés apposés par la Commission lors d'une inspection en matière de concurrence.

L'arrêt rendu le 22 novembre 2012 dans l'affaire des bris de scellé commis par E.ON Energie lors d'une inspection opérée dans ses locaux confirme, si besoin était, que le bris de scellé est le crime de lèse-commision par excellence.

Retour rapide sur les faits en cause.

En mai 2006, la Commission a effectué une inspection dans les locaux commerciaux de l'entreprise E.ON Energie AG situés à Munich afin de vérifier le bien-fondé de soupçons quant à la participation de cette société à des accords anticoncurrentiels. L'inspection n'ayant pas pu être achevée le jour même, les documents sélectionnés pour un examen plus détaillé ont été entreposés dans un local mis à la disposition de la Commission par E.ON Energie. La porte du local a été fermée à clé et un scellé officiel de la Commission y a été apposé.

Les scellés de la Commission sont constitués d'auto-collants en plastique. S'ils sont enlevés, ils ne se déchirent pas, mais des inscriptions « VOID » apparaissent de manière irréversible tant sur leur surface que sur leur face adhésive. Lorsque l'équipe d'inspection est retournée sur place le matin de la deuxième journée d'inspection, elle a notamment constaté que l'inscription « VOID » était visible sur le scellé apposé la veille.

Par décision du 30 janvier 2008, la Commission a, par conséquent, infligé une amende de 38 millions d'euros à l'entreprise E.ON Energie pour bris de scellé.

L'entreprise a demandé l'annulation de cette décision en introduisant un recours auprès du Tribunal, lequel a été rejeté par un arrêt du 15 décembre 2010. Avec cet arrêt du 22 novembre, la Cour vient valider la juste appréciation de la proportionnalité de la sanction de 38 millions d'euros infligée par la Commission et approuvée par le Tribunal au regard des trois critères que sont la gravité de la pratique, la taille de l'entreprise qui l'a mise en œuvre et l'effet dissuasif de la sanction.

Sur le premier point, la gravité de l'infraction, la Cour a donné raison au Tribunal en indiquant qu'une infraction constituée par un bris de scellé est particulièrement grave par sa nature même, précisant qu'il est indifférent, pour le fait constitutif du bris de scellé, que quelqu'un ait effectivement pénétré, ou non, dans le local scellé.

Sur le deuxième point, tenant à l'importance d'E.ON Energie, la Cour considère que l'amende de 38 millions d'euros infligée à cette entreprise ne représentant « que » 0,14 % de son chiffre d'affaires annuel et qu'E.ON Energie n'a avancé aucun argument démontrant la disproportion d'un tel montant par rapport à la taille de l'entreprise en tant que telle.

Enfin, sur la nécessité d'assurer un effet suffisamment dissuasif à l'amende, on se doutera que les 38 millions d'euros interpellent au-delà des seuls responsables d'E.ON.

On rappellera, en guise de conclusion, qu'en droit national, les dispositions de l'article L.464-2-V du Code de commerce précisent que lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité de la concurrence peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire, dont le montant maximum peut atteindre 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise.

La position de l'Autorité de la concurrence sur les limites au développement du commerce électronique (avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012)

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Nous avions intitulé notre Flash Concurrence n°12 de juillet 2011, relatif à la décision de l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office pour avis de la situation de la concurrence dans le secteur du commerce électronique : « le commerce sur Internet dans la ligne de mire de l'Autorité de la concurrence ».

Il s'avère aujourd'hui que c'est plutôt la distribution selective qui se retrouve dans la ligne de mire de l'Autorité de la concurrence !

Nous verrons en effet ci-après que l'Autorité de la concurrence s'est focalisée sur les relations fournisseurs-distributeurs et notamment sur la distribution selective à propos de laquelle elle adresse de claires mises en garde.

Dans sa décision n°11-SOA-02 du 1^{er} juillet 2011, l'Autorité de la concurrence avait pourtant identifié trois points sur lesquels elle souhaitait faire porter son analyse, à savoir :

- le pouvoir de marché éventuellement détenu par certains distributeurs en ligne ;
- les relations commerciales entre les fabricants ou les réseaux de distribution et les distributeurs en ligne ;
- les comportements des différents intermédiaires de la chaîne de commercialisation des produits sur Internet (comparateurs de prix, prestataires de livraison des colis, opérateurs de paiement électronique).

C'est finalement le second point qui a retenu, à titre principal, l'attention de l'Autorité de la concurrence.

Notons que l'Autorité a choisi en outre de limiter son examen à trois secteurs économiques particuliers, à savoir : les produits électroménagers, les parfums et cosmétiques de luxe et les produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique.

Après un constat assez détaillé sur l'état du développement du commerce électronique en France et les différences de prix avec les canaux de vente traditionnels – dont on relèvera qu'elles sont largement gommées par l'impact des frais de livraison – l'Autorité de la concurrence s'appesantie peu, voire pas du tout, sur la question des intermédiaires du commerce en ligne.

Si quelques développements concernent les places de marché et les sites comparateurs de prix – mais sans conclusion déterminante – rien n'est dit sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés du paiement électronique ou des prestations logistiques.

La moitié de l'avis porte en revanche sur les modalités d'organisation des relations commerciales entre les fabricants et les distributeurs, lesquels constituerait ainsi, selon l'Autorité de la concurrence, les principaux obstacles au développement du commerce

électronique.

Les constats et appréciations de l'Autorité se scindent à ce titre en deux parties : la question de la différenciation des conditions tarifaires et de livraison selon les canaux de distribution et les critères posés par les réseaux de distribution sélective aux conditions de vente en ligne.

Nous résumerons, ci-après, la position de l'Autorité de la concurrence sur ces deux questions.

La différenciation des conditions tarifaires et de livraison selon les canaux de distribution

L'Autorité de la concurrence relève à titre de constat qu'un certain nombre de fabricants ont opté pour une stratégie de distribution dite de « *différenciation des canaux* » ou « *channel management* ».

En d'autres termes, un certain nombre de fabricants propose des gammes de produits, des conditions d'approvisionnement et des conditions tarifaires différentes selon que le distributeur sera un revendeur exclusivement sur Internet, soit un « *pure player* », ou qu'il disposera de points de vente physiques.

L'Autorité de la concurrence met notamment en évidence des pratiques telles que les exclusivités données par des fabricants à des distributeurs déterminés sur certaines références, le fait de réserver l'accès à de nouveaux produits aux opérateurs traditionnels ou encore l'existence de conditions catégorielles de vente permettant aux fabricants d'appliquer des barèmes tarifaires ou des réductions de prix différents aux pure players et aux autres distributeurs.

Une fois ce constat posé, quelle est la position de l'Autorité de la concurrence ?

L'Autorité rappelle tout d'abord, à titre de principe, que « *la liberté de négociation des conditions commerciales et tarifaires dont jouissent les fabricants est généralement pro-concurrentielle et procure des gains d'efficience pour les consommateurs* ».

Elle rappelle à ce titre que les dispositions du droit français autorisent les fabricants à établir des conditions catégorielles et des conditions particulières de vente ainsi qu'à rémunérer les services rendus par les distributeurs dans la limite des dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce - pour l'application duquel elle n'est pas compétente - et des dispositions relatives aux abus de position dominante et ententes anticoncurrentielles.

Sous ce dernier angle, l'Autorité de la concurrence prend tout d'abord position sur la question du refus de fourniture et notamment des exclusivités pouvant être accordées à certains distributeurs sur certains produits.

Elle rappelle le principe selon lequel un fournisseur est en droit, pour une ou plusieurs références de produits, de refuser d'approvisionner un distributeur ou de conclure un accord avec un autre distributeur par lequel il lui accorde une exclusivité de fourniture mais à la condition que ce refus de fourniture ou cette exclusivité ne fausse pas la concurrence.

L'Autorité de la concurrence nous livre les critères sur lesquels elle apprécierait, si elle était saisie, la compatibilité de telles pratiques avec le droit des ententes, à savoir la durée, la période de l'année à laquelle la pratique intervient, les produits couverts et la position des distributeurs qui sont, quant à eux, livrés.

Ces observations de l'Autorité de la concurrence sont faites sous réserve de ce que la pratique en cause ne soit pas exemptée par catégorie, c'est-à-dire que les parts de marché des parties à l'accord dépassent 30 % puisque le refus de fourniture et l'exclusivité ne constituent pas une restriction caractérisée.

L'Autorité de la concurrence se penche ensuite sur la question sensible de la différenciation tarifaire entre opérateurs traditionnels et pure players. Et c'est sur ce point que la position de l'Autorité de la concurrence nous semble la plus intéressante.

En effet, l'Autorité de la concurrence pose en principe que «*les fabricants ont la possibilité d'appliquer des conditions tarifaires distinctes aux opérateurs traditionnels et aux pure players*».

La solution n'allait pas de soi, selon nous, au regard de la position de la Commission Européenne, laquelle indiquait au point 52 de ses lignes directrices sur les accords verticaux en date du 19 mai 2010 :

«La Commission considère les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées : [...] - convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement».

Selon l'Autorité de la concurrence, ce principe ne concerne que les prix pratiqués à l'égard d'un même distributeur à l'égard duquel un fabricant ne pourrait ainsi prévoir des prix de vente plus élevés pour les produits destinés à être vendus sur Internet que pour ceux destinés à être vendus en magasin.

En d'autres termes, un distributeur doit pouvoir bénéficier des mêmes conditions catégorielles de vente pour l'ensemble de ses achats, que les produits soient destinés à la vente en ligne ou en magasin.

À défaut, il s'agirait d'une restriction caractérisée des ventes passives du distributeur, constitutive d'une entente verticale illicite (pouvant certes être rachetée en démontrant que la différenciation tarifaire est justifiée et proportionnée à un objectif légitime).

En revanche, pour ce qui est des différenciations tarifaires entre différentes catégories de distributeurs, point de difficulté, la pratique est permise.

Et l'Autorité de la concurrence de développer ainsi :

«Il peut donc être légitime qu'un fabricant, pour un produit donné, consente des conditions tarifaires plus intéressantes aux opérateurs traditionnels qu'aux

pure players, par exemple, si les distributeurs traditionnels achètent le produit en plus grande quantité que les pure players, leur permettant ainsi de bénéficier de remises quantitatives plus importantes ou encore si, compte tenu des spécificités du produit et de leur modèle de distribution, les distributeurs traditionnels sont plus à même que les pure players de bénéficier de remises qualitatives et de proposer un large éventail de services au fabricant».

Certes, l'Autorité de la concurrence prend soin d'indiquer qu'il conviendra de vérifier que les contreparties des remises accordées aux distributeurs traditionnels et les services rendus par ces derniers sont effectifs, que les remises et rémunérations afférentes sont proportionnées aux services rendus et qu'ils bénéficient aux consommateurs.

Pour autant, cette position, si elle est totalement en phase avec les règles de droit français posées par l'article L.441-6 du Code de commerce, est assez surprenante tant il n'apparaît pas certain du tout que cette interprétation corresponde parfaitement à ce que la Commission Européenne avait en tête en rédigant le point 52 susvisé de ses lignes directrices.

Si l'Autorité de la concurrence est ainsi assez souple au regard des différenciations tarifaires, elle l'est en revanche beaucoup moins en ce qui concerne les conditions posées par les réseaux de distribution sélective.

Les critères posés par les réseaux de distribution sélective aux conditions de la vente en ligne

L'Autorité de la concurrence constate que ce mode de distribution tend à se développer, notamment dans le secteur des produits électroménagers.

Devant ce «succès», la volonté de l'Autorité de la concurrence est très clairement d'adresser un avertissement aux fabricants ayant mis ou souhaitant mettre en place un réseau de distribution sélective.

L'Autorité de la concurrence liste tout d'abord à cet égard, les conditions d'agrément des sites Internet les plus fréquemment posées par les fabricants, conditions qui pour nombre d'entre-elles ont d'ores et déjà d'ailleurs fait l'objet de décisions de l'Autorité de la concurrence ou précédemment du Conseil de la concurrence.

L'Autorité de la concurrence évoque ainsi la détenzione d'un ou de plusieurs points de vente physiques agréés (en relevant que certains fabricants vont jusqu'à demander que les distributeurs soient agréés depuis au moins un an), les exigences en termes de caractéristiques techniques, graphiques, de présentation, les critères relatifs à la publicité, la question du référencement sur les places de marché et les comparateurs de prix, les exigences au titre des prestations de conseil, d'assistance, d'après-vente, de qualité, etc.

Une fois ainsi rappelés les critères les plus couramment exigés dans les réseaux de distribution sélective, l'Autorité de la concurrence prend le soin de confirmer que la liberté de poser ces critères n'est pas absolue.

Là où l'Autorité de la concurrence avait pu nous indiquer dans le passé quels critères étaient autorisés, elle

met donc aujourd'hui un bémol à cette autorisation de principe.

Ainsi en est-il de l'exigence d'un ou plusieurs points de vente physiques.

L'Autorité de la concurrence y consacre des développements assez longs en expliquant que dans certains secteurs, l'exigence d'un point de vente physique pourra entraver l'entrée et le développement de la vente sur Internet et participer de facto à l'exclusion d'opérateurs pure players du marché.

De même, l'exigence d'un point de vente physique ne sera pas toujours nécessairement justifiée au regard des caractéristiques du produit et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Et l'Autorité de la concurrence de mettre en garde les fabricants en indiquant que pour certains produits, il ne pourra être exclu que «*plus un fabricant exige de ses revendeurs sur Internet qu'ils respectent des critères précis, nombreux et exigeants, plus il lui sera ensuite difficile de justifier l'exclusion de son réseau de distribution sélective des revendeurs ne disposant pas*

de point de vente physique».

L'analyse de l'Autorité de la concurrence est la même en ce qui concerne les standards de qualité, rappelant les exigences d'utilité et de proportionnalité de tels critères. Elle ajoute que, si pris isolément, chaque critère peut apparaître légitime, leur effet cumulatif sera pris en compte pour juger de l'impact du système dans son ensemble.

Rien de révolutionnaire dans ces mises en garde de l'Autorité de la concurrence qui ne fait ici que rappeler que toute latitude en droit de la concurrence est nécessairement subordonnée à l'absence de conséquences préjudiciables sur la concurrence.

Pour autant, le message est clair. Ainsi que l'Autorité de la concurrence le dit expressément dans sa conclusion, elle demeure attentive «*à ce que les stratégies de distribution des fabricants n'aient pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence entre les distributeurs et, en particulier, de limiter la pression concurrentielle des opérateurs pure players*».

Le Conseil d'Etat conforte le pouvoir consultatif de l'Autorité de la concurrence

Par Peggy Tourret

Par deux décisions du 11 octobre 2012, le Conseil d'Etat a affirmé que l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de son pouvoir consultatif lui permettant de donner son avis sur des questions de concurrence, que ce soit à la demande d'un tiers ou sur sa propre initiative, est fondée à émettre des recommandations, et que ces recommandations ne confèrent pas à ses avis le caractère de décisions susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

A la suite de deux recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'avis rendus par l'Autorité de la concurrence, formés par le Groupe Casino, d'une part, et la société ITM Entreprises et le Galec, d'autre part, le Conseil d'Etat a rendu le 11 octobre 2012 deux décisions dans lesquelles il s'est prononcé sur l'activité consultative de l'Autorité de la Concurrence [CE, 11 octobre 2012, Casino Guichard-Perrachon, n°357193 et CE, 11 octobre 2012, GALEC, n°346378].

Il convient en effet de rappeler que l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir consultatif lui permettant de rendre des avis sur toute question de concurrence, soit à la suite d'une saisine des pouvoirs publics, des collectivités territoriales, des juridictions, ou encore des organisations syndicales, professionnelles ou de consommateurs [article L.462-1 du Code de commerce], soit de sa propre initiative [article L.462-4 du Code de commerce].

Dans la première affaire [Autorité de la concurrence, avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012], la ville de Paris avait saisi l'Autorité de la concurrence pour avis sur la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris. Dans cet avis du 11 janvier 2012, l'Autorité de la concurrence concluait à une très forte

concentration du marché parisien «*des commerces généralistes à dominante alimentaire*» en faveur du groupe Casino et émettait à cet égard une série de recommandations.

Dans la seconde affaire [Autorité de la concurrence, avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010], l'Autorité de la concurrence avait rendu le 7 décembre 2010 un avis sur saisine d'office, portant sur les contrats d'affiliation et de franchise et les modalités de gestion du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. Dans cet avis elle pointait du doigt l'absence de concurrence entre enseignes résultant de la présence d'importantes barrières à l'entrée, telles que les réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial et énonçait un certain nombre de préconisations à destination des opérateurs économiques concernés.

Le Conseil d'Etat a statué dans les deux affaires considérant «*qu'il est loisible à l'Autorité de la concurrence (...) de faire toute préconisation relative à la question de concurrence qui est l'objet de son analyse, qu'elle s'adresse au législateur, aux ministres intéressés ou aux opérateurs économiques ; que les prises de position et recommandations qu'elle formule à cette occasion ne constituent pas des décisions faisant grief.*».

Ainsi la Haute Cour administrative considère que les recommandations faites par l'Autorité de la concurrence ne confèrent pas à ses avis le caractère de décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat estime en l'espèce que l'analyse de la définition d'un marché et sa structure, la consta-

tation des pratiques existantes sur ce marché et la formulation consécutive de recommandations à cet égard, ne constituent pas des appréciations de nature à emporter des effets de droit.

Néanmoins, les juges nuancent ce principe en précisant « *qu'il en irait toutefois différemment si [les recommandations] revêtaient le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* ».

En outre, le Conseil d'Etat précise que si l'analyse de

l'Autorité de la concurrence était ultérieurement reprise par elle ou par une autorité dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision faisant grief, alors cette analyse pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Ainsi le Conseil d'Etat, par ces deux décisions, renforce le pouvoir consultatif de l'Autorité de la concurrence en lui permettant de formuler librement des recommandations sans risquer de voir ses avis faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Brève : Mention du site Internet sur le k-bis et simplifications des formalités au RCS

Par Nicolas Cré

Le décret n° 2012-928 du 31 juillet 2012 et l'arrêté du 31 juillet 2012 tous deux « relatif au registre du commerce et des sociétés » ont introduit au 1^{er} septembre 2012 de nombreuses modifications et simplifications des démarches administratives.

1. Il est désormais possible de faire mentionner sur le k-bis, lors de la demande d'immatriculation, le nom des sites Internet exploités par la société ou le commerçant (R.123-53 et R.123-38 du Code de commerce). Il s'agit d'une faculté qui peut être utile pour prouver l'antériorité de l'usage du nom du site.

2. En raison de la suppression de l'obligation de l'INPI de conserver des doubles originaux au Registre National du Commerce et des Sociétés, l'institut archivant désormais électroniquement les documents reçus, le déclarant n'est plus tenu de fournir désormais qu'un seul exemplaire lors du dépôt des déclarations, actes et documents comptables soumis à publicité au RCS.

Cette simplification concerne :

- le dépôt des déclarations d'immatriculation, d'inscription modificative ou de radiation incombant aux commerçants personnes physiques et aux personnes morales ;
- le dépôt des actes constitutifs des sociétés : statuts, acte de nomination des organes de gestion, d'administration, de direction, de surveillance et de contrôle, rapport du commis-

taire aux apports et, pour les sociétés par actions, certificat du dépositaire des fonds ;

- le dépôt des actes modificatifs des statuts, notamment le procès verbal de délibération des associés décidant une augmentation ou une réduction de capital, ainsi que le dépôt des statuts modifiés ;
- le dépôt annuel des documents comptables (comptes et rapports) des sociétés françaises ;
- le dépôt des actes de cession de parts de société civile ;
- le dépôt de documents intéressant les sociétés étrangères ouvrant un établissement en France.

3. Lors du transfert du siège social ou d'un établissement dans le ressort d'un autre tribunal, le requérant est désormais dispensé de produire un extrait d'immatriculation du siège ou de l'adresse antérieurs.

4. Lorsque le greffier constate, au terme d'un délai de deux ans après la mention au registre de la cessation totale d'activité d'une personne morale, l'absence de toute inscription modificative relative à une reprise d'activité, il peut désormais procéder lui-même à la radiation d'office (article R. 123-130 du Code de commerce). Antérieurement, il devait saisir le juge commis à la surveillance du RCS aux fins d'examen de l'opportunité d'une radiation.

Une personne radiée d'office peut demander directement au

greffier de rapporter cette radiation en justifiant avoir régularisé sa situation et n'est tenue de saisir le juge commis à la surveillance du registre que si le greffier refuse ou ne répond pas dans un délai de 15 jours.

Programme des interventions et des formations 2012 – 2013 :

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

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2012 et 2013 seront notamment :

La négociation commerciale 2013 et les évolutions liées aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses «FAQ» ;

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

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

Le contrôle des concentrations :

- contrôle communautaire des concentrations : [règlement n°139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;
- contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;

La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;

L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur Internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

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

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

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

L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites «cartes de visites» / la sous-traitance et les groupements / etc. ;

Les promotions des ventes [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008, de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

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

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

Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-1-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;

Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;

Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise ;

Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? «Do and don't» !

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site
www.grall-legal.fr

Rappel des prochaines formations

Les enquêtes de concurrence diligentées par les services de la DGCCRF, de l'autorité de la concurrence, et par la Commission européenne **Vendredi 11 janvier 2013**

Intervenant : Jean-Christophe Grall

Formule 1 demi-journée - 500€ HT

Objectifs principaux

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

Positionnement du prix de vente / revente et droit de la concurrence **Vendredi 18 janvier 2013**

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 demi-journée - 450€ HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la communication des prix
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale en matière de prix de revente
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Evaluer les risques potentiels liés à certains comportements
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence

Droit de la consommation, publicité / mailing et opérations promotionnelles **Jeudi 24 janvier 2013**

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Martine Béhar-Touchais

Formule 1 journée - 600€ HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des promotions des ventes
- Connaître les règles applicables à chaque type d'opération promotionnelle
- Savoir appréhender l'impact européen sur l'organisation d'opérations promotionnelles
- Identifier les opérations promotionnelles à risques
- Bien connaître la notion de pratique commerciale déloyale dans le cadre de la Directive du 11 mai 2005
- Savoir accompagner les services marketing et attirer leur attention sur les risques encourus
- S'assurer de la pertinence de sa communication au regard du droit de la consommation