

S o m m a i r e

- 2** Négociations commerciales 2009
Présentation de la Loi de Modernisation de l'Economie
Dispositions relatives aux relations industrie/Commerce

Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Clémence Ducros

- 13** Les modifications prévues par la LME et le projet d'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence, s'agissant précisément des enquêtes de concurrence

Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson

- 17** Les contours de la future Autorité de la concurrence aux compétences élargies

Clémence Ducros

- 20** Les dispositions relatives au droit des concentrations

Alexandre Rios

- 26** LME et pratiques commerciales : un nouveau renforcement de la protection des consommateurs

Eléonore Camilleri

- 28** Le nouveau régime des soldes instauré par la LME : vers plus de liberté pour les commerçants ou une banalisation des soldes ?

Caroline Menguy

- 31** Entrefilet : La LME renforce le mécanisme de répercussion de la hausse du carburant dans le prix de transport

Alexandre Rios

- 32** Quelques informations

Négociations commerciales 2009

Présentation de la Loi de Modernisation de l'Economie

Dispositions relatives aux relations industrie/commerce

par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Clémence Ducros

Après un parcours législatif d'un peu plus d'un mois et demi, la loi de modernisation de l'économie (ci-après dénommée LME) a donc été définitivement adoptée par l'Assemblée et le Sénat, respectivement les 22 et 23 juillet, après un passage furtif en Commission Mixte Paritaire le 17 juillet 2008.

Cette loi a été promulguée le 4 août et publiée le 5 août 2008 au Journal Officiel ; elle porte le n° 2008-776.

Les dispositions relatives aux relations industrie/commerce entrent **immédiatement en vigueur**, à l'exception de celles concernant les délais de paiement dont la date est décalée au **1^{er} janvier 2009**.

On envisagera successivement la nouvelle négociation commerciale (**I**) reposant, d'une part et principalement sur la libre différenciation tarifaire (**I.1**) intégrant les autres obligations correspondant aux anciens services distincts (**I.2**), et, d'autre part, la rémunération de services de coopération commerciale (**I.3**), avant d'aborder les limites à la libre négociabilité des tarifs et la sanction des abus (**I.4**), pour terminer sur les sanctions (**I.5**).

Sera envisagée, dans un second temps, la réforme des délais de paiement (**II**).

I. LA MODIFICATION DU CADRE LEGAL DE LA NEGOCIATION COMMERCIALE

I.1 LA NOUVELLE NEGOCIATION COMMERCIALE APPREHENDEE SOUS SES ASPECTS LEGAUX :

Si la négociabilité des tarifs est actée par les nouvelles dispositions de l'article L.442-6-I du Code de commerce de par la suppression de tout rappel à l'ancienne infraction civile sanctionnant la discrimination abusive, pour autant, le principe de transparence tarifaire subsiste au sein de l'article L.441-6 du Code de commerce, qui précise ce qui suit :

« **1. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :**

- 2. les conditions de vente ;**
- 3. le barème des prix unitaires ;**

4. les réductions de prix ;

5. les conditions de règlement. »

Il eut été préférable, dans la logique du principe de négociabilité des tarifs, de supprimer purement et simplement cette notion de transparence tarifaire, en ne contraignant plus le fournisseur ou vendeur de manière très générale à communiquer ses conditions générales de vente et à ce titre ses tarifs et barèmes de remises et ristournes.

Tel n'est pas le cas puisque l'article L.441-6 du Code de commerce fera toujours obligation aux fournisseurs/vendeurs de communiquer leurs tarifs et barèmes de remises et ristournes, et donc de prévoir de tels éléments dans un document écrit.

Et pour autant, la négociabilité des tarifs aboutira demain à des tarifs individualisés par client !

La démonstration en sera faite au fur et à mesure.

✓ Conditions générales de vente et tarifs :

Affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs par la suppression de l'interdiction per se de la discrimination tarifaire auparavant prévue par l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce !

Ces nouvelles dispositions s'inscrivent dans la droite ligne des conclusions des rapports Attali du 23 janvier 2008 et Hagelsteen du 7 février 2008 prônant une libéralisation quasi totale de la négociation commerciale, qui se rapprochera ainsi de ce qui se passe dans les pays anglo-saxons.

Rappelons que selon les deux rapports précités, l'interdiction des pratiques discriminatoires abusives prévue depuis des dizaines d'années en France aurait freiné la différenciation tarifaire et l'absence de négociabilité des conditions de vente par la conjonction des dispositions des articles L.441-6 et L.442-6-I-1° du Code de commerce, réduisant ainsi la concurrence entre les distributeurs. En outre, en empêchant la négociation individualisée des tarifs, cette non-négociabilité des tarifs aurait incité les fournisseurs et les distributeurs à privilégier la négociation de « **marges arrière** », non réintégrables dans les prix de revente aux consommateurs.

L'objectif affiché du gouvernement est bien de mettre un terme définitif au système des marges arrière, mais on peut légitimement douter que toute la négociation bascule « *à l'avant* » dès le 1^{er} janvier 2009 et

que le système des marges arrière soit totalement éradiqué.

Lors de la présentation de ce projet de loi le 28 avril dernier, le Ministre de l'économie, Madame Christine Lagarde, indiquait alors : « **Cette réforme va permettre aux fournisseurs de négocier librement des tarifs et les consommateurs auront accès à plus de supermarchés et donc aux prix les plus bas** », Monsieur Luc Chatel ajoutant que les prix devraient baisser globalement de 1.6 % au bout de trois ans !

Observons que cette baisse des prix aurait pu intervenir sans une telle loi, la loi Chatel du 3 janvier 2008 donnant d'ores et déjà la possibilité aux distributeurs de diminuer leurs prix de l'ensemble des avantages financiers consentis, d'une part, et que la « *liberté de négociation* » des tarifs risque d'induire des effets négatifs pour certains fournisseurs car pour négocier des tarifs, il faut être deux ; or, pour nombre de fournisseurs, il s'agira de demandes unilatérales des distributeurs qui exigeront de leurs fournisseurs des dégradations tarifaires auxquelles ils ne pourront pas résister et qui économiquement parlant seront très difficiles à supporter pour les fournisseurs les plus faibles !

L'Assemblée, dans la nuit du 12 au 13 juin, a cependant introduit dans le nouveau texte l'amendement Charié, contraignant a minima les parties à préciser dans la convention annuelle les obligations aux quelles elles se sont engagées en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale.

C'est là déjà une victoire, mais une victoire qui peut apparaître relative car le texte ne réintroduit pas – mais ce n'était pas sa vocation – une dose de discrimination abusive sanctionnable, mais simplement l'obligation de justifier **globalement** les dérogations tarifaires obtenues par les distributeurs/acheteurs ; **point de contrepartie à la ligne** ; il sera donc possible à un acheteur de motiver **globalement** ses demandes de dégradations tarifaires par un ensemble de justifications qualitatives et/ou quantitatives !

La logique de ce texte est donc bien la même que celle qui sous tend les nouvelles dispositions sur le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (cf. nos observations infra sous I.4).

Rappelons que ce qui avait été envisagé le 26 mars 2008 lors de la réunion présidée par Madame Christine Lagarde et Monsieur Luc Chatel, c'était que la convention annuelle instituée par la loi Chatel du 3 janvier dernier ayant modifié l'article L.441-7 du Code de commerce, « *indique également les contreparties aux avantages tarifaires consentis* », le texte de synthèse établi par l'administration portant l'observation suivante : « *il y a consensus des participants pour que les contreparties soient : vérifiables et appréciées globalement* ».

Le texte finalement adopté tente un compromis entre les intérêts des fournisseurs et des distributeurs, mais sans parvenir à éviter le déséquilibre pourrait-on dire significatif qui risque de se matérialiser entre industriels/fournisseurs et distributeurs/acheteurs.

Nombre d'entreprises pourraient avoir à souffrir cruellement de ce déséquilibre avec ces nouvelles dispositions.

Cette négociabilité des tarifs devait passer nécessairement par un assouplissement du régime des conditions particulières de vente qui ne pouvaient être accordées que pour autant qu'elles aient été justifiées par la spécificité du ou des services rendus par le distributeur (les termes de « **services rendus** » étaient maladroits et visaient tout autant le qualitatif que le quantitatif !).

C'est donc en toute rationalité que le nouveau texte précise ce qui suit :

« 7. Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestations de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa. »

✓ **Les conditions particulières de vente n'auront plus à être motivées en droit, mais en fait elles le pourront toujours, les fournisseurs/vendeurs ayant parfaitement le droit de demander des contreparties à celles-ci !**

Allant toujours dans le sens de la libre négociabilité des tarifs et donc de l'absence de contrepartie, le texte supprime la motivation des conditions particulières de vente.

Ces conditions particulières de vente n'auront, bien entendu, pas à être communiquées, mais tel était déjà le cas.

En tout état de cause, les conditions générales de vente agréémentées ou non de conditions particulières de vente, pourront faire l'objet d'une segmentation par canal de distribution, là encore avec davantage de souplesse, ainsi que le démontre la nouvelle rédaction de l'article L.441-6 nouveau du Code de commerce :

« 6. Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de

prestations de services d'une même catégorie. »

✓ Assouplissement dans l'établissement des Conditions catégorielles de vente par suppression de toute intervention réglementaire !

On se souvient que la loi Dutreil avait renvoyé à un décret la définition des catégories de clientèle. La CEPC dans son avis n° 07-01 particulièrement bien motivé du 12 avril 2007 avait considéré qu'un décret définissant les différentes catégories d'acheteurs était inadapté, compte tenu de la trop grande variété des situations particulières des acheteurs et de la rigidification de la négociation commerciale à laquelle un nouveau texte réglementaire de ce type conduirait inutilement.

Chaque fournisseur doit en effet avoir la possibilité de différencier ses conditions de vente en fonction de critères qui lui sont propres, dès lors qu'ils sont objectifs, écrits et appliqués de façon homogène et non discriminatoire, une structure catégorielle de vente pouvant aussi constituer le support d'une entente verticale. On a tendance à oublier un peu vite que la suppression de la discrimination abusive des pratiques restrictives de concurrence ne fait pas disparaître la prohibition de la discrimination comme support d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante !!!

Les fournisseurs, sous cette réserve importante, doivent avoir une marge de manœuvre pour définir ces catégories, ce qui sera le cas avec ce nouveau texte.

A titre d'exemple, la segmentation des conditions de vente d'un industriel pourrait être la suivante :

Les conditions catégorielles de vente consistent en une adaptation des conditions de vente aux différents circuits de distribution :

- ✓ Grossistes ou Négociants « b to b »
- ✓ GSA : Carrefour / Leclerc / Auchan / Système U / Cora / ITM / Casino / etc.
- ✓ GSB : Bricorama / Bricomarché / Leroy Merlin / Castorama / etc.
- ✓ Autres GSS dont Hifi, Photo/Vidéo/électronique /jouets ;
- ✓ Hard discount/Soft Discount ;
- ✓ Cash and Carry type Métro ou Promocash ;
- ✓ Commerce de proximité / Grands magasins et « alternative channels » ;
- ✓ Vente à distance (VPC + Internet/commerce en ligne) ;
- ✓ Autres types de réseaux de vente spécialisés.

© Juillet 2008 - Tous droits réservés

MG Avocats - Meffre & Grall

I.2 LES AUTRES OBLIGATIONS :

L'article L.441-7-I-3° du Code de commerce précise désormais ce qui suit :

« I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

[...]

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournis-

seur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution.

Les obligations relevant du 1° et du 3° concourent à la détermination du prix convenu. »

Nous sommes ici au cœur même de la réforme législative ; c'est là que cette réforme prend tout son sens, en situant très clairement les modifications apportées dans la perspective tracée de suppression des avantages financiers fictifs et de la fausse marge arrière, ce qui passe par la disparition annoncée des services distincts, en les rattachant à la négociation globale du tarif du fournisseur.

Pour bien comprendre la signification de ces dispositions, dans le cadre de la nouvelle négociation commerciale, il convient de prendre connaissance de la réponse apportée par le Secrétaire d'Etat chargé de l'Industrie et de la Consommation, Monsieur Luc Chatel, le 7 juillet dernier :

« En 2005, le législateur avait créé une nouvelle catégorie de services, « les services distincts », laquelle regroupait tout ce qui ne relevait pas de la coopération commerciale. Or, avec le recul, nous nous sommes aperçus que la création de ces services distincts avait favorisé le développement des marges arrière.

Avec la réforme qui vous est proposée, notamment les articles 21 et 22 du projet de loi, nous nous attaquons au cœur du système : la négociabilité peut favoriser ce que l'on appelle « le commerce à l'avant », puisque le distributeur pourra se consacrer de nouveau à son métier en margeant « non pas sur les services, mais sur la revente des produits ».

Ainsi, les marges arrière seront définitivement dégonflées par la possibilité de négocier à l'avant ces fameux services distincts qui constitueront, comme d'autres types d'engagement, des éléments entrant dans la détermination du tarif négocié des produits vendus par le fournisseur.

D'ailleurs, les services distincts ne méritent pas la qualification de services parce qu'il s'agit souvent d'obligations rattachables à l'acte d'achat et de revente.

Le maintien de l'expression « services distincts » me semble donc de nature à créer une confusion avec les autres dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce.

En permettant d'aller au bout de cette réforme, l'amendement n° 130 est vraiment le bienvenu.

D'abord, il lève l'ambiguïté entre les « autres obligations » visées par l'amendement et les « services distincts ».

Ensuite, il indique clairement le rattachement de ces obligations à la négociation globale sur les tarifs des produits, en précisant que celles-ci concourent, au même titre que les obligations déterminées dans le cadre de conditions particulières de vente, à la fixation du prix.

C'est donc le tarif négocié globalement qui figurera sur la facture du fournisseur. »

Relevons qu'allant toujours dans le même sens, le Secrétaire d'Etat a souhaité ajouter que les services distincts n'étant pas facturés spécifiquement par le

fournisseur, il n'y aurait pas de risque pénal pour ce dernier, tout en nuançant son propos, en se référant en une future circulaire ou instruction fiscale qui devrait apporter des éclaircissements sur ce point !

Nous devons donc bien comprendre que les nouvelles dispositions de l'article L.441-7-I-3 du Code de commerce visent à faire remonter la négociation des services distincts dans le cadre général de la négociation du tarif de l'industriel, en intégrant à cette négociation celle de la rémunération des anciens services distincts, mais que cette rémunération n'aura pas à être individualisée/valorisée, service par service, et facturée par le prestataire de service, à savoir le distributeur ! Cette rémunération fera partie de la **négociation globale du tarif du fournisseur** qui acceptera de dégrader son tarif de 25 %, à titre d'exemple, en considérant que ces 25 % sont justifiés tout aussi bien par des conditions particulières de vente que par des services auparavant qualifiés de « *distincts de la coopération commerciale* » et aujourd'hui qualifiés d'« autres obligations » et qui suivront le régime des « CPV » !

Le vent souffle donc en faveur de la suppression des services distincts, mais pour autant peut-on considérer que demain, les contrats de prestation de services portant sur ces autres obligations disparaîtront ?

Certes, on pourrait s'interroger sur l'intérêt présenté par la conclusion de ce type de contrats, voire même leur nécessité, compte tenu de ce que ces autres obligations étant valorisées sous forme de remises ou de ristournes, donc de réductions de prix, elles viendront s'agrger aux autres réductions de prix consenties par le fournisseur à son client dans le cadre de la négociation de son tarif.

C'est bien pourquoi d'ailleurs, aujourd'hui, certaines enseignes du commerce alimentaire précisent qu'à compter du 1^{er} janvier 2009 la négociation s'articulera exclusivement autour, d'une part, de la négociation du tarif des produits et, d'autre part, des services de coopération commerciale ; les services que l'on qualifiait, au titre des négociations commerciales 2008, de « *distincts* » ou le 1^{er} janvier 2009, d'« *autres obligations* », favorisant la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur, remonteront dans la négociation globale du prix de vente des produits du fournisseur à son acheteur.

Pour autant, nous ne croyons pas à ce stade de notre réflexion et alors que les premiers tours de négociations commencent à peine que ces contrats vont disparaître car certains services tels que la communication de statistiques ou « *data sharing* » perdureront dans l'avenir et qu'un contrat devra alors en prévoir les modalités d'exécution et la rémunération, sauf à considérer que les nouvelles dispositions ne prévoient plus d'obligation de valorisation.

sation de ces autres obligations dont fait partie le service précité, le contrat ne prévoit plus de rémunération individualisée, mais une rémunération globale pour un ensemble de prestations.

Une autre question se pose en relation avec la nouvelle définition de la coopération commerciale étendue désormais au commerce « B to B », ainsi que nous le verrons ci-après, dès lors que l'on peut s'interroger sur la subsistance de certains services rendus par des centrales d'achat à leurs fournisseurs en vue de la revente de leurs produits aux adhérents desdites centrales qui jouent effectivement un rôle de grossiste dans l'approvisionnement des points de vente qui leur sont affiliés.

Finalement ces centrales d'achat pourraient continuer à facturer des services pour autant qu'ils ne soient pas rattachable à l'acte d'achat/vente, là où des centrales de référencement ne devraient pas le pouvoir car ne revendant rien, sauf à pouvoir considérer que les services en cause favorise néanmoins la commercialisation des produits du fournisseur, mais en s'écartant alors de la définition relativement bien maîtrisée de la coopération commerciale et connue !

✓ L'architecture du nouveau plan d'affaires annuel s'appliquant aux négociations commerciales 2009 devra donc mentionner les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur/vendeur et le distributeur/acheteur, en précisant pour chacune d'entre elle, l'objet, la date prévue, et les modalités d'exécution, mais sans qu'il n'y ait de prix à fixer au titre de ces autres obligations !

Pourquoi ne pas identifier de prix au titre de ces autres obligations ?

La réponse se trouve dans l'alinéa suivant de l'article L.441-7 nouveau du Code de commerce :

« Les obligations relevant du premièrement et de troisièmement concourent à la détermination du prix convenu ».

Cette phrase traduit la pensée du législateur et s'inscrit très logiquement dans l'objectif que s'est assigné le gouvernement, qui est d'éradiquer toute marge arrière.

Dire que les obligations relevant du premièrement et du troisièmement concourent à la détermination du prix convenu signifie de manière pratique que le distributeur, pris en sa qualité de prestataire de services, ne devra plus facturer les services qu'il a rendus, compte tenu de ce que ces services n'auront plus de prix individuellement fixés mais participeront à la détermination du prix tarif des produits, au même titre que les remises et ristournes

figurant dans les conditions générales de vente ou conditions particulières de vente.

C'est bien pourquoi, le Secrétaire d'Etat précisait le rattachement de ces obligations à la négociation globale sur les tarifs des produits et assimilait ces autres obligations aux conditions particulières de vente, les deux participants à la fixation du prix convenu, c'est-à-dire le prix de la transaction commerciale entre le fournisseur et le distributeur.

Prenons un exemple simple (sans cascade) :

Prix tarif du fournisseur :	10 €
Remises et ristournes figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur ...	10 %
Conditions particulières de vente et autres obligations :.....	30 %
Total réductions de prix :	40 %
Prix convenu :	6 €

Il est bien entendu que ce taux de 30 % comprendra tout aussi bien des remises et/ou ristournes issues de la négociation de conditions particulières de vente que de remises et/ou ristournes induites de la négociation d'autres obligations telles qu'une communication de statistiques, un référencement de produits, un complément d'assortiment, un service de merchandising ou de géomarketing, etc.

Cette nouvelle forme de négociation ne devrait pas aller sans susciter de vraies interrogations, à commencer en matière fiscale. Comment peut-on considérer qu'un service qui est rendu par un distributeur à un fournisseur, qui fait aujourd'hui l'objet d'une facture du distributeur qui est le prestataire de service, avec un taux de TVA qui peut être différent de celui applicable aux produits, pourrait-il être rémunéré demain sous forme de remise ou de ristourne et donc être mentionné sur la facture du fournisseur et ce, même en raisonnant globalement comme nous y invite, sans aucune ambiguïté, le Secrétaire d'Etat devant le Sénat ?

C'est là aller très loin et ce d'autant plus que dans l'affaire Monsanto v/s Somagri, le Conseil d'Etat avait approuvé la Cour administrative d'appel de Nantes d'avoir, dans son arrêt du 22 juin 1999, jugé ce qui suit :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SA SOMAGRI, qui exerce notamment une activité de négoce de produits phytosanitaires dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive conclu avec la société Monsanto, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, sur la période allant du 1^{er} janvier 1986 au 31 décembre 1987 ; que le vérificateur estimant que les rabais et ristournes consentis par la société Monsanto sur la vente de ses produits rémunéraient des prestations de services que lui rendait la SA SOMAGRI, a réintégré ces réductions des prestations de prix dans la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée. »

ajoutée due par la SA SOMAGRI; que la SA SOMAGRI, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 juin 1999 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a annulé les articles 2 et 3 du jugement du 14 mai 1994 du tribunal administratif de Versailles lui accordant la décharge des compléments de taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts de retard demeurant en litige auxquels elle a été assujettie pour la période allant du 1^{er} janvier 1986 au 31 décembre 1987 à raison des redressements en cause, et remis à sa charge lesdits compléments de taxes et intérêts.

Considérant qu'aux termes de l'article 256 du Code Général des Impôts : « Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel (i) ».

Considérant que pour remettre à la charge de la SA SOMAGRI les impositions contestées, la Cour a jugé que les sommes reçues par cette société de son fournisseur, la société Monsanto, sous forme de rabais, remises, ristournes sur le prix de vente normal des produits qu'elle lui achetait, n'entraient pas dans les prévisions des dispositions du 1^{er} du II de l'article 267 du Code Général des Impôts, excluant de la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée les « escomptes de caisse, remises, rabais, ristournes et autres réductions de prix consenties directement aux clients », sur lesquelles s'étaient fondés les premiers juges pour accorder la réduction demandée par la SA SOMAGRI ; mais rémunéraient des prestations de service rendues par elle à son fournisseur, constituées par des actions de promotion et des opérations de stockages effectuées par elle pour le compte de la société Monsanto, prestations soumises à la taxe sur la valeur ajoutée sur le fondement des dispositions précitées de l'article 256 du même code ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la Cour, et notamment de la notification de redressement du 18 septembre 1989, que l'administration a toujours entendu assujettir les prestations en cause à la taxe sur la valeur ajoutée sur le fondement de l'article 256 et qu'elle a rappelé cette position tant devant le Tribunal administratif que devant la Cour ; qu'ainsi la Cour n'a pas irrégulièrement procédé à une substitution de base légale pour confirmer le bien fondé des redressements ».

On voit bien ici qu'exprimer sous forme de remise ou de ristourne une rémunération qui était à l'origine celle d'une prestation de services facturée par le négociant ou le distributeur n'est pas chose facile et peut être critiquée en droit fiscal.

C'est là un risque à ne pas ignorer par les opérateurs économiques.

Il serait nécessaire que le Service de Législation Fiscale (« SLF ») se prononce à court terme sur ce point !

C'est en ce sens que Monsieur Luc Chatel s'est d'ailleurs prononcé, en évoquant, lors de la discussion parlementaire, une prochaine instruction fiscale !

De toutes les façons, pourrait-on considérer qu'un opérateur économique qui souhaiterait en 2009 conclure un contrat de prestation de services, que nous ne qualifierions pas de distincts, avec l'un de ses clients ou fournisseurs serait sanctionnable ?

Nous ne le pensons pas !

Comment ferait une centrale de référencement telle que le Galec pour facturer des services à un fournisseur ? En pure théorie, elle ne le pourrait plus au vu des nouvelles dispositions qui assimilent les services distincts à des réductions de prix. Or, n'achetant aucun produit aux fournisseurs mais jouant exclusivement un rôle d'intermédiaire entre les fournisseurs, les points de vente et les centrales régionales/les entrepôts et ne recevant ainsi aucune facture, aucune rémunération ne pourrait lui être versée !

Ce qui est certain en revanche, c'est que les règles de facturation n'ont pas été assouplies.

Et pourtant, on pourrait comprendre que la facturation à prix net (« prix négocié ») serait permise demain, ce qui serait une vraie révolution dans les règles de facturation !!!

En dépit des propos rassurants du Secrétaire d'Etat, et même si nous devons bien comprendre que les fournisseurs n'auront pas à porter en 2009 sur leurs factures la mention des contreparties financières correspondant aux autres obligations négociées globalement avec les remises et ristournes venant dégrader le tarif des produits, mais simplement une remise ou une ristourne forfaitaire sous la forme d'un bloc de réductions de prix consolidées équivalant à la dérogation tarifaire acceptée par le fournisseur, tout ceci représente un surcroît de formalisme et une potentialité accrue de sanctions pénales pour eux.

En outre, l'article L.441-3 du Code de commerce n'étant pas modifié, ceci induirait que la dénomination de la réduction de prix accordée en contrepartie des autres obligations favorisant la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur soit portée sur facture, ainsi que son taux, avec individualisation des différentes contreparties financières !

Ce qui sera bien entendu pratiquement impossible, sauf à multiplier les lignes sur les factures ; on connaît à cet égard la difficulté rencontrée par les entreprises pour créer de nouvelles lignes sur leurs factures !

Là aussi vaste débat en perspective ; serait-ce un retour à la bonne vieille « facturologie » des années 80/90 ?

Telle n'est pas la volonté du législateur !

I.3 LA COOPERATION COMMERCIALE :

✓ **La coopération commerciale demeure en l'état, mais elle est étendue aux négociants/grossistes et donc à la revente à des professionnels !**

Ainsi que l'avaient souhaité les négociants/grossistes afin de pouvoir continuer à facturer des services à leurs fournisseurs, la coopération commerciale a été étendue à l'ensemble de ces opérateurs économiques.

L'article L.441-7 nouveau précise ainsi ce qui suit :

« I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

(...)

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente à des professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ; »

Il n'y a pas de nouveauté, en revanche, au titre de la définition des services de coopération commerciale, s'agissant des distributeurs qui revendent leurs produits à des consommateurs.

Les deux archétypes de la coopération commerciale seront donc toujours les fameuses têtes de gondoles ou « TG » et les différentes animations en magasin, d'une part, et les catalogues divers et variés et autres publicités, d'autre part.

Cependant, en ayant étendu les dispositions de l'article L.441-7-I-2°, réservées jusqu'à la LME à la seule vraie coopération commerciale, aux intermédiaires revendant à des professionnels les produits acquis auprès de leurs fournisseurs, la loi a introduit une ambiguïté.

En effet, l'objectif rappelé ci-dessous est très clairement de laisser aux négociants/grossistes la possibilité de facturer des services à leurs fournisseurs.

Cependant, une centrale d'achat est un intermédiaire et joue un rôle de grossiste entre le fournisseur et le distributeur, même si ce grossiste ne répond pas à la définition donnée par l'article L.442-2 du Code de commerce pour pouvoir bénéficier d'une diminution du seuil de revente à perte de 10 %.

On pourrait donc légitimement considérer que ces centrales d'achat revendant à leurs affiliés puissent continuer à facturer des services, dès lors que ces services seront propres à favoriser la commercialisation des produits du fournisseur et qu'ils ne relèveront pas des obligations d'achat et de vente.

C'est là une vraie question que l'on doit se poser !

Mais quid des centrales de référencement qui, elles, ne revendent pas de produits, jouant exclusivement un rôle d'intermédiaire dans la relation entre le fournisseur et le distributeur et les points de vente affiliés à la centrale de référencement ?

Ces centrales de référencement pourraient elles bénéficier de tels services ? Là aussi la question mérite d'être posée.

L'application stricte des dispositions de l'article L.441-7-2 du Code de commerce étant sanctionnées pénalement, devrait conduire à une réponse négative, en ce que la centrale de référencement n'achète pas les produits en vue de leur revente à des professionnels.

Vaste débat en perspective !

I.4 LES LIMITES A LA LIBRE NEGOCIATION DES TARIFS/LES ABUS :

✓ **Sanction de la pratique consistant à « soumettre ou à tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », aux lieu et place de celle de l'abus de dépendance économique ou de puissance d'achat ou de vente et nullité de toute clause ou contrat prévoyant la possibilité « de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant » !**

Le nouveau texte de l'article L.442-6-I-2 précise désormais ce qui suit :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

(...)

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ; »

En soi, ce nouveau texte pourrait ne pas être une mauvaise chose car son objectif est de donner au juge du commerce la possibilité de condamner un abus sans avoir préalablement à constater - ce qui induisait pour le fournisseur d'en apporter la preuve - un état de dépendance économique, ce qui était extrêmement difficile au vu des conditions devant être satisfaites et appréciées au regard de la pratique décisionnelle très stricte du Conseil de la concurrence.

Pour autant, ce nouveau texte pourrait se retrouver inapplicable pour les raisons suivantes :

- Ce texte sera très difficilement applicable sur le fond :

Qu'est-ce qu'un **déséquilibre significatif** entre les droits et obligations ? Nous n'avons pas de définition !

Que veut dire « *significatif* » ; comment cela sera-t-il étalonné ?

Ce déséquilibre significatif renvoie en fait au droit des obligations bien connu des civilistes mais pouvant paraître inadapté au droit commercial et en l'espèce à la négociation commerciale, compte tenu de ce que le juge du commerce, même s'il s'agit d'une juridiction spécialisée, devra systématiquement replonger, à tout le moins, dans les dispositions de l'article 1108 du Code civil qui définit les conditions de validité de toute convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige (en l'espèce, le fournisseur d'un côté et le distributeur de l'autre), sa capacité de contracter, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et une cause licite dans l'obligation.

Seul l'objet de la convention, support de la négociation commerciale, est ici visé.

Il sera donc nécessaire demain que le juge spécialisé détermine cet objet et apprécie si les droits et obligations réciproques du fournisseur et du distributeur, dans l'esprit d'un contrat synallagmatique, sont significativement déséquilibrés.

C'est là une mission extrêmement compliquée et qui promet de belles plaidoiries, pour autant qu'il y ait des contentieux.

- Ce texte pourrait en effet être inapplicable en pratique, sauf à l'initiative du Ministre de l'économie :

En effet, qui ira saisir le juge du commerce, certes spécialisé, pour que celui-ci retienne le « **déséquilibre significatif** » existant entre le fournisseur et le distributeur ?

Certainement pas le fournisseur qui est en état de dépendance économique à l'égard de ses principaux clients et, s'agissant de la grande distribution, des cinq ou six centrales nationales.

Le Ministre de l'économie : peut-être, mais est-ce vraiment le rôle du Ministre de l'économie de s'immiscer dans la négociation commerciale ?

Oui, sans nul doute en tant que gardien de l'ordre public économique ! Et la Cour de cassation vient de lui donner raison sur ce point dans ses deux arrêts de principe du 8 juillet 2008, en cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 3 mai 2007, dans l'affaire Galec et en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2006, dans l'affaire ITM (Voir notre Flash concurrence du mois de juillet 2008).

* * *

Le texte a également modifié l'article L.442-6-I-4 issu initialement de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques, pour prévoir désormais ce qui suit :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

(...)

4^e D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; »

C'est là encore la notion d'abus qui est mise en avant et qui vient renforcer cette notion de déséquilibre significatif ; nous sommes clairement ancrés sur le terrain de l'article 1382 du Code civil adapté au contexte économique, ainsi qu'avait pu le souligner Madame Annie Targa, du temps où celle-ci était à la DGCCRF.

Une disposition supplémentaire a été rajoutée, qui va toujours dans le même sens, qui est de pouvoir mieux condamner les abus caractérisés, à savoir l'article L.442-6-II-d :

« II. - Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

(...)

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant. »

Systématiser la nullité des clauses ayant pour objet l'octroi de meilleures conditions commerciales accordées à ses clients – clause de la nation la plus favorisée que l'on connaît bien en droit international – est une bonne chose.

1.5 LES SANCTIONS

✓ **Durcissement des sanctions en maintenant le principe d'une amende de 2 millions d'euros, mais en permettant au juge de porter celle-ci au triple des sommes indûment versées par le fournisseur et possibilité de prononcer des sanctions accessoires !**

Le gouvernement et le parlement ont souhaité rééquilibrer cette négociation commerciale en accroissant les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des distributeurs qui abuseraient de cette libre négociabilité des tarifs ; c'est ainsi que les nouvelles dispositions de l'article L.442-6-III du Code de commerce précisent désormais ce qui suit :

« III. - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant, des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers, qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

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

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application de cet article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Ces juridictions peuvent consulter la commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L. 440-1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

IV. - Le juge des référés peut ordonner au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. »

Des mesures de diffusion, de publication, voire même d'insertion des décisions prononcées dans les rapports annuels des organes de gestion des entreprises et d'affichage des décisions, mais aussi des astreintes viennent ainsi compléter l'efficacité du dispositif judiciaire. Ce dernier sera mis en œuvre par des juridictions spécialisées, dont la désignation est renvoyée à l'adoption d'un décret et qui pourront consulter la CEPC. L'avis rendu dans un délai maximum de quatre mois à compter de la saisine de la CEPC ne liera cependant pas les juridictions.

Les juridictions seront spécialisées, ainsi que cela est déjà le cas aujourd'hui pour les pratiques d'entente ou d'abus de position dominante aux termes de l'article L.420-7 du Code de commerce.

S'agissant de la CEPC, son Président sera désormais désigné parmi ses membres par décret.

II. LA REFORME DES DELAIS DE PAIEMENT

- ✓ **Les délais de paiement ne pourront plus dépasser quarante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture, sauf exception (voir notamment pour les DOM pour lesquels le point de départ du délai de règlement est fixé à la date de réception des marchandises) ;**
- ✓ **Les intérêts de retard en cas de non paiement à la date d'échéance sont doublés et la sanction civile pour dépassement du délai de paiement est renforcée.**

Article L 441-6 du Code de commerce :

[...]

9. Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser qua-

rante cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture.

10. Les professionnels d'un secteur, clients et fournisseurs, peuvent décider conjointement de réduire le délai maximum de paiement fixé à l'alinéa précédent. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service demandée comme point de départ de ce délai. Des accords sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs.

11. Nonobstant les dispositions précédentes de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

12. Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

[...]

14. Est puni d'une amende de 15 000 €, le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et onzième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa.

Dispositions non codifiées relatives aux délais de paiement (article 21 de la LME – art. 6 du projet de loi):

III. – Le 1^o du I ne fait pas obstacle à ce que des accords interprofessionnels dans un secteur déterminé définissent un délai de

paiement maximum supérieur à celui prévu au neuvième alinéa de l'article L. 441 6 du code de commerce, sous réserve :

1^o Que le dépassement du délai légal soit motivé par des raisons économiques objectives et spécifiques à ce secteur, notamment au regard des délais de paiement constatés dans le secteur en 2007 ou de la situation particulière de rotation des stocks ;

2^o Que l'accord prévoie la réduction progressive du délai dérogatoire vers le délai légal et l'application d'intérêts de retard en cas de non-respect du délai dérogatoire fixé dans l'accord ;

3^o Que l'accord soit limité dans sa durée et que celle-ci ne dépasse pas le 1^{er} janvier 2012.

Ces accords conclus avant le 1^{er} mars 2009 sont reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis du Conseil de la concurrence. Ce décret peut étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord.

IV. – Les I et II s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009.

V. – Dans le cas des commandes dites « ouvertes » où le donneur d'ordre ne prend aucun engagement ferme sur la quantité des produits ou sur l'échéancier des prestations ou des livraisons, les I et II s'appliquent aux appels de commande postérieurs au 1^{er} janvier 2009.

VI. – Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation dans le territoire fiscal des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de La Réunion, ainsi que des collectivités d'outre mer de Mayotte, de Saint Pierre et Miquelon, de Saint Martin et de Saint Barthélemy, le délai prévu au neuvième alinéa de l'article L. 441 6 du code de commerce est décompté à partir de la date de réception des marchandises. »

L'article 21 de la LME (article 6 du projet de loi) plafonne à 45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires date d'émission de facture le délai de paiement convenu entre les entreprises, sous réserve bien entendu des délais réglementaires qui existent d'ores et déjà aujourd'hui sous l'article L.443-1 du Code de commerce pour les produits alimentaires périssables, le bétail sur pied et la viande fraîche dérivée, les boissons alcooliques, le poisson surgelé, etc.

S'agissant des boissons alcooliques visées sous l'article L.443-1, 4^{ième} alinéa, du Code de commerce, l'article 22 de la LME modifie le délai de

paiement réglementaire existant de soixante quinze jours après la date de livraison et le plafonne à **45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires date d'émission de facture**.

Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation sur le territoire fiscal des départements et des collectivités d'outre-mer, tels que la Martinique, la Guadeloupe, la Guyane, la Réunion, etc., le délai ne commencera à courir qu'à compter de la réception des marchandises, ce qui est logique dès lors qu'en l'absence de telles dispositions les factures pourraient devoir être réglées avant même que les marchandises voyageant par bateau ne parviennent à destination !

Relevons que les nouvelles dispositions prévoiront que les professionnels d'un secteur d'activité pourront proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de services demandée comme point de départ de ce délai. Des accords seront conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles.

Ce texte prévoit également la possibilité d'étendre par décret à l'ensemble d'un secteur professionnel

les accords qui auraient été conclus par les organisations professionnelles du secteur en cause en vue de réduire les délais de paiement en dessous des nouveaux plafonds.

Des accords interprofessionnels pourront également intervenir afin de déroger jusqu'au 1^{er} janvier 2012 aux nouveaux délais de paiement.

Il est en effet prévu des dérogations exceptionnelles par accord interprofessionnel pour une durée limitée, sans pouvoir excéder le 31 décembre 2011, lorsque des situations objectives liées à des secteurs économiques le justifieront ; ces accords interprofessionnels feront l'objet d'un décret après avis du Conseil de la concurrence.

Par ailleurs, les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes devront publier des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités qui seront définies par décret.

Ces informations feront l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes dans des conditions fixées par ce même décret.

PRINCIPE	EXCEPTION
<ul style="list-style-type: none">▪ 45 jours fin de moisou▪ 60 jours date d'émission de facture ou date de réception des marchandises pour les DOM et les collectivités d'Outre-mer.	<ul style="list-style-type: none">▪ Les organisations professionnelles d'un secteur peuvent conclure un accord réduisant ces délais de paiement. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service comme point de départ de ce délai. Un décret peut étendre ce nouveau délai à tous les opérateurs d'un secteur ou valider le nouveau mode de computation et l'étendre à tous les opérateurs concernés.▪ 30 jours émission de la facture pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane.▪ Des accords interprofessionnels d'un secteur donné peuvent convenir de délais de paiement supérieurs si :<ul style="list-style-type: none">• raisons économiques objectives ;• réduction progressive vers le délai légal et application d'intérêts de retard en cas de non respect de l'objectif ;





Les modifications prévues par la LME et le projet d'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence, s'agissant précisément des enquêtes de concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson

La règlementation des enquêtes de concurrence a été modifiée par la LME et le sera encore par l'ordonnance à venir (dans les six mois suivants la date de publication de la LME, soit au plus tard début février 2009), nécessaire à la modernisation de la régulation de la concurrence, complétant les dispositions des articles 95 et suivants de la LME.

La LME habilite en effet le Gouvernement à prévoir, par voie d'ordonnance, des dispositions qui ont pour objet de doter l'Autorité de la concurrence de règles de fonctionnement et de procédures, ainsi que de moyens d'investigation renforcés.

A l'heure où cet article est publié, seul un projet d'ordonnance est connu, de sorte que les modifications susceptibles d'être apportées par l'ordonnance à venir ne constituent que des projets.

Outre les enquêtes susceptibles d'être menées en matière de contrôle des concentrations, on distingue traditionnellement deux types d'enquêtes susceptibles d'être menées en matière de pratiques restrictives de concurrence¹ et en matière de pratiques anticoncurrentielles² :

- les enquêtes « simples » de concurrence, régies par les dispositions de l'article L. 450-3 du Code de commerce, et dans le cadre desquelles les enquêteurs peuvent, sans autorisation particulière, mener des opérations de contrôle non coercitive (accéder à tous locaux à usage professionnel, demander la communication de

documents professionnels tels que des factures, demander, sur convocation ou sur place, des renseignements et des justifications) ;

- les enquêtes « lourdes » de concurrence, régies par les dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce, qui constituent des investigations nécessitant des moyens de coercition, à savoir des perquisitions accompagnées de la saisie de documents.

La LME et le projet d'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence prévoient des modifications concernant les personnes habilitées à mener des enquêtes de concurrence (1).

Le projet d'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence prévoit également des modifications sensibles de la procédure d'enquête « lourde » de concurrence et de la procédure d'enquête « simple » (2).

1. Les modifications apportées par la LME et par le projet d'ordonnance concernant les personnes habilitées à mener des enquêtes de concurrence

La LME et le projet d'ordonnance prévoient la répartition suivante des pouvoirs d'enquête de concurrence entre les Rapporteurs et les enquêteurs du Conseil de la concurrence, les enquêteurs habilités par le Ministre de l'Economie, et les enquêteurs susceptibles d'être habilités par le Ministre de la justice :

		Autorité de la concurrence (rapporteurs et enquêteurs)	Enquêteurs habilités par le Ministre de l'Economie	Enquêteurs habilités par le Ministre de la justice (fortes implications pénales et sur commission rogatoire)
Pratiques restrictives de concurrence	Enquêtes lourdes	X	oui	oui (théorique)
	Enquêtes simples	X	oui	oui (théorique)
Pratiques anticoncurrentielles	Enquêtes lourdes	oui	oui	oui
	Enquêtes simples	oui	oui	oui
Contrôle des concentrations		oui	oui	X

(1) Les pratiques restrictives de concurrence (ex : revente à perte, obtention de conditions de ventes manifestement abusives, rupture brutale des relations commerciales établies) font l'objet du Titre 4 du Livre 4 du Code de commerce (art. L. 441-1 à L. 443-3).

(2) Les pratiques anticoncurrentielles de concurrence, ententes et abus de position dominante, font l'objet respectivement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

Les enquêtes en matière de pratiques **restrictives de concurrence**, resteront l'affaire des enquêteurs habilités par le Ministre de l'Economie (DGCCRF), et pourront éventuellement être menées par des enquêteurs habilités par le Ministre de la justice, agissant sur commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction.

En revanche, la LME et le projet d'ordonnance prévoient de renforcer les compétences d'instruction de l'Autorité de la concurrence par rapport à celles dont disposait le Conseil de la concurrence, en matière de **pratiques anticoncurrentielles** et de **contrôle des concentrations**, en la dotant d'un vrai corps interne d'enquêteurs.

➤ **Des compétences d'instruction renforcées pour la nouvelle Autorité de la concurrence :**

La LME prévoit que l'Autorité de la concurrence possèdera désormais non seulement des Rapporteurs mais également des enquêteurs, susceptibles de procéder à toute enquête utile, en matière de contrôle des concentrations, mais surtout en matière de pratiques anticoncurrentielles, qu'il s'agisse d'enquêtes simples de concurrence régies par les dispositions de l'article L. 450-3 du Code de commerce ou d'enquêtes « lourdes » de concurrence comprenant notamment des opérations de visites et saisies autorisées sur ordonnance du Juge des Libertés et de la Détenion dans le cadre des dispositions de l'article L.450-4 du Code de commerce.

Le fait que l'Autorité de la concurrence dispose désormais d'enquêteurs alors que le Conseil de la concurrence faisait quasi-systématiquement appel aux enquêteurs de la DGCCRF pour mener des enquêtes « lourdes » de concurrence, devrait permettre une valorisation des compétences d'instruction de l'Autorité de la concurrence.

Toutefois le Ministre de l'Economie ne serait pas dépourvu de compétence en matière d'enquêtes simple ou lourde visant des pratiques anticoncurrentielles. En effet, le Ministre conserverait la faculté de faire réaliser par les services de l'Autorité de la concurrence des investigations concernant des pratiques anticoncurrentielles en vertu des dispositions de l'article L. 450-5-II qui devrait être introduit dans le Code de commerce par la future ordonnance créant l'Autorité de concurrence.

Ces dispositions permettraient donc au Ministre de garder un pouvoir d'orientation des enquêtes menées par l'Autorité de la concurrence.

Par ailleurs, selon le projet d'ordonnance, les fonctionnaires habilités par le Ministre de l'Economie, de même que des fonctionnaires habilités par le ministre de la justice³, conserveraient des pouvoirs d'enquête en matière de pratiques anticoncurrentielles.

On peut s'interroger sur la manière dont les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence et ceux qui sont habilités par le Ministre de l'Economie articuleront leurs compétences respectives. Les enquêteurs habilités par le Ministre de l'Economie seront-ils seulement sollicités dans le cadre d'enquêtes menées par l'Autorité de la concurrence ou bénéficieront-ils d'un pouvoir d'enquête indépendant de celui dont disposeront les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, ce qui paraît évident au vu des précisions et indications données lors des débats organisés par l'AFEC sur ce thème notamment par Messieurs Bruno Parent et Bruno Lasserre, les 25 et 30 juin dernier.

A été pris en compte tout à la fois l'intérêt pour la future Autorité d'avoir un corps d'enquêteurs à disposition immédiate de ses services d'instruction et celui, pour les services du ministre, de continuer à assurer, y compris pour les pratiques anticoncurrentielles, la couverture de l'ensemble du territoire pour une application en profondeur de la politique de la concurrence, avec plus de 3000 enquêteurs largement polyvalents sur le terrain. Le choix s'orienterait donc vers une absorption de l'unité concurrence de la DNE par l'Autorité et le maintien tel quel des huit « BIEC » (Brigades Interrégionales d'Enquête de Concurrence) et des agents spécialisés des directions régionales et départementales au sein de la DGCCRF.

La réponse à ces questions sera définitivement apportée par l'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence.

➤ **La présence éventuelle d'enquêteurs étrangers :**

Au cas où des investigations sont menées par l'Autorité de la concurrence au nom et pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne, en matière de pratiques anticoncurrentielles, ce n'est plus le Ministre de l'Economie mais désormais le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence qui pourra autoriser des agents de l'Autorité de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne à assister les Rapporteurs et les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence française.

2. Les modifications prévues par le projet d'ordonnance, relatives aux procédures d'enquête « lourde » et d'enquête « simple » de concurrence

2.1. Les modifications concernant la procédure d'enquête « lourde » de concurrence

➤ **La possibilité d'appel concernant la légalité de l'ordonnance autorisant les opérations de visites et saisies, ainsi que le déroulement de ces opérations :**

(3) Ces derniers interviendront lorsque l'enquête implique des infractions pénales, et à la condition qu'un juge d'instruction leur ait accordé une commission rogatoire.

Toute opération de visite et saisies portant atteinte au droit de propriété et à la liberté individuelle doit être autorisée par le Juge des Libertés et de la Détention. Ni la LME, ni le projet d'ordonnance ne modifient cette exigence légale.

Antérieurement à l'adoption de la LME, en matière de concurrence comme en matière fiscale, les ordonnances du Juge des Libertés et de la Détention autorisant des enquêteurs à procéder à des opérations de visite et saisies ne pouvaient être contestées sur le fond mais seulement en droit, devant la Cour de cassation (Chambre criminelle).

Par ailleurs, le déroulement des opérations de visites et saisies ne pouvait être contesté que devant le Juge des Libertés et de la Détention (le même que celui qui avait prononcé l'ordonnance principale en cas de pluralité de lieux à visiter, autorisant ces investigations et définissant leur champ!).

Or, dans l'arrêt Ravon du 21 février 2008, rendu en matière fiscale, mais dont la motivation est transposable aux enquêtes de concurrence, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France au motif que l'ordonnance d'un juge autorisant des opérations de visite et saisies ne pouvait faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif et qu'en conséquence la loi française était contraire aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant à chaque justiciable le droit à un procès équitable :

« Selon la Cour, cela implique en matière de visite domiciliaire que les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement⁴. »

Afin de mettre la loi française en conformité avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence devrait modifier les dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce et prévoir :

- que l'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détention autorisant les opérations de visite et saisies puisse faire l'objet d'un appel devant le Premier Président de la Cour d'appel, dans un délai de quinze jours suivant la date de notification de l'ordonnance, concomitante à celle des opérations de visite et saisies ;
- que le déroulement des opérations de visite et saisies puisse faire l'objet d'un recours devant le Juge des Libertés et de la Détention, l'ordonnance de ce juge étant alors susceptible d'appel devant le Premier Président de la Cour d'appel, et non pas seulement d'un pourvoi en cassation.

⁽⁴⁾ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 2008, Ravon et autres c/ France, affaire n°18497/03.

On ne peut qu'apprécier ces modifications législatives qui permettront aux personnes et entreprises faisant l'objet de mesures d'enquête de faire valoir pleinement leurs droits, en contestant utilement le bien fondé ou le déroulement d'opérations de visites et saisies qui ne seraient pas fondées juridiquement ou qui seraient irrégulières.

➤ **Le droit reconnu aux entreprises d'être assistées d'un Avocat :**

Les personnes faisant l'objet d'une enquête de concurrence pouvaient bien entendu se faire assister d'un Avocat lors des opérations de visite et saisies, même si, il est vrai, certaines affaires récentes ont pu laisser planer un doute sur cette réalité. Elles le pourront toujours à l'avenir, **mais ce droit leur sera clairement reconnu par le nouveau texte.**

Cette mesure a le mérite de rappeler que l'assistance d'un Avocat est vivement conseillée lors de visites et saisies afin d'éviter certaines saisies indues notamment, contester le déroulement des perquisitions, etc. Mais sa portée resterait toutefois limitée dans la mesure où il serait prévu que l'absence d'un conseil ne pourrait empêcher le commencement et le déroulement de la visite et des saisies.

Par ailleurs, il serait nécessaire de prévoir des dispositions permettant au conseil de remplir pleinement ses fonctions en prenant connaissance des pièces saisies ou en pouvant réellement s'entretenir avec l'officier de police judiciaire de tout désaccord concernant l'étendue des pièces considérées comme en dehors du champ de l'enquête défini par l'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détention.

➤ **Possibilité pour les enquêteurs de procéder à des saisies incidentes :**

Les enquêteurs mentionnés à l'article L. 450-1 du Code de commerce, tel qu'il devrait être issu de l'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence, devraient être habilités à procéder à la saisie conservatoire de documents ou supports d'informations trouvés sur les lieux de l'enquête mais n'entrant pas dans le champ de la visite et des saisies autorisées initialement par le Juge des Libertés et de la Détention, si ces documents permettent de présumer l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Les enquêteurs en référeraient alors sans délai au Juge des Libertés et de la Détention, qui pourrait en ordonner la saisie incidente et les transmettre à l'Autorité de la concurrence, s'il constate que ces documents permettent effectivement de présumer l'existence de pratiques restrictives de concurrence ou de pratiques anticoncurrentielles.

Ces modifications nous semblent contraires au principe juridique consacré notamment par la Cour européenne des droits de l'homme⁵ selon lequel toute opération de visite et de saisies de documents,

qui constitue une intrusion dans la sphère personnelle des personnes physiques ou morales qui en font l'objet, doit être dûment motivée et soumise au contrôle du juge a priori, et **non pas seulement a posteriori**.

Il est donc à tout le moins nécessaire de limiter les pouvoirs de saisie incidente dont seraient investis les enquêteurs, en s'inspirant de la pratique communautaire. Ainsi pourrait-il être prévu que les documents dont la saisie peut être contestée soient mis sous enveloppe scellée et triés par un conseiller-auditeur en présence des enquêteurs, du représentant de l'entreprise visitée et de son conseil.

2.2. La possibilité pour l'autorité de concurrence de prononcer des astreintes dans le cadre de la procédure d'enquête « simple » de concurrence :

(5) Voir notamment : Cour européenne des droits de l'homme, 23 septembre 1998, Mac Leod c/ Royaume Uni, affaire n°24755/94.

Alors que la procédure d'enquête simple correspond à des opérations de contrôle non coercitives, un moyen de contrainte visant à empêcher les entreprises visées de ralentir ou d'empêcher l'enquête serait instauré par l'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence.

Aux termes du futur article L. 464-2-V du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence serait en droit de prononcer des injonctions assorties d'une astreinte à l'encontre d'une entreprise ou d'un organisme qui ne se rendrait pas à une convocation, ne répondrait pas à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un Rapporteur ou un enquêteur dans le cadre d'une enquête simple, ou fournirait des informations incomplètes ou erronées.

Cependant le nouveau texte ne fixe pas à ce jour le montant de l'astreinte !





Les contours de la future Autorité de la concurrence aux compétences élargies

par Clémence Ducros

L'organisation et les compétences de cette nouvelle Autorité seront définies dans une ordonnance prise dans les six mois à compter de la date de publication de la présente loi. Elle aura notamment pour objet de doter l'Autorité de la concurrence :

- « - De compétences en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles et d'avis sur les questions de concurrence ;
- De règles de fonctionnement et de procédures ;
- D'une capacité d'agir en justice ;
- De moyens d'investigation renforcés. »

L'organisation actuelle des autorités de concurrence en France résulte de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté de la concurrence : une administration du ministère chargé de l'économie, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) réalise les enquêtes nécessaires à la détection des pratiques anticoncurrentielles ; le Conseil de la concurrence exerce les pouvoirs d'instruction et de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, le Ministre de l'économie dispose - seul - du pouvoir de décision en matière de concentrations, la DGCCRF effectuant l'instruction des dossiers.

La nouvelle organisation s'articulera autour de trois axes principaux :

- la modernisation des règles de gouvernance et de fonctionnement de l'Autorité de concurrence,
- la modification des procédures d'investigation,
- et une nouvelle répartition des compétences entre la nouvelle Autorité de concurrence et le Ministre chargé de l'économie.

La nouvelle Autorité de la concurrence se verra ainsi confier le soin d'examiner toutes les demandes d'autorisation en matière de concentrations.

➤ Portrait de la nouvelle Autorité de la concurrence :

La nouvelle Autorité de la concurrence, expressément qualifiée d'« autorité administrative indépendante » ne voit pas sa composition et son organisation considérablement modifiées.

Le nombre des membres du collège reste inchangé (17 membres), mais ce dernier comptera six magistrats au lieu de huit, dix personnalités qualifiées au

lieu de neuf et un président « nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence ».

Les membres du collège seront désormais nommés pour une durée de cinq années et non plus six.

Par ailleurs, les services d'enquête et d'instruction, placés sous l'autorité du Rapporteur Général pourront, comme aujourd'hui, s'appuyer sur les services du Ministre. Ces derniers ne perdent pas leur compétence autonome d'enquête, mais celle-ci s'exercera sous le contrôle du Rapporteur général de l'autorité, qui sera informé au préalable des enquêtes envisagées par le Ministre et qui pourra en prendre la direction.

A cet égard, il sera essentiel pour le respect des droits de la défense que les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles soient prises en toute indépendance par rapport aux personnes qui instruiront les dossiers.

Le cumul des pouvoirs d'enquête avec ceux d'instruction et de sanction conduit à souligner la nécessité de formaliser davantage la séparation de ces fonctions au sein de l'Autorité, si l'on veut tenir compte des dangers d'un tel cumul et respecter les principes fondamentaux de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

En outre, un **conseiller auditeur** possédant la qualité de magistrat, nommé par arrêté du Ministre chargé de l'économie après avis du collège, sera chargé, sur le modèle de ce qui existe au sein de la Commission, de s'assurer que les droits des entreprises mises en cause et des saisisantes sont bien respectés pendant la procédure contentieuse.

➤ Procédure d'investigations (voir également l'article précédent) :

Les modifications visent principalement à mettre les procédures relatives au droit de visite et de saisies de l'administration en conformité avec les exigences résultant d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 février 2008, l'affaire Ravon et autres c. France, rendue à propos de perquisitions fiscales, en grande partie transposable aux perquisitions concurrence.

L'ordonnance du Juge des Libertés et de la Détenzione du tribunal de grande instance (JLD) autorisant la visite domiciliaire pourra désormais faire l'objet d'un appel devant le Premier Président

de la Cour d'appel et le déroulement des opérations de visite ou saisies principale ou incidente pourra également faire l'objet d'un recours devant le Premier Président de la Cour d'appel.

Par ailleurs, l'occupant des lieux visités par les enquêteurs et les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence ou son représentant devra être informé qu'il peut se faire assister d'un Avocat, étant précisé que le texte lui dénie le droit de prendre connaissance des pièces avant leur saisie...

En outre, le texte prévoit une innovation pour le moins contestable qui permettrait aux enquêteurs de procéder à des saisies incidentes de pièces non visées dans l'ordonnance, sous réserve d'une validation en cours de saisie.

Le douzième alinéa de l'article L 450-1 du Code de commerce disposera en effet que :

« Les personnes mentionnées à l'article L. 450-1 peuvent procéder à la saisie conservatoire de tout document ou support d'informations trouvé dans les lieux et comportant des indices permettant de présumer l'existence de pratiques susceptibles de constituer des infractions au livre IV du présent code non couvertes par l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance ayant autorisé l'opération.

Ils en réfèrent sans délai à ce juge, qui vérifie que ces pièces et documents permettent de présumer l'existence de telles pratiques et, le cas échéant, autorise leur saisie incidente et les transmet à l'Autorité de la concurrence afin que celle-ci puisse se saisir d'office de ces pratiques. Si le juge n'autorise pas leur saisie, ces pièces et documents sont restitués sans délai à l'occupant des lieux. »

Il est à craindre que les limites du champ de l'ordonnance autorisant les perquisitions soient dès lors plus que bafouées.

► **La répartition des compétences entre la nouvelle Autorité de la concurrence et le Ministre chargé de l'économie.**

- **En matière de pratiques anticoncurrentielles :**

L'Autorité de la concurrence concentrera ses moyens sur les cas les plus importants, les plus graves et les plus visibles.

Le Ministre, en vertu des dispositions de l'article L.462-5 du Code de commerce, tel que modifié par l'ordonnance créant l'Autorité de la concurrence, disposera quant à lui, d'un pouvoir autonome d'injonction et/ou de **transaction** dans le domaine des micro-pratiques anticoncurrentielles (« **micro PAC** »), et cela pour les deux raisons suivantes :

• La majorité des pratiques anticoncurrentielles possède tout d'abord un impact purement local et ne justifie pas a priori la mobilisation de ressources d'instruction lourdes ;

• Les micro-pratiques anticoncurrentielles, qui concernent des PME ou des très petites entreprises, justifient des suites plus adaptées à leur taille.

S'agissant de ces « **micro PAC** », le Ministre de l'économie sera investi d'un pouvoir de transaction comme en matière de pratiques restrictives de concurrence, mais ce faisant dérogeant clairement au principe d'unicité du traitement des pratiques anticoncurrentielles, tant sur le plan de la procédure et des sanctions que sur celui du standard de preuve et enfin du fond du droit.

Une telle dérogation, qui a appelé de sérieuses réserves de la part du Conseil de la concurrence dans son avis du 18 avril précédent, ne serait envisageable que si elle était clairement justifiée en droit et si elle s'accompagnait des garanties nécessaires. Le dispositif proposé ne satisfaisant pas, au moins au stade actuel, à ces exigences, l'AFEC a émis de vives réserves sur son contenu dans son avis complémentaire du 11 août dernier.

En outre, s'agissant des sanctions « *transactionnelles* » pouvant être prononcées, les dispositions actuelles ne sont pas satisfaisantes. L'AFEC a pu souligner à juste titre une rupture potentielle d'égalité résultant du fait que les plus petites entreprises visées par le dispositif encourraient une sanction maximum correspondant à 5 % de leur chiffre d'affaires alors que les plus importantes, qui atteignent le plafond de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires, bénéficieraient du plafond de 75 000 euros représentant alors 0,15 % de leur chiffre d'affaires !

Ces sanctions peuvent de surcroît paraître très élevées eu égard à la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence en matière de traitement des « **micro PAC** », ainsi que le démontre la décision rendue dans le secteur de la rénovation de chaufferies en Saône-et-Loire le 2 juillet 2008.

- **En matière de concentrations (voir aussi l'article suivant) :**

La nouvelle architecture vise à transférer à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de décision concernant les concentrations d'entreprises.

Le Ministre conservera cependant un pouvoir résiduel tenant à l'appréciation de l'opération en considération de « *motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, mais compensant l'atteinte portée le cas échéant à cette dernière par l'opération* ». Le texte précise que ce dernier devra motiver sa décision. Ces deux éléments - évocation de l'affaire pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et motivation de la décision - devraient être suffisants pour éviter

toute dérive du ministre sur l'appréciation concurrentielle de l'opération.

Reste à déterminer la nature des décisions qu'il est susceptible de prendre.

Dans l'hypothèse où l'Autorité de la concurrence aurait autorisé une opération à l'issue de la phase I, le Ministre aura également le pouvoir de demander à cette dernière de procéder à un examen approfondi de l'opération et donc de passer en phase II.

Une interrogation demeure quant à la juridiction de contrôle des futures décisions d'autorisation ou de refus des concentrations.

Le Conseil d'Etat était jusqu'à présent la juridiction compétente pour la censure des décisions ministérielles et avait développé en conséquence une expertise tant sur le bilan concurrentiel que sur le bilan économique et social d'une opération.

L'intégration du contrôle des concentrations au sein de la nouvelle Autorité ne devrait pas transférer la compétence juridictionnelle à la Cour d'appel de Paris. Le veto éventuel du Ministre sur les opérations de concentrations penche également pour une compétence maintenue au Conseil d'Etat

* * *



Les dispositions relatives au droit des concentrations

par Alexandre Rios

La LME opère la plus importante réforme du contrôle français des concentrations depuis sa création en 1977.

Initialement, les dispositions réformant le droit concentrations figuraient dans l'avant projet d'ordonnance portant création de l'Autorité de concurrence. C'est à l'initiative du Sénat que ces nouvelles dispositions ont finalement été intégrées au projet de loi et adoptées par la représentation nationale le 23 juillet dernier. Elles entreront en vigueur à compter de la promulgation de l'ordonnance prévue à l'article 97 de la LME et au plus tard le 1^{er} janvier 2009.

Les nouvelles dispositions entérinent très largement les propositions du Rapport Attali remis au Président de la République en janvier dernier.⁶ Elles consacrent en particulier deux innovations majeures.

La première consiste en l'ajout de deux nouveaux « petits » seuils de contrôlabilité concernant, d'une part, le commerce de détail et, d'autre part, les concentrations dans les départements et certaines collectivités d'outre-mer (ci-après respectivement : « DOM » et « COM ») (I).

Mais c'est la deuxième innovation qui retiendra plus particulièrement l'attention puisqu'elle consacre une véritable révolution en matière de contrôle des concentrations en confiant le bilan concurrentiel et un pouvoir de décision à la nouvelle Autorité de la concurrence.

Le ministre chargé de l'économie, qui jusqu'ici disposait du monopole du pouvoir de décision en matière de concentrations, ne se trouvera pourtant pas totalement dépourvu. Il conservera une compétence résiduelle pour statuer sur l'opération de concentration « *pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence* ».

Cette nouvelle redistribution des rôles entraîne avec elle un remaniement profond de l'ensemble de la procédure de contrôle (II).

I. Deux nouveaux « petits » seuils de contrôlabilité

Pour mémoire, nous rappellerons que le contrôle français des concentrations est applicable lorsque l'opération envisagée (i) est une « concentration » au sens de l'article L.430-1 du code de commerce⁷

et (ii) qu'elle franchit les seuils posés par l'article L.430-2 du même code.

Les seuils actuels sont ceux issus de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite loi NRE, et prévoient qu'une opération de concentration doit-être notifiée au ministre chargé de l'économie avant sa réalisation si :

- les parties (le ou les acquéreurs de la cible) réalisent un chiffre d'affaires mondial HT consolidé supérieur à 150 millions € ;
- deux au moins des entreprises concernées (le ou les acquéreurs et la cible) réalisent en France un chiffre d'affaire HT consolidé supérieur à 50 millions € ; et
- l'opération ne franchit pas les seuils communautaires de contrôlabilité.

La loi LME ne modifie pas ce seuil de contrôlabilité mais en ajoute deux nouveaux.

Un seuil spécifique pour le commerce de détail :

Le premier seuil spécifique est relatif aux concentrations intervenant entre des entreprises exerçant une activité de commerce au détail. De telles opérations devront être notifiées si :

- les parties réalisent un chiffre d'affaires total mondial HT consolidé supérieur à 75 millions € ;
- deux au moins des entreprises concernées réalisent en France un chiffre d'affaire HT consolidé supérieur à 15 millions d'euros ; et
- l'opération ne franchit pas les seuils communautaires de contrôlabilité.

Ce « petit » seuil de contrôlabilité - particulièrement bas ! - est destiné à permettre à l'Autorité de la concurrence de contrôler, *ex ante*, un nombre plus important des concentrations intervenant dans le secteur de la distribution et le cas échéant, de limiter les risques concurrentiels induits par le renforcement de puissances d'achats sur des marchés, par nature, locaux.

Cette nouvelle disposition apparaît ainsi comme la contrepartie nécessaire à la libéralisation du secteur de la distribution opérée essentiellement par la consécration du principe de la libre négociabilité des tarifs et la réforme des règles relatives à l'urbanisme commercial.

Elle entérine ainsi les propositions du Rapport Attali qui constatait que les seuils actuels étaient trop importants par rapport au chiffre d'affaires moyen d'un magasin indépendant et qu'en conséquence le rachat d'un tel magasin, y compris par un groupe de distribution important, pouvait échapper au contrôle

⁽⁶⁾ Rapport de la Commission pour la libération de la croissance remis le 23 janvier 2008

⁽⁷⁾ Fusion entre deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes, prise de contrôle d'une entreprise par une ou plusieurs autres ou création d'une entreprise commune exerçant de façon durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

des concentrations nonobstant les risques pour la concurrence et les consommateurs sur leur zone de chalandise.

Un seuil spécifique pour les DOM et certains COM :

Le second seuil concerne les concentrations dans les DOM et les COM de Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy.

Dans sa rédaction issue de la loi LME, l'article L.430-2 prévoyait un contrôle spécifique, applicable aux concentrations dans les DOM et intervenant dans le secteur du commerce de détail à dominante alimentaire. Ce contrôle était en outre facultatif pour le ministre qui pouvait l'exercer dans les 3 mois suivant la réalisation de l'opération.

Partant du constat que le phénomène de concentration hors France métropolitaine ne concerne pas seulement les DOM et le commerce au détail à dominante alimentaire et que les seuils métropolitains actuels ne permettent pas le contrôle de concentrations qui pourtant peuvent être de nature à avoir un impact concurrentiel préjudiciable pour les consommateurs ultramarins, la loi LME a ajouté un seuil spécifique comparable à celui réservé aux concentrations dans le commerce de détail.

Le nouvel article L.430-2-III dispose que lorsqu'au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs DOM ou dans les COM précités, l'opération devra être notifiée avant sa réalisation si :

- le chiffre d'affaires total mondial HT consolidé des parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total HT réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises concernées est supérieur à 15 millions d'euros ; et
- l'opération ne franchit pas les seuils communautaires de contrôlabilité.

II. Les nouvelles règles de procédure

La Loi n° 77-806 du 19 juillet 1979, qui créa pour la première fois un contrôle national des concentrations, avait confié au ministre chargé de l'économie le monopole du pouvoir décisionnel alors que la Commission de la concurrence ne s'était vue octroyer qu'un rôle purement consultatif.

Les réformes successives opérées par l'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986 et la loi NRE en 2001 n'ont pas remis en cause cette répartition des rôles.

Dans son dernier état, la procédure de contrôle était conçue en deux temps : dans un premier temps (Phase I), le ministre procédait seul à l'examen des concentrations qui lui étaient déférées et ce n'était que lorsque l'opération lui paraissait susciter des

risques pour la concurrence qu'il saisissait pour avis le Conseil (Phase II).

Cette architecture du contrôle était très critiquée et ce à plusieurs égards.

Premièrement, le monopole du pouvoir de décision confié au ministre de l'économie apparaissait comme une survivance colbertiste peu compatible, sur le plan des principes, avec un droit de la concurrence d'inspiration néolibérale. Le contrôle français des concentrations fait d'ailleurs figure d'exception en Europe occidentale puisqu'aucun de nos voisins ne confie aujourd'hui le bilan concurrentiel des concentrations au pouvoir exécutif.

Le Rapport Attali s'était fait l'écho de ces critiques en relevant que le monopole du ministre :

« entretient la suspicion : l'analyse du ministre [s'exposant] en effet à la critique de dissimuler des considérations extérieures à la concurrence derrière un raisonnement concurrentiel, comme l'a souligné l'OCDE. Cela nuit considérablement à la crédibilité des décisions de concentration et rejaillit sur l'influence des autorités de concurrence françaises, tant auprès de nos partenaires européens que vis-à-vis de la Commission européenne ».

Deuxièmement, la pratique du contrôle des concentrations a révélé ces dernières années l'ineffectivité du système à double détente prévu par les textes. Le recours à la Phase II et, par conséquent, à l'expertise du Conseil de la concurrence, est devenu extrêmement rare. De nombreuses concentrations présentant des risques pour la concurrence sont autorisées en Phase I moyennant des engagements parfois nombreux et complexes.

Le législateur a donc choisi d'aligner le droit français sur celui de la plupart de nos voisins⁸ et d'entériner ainsi les propositions du Rapport Attali en confiant :

- l'appréciation du bilan concurrentiel à l'Autorité de la concurrence à laquelle devront désormais être notifiées les opérations de concentration (A) ; et
- la faculté d'évoquer l'affaire et de statuer sur l'opération en cause pour « des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte à cette dernière par l'opération » (B).

A. La procédure devant l'Autorité de la concurrence

La LME conserve une procédure de contrôle à double détente (Phase I et Phase II) mais qui se déroulera, pour le bilan concurrentiel, exclusivement devant l'Autorité de la concurrence.

⁽⁸⁾ Notamment l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas et le Portugal.

(1) En Phase I, l'Autorité de la concurrence se prononcera dans un délai de 25 jours ouvrés, prolongé de 15 jours ouvrés si les parties prennent des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels induits par l'opération (contre 5 semaines actuellement ou 3 semaines à compter de la réception des engagements, ci-contre-ci sont reçus plus 2 semaines après la date de notification).

La LME introduit en outre un mécanisme de « *stop the clock* » permettant aux parties, en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements, de demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de 15 jours ouvrés.

A l'issue de cette Phase I, l'Autorité de la concurrence pourra :

- soit constater l'inapplicabilité du contrôle français des concentrations à l'opération notifiée ;
- soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;
- soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6.

Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune de ces décisions au terme des délais qui lui sont impartis, l'opération sera réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai de 5 jours ouvert au ministre chargé de l'économie pour demander un passage en phase II.

(2) En cas de passage en Phase II, l'Autorité de la concurrence examinera si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et, le cas échéant, si elle apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Avant de statuer, l'Autorité pourra entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification, et les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration seront entendus à leur demande, dans les mêmes conditions.

L'Autorité de la concurrence prendra alors une décision dans un délai de 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de la Phase II (contre 3 mois actuellement impartis au Conseil pour rendre son avis sur la concentration, puis 4 semaines impartis au ministre pour rendre sa décision).

Si les parties transmettent à l'Autorité de la concurrence des engagements moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai précité, ce dernier expirera 20 jours ouvrés après la date de réception des engagements par l'Autorité de la concurrence (actuellement, la prorogation du délai est de 3 semaines à compter de la remise des engagements si ceux-ci

sont reçus par le ministre plus d'une semaine après la réception de l'avis du Conseil).

L'article L.430-7 prévoit également un mécanisme de « *stop the clock* » similaire à celui prévu en phase I et au terme duquel les parties peuvent, en cas de nécessité particulière, demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de 20 jours ouvrés.

Il est également prévu que le délai d'examen pourra être suspendu à l'initiative de l'Autorité de la concurrence lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer, en tout ou partie, les informations demandées, ou que des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties, les informations demandées. Dans ce cas, le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension.

A l'issue de la Phase II, l'Autorité de la concurrence pourra :

- soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;
- soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ;
- soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

De la même manière qu'à l'issue de la première Phase I, si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune de ces décisions, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme d'un délai de 5 jours ouvrés.

Signalons, pour conclure sur la procédure devant l'Autorité de la concurrence, que le pouvoir de sanction confié actuellement au ministre est logiquement transféré à l'Autorité de la concurrence.

Ainsi, lorsqu'une opération de concentration aura été réalisée sans notification préalable, le ministre pourra enjoindre sous astreinte aux parties de revenir à l'état antérieur à la concentration et infliger aux personnes auxquelles incombaient la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élèvera, pour les personnes morales, à 5 % du CAHT réalisé en France, augmenté, le cas échéant, de celui réalisé par la cible, et 1,5 millions d'euros pour les personnes physiques.

Les mêmes sanctions pourront être infligées en cas de réalisation de l'opération de notification avant la

décision d'autorisation ou en cas d'omission ou déclaration inexacte dans une notification.

Enfin, le nouvel article L.430-9 du Code de commerce permettra à l'Autorité de la concurrence d'enjoindre aux parties de modifier, compléter ou résilier les actes par lesquels s'est réalisée la concentration lorsque l'opération autorisée a permis un abus de position dominante ou de dépendance économique.

B. La compétence résiduelle du ministre chargé de l'économie

Le nouveau rôle du ministre est désormais défini à l'article L.430-7-1 du Code de commerce.

(1) Cet article prévoit une disposition assez curieuse au terme de laquelle le ministre de l'économie pourra, dans un délai de 5 jours ouvrés à compter de la date à laquelle il aura reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en aura été informé, demander à cette dernière un examen approfondi de l'opération (passage en phase II).

Ce texte suscite d'importantes interrogations quant à sa mise en œuvre et son utilité !

A ce stade et en l'absence de précision contraire dans le texte, nous pensons que la demande du ministre ne lie pas l'Autorité de la concurrence qui restera libre d'y déférer ou non. Il est en revanche permis de se demander si la réponse de l'Autorité de la concurrence devra prendre la forme d'une décision, motivée, et susceptible d'un recours.

On comprend surtout très mal l'utilité de ce texte qui, par hypothèse, n'a vocation à jouer que dans le cas où l'Autorité de la concurrence aura rendu une décision d'autorisation en Phase I. Or, on voit mal comment l'Autorité de la concurrence pourrait se contredire à quelques jours d'intervalle en estimant finalement que l'opération autorisée nécessite un examen approfondi. On imagine encore moins l'Autorité de la concurrence se désavouer au terme de cet examen approfondi en interdisant l'opération.

A la vérité, la raison profonde de cette possibilité offerte au ministre de provoquer une phase II pourrait résider dans le fait qu'au cours de cette phase – et à la différence de la procédure prévue en Phase I – le ministre pourra proposer sa propre analyse concurrentielle et son propre bilan économique par le biais du commissaire du Gouvernement.

Certains commentateurs ont critiqué cette possibilité offerte au ministre de l'économie de s'immiscer dans le débat concurrentiel et d'obscurer ainsi une répartition des tâches cohérente visant à transférer à l'Autorité de la concurrence la charge du bilan concurrentiel.

(2) L'article L.430-7-1-II prévoit l'essentiel du nouveau rôle dévolu au ministre en matière de concentrations.

Cet article instaure une sorte de « Phase III » pendant laquelle le ministre pourra, dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la date à laquelle il aura reçu la décision ou en aura été informé, évoquer l'affaire et statuer sur l'opération pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération.

Le texte précise que les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi.

Ce texte suscite d'importantes inquiétudes s'agissant de la protection des libertés économiques des entreprises car à la différence des textes relatifs à l'Autorité de la concurrence, l'article L.430-7-1-II ne prévoit pas les décisions que le ministre peut prendre. Il se contente de prévoir de manière générale que le ministre prendra : « une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration » laquelle décision pourra éventuellement « être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements ».

Les commentateurs du projet de loi s'étaient ainsi unanimement interrogés sur l'étendu du pouvoir de décision du ministre dans une telle hypothèse : pourra-t-il seulement autoriser ce que l'Autorité de la concurrence aura interdit ou pourra-t-il également interdire ce qui aura été autorisé par l'Autorité de la concurrence et qui ne présente donc pas, ou plus, de risques pour la concurrence ?

La question pourrait être clarifiée prochainement par l'ordonnance prévue à l'article 97 de la LME, laquelle aura notamment pour objet « *d'articuler les compétences de [l'Autorité de la concurrence] et celles du ministre chargé de l'économie* ». A défaut, le Conseil d'Etat nous apportera très certainement son analyse lorsque l'occasion se présentera, sur recours contre une décision du ministre.

Mais à ce stade, le ministre devrait pouvoir interdire une opération de concentration pourtant autorisée par l'Autorité de la concurrence.

Il est vrai que le texte prévoit que le ministre statuera pour des motifs d'intérêt général qui compensent « le cas échéant » l'atteinte portée à la concurrence par l'opération. Si l'on redonne aux mots leur sens, « le cas échéant » semble impliquer que les motifs d'intérêt général, s'ils existent, devront compenser les risques pour la concurrence induits par l'opération tels que caractérisés par la nouvelle Autorité. Mais l'ajout de cette incise non-nécessaire est ambigu.

Une stricte lecture littérale du texte ne permet donc pas d'exclure la possibilité pour le ministre

d'interdire une opération et ce, d'autant plus que le texte prévoit, de manière générale, la possibilité pour le ministre de « statuer » et n'exclut par conséquent pas la possibilité d'interdire purement et simplement une opération qui ne présente pourtant aucun risque pour la concurrence !

Il résulte par ailleurs des débats devant le Sénat et, plus particulièrement, des débats au sein de sa Commission spéciale, que la volonté du législateur a bien été de permettre au ministre d'autoriser comme d'interdire une opération de concentration et ce, nonobstant le fait que celle-ci ait été autorisée par l'Autorité de la concurrence !

Dans son avis sur le projet de loi LME, le Conseil de la concurrence s'était légitimement inquiété de ce droit de veto confié au ministre en soulignant que :

« le souci de préserver la concurrence doit pouvoir être concilié avec d'autres considérations d'intérêt général, afin de permettre l'autorisation de concentrations stratégiques dont le bilan global est positif, mais cette conciliation n'a pas lieu d'être lorsqu'aucun problème concurrentiel ne se pose au préalable. C'est pourquoi les mécanismes d'évocation ministérielle en place partout

ailleurs en Europe ne jouent jamais en l'absence de difficulté de concurrence »⁹.

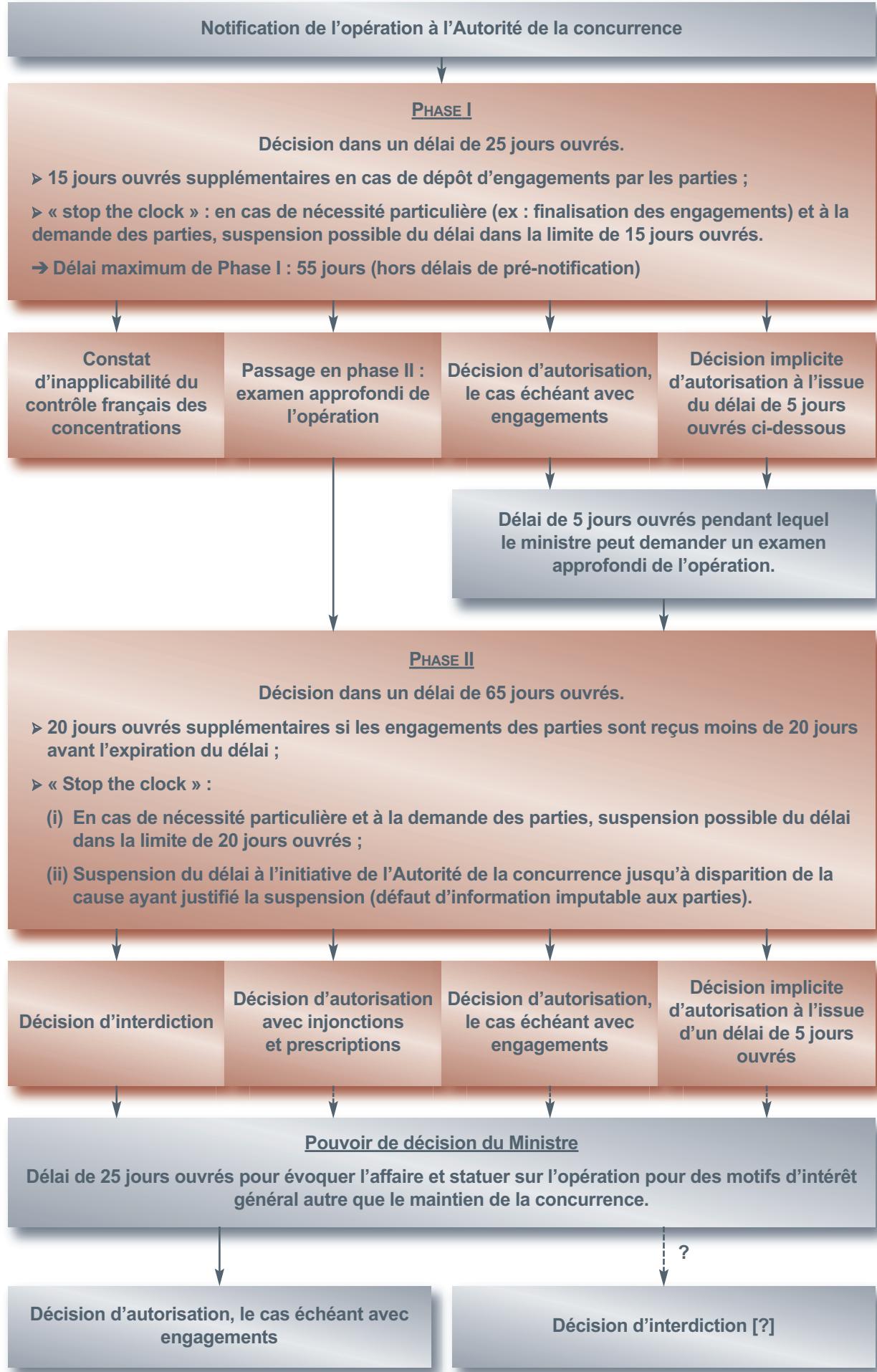
Nous souscrivons entièrement à l'analyse du Conseil.

Il convient toutefois de préciser que les entreprises ne seront pas dépourvues de toutes garanties durant cette « Phase III ». La LME prévoit en effet une procédure contradictoire durant laquelle le ministre sera tenu d'entendre les observations des parties. La décision devra en outre être motivée et sera susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat qui exercera, nous l'espérons, un contrôle de proportionnalité entre les atteintes éventuellement portées aux libertés économiques et les objectifs d'intérêt général invoqués par le ministre. Il conviendra alors de prendre garde à ce que cette exigence de proportionnalité ne soit pas l'occasion pour le ministre lui-même ou le Conseil d'Etat statuant sur recours contre la décision du ministre, de procéder à un nouveau bilan concurrentiel de l'opération dont la compétence a été exclusivement confié à l'Autorité de la concurrence.

⁽⁹⁾ Avis du Conseil de la concurrence n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence.



SCHEMA DE LA PROCEDURE DU CONTROLE FRANÇAIS DES CONCENTRATIONS





LME et pratiques commerciales : un nouveau renforcement de la protection des consommateurs

Par Eléonore Camilleri

La loi pour la modernisation de l'économie (LME) renforce l'arsenal de protection des consommateurs en encadrant encore davantage les pratiques commerciales des professionnels à l'égard de ces derniers.

Cet arsenal était pourtant d'ores et déjà impressionnant et ce, tout particulièrement depuis la récente loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite « *Loi Chatel* », laquelle avait, entre autres choses, effectué la transposition d'une grande partie de la directive européenne 2005/29/CE du 11 mai 2005 « *relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs* ». Cette transposition avait d'ailleurs conduit à la réorganisation du deuxième titre du premier Livre du Code de la consommation et, surtout, à la reformulation du « *sacro-saint* » article L.121-1 relatif à la publicité mensongère, désormais qualifiée de « *pratique commerciale trompeuse* ».

La LME poursuit le chemin tracé par la Loi Chatel en complétant et affinant plusieurs dispositions du Code de la consommation, notamment s'agissant des pratiques commerciales déloyales (1) et des clauses abusives (2).

1) Les pratiques commerciales déloyales (art. 83 de la LME)

A titre préalable, afin de bien saisir l'apport de la LME sur ce point, il convient de rappeler que la loi Chatel du 3 janvier 2008 a introduit en droit interne la notion de « *pratiques commerciales déloyales* », par transposition de la directive européenne du 11 mai 2005.

Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, l'article L.120-1 du Code de la consommation pose le principe d'une interdiction générale desdites pratiques :

« *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et 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* ».

Les « *pratiques commerciales déloyales* », englobent en réalité deux grandes catégories de pratiques :

- d'une part, les « *pratiques commerciales trompeuses* » qui se caractérisent par l'omission

d'une information substantielle aux consommateurs ;

- d'autre part, les « *pratiques commerciales agressives* » qui recouvrent les comportements limitant la liberté de choix du consommateur (harcèlement, contrainte physique et morale).

La LME complète aujourd'hui ces dispositions introduites par la « *Loi Chatel* » en précisant les éléments à prendre en compte pour apprécier le caractère déloyal d'une pratique commerciale.

Un nouvel alinéa de l'article L. 120-1 du Code de la consommation prévoit ainsi dorénavant que : « *le caractère déloyal d'une pratique commerciale visant une catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe* ».

S'agissant plus précisément des pratiques trompeuses, la LME est venu préciser, sous l'article L.121-1 du Code de la consommation, qu'il convient de prendre en compte le contexte factuel pour caractériser l'existence d'une omission trompeuse et que les obligations d'information concernant les communications commerciales sont également applicables à celles qui constituent des invitations à l'achat.

Concernant les pratiques agressives, la LME précise, au sein de l'article L. 122-11 du Code de la consommation, quels sont les éléments à prendre en considération pour déterminer le caractère agressif d'une pratique commerciale, à savoir :

- le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ;
- le recours à la menace physique ou verbale ;
- l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ;
- tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ;
- toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

De surcroit, la LME achève la transposition de la directive européenne du 11 mai 2005 en procédant à une énumération quelque peu laborieuse des pratiques commerciales réputées trompeuses (nouvel article L. 121-1-1) ou agressives (nouvel article L. 122-11-1).

Ces listes, très longues et détaillées, ne sauraient être ici reproduites dans leur intégralité et l'on se contentera de relever, à titre d'exemples, les pratiques suivantes :

S'agissant des pratiques trompeuses :

- le fait pour un professionnel de se prétendre signataire d'un code de bonne conduite alors qu'il ne l'est pas ;
- le fait de déclarer faussement qu'un produit ou un service ne sera disponible que pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate du consommateur, ce qui priverait ce dernier d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause ;
- le fait de promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un autre fournisseur clairement identifié, de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit ou le service provient de ce fournisseur alors que tel n'est pas le cas.

S'agissant des pratiques agressives :

- le fait de donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat ait été conclu ;
- le fait de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance.

2) Les clauses abusives (art. 85 et 86 de la LME)

La LME crée une véritable petite révolution au sein du Code de la consommation en réformant le système actuel des clauses abusives et en faisant du Conseil d'État, sur recommandation de la Commission des clauses abusives, la seule source réglementaire établissant la liste des clauses litigieuses.

Il faut rappeler que l'article L.132-1 du Code de la consommation qui définit ce qu'il faut entendre par « clause abusive », était antérieurement complété par une annexe énumérant de façon non exhaustive des clauses « **pouvant être regardées comme abusives** ».

La preuve du caractère abusif de ces clauses « pré-listées » demeurait néanmoins, en cas de litige, à la charge des consommateurs.

La LME change radicalement la logique de l'article L.132-1 au détriment du professionnel, puisqu'elle abroge l'annexe précitée et institue :

- une catégorie de clauses présumées abusives, la liste de ces clauses dites « **grises** », devant être déterminée par un décret en Conseil d'état. La charge de la preuve est renversée par rapport au régime antérieur puisqu'il reviendra désormais au professionnel d'apporter la preuve du caractère non abusif desdites clauses ;
- une catégorie de « **clauses noires** », c'est-à-dire de clauses devant être considérées abusives de manière systématique et irréfragable, ces clauses étant illicites par nature quel que soit le déséquilibre engendré ou non par leur application en pratique.

Ces nouvelles dispositions insérées par la LME ont pour objectif de simplifier le système préexistant et de réduire la marge d'appréciation du juge en cas de litige sur une clause d'un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel.

Néanmoins, l'office du juge n'est pas totalement atrophié, dès lors qu'il lui revient toujours de déterminer si la clause qui lui est soumise rentre dans la liste des « **clauses noires** ». Dans la négative, il devra également apprécier si cette clause engendre en pratique un déséquilibre au détriment du consommateur.

* * *

En conclusion et au-delà du renforcement incontestable de la protection des consommateurs dans leur rapport avec les entreprises, il est frappant de constater, tant s'agissant des pratiques commerciales déloyales que des clauses abusives, que, sur le modèle communautaire, le législateur français use et abuse des énumérations très détaillées afin d'encadrer de façon prédéfinie les comportements des professionnels.

Cette approche est résolument nouvelle en droit de la consommation puisque, précédemment, c'était davantage au juge, sur le fondement d'une définition légale globale, de déterminer si tel ou tel acte s'avérait, dans chaque cas d'espèce, illicite au regard de la loi.





Le nouveau régime des soldes instauré par la LME : vers plus de liberté pour les commerçants ou une banalisation des soldes ?

Par Caroline Menguy

L'objectif majeur de la LME est de baisser les prix, de manière générale, afin d'augmenter le pouvoir d'achat des consommateurs.

Jean Paul Charié, Rapporteur du projet de loi à l'Assemblée Nationale, avait d'ailleurs précisé que « *La réforme poursuit deux objectifs : améliorer les conditions d'accès des consommateurs à des offres de prix réduits et adapter la réglementation à l'évolution du fonctionnement du commerce* »¹⁰.

Afin de stimuler la croissance économique et les énergies du pays, la LME contient des dispositions visant à mobiliser les entrepreneurs, à utiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance, à mettre l'attractivité au service de la croissance. Enfin, certaines dispositions visent à mobiliser les financements pour la croissance.

L'article 98 du chapitre IV « *Développer le commerce* » de la LME envisage les nouvelles dispositions relatives au régime des soldes, applicables à compter du 1^{er} janvier 2009.

Rappelons que la pratique des soldes était initialement prévue pour écouter les produits de fin de collection d'une saison (été/hiver) avant l'arrivée des produits de la nouvelle collection.

A ce titre, les soldes représentaient un moment de plaisir et d'engouement populaire mais également une nécessité budgétaire attendue tant par les consommateurs que par les commerçants.¹¹

Toutefois, au regard de la multiplication actuelle des collections durant une même saison, notamment par les grandes enseignes, ce schéma d'une collection par saison n'est plus aujourd'hui aussi systématique.

Les soldes ont toujours été très encadrées et soumises à un régime national pour en uniformiser la pratique et éviter les comportements abusifs de certains commerçants. En effet, la pratique de soldes déguisées, hors des périodes légales fixées par décret ou sans autorisation donnée par l'administration, constituait un acte de concurrence déloyale envers les autres commerçants¹² et portait atteinte aux intérêts collectifs de la profession. Ceci semble être remis en cause par la LME.

(10) Dossier législatif n°908, Extraits du Rapport de l'Assemblée Nationale du 22 mai 2008 (n° 842), fait au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi LME, article 24, Modernisation du régime des soldes, Par M. Jean-Paul Charié.

(11) Extrait du Rapport du Ministre de l'économie, Axe 2 : dynamiser la concurrence, un graphique expose que 47% des personnes interrogées considèrent les soldes comme une nécessité budgétaire et 53 % comme un plaisir.

(12) CA Riom, 14 avril 1993, JCP E 1993.Pan.1415.

Rappelons que les anciennes dispositions de l'article L.310-3-I du code de commerce définissaient les soldes comme :

« [...] les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock. »

Ces ventes ne peuvent être réalisées qu'au cours de **deux périodes par année civile d'une durée maximale de six semaines** dont les dates sont fixées dans chaque département par l'autorité administrative compétente selon des modalités fixées **par le décret** prévu à l'article L.310-7 et ne peuvent porter que sur des marchandises proposées à la vente et payées depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée ».

La LME apporte plusieurs modifications à ce texte, relativement à la notion même de soldes par l'instauration de nouvelles périodes de soldes (1), à la possibilité, encadrée, de réaliser des opérations de déstockage (2) et enfin sur la généralisation de la revente à perte des produits soldés (3).

1) Les nouvelles périodes de soldes instaurées par la LME :

Dorénavant, au regard des dispositions de la LME, les périodes de soldes doivent être distinguées en deux catégories :

- Deux périodes d'une durée de cinq semaines (i);
- Une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine (ii).

Quelle que soit la période considérée, l'obligation pour les commerçants d'annoncer comme produits soldés uniquement des produits proposés à la vente depuis au moins un mois à la date de début de la période de solde considérée (art. L.310-3-I-2 al.2 code de commerce) reste maintenue par les nouvelles dispositions.

i) Deux périodes de soldes d'une durée de cinq semaines chacune

Les nouvelles dispositions issues de la LME prévoient :

« **Deux périodes d'une durée de cinq semaines chacune, dont les dates et heures de début sont fixées par décret: ce décret peut prévoir, pour ces deux périodes, des dates différentes dans les départements qu'il fixe pour tenir compte d'une forte saisonna-**

lité des ventes ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières ; »

Il convient d'ores et déjà de constater trois changements majeurs instaurés par la LME sur ces dispositions relatives au régime des soldes.

Tout d'abord, les deux périodes légales de soldes ont été chacune diminuée d'une semaine, passant de six à cinq semaines. Cette réduction de la période des soldes est vraisemblablement due au fait que six semaines représentaient une période trop longue pour les consommateurs. En effet, si les premiers jours de soldes étaient toujours caractérisés par un certain engouement des consommateurs, les achats s'essoufflaient assez vite dès la fin de la deuxième semaine. Par ailleurs, les stocks de produits en soldes étaient souvent insuffisants pour permettre une période de soldes d'une durée de six semaines.

Dorénavant, la définition même de soldes a évolué pour inclure la notion de période. Celle-ci fait donc partie intégrante de la notion de soldes.

Enfin, comme le prévoyait l'exposé des motifs du projet de loi « *Pour des raisons d'efficacité d'organisation et de prévisibilité, il convient donc de définir par décret des périodes nationales fixes pour les soldes d'été et d'hiver tout en tenant compte de la situation particulière de certains départements* »¹³.

Alors qu'auparavant les périodes au cours desquelles avaient lieu les soldes devaient être fixées par arrêté préfectoral, après consultation des organisations professionnelles représentées dans le département, des chambres de commerce et d'industrie et des chambres des métiers et de l'artisanat du département ainsi que des associations de consommateurs¹⁴, désormais, les périodes de soldes sont fixées au niveau national par décret.

ii) Deux semaines complémentaires de soldes dont les dates sont librement fixées : « les soldes flottants »

L'exposé des motifs du projet de loi envisageait « *d'autoriser les commerçants à pratiquer deux semaines complémentaires de soldes par an à des dates librement choisies par eux, sous réserve d'une déclaration préalable* ».

Les dispositions de l'article L.310-3-I-2° de la LME prévoient ce qui suit :

« 2° Une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine, dont les dates sont librement choisies par le commerçant, ces périodes complémentaires s'achèvent au plus tard un mois avant le début des périodes visées au 1° ; elles sont

(13) Extraits du Rapport de l'Assemblée Nationale n°842 du 28 avril 2008, fait par Christine Lagarde.

(14) Ancien article R.310-15 al.1 et 2 du code de commerce.

soumises à déclaration préalable auprès de l'autorité administrative compétente du département du lieu de soldes ou du département du siège de l'entreprise pour les entreprises de vente à distance. »

Ces dispositions constituent l'apport majeur de la LME au régime des soldes.

Les commerçants disposent donc d'une possibilité de pratiquer librement deux semaines de soldes, sans remettre en question le caractère événementiel des soldes nationales, ce qui leur permettra de singulariser leur technique commerciale.

Toutefois, le texte apporte une limite à cette liberté en fixant l'obligation que lesdites périodes de soldes flottants s'achèvent au plus tard un mois avant le début de la période de cinq semaines car la situation aurait alors été la même qu'auparavant, à savoir celle d'une période de soldes de six voire sept semaines.

A ce titre, Jean-Paul Charié avait émis une appréciation critique de cette liberté en précisant que :

« Nous déplorons que la proposition du rapport sur les réductions de prix consistant à encadrer cette faculté ne figure pas dans le texte qui nous est présenté.

En effet, celui-ci précisait que « pour préserver davantage ce caractère exceptionnel des soldes, il peut être envisagé d'interdire les soldes flottants durant le mois précédent les soldes ».

En l'absence de cette garantie, les commerçants risquent d'être fortement tentés d'utiliser leur « droit de tirage » sur ces deux semaines de soldes flottants dans la semaine qui précède chaque période de soldes, d'autant plus tentés qu'ils jugeront que si eux ne le font pas, d'autres le feront à leur place »¹⁵.

2) La nouvelle possibilité d'opérations de désstockage toute l'année : vers une banalisation des soldes ?

L'exposé des motifs du projet de loi prévoyait « *de sécuriser juridiquement les promotions de désstockage réalisées en cours d'année d'une part en adaptant la définition juridique des soldes et d'autre part en modifiant l'article L.310-5 du code de commerce relatif aux sanctions des infractions aux règles relatives aux soldes. Ainsi, l'écoulement d'un stock de marchandises via une annonce de réduction de prix sera possible en dehors des périodes de soldes, sans encourir le risque de requalification de soldes* ».

Ces observations ne sont pas reprises dans les dispositions de l'article L.310-3 du Code de commerce

(15) Article 24 « Modernisation du régime des soldes », Extraits du Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de la loi LME (n°842), par M. Jean-Paul Charié, enregistré à l'Assemblée Nationale le 22 mai 2008.

relatif à la définition des soldes, mais le sont implicitement dans celles relatives aux sanctions des infractions aux soldes à l'article L.310-5-3° du Code de commerce, qui suppriment des cas l'amende de 15.000 euros, l'hypothèse de soldes hors des périodes prévues à l'article L.310-I-1°. Est-ce à dire que la pratique des soldes hors périodes n'est plus sanctionnée ?

Au regard de ces dispositions, le Secrétaire d'Etat, Monsieur Jean-Pierre Sueur précisait, lors des débats du Sénat du 7 juillet, que « *si l'on allait jusqu'au bout de ce raisonnement qui est implicitement ou explicitement tenu, il n'y aurait plus du tout, finalement, de périodes de soldes. Le mieux serait qu'il y ait des soldes permanentes* ».

Il n'existe donc plus de moyen de pression des autorités face à la pratique des soldes hors périodes, puisque l'amende de 15.000 euros pour les soldes hors périodes prévues à l'article L.310-3 du code de commerce disparaît !

- Ainsi, par cette modification des périodes de soldes et la possibilité de réaliser des opérations de déstockage, il apparaît envisageable que ces pratiques commerciales et promotionnelles, prises dans leur ensemble, puissent s'étaler tout au long de l'année pour arriver à un stade où il n'existerait qu'une très courte période de vente de produits à prix normaux...

Au regard de l'objectif initial de la loi, pratiquer des soldes, des promotions ou des déstockages toute l'année constituerait-il réellement le meilleur moyen d'augmenter ou de relancer le pouvoir d'achat des consommateurs ?

3) Vers une généralisation de la revente à perte des produits soldés

L'article 98-III de la loi LME modifie l'article L.442-4-I du Code de commerce comme suit :

I. - Les dispositions de l'article L.442-2 du code de commerce ne sont pas applicables :

1° *Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :*

2° *Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;*

3° *Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;*

4° *Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en*

baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

5° *Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;*

6° *A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périsposables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide.*

7° *Aux produits soldés mentionnés à l'article L.310-3.*

Rappelons que l'article L.442-2 du Code de commerce est relatif à l'interdiction de revendre à perte, infraction punie d'une amende de 75.000 euros et définit également le prix d'achat effectif pris en compte pour déterminer le seuil de revente à perte.

Par conséquent, en application des nouvelles dispositions de la loi LME, notamment le 7° inséré à l'article L.442-4-I, les dispositions relatives au seuil de revente à perte ne sont plus applicables à l'ensemble des produits soldés !!

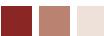
On notera deux tentatives vaines pour modifier à la hausse le seuil de revente à perte (amendements n° 435 et 436) qui avait déjà été abaissé par la loi du 3 janvier 2008 (en faveur de la grande distribution, la plus apte à pratiquer ces prix tout en les répercutant sur les marges réalisées sur l'ensemble du magasin).

Lors des débats du Sénat, le Rapporteur¹⁶ avait considéré que cet amendement réintroduisait la notion de prix d'achat net pour remplacer celle de prix d'achat effectif en vigueur, qui permet de répercuter les marges arrière sur le seuil de revente à perte. Le Rapporteur avait également précisé que « *l'augmentation du seuil de revente à perte conduirait automatiquement à une augmentation des prix, ce qui est bien sûr à l'opposé de l'objectif des auteurs de ce projet de loi* ».

Attendons les prochaines soldes d'hiver 2008, afin de tirer un premier bilan sur l'application de ces nouvelles dispositions issues de la LME.

⁽¹⁶⁾ Séance du Sénat du 7 juillet 2008, Madame le Rapporteur Elisabeth Lamure.





Entrefilet :

La LME renforce le mécanisme de répercussion de la hausse du carburant dans le prix de transport

Par Alexandre Rios

La loi Perben sur « *la sécurité et le développement des transports* » du 5 janvier 2006 avait introduit à l'article 24 de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 un mécanisme obligatoire de révision du prix du transport routier de marchandises « *pour prendre en compte* » l'augmentation du coût du carburant (mécanisme improprement désigné en pratique par l'expression « *surtaxe gazole* »).

L'article 38 de la LME vient renforcer ce mécanisme.

Ce texte précise que le mécanisme de répercussion est destiné, non plus « *à prendre en compte* », mais « *à couvrir* » l'augmentation du coût du carburant.

Il prévoit surtout une amende de 15 000 € (75 000 € pour les personnes morales) en cas de refus du cocontractant d'un transporteur routier ou d'un commissionnaire de transport d'appliquer le mécanisme de répercussion des hausses du gazole.

Une sanction pénale identique a également été prévue pour le transport public de marchandises par voie navigable.

L'action publique peut être engagée par le ministère public ou le ministre chargé de l'économie ou son représentant.

Les agents de la DGCCRF peuvent – dès aujourd'hui ! – procéder à des contrôles inopinés dans les entreprises dans les conditions prévues par les articles L.450-1, 2, 7 et 8 du code de commerce relatifs aux enquêtes de concurrence. Ils n'auront en revanche pas le pouvoir de procéder à des perquisitions et saisies.

Le transporteur, le commissionnaire ou bien encore les organisations professionnelles de transporteurs routiers ou de commissionnaires de transports pourront se porter partie civile.

Précisions enfin que cette nouvelle action se prescrit par un délai d'un an à compter de la date de fin d'exécution du contrat.





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'Economie (LME) du 4 août 2008 et à celle relative au développement de la concurrence au profit des consommateurs (loi « Chatel ») du 3 janvier 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009 : 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 depuis le 1^{er} janvier 2008, Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc.

■ A la mise en place de Programmes de « compliance » pour 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 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.] ;

■ 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 règlement 1/2003 : incidences

sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ 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 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;

■ Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

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

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

■ Aux promotions des ventes [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.] ;

* * *

Proposition d'audit de structures tarifaires dans le cadre de la LME : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations (services distincts) / SRP.

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



Société Civile Professionnelle MG Avocats

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