

LA LETTRE DU CABINET

SEPTEMBRE - OCTOBRE 2013

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

Sommaire

- 02 **Projet de loi de consommation (Loi Hamon) : acte II**
Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy
- 04 **Synthèse du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2012**
Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 08 **Comment le Conseil Constitutionnel a privé l'ARCEP de ses pouvoirs de sanction (décision QPC du 5 juillet 2013 du Conseil Constitutionnel - Société Numéricable SAS et autres)**
Par Jean-Christophe Grall et Marine Grall
- 10 **« Contrefaçon et cyber-contrefaçon : quels sont les moyens de lutte pour les industries créatives ? »
Compte-rendu du colloque du 8 juillet 2013 organisé par la DGCIS1 et animé par l'UNIFAB2**
Par Nadège Pollak
- 11 **L'écotaxe poids-lourds : un mécanisme de majoration forfaitaire du prix de la prestation de transports ; entrée en vigueur le 1er octobre 2013 !**
Par Jean-Christophe Grall
- 12 **Repos dominical et concurrence déloyale**
Par Caroline Bellone
- 13 **Entente sur le prix du livre numérique : la fin de la saga ?**
Par Elodie Camous
- 15 **Les nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, vers plus de simplification ?**
Par Charles-Henri Calla et Philippe Juvet
- 16 **Assignations Novelli : condamnation des clauses de retour et de changement des tarifs du Groupe EMC Casino**
Par Jean-Christophe Grall et Marion Raulet
- 18 **Programme des interventions et des formations 2013-2014**
- 19 **Rappel des prochaines formations**

Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Le Sénat a adopté le 14 septembre au matin, en première lecture, le projet de loi relative à la consommation.

Ci-dessous, le lien vers la loi adoptée par le Sénat : <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2012-2013/810.html>

On se souvient que le 3 juillet dernier, le projet de loi « Hamon » avait été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale.

C'est désormais chose faite devant le Sénat, avec certaines modifications particulièrement sensibles affectant directement la négociation commerciale.

Quelles sont ces modifications ?

Si nous reprenons, dans l'ordre, les articles modifiés (ou dont la rédaction issue de l'Assemblée nationale est maintenue) par le Sénat :

1. S'agissant de l'achat de fruits et légumes, l'article L.441-2-2 du Code de commerce se voit complété par la possibilité qui serait désormais donnée aux acheteurs, distributeurs, prestataires de services, de bénéficier de réfections tarifaires résultant d'une non-conformité, qualitative ou quantitative, du ou des produits livrés à la commande, à la condition qu'un accord conclu par une organisation interprofessionnelle reconnue dans les conditions prévues à l'article L.632-1 du Code Rural et de la Pêche maritime en ait précisé les conditions.

Le non-respect des dispositions précédentes serait toujours sanctionné par une peine d'amende administrative pouvant atteindre 75.000 € pour la personne morale et 15.000 € pour la personne physique représentant l'entreprise ou son délégataire, en cas de délégation de pouvoirs en matière économique.

2. Les modifications apportées à l'article L.441-3-1 du Code de commerce s'agissant du transport des fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France sont maintenues, l'acheteur devant être en mesure de transmettre aux services de contrôle, dans un délai de 48 heures, les documents certifiant qu'il a bien commandé les produits concernés et précisant le ou les prix convenus avec son fournisseur pour l'achat de ces produits.

Le non-respect de ces dispositions est sanctionné par la même peine d'amende que celle évoquée ci-dessus.

3. S'agissant à présent des modifications apportées par l'Assemblée nationale, qui avait inséré sous l'article L.441-6 du Code de commerce un formalisme sanctuarisant en quelque sorte l'envoi de « lettres de réserves » par les fournisseurs à leurs clients distributeurs, ce formalisme a été supprimé par le Sénat : cette suppression s'est faite semble-t-il sans discussion et sans que le gouvernement se soit prononcé sur cet amendement, de sorte que l'on ignore pour l'heure si ce formalisme aura ou non vocation à être à nouveau soutenu devant l'Assemblée en deuxième lecture.

Quoiqu'il en soit, les fournisseurs pourront bien entendu, s'il le souhaitent, continuer à adresser de telles lettres de réserves à leurs clients afin de contester certaines clauses pouvant figurer dans les conditions d'achat et autres contrats d'enseigne, de groupement, etc.

Il convient de relever que le renforcement de la valeur donnée aux conditions générales de vente est maintenue par le Sénat.

4. Un autre point doit être envisagé ici, à savoir celui des délais de paiement qui n'avaient pas été modifiés par l'Assemblée nationale, sauf en ce qui concerne les factures récapitulatives.

Le Sénat avait envisagé la suppression du délai de paiement de 60 jours nets date de facture pour privilégier le seul délai de 45 jours fin de mois, avec un mode de computation qui était le suivant : décompte du délai de 45 jours à compter de la date d'émission de la facture et détermination de la date d'exigibilité de la facture à la fin du mois civil au cours duquel le délai de 45 jours avait expiré.

On s'aperçoit que le Sénat a finalement maintenu les deux délais de paiement de 45 jours fin de mois et de 60 jours date de facture, mais en prévoyant une sanction du non-respect des modalités de computation des délais de paiement convenus entre les parties et donc de ce délai de paiement de 45 jours par la création d'une amende administrative d'un montant pouvant atteindre 375.000 € pour la personne morale et 75.000 € pour la personne physique ou son délégataire.

Le délai de règlement des factures périodiques est de 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, sachant que pour l'achat de produits et matériaux destinés à la construction, à l'amélioration ou à l'entretien d'ouvrages immobiliers, le délai qui avait été prévu de 60 jours date de facture a été supprimé.

De manière générale, le non-respect des délais de paiement sera donc sanctionné de manière admi-

nistrative, le Sénat ayant voté le principe de cette sanction dans les mêmes termes que l'Assemblée.

Nous ne reviendrons pas ici sur les informations devant faire l'objet d'une attestation du commissaire aux comptes, s'agissant des délais de paiement.

5. En ce qui concerne la formalisation de la négociation commerciale annuelle, l'article L.441-7-I du Code de commerce se voit désormais complété par un alinéa supplémentaire aux trois premiers alinéas, ce quatrième alinéa étant le suivant :

« Le montant total maximum des avantages promotionnels accordés aux consommateurs par le fournisseur lors de la revente de ses produits ou services, dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de service, conclus et exécutés conformément aux articles 1984 et suivants du Code civil. »

C'est donc une nouvelle prévision légale qui serait inscrite dans le Code de commerce, puisque les nouveaux instruments promotionnels ou « NIP » seraient désormais prévus dans le plan d'affaires annuel et donc dans la convention cadre ou unique devant être conclue avant le 1er mars de chaque année.

Il s'agit là d'une véritable nouveauté, pour ne pas dire d'une révolution juridique, puisque les nouveaux instruments promotionnels n'avaient jamais été visés par une quelconque disposition légale, Monsieur Renaud Dutreil les ayant d'ailleurs qualifiés lui-même, au lendemain de la loi éponyme, de « choses byzantines ».

Qu'il s'agisse de lots virtuels, de promotions diverses et variées, de points cadeaux, de cartes de fidélité, bref d'avantages financiers dont bénéficient les consommateurs et qui sont initialement financés par les fournisseurs, tous ces avantages devront désormais être contractualisés.

Pour autant, il ne s'agit pas réellement d'une révolution sur le plan pratique puisque nombre de plans d'affaires 2013 prévoyaient déjà une telle contractualisation, en ce sens que l'enveloppe budgétaire était prévue contractuellement.

Cependant, il conviendra de réfléchir sur l'application de ces dispositions nouvelles dans le cadre des futurs plans d'affaires à venir ; il est encore trop tôt aujourd'hui, alors même que ce texte n'a pas été voté en seconde lecture par l'Assemblée nationale, pour approfondir cette réflexion.

Une autre modification affecte l'article L.441-7 du Code de commerce, à savoir que la date d'entrée en vigueur des clauses prévues du 1^{er} au 3^{ème} alinéa (les différentes rémunérations prévues dans le plan d'affaires) que l'Assemblée nationale avait encadrée dans le temps estimant qu'il devait y avoir une concomitance entre la date d'application du nouveau tarif et l'octroi des différentes réductions de prix notamment, ne peut être ni antérieure, ni postérieure, à la date d'effet

du prix convenu : il s'agit là, selon Monsieur Martial Bourquin, Rapporteur, de contribuer au maintien de l'équilibre dans la relation commerciale.

6. S'agissant des clauses de renégociation du prix des matières premières agricoles et alimentaires, et des produits issus de leur première transformation, l'article L.441-8 a été voté quasiment en l'état avec une simple modification précisant que des accords interprofessionnels ainsi que l'Observatoire de la formation des prix et des marges peuvent proposer, en tant que de besoin et pour les produits qu'il visent, des indices publics qui peuvent être utilisés par les parties. Il convient de relever ici que l'amendement n°695 qui a été adopté avait pour objet d'écarter tout risque d'atteinte au droit de la concurrence. Dans la rédaction initiale de l'article L.441-8 ajouté au chapitre 1^{er} du titre IV du livre IV du code de commerce, les accords interprofessionnels étaient non seulement autorisés à définir les indices publics de référence mais ils étaient également autorisé à prescrire à tous les opérateurs la manière de les utiliser ensuite dans la renégociation des prix. Il existait donc un risque que cette pratique puisse être qualifiée d'entente illicite et expose les opérateurs à des sanctions.

Rappelons que deux décrets sont attendus, le premier définissant la liste des produits concernés par la renégociation en cours d'année du prix convenu et le second le contenu du compte rendu de renégociation entre les parties.

7. Un nouvel article L.441-9 est créé, qui devrait prévoir le formalisme, non pas seulement des seuls contrats de sous-traitance filière par filière, comme cela avait été envisagé au cours des débats, mais également celui de tous les contrats de vente intervenant dans une même branche d'activité, dès lors que l'objet de la vente ne porte pas sur un produit destiné à être revendu en l'état mais sur un produit ayant vocation à être utilisé par l'entreprise ou intégré à sa propre production d'un autre bien.

Pour l'heure, un certain flou demeure s'agissant des conditions d'application précise de ce texte, potentiellement révolutionnaire pour le droit commercial, et il est probable que l'Assemblée sera conduite à en mieux définir les contours lors de la seconde lecture.

8. S'agissant enfin des sanctions administratives et des pouvoirs d'injonction de l'Administration, le texte voté par l'Assemblée est pleinement maintenu par le Sénat en toutes ses dispositions, la Chambre Haute ayant même souhaité le renforcer puisque, désormais, les sanctions administratives, une fois définitives, pourraient être publiées selon des modalités devant être déterminées par un décret en Conseil d'Etat (cf. article 59 du projet de loi - Article L.465-1 et L.465-2 nouveaux du Code de commerce.

* * *

Le texte ainsi voté par le Sénat reprend dans une très large mesure les dispositions adoptées par l'Assemblée nationale le 3 juillet dernier, si ce n'est en ce qui concerne le formalisme des lettres de réserves qui ne serait donc pas prévu par le Code de commerce, laissant toute liberté aux parties au contrat de retenir ou de ne pas retenir ce formalisme ; la principale autre modification se situe hors du domaine de la grande distribution, puisque concernant le contrat de vente de manière générale, modification dont on peut dire qu'elle est encore en devenir, quoique initiée dans le droit fil de différents rapports ayant trait à la sous-traitance.

On voit ainsi se profiler ce que sera le nouveau texte dans le domaine des négociations commerciales...

Une question sur l'applicabilité des nouveaux textes ; quand devraient-ils s'appliquer ?

L'article 62 du projet de loi prévoit, s'agissant des articles L.441-7 (formalisation du plan d'affaires annuel), L.441-8 (renégociation des contrats portant sur les produits agricoles et les produits issus de leur première transformation) et L.442-6-I-12° (interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de services à un prix différent du prix convenu [...]) **que ces dispositions sont applicables aux contrats conclus à compter du premier jour du quatrième mois suivant la promulgation de la présente loi.**

En revanche les autres dispositions évoquées ci-dessus seront applicables immédiatement sous réserve d'éventuels décrets nécessaires à leur entrée en vigueur et application.

Nous vous tiendrons bien entendu informés du calendrier législatif de la seconde adoption de ce texte par le Parlement.

Synthèse du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2012

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvét

Le Président de l'Autorité de la concurrence, Bruno Lasserre, a présenté le 10 juillet dernier le Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence. Cette dernière connaît une actualité très riche avec la publication, le même jour, des nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, d'une enquête sectorielle très attendue dans le domaine de la distribution du médicament délivré en ville, et enfin celle de la décision autorisant la prise de contrôle exclusif de Monoprix par Casino, sous réserves d'engagements.

Le rapport annuel présente un bilan de l'activité de l'Autorité qui s'articule autour des éléments suivants :

I. Les pratiques anticoncurrentielles

Le montant total des sanctions prononcées à ce titre s'est élevé en 2012 à un montant de 540,5 millions d'euros, soit un millésime très remarquable à rapprocher des records atteints en 2005 et 2008. Parmi ces sanctions, on notera notamment l'amende de 242,4 millions d'euros prononcée à l'encontre des meuniers et de 3,9 millions d'euros infligés aux producteurs d'endives, le secteur agricole étant particulièrement à l'honneur au titre du présent rapport.

II. Le contrôle des concentrations

En 2012, 185 décisions ont été rendues par l'Autorité au titre du contrôle des concentrations.

Les contentieux liés aux concentrations ont été marqués par les affaires Canal Plus/TPS (non respect d'engagements) et l'affaire Colruyt, cette dernière particulièrement sensible étant le premier cas de non respect de l'obligation de notification (gun-jumping) examiné par l'Autorité de la concurrence depuis sa création en 2009.

Comme annoncé précédemment, le contrôle des concentrations a également connu en juillet 2013 deux grands moments :

Tout d'abord l'Autorité a autorisé, au terme d'une phase approfondie d'examen et sous engagements, la cession à Casino de 50% du capital de Monoprix que détenaient Les Galeries Lafayette, Casino contrôlant dès lors exclusivement Monoprix. Cette opération, on le comprend, entraîne des impacts concurrentiels sensibles, que l'Autorité avait déjà mis en exergue dans son avis n°12-A-01 sur la distribution alimentaire à Paris. Du fait de cette prise de contrôle exclusif, Casino aurait détenu des parts de marchés significatives dans 47 zones de chalandise à Paris, 3 zones dans le Var et une zone en Corse. Casino s'est donc engagé à d'importantes cessions de points de vente dans ces zones.

Ensuite, l'Autorité a publié ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations entre entreprises. Les apports de ce nouveau texte sont multiples :

• Une incitation accrue à recourir à la phase informelle de pré-notification

Les nouvelles lignes directrices prévoient désormais, à l'instar de la procédure européenne de désignation préalable du case team, un premier retour rapide concernant la désignation du ou des rapporteurs chargés de l'examen de l'opération en cause, qui doit normalement intervenir dans un délai de 5 jours ouvrés après l'envoi d'une note de présentation de l'opération (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les concurrents et les parts de marché) ou d'une version préliminaire du dossier de notification. Les lignes directrices prévoient en outre que ce premier retour doit également porter sur l'état de la complétude du dossier.

- **Précisions concernant la mise en œuvre de la procédure simplifiée**

Les lignes directrices précisent les conditions d'éligibilité pour bénéficier d'une telle procédure accélérée :

- les cas où le(s) acquéreur(s) n'est/ne sont pas présent(s) sur les mêmes marchés que la ou les cibles, ni sur des marchés en amont, en aval ou connexes,
- ceux où les opérations sont soumises aux seuils spécifiques (et moins élevés) du commerce de détail, dès lors qu'elles n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins concerné(s).

La procédure simplifiée se caractérise par un raccourcissement significatif des délais - les lignes directrices prévoyant un délai moyen de 15 jours ouvrés - et la publication d'une décision très succincte.

- **Précisions concernant les dérogations à l'effet suspensif**

Outre les hypothèses prévues dans la version précédente - offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou en redressement judiciaire, risque de disparition imminente de la cible ou opérations sur les marchés réglementés - sont désormais visées expressément les hypothèses d'ouverture d'une procédure collective ou encore la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible.

- **Précisions concernant l'analyse sur le fond**

Des précisions ont été apportées concernant l'analyse des marchés locaux ou de ceux mettant en présence les acteurs de l'industrie agro-alimentaire et de la grande distribution. Les lignes directrices intègrent par ailleurs désormais un certain nombre de tests économiques quantitatifs, en indiquant qu'ils présentent l'avantage de pouvoir être calculés sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent.

- **Introduction de modèles-types pour les engagements de cessions d'actifs et les contrats de mandat**

Les lignes directrices prévoient désormais deux modèles-types - pour la cession d'actifs et le contrat de mandat - dans le but affiché d'anticiper, de sécuriser et d'homogénéiser la conception et le suivi des engagements et d'assurer la cohérence avec la pratique européenne en la matière. Le modèle-type d'engagement de cession comporte notamment les obligations principales devant y figurer, les définitions des principaux termes juridiques de l'engagement, une pré-formulation de la procédure de cession ainsi que les garanties minimales jugées nécessaires par l'Autorité, en particulier concernant la viabilité des actifs cédés.

Le contrat-type de mandat précise notamment le rôle du mandataire, les conditions de son indépendance, ainsi que ses missions.

- **Création d'un guide spécifique concernant les études économiques**

L'annexe relative aux études économiques qui figurait dans la version précédente des lignes directrices

relatives au contrôle des concentrations a été supprimée et est désormais remplacée par un communiqué commun aux études économiques soumises dans le cadre du contrôle des concentrations et des procédures liées aux pratiques anticoncurrentielles. On le sait, l'Autorité devient de plus en plus friande de ce type d'études économétriques.

III. Les avis et les enquêtes sectorielles : La distribution des médicaments

L'enquête sectorielle qui doit attirer notre attention est celle qui a été publiée le même jour que le Rapport annuel et qui est intitulée : « *Comment dynamiser la concurrence dans le secteur de la distribution du médicament en ville ?* ».

Avant d'adopter ses conclusions définitives à la fin de cette année, l'Autorité a publié une première évaluation qu'elle soumet à une consultation publique.

Ce document présente de façon détaillée les points de blocage que l'Autorité de la concurrence a détectés à chacun des échelons de la chaîne de distribution et explore les pistes susceptibles d'y remédier :

A/ Pratiques de la part des laboratoires

Selon l'Autorité, Il est nécessaire de protéger le médicament générique d'un certain nombre de pratiques unilatérales des laboratoires princeps ou de pratiques concertées entre laboratoires princeps et laboratoires génériques.

Parmi ces pratiques, l'Autorité retient :

- Le dénigrement, pratique qui a récemment été sanctionnée par l'Autorité dans sa décision n° 13-D-11 du 14 mai 2013 (affaire Plavix) ;
- Les pratiques de retrait d'autorisations de mise sur le marché de médicament princeps et de communication d'informations erronées aux offices de brevet visant à empêcher l'entrée des génériques (sanctionnées au niveau européen dans l'affaire AstraZeneca) ;
- Les pratiques de « *pay-for-delay* », qui consistent pour un laboratoire générique à accepter de retarder l'entrée de son générique sur le marché contre rémunération du laboratoire princeps, récemment sanctionnées par la Commission européenne dans sa décision du 17 juin 2013 (Lundbeck) ;
- Des risques d'ententes non négligeables au travers de la négociation des prix avec le Comité économique des produits de santé (CEPS) et au travers de l'abstention de demande d'autorisation de mise sur le marché (AMM).

S'agissant des médicaments non remboursables, l'Autorité considère que les laboratoires pharmaceutiques qui commercialisent des médicaments non remboursables privilégient très largement le canal de la vente directe auprès des officines, certains d'entre eux allant jusqu'à opposer des refus de vente aux grossistes et intermédiaires. Selon l'Autorité, cette forme de distribution peut être un moyen pour le laboratoire de maintenir ses marges à un niveau élevé et de maîtriser les prix de vente au détail. En effet,

dans l'hypothèse où les acheteurs et négociants en gros obtiendraient eux-aussi des conditions avantageuses, ils pourraient les répercuter sur l'ensemble de leur clientèle, et notamment les officines de taille modeste qui ne bénéficient pas des avantages commerciaux liés à la vente directe. Dès lors, en refusant d'octroyer des avantages plus conséquents aux intermédiaires, les laboratoires s'assurent que les plus petites officines continuent à payer un prix élevé sur ces médicaments.

L'Autorité s'interroge également sur la politique suivie par certains laboratoires génériques procédant à des ventes liées de médicaments génériques et de médicaments non remboursables. Concrètement, ces remises ou marges arrière « déguisées » prennent la forme d'une rémunération au titre d'une coopération commerciale portant sur la gamme de médicaments non remboursables du laboratoire générique. Mais en réalité, ces contrats de coopération commerciale ne sont conclus qu'à la condition que l'officine référence la gamme de médicaments génériques de ce même laboratoire. Il ne peut en outre pas être exclu que ces prestations commerciales soient même entièrement fictives, c'est-à-dire que le pharmacien ne remplisse pas du tout la prestation convenue.

B/ Distribution en Gros

Selon l'Autorité, l'ensemble des intermédiaires de la distribution du médicament en ville souffrent d'un manque de puissance d'achat compensatrice et il convient dès lors de s'interroger sur le renforcement de cette dernière, afin de pouvoir faire bénéficier les officines et le consommateur final de remises conséquentes généralisées sur la gamme du non-remboursable.

Par ailleurs, les formes de regroupements de pharmaciens à l'achat de médicaments non-remboursables ne parviennent pas non plus à obtenir des conditions équivalentes à celles offertes à certaines officines. À cet égard, l'Autorité constate que la pratique d'achats groupés par un pharmacien procédant à des rétrocessions, pratique pourtant illégale, s'est développée en vue de pallier l'échec des structures de regroupement à l'achat (SRA) et des centrales d'achat pharmaceutique (CAP).

Enfin, l'Autorité suggère de réfléchir aux opportunités de développement du commerce parallèle de médicaments à l'intérieur de l'Union européenne. En effet, les grossistes-répartiteurs devraient pouvoir se fournir plus facilement auprès des laboratoires pharmaceutiques implantés dans des Etats membres de l'Union où le prix des spécialités est plus bas.

C/ Libéralisation de la distribution de détail des médicaments d'automédication et de « produits frontières ».

Tout récemment, le commerce en ligne des médicaments soumis à prescription médicale facultative a été autorisé en France. Selon l'Autorité, cette nouvelle forme de vente devrait donner de nouvelles opportunités en termes de baisse des prix de vente au détail et d'information du consommateur sur les prix. L'Autorité encourage le développement des cyberpharmacies.

Il reste que l'animation de la concurrence, notamment en prix, et plus particulièrement sur les médicaments non remboursables, peut passer par d'autres mesures que le commerce en ligne.

Il y a lieu selon l'Autorité de considérer l'opportunité d'ouvrir en partie le monopole officinal (un certain nombre de produits visés par le code de la santé publique ne peuvent être commercialisés qu'en officine), sans remettre en cause le monopole pharmaceutique (délivrance uniquement par un pharmacien), afin de permettre à d'autres réseaux de distribution que les officines de commercialiser les médicaments soumis à prescription médicale facultative dits « d'automédication » et des produits dont la liste figure à l'article L.4211-1 du code de la santé publique (comme par exemple les produits d'entretien pour lentilles, les tests de grossesse ou de glycémie).

Les grandes enseignes de distribution telles que E.Leclerc depuis de nombreuses années, qui ont fait connaître leur intérêt évident pour distribuer certains médicaments dans leurs établissements, dans des espaces dédiés et gérés par des pharmaciens, sont bien évidemment à l'orée du bois.

En conclusion, on rappellera que cette étude est le support d'une consultation publique qui s'achèvera le 16 septembre prochain.

IV. Une Étude thématique intitulée « agriculture et concurrence » particulièrement importante :

Le droit de la concurrence et les instruments spécifiques applicables au secteur agricole sont souvent présentés comme antagonistes. Ils sont en réalité complémentaires à bien des égards (cf. Etude co-rédigée par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros, Revue Lamy de la concurrence - 2013 : Confrontation ou harmonisation entre agriculture et concurrence ?).

Tout en étant soumis, comme l'ensemble de l'économie, aux règles de concurrence, le secteur agricole bénéficie, tant à l'échelle de l'Union qu'au niveau interne, d'une législation spécifique destinée à permettre aux acteurs d'opérer certaines formes de regroupement (interprofession, organisations de producteurs) porteuses d'efficacité économique et commerciale.

Dans cette étude, l'Autorité analyse en détail le fonctionnement des marchés agricoles mettant en exergue les conséquences de la volatilité des prix et de la spéculation des matières agricoles (cf. Atelier de la concurrence – DGCCRF – Septembre 2011)

Ce qui nous intéresse particulièrement est la troisième partie de l'étude consacrée à la régulation concurrentielle des marchés agricoles et les développements sur les groupements agricoles, d'une part, et sur les échanges d'informations entre concurrents sur les marchés agricoles, d'autre part :

A/ La possibilité de groupements spécifiques d'entreprises dans le secteur agricole

L'Autorité détaille sa pratique décisionnelle relative aux pratiques concertées dans le secteur agricole et

aux sanctions qu'elle a pu prononcer s'agissant des pratiques d'entente (récemment dans le secteur des endives, de la meunerie et du porc charcutier). À la différence de ces pratiques sanctionnées, le fait pour des producteurs de se regrouper au sein d'une coopérative qui, tout en définissant une politique commerciale commune, leur permet de conserver leur autonomie sur les marchés agricoles, ne constitue pas en soi un comportement restrictif de concurrence. Deux situations doivent être distinguées selon l'Autorité : les rapports entre agriculteurs et coopératives, d'une part, et, d'autre part, les rapports entre coopératives.

- Rapports entre agriculteurs et coopératives :

Il a été admis qu'une interdiction de double appartenance peut produire des effets positifs sur la concurrence si elle n'exclut pas totalement la possibilité de s'approvisionner en dehors de la structure à laquelle un exploitant agricole appartient. Dans la décision 07-D-16 du 9 mai 2007 relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales, le Conseil, à l'époque, a rappelé que l'existence d'une clause de non-concurrence n'est pas en elle-même nécessairement illicite, si elle est strictement proportionnée aux objectifs licites à atteindre. Toutefois, en l'espèce, la clause de non-concurrence jouait au moment où les agriculteurs disposaient de la possibilité de changer de coopérative à l'issue de la période d'engagement, ce qui tendait à restreindre cette possibilité. Ce type de clause peut être considéré comme interdisant à une coopérative d'inciter un coopérateur d'une autre coopérative à lui vendre tout ou partie de sa part libre de production pendant sa période d'engagement, si l'engagement qu'il a souscrit vis-à-vis de sa coopérative ne porte pas sur l'intégralité de celle-ci. Cette pratique tend, dans les faits, à limiter les débouchés des différentes coopératives et de leurs membres et à répartir les sources d'approvisionnement.

Par ailleurs, l'Autorité vérifie traditionnellement que le pouvoir de sanction contractuelle (indemnité de sortie) d'une coopérative à l'encontre des agriculteurs associés n'est pas disproportionné, empêchant ou rendant extrêmement difficile la sortie de la coopérative avant la fin de la durée prévue dans les statuts.

- Rapports entre coopératives :

L'Autorité estime qu'une union de coopératives agricoles agissant comme mandataire de ses membres, regroupant leurs commandes et se rémunérant sous forme de commissions, exerce une activité conforme au droit de la concurrence, sauf si, sous couvert de ce mandat, elle met en œuvre des pratiques ayant pour objet et pouvant avoir pour effet d'empêcher ses adhérents de fixer librement leurs prix de vente.

Sans aller jusqu'à fusionner entre elles, certaines coopératives peuvent ainsi mettre en place une structure commune telle qu'un groupement d'achat central ou de commercialisation sous la forme d'un GIE. Si des coopératives membres d'une union peuvent donc adopter une stratégie globale commune pour réduire le coût de leurs achats ou leurs coûts logistiques, cette coordination ne saurait limiter la liberté

commerciale de chacune en matière d'approvisionnement, d'expansion et de prix lorsque ces coopératives ou leurs membres se situent sur les mêmes zones statutaires. L'Autorité évoque ainsi, dans le cadre de la décision n° 07-D-16 précitée, l'introduction par quatre coopératives agricoles d'une clause de non-concurrence dans le règlement intérieur du GIE qu'elles avaient constitué, interdisant aux coopératives de démarcher les coopérateurs des autres coopératives, disposition qui a été sanctionnée en ce qu'elle empêchait les agriculteurs parvenus à la fin de leur engagement dans une coopérative de changer pour une coopérative plus performante.

B/ Les échanges d'informations dans le domaine agricole

Le Conseil de la concurrence, à l'époque, avait indiqué dans son avis n° 08-A-07 ne pas être défavorable par principe à la mise en œuvre de pratiques ayant pour objet de limiter le caractère aléatoire de l'offre et les phénomènes entraînant la volatilité artificielle des prix à la production, considérant que de telles pratiques peuvent, en principe, être de nature à contribuer au progrès économique.

Toutefois, dans cet avis, le Conseil avait rappelé le **principe cardinal qui doit guider la mise en place d'échanges d'informations : les informations données en matière de prix ne doivent pas avoir pour effet actuel ou potentiel de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts.**

Sur les marchés agricoles, l'objectif de régularisation des prix (faire face à la forte volatilité) peut justifier la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché. En revanche, la **diffusion de prix recommandés, et à plus forte raison obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels actuels ou potentiels sont incontestables.**

A contrario, un organisme professionnel diffusant des informations sur l'évolution de la conjoncture et des coûts enregistrés n'outrepasse pas sa vocation naturelle, laquelle consiste à défendre les intérêts collectifs de ses membres, et à les informer des questions générales susceptibles d'affecter leur activité.

En dehors des cas où ils poursuivent un objet anticoncurrentiel, les échanges d'informations doivent donc être appréhendés au cas par cas au vu de leurs effets actuels ou potentiels sur la concurrence, selon une grille d'analyse tenant compte de **deux principaux éléments : la situation spécifique de la concurrence sur le marché concerné, d'une part, et les caractéristiques des informations échangées et les modalités de l'échange, d'autre part.**

Sur le premier point, l'Autorité considère que la transparence accrue d'un marché résultant des échanges d'informations entre entreprises concurrentes a un impact différent en fonction du nombre d'entreprises présentes sur le marché, de leurs forces commerciales respectives et de l'intensité de la compétition les opposant. Ainsi, sur les marchés sur lesquels sont présentes un grand nombre de petites entreprises, situation fréquente dans le secteur agricole, l'Autorité considère que le risque d'interactions stratégiques

entre elles est faible. Le fait que les échanges d'informations interviennent directement entre les entreprises intéressées ou passent par l'intermédiaire d'un organisme professionnel, qui ne serait pas lui-même un opérateur économique, est sans incidence sur la licéité de cet échange.

Sur le second point, de manière générale, l'Autorité considère que l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problème de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents. L'Autorité insiste de façon constante sur le caractère anticoncurrentiel des échanges d'informations concernant les prix de vente des opérateurs. Des échanges d'informations portant sur les prix dans une occurrence de temps qui permettrait, par exemple, aux opérateurs de surveiller en temps réel le comportement de leurs concurrents, peuvent avoir pour effet de les inciter à aligner leurs comportements sur le marché.

À cet égard, l'Autorité a rappelé dans son avis n° 11-A-03 du 15 février 2011 relatif à un accord interprofessionnel dans le secteur ovin **qu'aucun prix fixe ne devrait figurer de manière uniforme dans les contrats**. Si beaucoup de producteurs espèrent que la contractualisation débouche sur des prix minima garantis par l'interprofession, **l'Autorité considère que les indicateurs de référence diffusés par les interprofessions ne doivent pas présenter un caractère nor-**

matif qui les rendrait assimilables à des recommandations de prix. Il convient également d'éviter que des entreprises concurrentes s'échangent des informations sur des données individuelles, par exemple par la communication réciproque des quantités produites et vendues, des prix et des conditions concernant les remises, les majorations ou réductions de prix et les ristournes des conditions générales de vente, de livraison et de paiement.

De même, la diffusion d'une grille tarifaire commune fixant des indices de prix de vente relatifs par rapport à un produit de base serait prohibée, puisqu'elle empêcherait l'entreprise plus efficace de baisser ses prix de manière à ce qu'ils reflètent ses coûts propres. En revanche, les références qui comportent des indications élémentaires permettant aux entreprises de faciliter le calcul de leur coût de revient ou celles qui expriment des prix constatés lors de transactions non individualisées, intervenues antérieurement et dans des conditions de concurrence normales (les mercuriales), ou encore celles qui sont établies à titre d'exemples et à partir de chiffres fictifs, sont licites.

L'Autorité de la concurrence, en prenant en compte les spécificités des marchés agricoles fait ainsi preuve d'un pragmatisme certain qui rassurera les acteurs du monde agricole qui ont pu accueillir avec un certain scepticisme les récentes décisions sur le cartel de la farine, des endives ou encore du porc charcutier.

Comment le Conseil Constitutionnel a privé l'ARCEP de ses pouvoirs de sanction (décision QPC du 5 juillet 2013 du Conseil Constitutionnel - Société Numéricable SAS et autres)

Par Jean-Christophe Grall et Marine Grall (étudiante, Master Affaires Publiques - Sciences Po - Paris)

Un coup de tonnerre a raisonné dans le ciel d'azur parisien le 5 juillet 2013 : le Conseil Constitutionnel, saisi le 29 avril 2013 par le Conseil d'État¹ d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Numéricable SAS et NC Numéricable portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L.36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), a enlevé à l'ARCEP tout pouvoir de sanction.

Pour rappel, l'Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes (ARCEP) est une Autorité Administrative Indépendante (AAI), c'est-à-dire une institution de l'État chargée, en son nom, d'assurer la régulation de secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement. Ces AAI disposent d'un certain nombre de pouvoirs, dont le pouvoir de recommandation, de décision, de réglementation, mais aussi de sanction. Parmi les plus connues se trouvent l'AMF pour les marchés financiers, le CSA pour l'audiovisuel, l'Autorité de la Concurrence, etc.

L'ARCEP, créée par la loi du 26 juillet 1996 (à l'époque sous le nom d'Autorité de Régulation des Télécom-

munications), a elle pour mission de préparer et accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur et veiller à la fourniture et au financement du service universel des télécommunications. La loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales a étendu la compétence de l'Autorité au secteur postal et lui a donné le nom d'ARCEP.

Mais revenons aux faits de l'espèce : les requérantes à l'origine de la QPC dont a été saisi le Conseil Constitutionnel, à savoir les sociétés Numéricable SAS et NC Numéricable, avaient fait l'objet le 20 décembre 2011 d'une décision de l'ARCEP leur infligeant une amende de 5 millions d'euros pour retard dans l'exécution d'une décision du 4 novembre 2010 prise par l'ARCEP leur ordonnant le règlement d'un différend qu'elles avaient avec France Télécom (sur les conditions de réalisation du déploiement et de la maintenance de leurs réseaux de fibres optiques dans le cadre des contrats de cession de ces réseaux conclus en 1999, 2001 et 2004).

À l'occasion d'une requête en annulation de la décision de l'ARCEP devant le Conseil d'Etat, les sociétés requérantes ont soutenu que les dispositions de l'ar-

¹ Décision CE n°356976 du 29 avril 2013

ticle L.36-11 du CPCE ne garantissent pas la séparation des pouvoirs de poursuite et d'instruction, des pouvoirs de sanction de l'ARCEP. Les douze premiers alinéas de cet article confient en effet à l'ARCEP le soin de réprimer les manquements, par les exploitants de réseaux ou les fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre.

Le Conseil Constitutionnel a fait droit à la demande des sociétés requérantes et jugé contraires à la Constitution les dispositions de l'article L.36-11 : le Conseil Constitutionnel considère donc que la séparation des pouvoirs d'instruction et de sanction n'est pas respectée au sein de l'ARCEP.

Pour arriver à cette conclusion, les Sages de la rue Montpensier se sont basés, dans leur 12^{ème} considérant², sur l'article L.132-1 du CPCE qui prévoit la nomination et la répartition des compétences entre le Président et le Directeur Général de l'ARCEP. En effet, selon ces dispositions, le Directeur Général, qui conduit les instructions, est nommé par le Président et est placé sous son autorité. Or le Président de l'ARCEP possède de facto un pouvoir de sanction puisqu'il préside le collège qui prononce les sanctions. Comme l'écrivent les juges du Conseil Constitutionnel, « *les dispositions des 12 premiers alinéas de l'article L.36-11 du CPCE n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité* ».

Cette décision met donc en lumière un principe essentiel depuis longtemps défendu par le Conseil Constitutionnel et ici méconnu par cette non-séparation : le principe d'impartialité des juges.

Le Conseil Constitutionnel a depuis longtemps jugé que le principe d'indépendance est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »³ ou « *juridictionnelles* »⁴.

Par la suite, le Conseil Constitutionnel a fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789⁵. Il a, en effet, rattaché à la garantie des droits proclamée par cet article le droit à un recours effectif, les droits de la défense⁶, le droit à un procès équitable⁷ et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions⁸.

L'existence de garanties légales d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction constitue une exigence applicable à toutes les juridictions, et il revient donc au Conseil Constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées des fonctions de sanction au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction.

Or il n'existe aujourd'hui pas de modèle unique dans les AAI pour garantir cette impartialité : la loi peut opter pour une séparation fonctionnelle entre organe de poursuite et organe de sanction, ou bien pour une séparation organique.

Dans sa décision du 5 juillet 2013, le Conseil Constitutionnel ne remet pas en cause cette option laissée au législateur : « *il revient au Conseil Constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction soient effectivement séparées du pouvoir de sanction : cela ne présuppose pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions, une séparation fonctionnelle pouvant satisfaire aux exigences constitutionnelles.* »⁹.

Pour l'ARCEP, désormais privée de ses pouvoirs de sanctions, la solution ne pourra donc être que législative : le Parlement devra réécrire l'article L.36-11 du CPCE afin de garantir le principe d'impartialité. De plus, ce changement devra se faire rapidement étant donné que l'ARCEP peut aujourd'hui encore édicter des règles mais ne peut plus les faire respecter, ce qui est particulièrement problématique dans un secteur hautement concerné par les batailles juridiques.

Le gouvernement devrait donc déposer un projet de loi à l'Assemblée nationale d'ici la mi-novembre. L'une des solutions envisagées est la création d'une Commission des sanctions indépendante des autres services de l'ARCEP, comme cela est déjà le cas à l'AMF.

Une autre AAI est aussi concernée par la décision du Conseil Constitutionnel : le projet de loi sur l'indépendance du secteur audiovisuel doit être adopté à l'automne et prévoit de moderniser la procédure de sanction du CSA en confiant notamment à un rapporteur indépendant le soin d'engager des poursuites et ce, dans l'objectif de renforcer les garanties d'impartialité et d'indépendance au sein de cette autorité.

Affaire à suivre donc ...

²Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 : « 12. Considérant que, selon le premier alinéa de l'article L. 132 du code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le Président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, **les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L.36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité** ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution ; »

³Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, cons. 64.

⁴Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 15.

⁵Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, Loi organique relative aux juges de proximité, cons. 23.

⁶Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, cons. 24.

⁷Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 11.

⁸Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

⁹ Décision QPC n° 2013-331 du 5 juillet 2013

« Contrefaçon et cyber-contrefaçon : quels sont les moyens de lutte pour les industries créatives ? »

Compte-rendu du colloque du 8 juillet 2013 organisé par la DGCIS¹ et animé par l'UNIFAB²

Par Nadège Pollak

Aujourd'hui, plus d'une entreprise sur deux s'estime victime de la contrefaçon et ce, quelque soit son secteur d'activité, sa taille et son niveau de développement économique : il peut s'agir d'une contrefaçon de ses marques, de ses dessins et modèles ou de ses brevets.

Au-delà des entreprises créatives, les industriels sont tous concernés par ce fléau qui a profité du développement du commerce électronique pour trouver d'autres moyens de concurrencer et de parasiter leurs efforts.

Grâce à la participation de professionnels et administrations impliqués dans la lutte contre ce phénomène, les moyens de prévention face à la contrefaçon tendent à devenir plus efficaces, et plus particulièrement pour la lutte contre la contrefaçon sur Internet.

I. Contrefaçon, les moyens de prévention classiques

La contrefaçon, en plus d'être une faute civile, est également susceptible de constituer une infraction pénale ainsi qu'une infraction douanière.

Rôle de l'INPI - L'INPI intervient en amont, pour permettre aux titulaires de droits de les enregistrer à titre de marque, dessin et modèle ou brevet, selon leur nature. Cet enregistrement constitue une étape essentielle de la protection.

Rôle des douanes - Pour agir contre la contrefaçon, les douanes disposent de deux moyens d'action, actuellement prévus par le Règlement (CE) n° 1383/2003³ et par le Code de la propriété intellectuelle.

La retenue en douane d'une part permet aux douaniers de retenir une marchandise soupçonnée de contrefaçon pendant dix jours, délai permettant de collecter des informations et d'agir en justice. La saisie en douane d'autre part vise à confisquer la marchandise en cas de contrefaçon avérée ou après une retenue confirmée.

Malheureusement, depuis l'arrêt Philips / Nokia de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} décembre 2011⁴, les douanes ne peuvent plus saisir les marchandises **en transit** sur le territoire de l'Union européenne, ce qui a considérablement réduit leurs possibilités de saisies.

En conséquence, alors que 8,9 millions d'articles ont été saisis par les douanes en 2011, ce sont seulement 4,6 millions d'articles qui ont pu l'être en 2012. Sont concernés en premier lieu les vêtements (34% des sai-

sies), mais également les médicaments en constante augmentation (10%) et les jeux et jouets (8%). La tendance à la hausse est confirmée pour les saisies sur le fret postal.

Protection supplémentaire, les titulaires de droits sont également invités à enregistrer des **demandes d'intervention** auprès des douanes, visant à attirer l'attention des douaniers sur leurs droits afin qu'ils soient mieux protégés.

II. Les moyens d'actions de la cyber-contrefaçon

Particularité de la contrefaçon sur Internet, les contrefacteurs sont dissimulés derrière des sociétés écran, des sites-champignons (ou sites « *stand alone* ») et appartiennent fréquemment à la criminalité organisée issue de réseaux et mafias très puissantes.

Difficulté supplémentaire, la plupart d'entre eux recourent au « *drop shipping* », c'est-à-dire qu'ils envoient directement les marchandises contrefaisantes au consommateur final, sans stocker de marchandises chez eux ; la seule possibilité d'action est alors de surveiller les flux financiers.

Rôle de Cyber-douane - Constituée de dix analystes et trois enquêteurs, la cellule Cyber-douane dispose de moyens d'actions efficaces pour lutter contre la contrefaçon sur Internet. Pour mener à bien ses enquêtes, elle a désormais la possibilité d'acheter directement des marchandises sur Internet sous une fausse identité (« *Pouvoir 67 bis I* ») ce qui permet d'obtenir des informations sur le réseau et de remonter les flux financiers (via des comptes Paypal ou Western Union notamment).

Rôle des Cyber-gendarmes - Les Cyber-gendarmes de la section Délinquance financière, Cybercriminalité et contrefaçon s'appuient sur 250 gendarmes spécialisés en nouvelles technologies partout en France. Leur premier rôle est de venir en aide aux PME qui sont victimes de contrefaçon ou d'autres infractions sur Internet et d'initier une action pénale à la suite de leur plainte. La finalité de leur enquête est de pouvoir saisir les biens du cyber-délinquant et, le cas échéant, d'indemniser la victime. Les Cyber-gendarmes s'appuient également sur Europol et sur la coopération policière internationale.

Rôle de l'AFNIC - En marge de la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle, l'AFNIC concentre son action sur certains noms de domaine, et principalement les noms de domaine en .fr. L'action de

¹ Direction générale de la compétitivité, de l'Industrie et des services, www.dgcis.gouv.fr

² Union des fabricants pour la protection internationale de la propriété intellectuelle, www.unifab.com

³ Ce règlement a été abrogé par le règlement (UE) n° 608/2013 du 12 juin 2013 qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014

⁴ Décision n° 495/09 du 1^{er} décembre 2011

L'AFNIC permet entre autres choses de signaler un nom de domaine qui porterait atteinte à un droit de propriété intellectuelle, de demander à ce qu'il soit gelé ou même bloqué, mais ne permet jamais d'agir sur le contenu du site Internet.

La procédure Syreli, prévue par l'article L.45-6 du Code des postes et communications électroniques,

ouvre une possibilité de transfert ou de suppression d'un nom de domaine lorsque le requérant justifie d'un intérêt légitime à agir et qu'il n'est pas de mauvaise foi. Au 30 juin 2013, la procédure Syreli a permis de résoudre 264 conflits sans passer devant le juge judiciaire (exemple : suppression des noms de domaine cigarettes-enligne.fr ; achat-cigarettes.fr et cigs.fr).

L'écotaxe poids-lourds : un mécanisme de majoration forfaitaire du prix de la prestation de transports ; entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2013 !

Par Jean-Christophe Grall

Le 24 avril dernier, l'Assemblée nationale a définitivement adopté le projet de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports fixant notamment les modalités d'application de l'écotaxe poids-lourds.

Cette dernière concernera les camions, vides ou chargés, dont le poids est supérieur à 3,5 tonnes, et un réseau routier taxable d'environ 15 000 kilomètres, dont 10 000 kilomètres de routes nationales et environ 5 000 kilomètres de routes du réseau local. Pour les transports internationaux, la taxe s'appliquera sur la partie française du trajet. Le barème de la taxe fixé par arrêtés pour 2013 et 2014 établit une série de taux selon, d'une part, le poids des véhicules et d'autre part le niveau de leurs émissions polluantes. Le gouvernement espère récolter 1,2 milliard d'euros par an avec cette écotaxe.

D'inspiration Pigouvienne, la taxe poids lourds a pour but d'internaliser les impacts environnementaux du transport routier de marchandises et de favoriser un autre mode de transport que la route, tels que le rail ou les canaux navigables.

Ce report modal est favorisé par un signal prix, dans la logique du principe pollueur-payeur, qui consiste en la répercussion de la taxe sur les chargeurs. L'Etat s'était, en effet, engagé à la « *neutralité* » de la taxe pour les transporteurs routiers, afin de ne pas peser sur l'équilibre économique fragile du secteur et au motif que l'altération des infrastructures routières et la pollution correspondante repose en réalité sur les chargeurs ou donneurs d'ordre, c'est-à-dire sur les clients des transporteurs.

Le projet de loi initial ne comportait que les dispositions nécessaires pour la mise en œuvre du mécanisme de répercussion de la taxe puisque le régime juridique de celle-ci avait déjà été instauré par une série de textes antérieurs.

En effet, les principales caractéristiques de la taxe ont été fixées par l'article 11 de la loi du 3 août 2009 dite « *Grenelle 1* », lequel prévoyait expressément que la taxe serait « *répercutée par les transporteurs sur les bénéficiaires de la circulation des marchandises* ». La loi de finances pour 2009 avait en conséquence pré-

vu une majoration du prix du transport correspondant à la taxe poids-lourds acquittée par le transporteur, en précisant que cette répercussion pourrait être effectuée sur une base réelle ou sur une base forfaitaire.

Par application de ce principe, l'article L. 3222-3 du Code des transports, issu de la loi de finances pour 2009, prévoit que le prix du transport est majoré de plein droit des taxes (nationale et alsacienne) supportées par l'entreprise pour la réalisation de l'opération de transport.

Les modalités de la répercussion obligatoire de la taxe dans le prix du transport ont été définies par le décret n°2012-670 du 4 mai 2012 « *relatif aux modalités de majoration du prix du transport liée à l'instauration de la taxe alsacienne et de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises* ». Ce dernier prévoit trois modalités de majoration des prix selon le type de prestation :

- Une répercussion « *au réel* » pour une prestation pour le compte d'un seul donneur d'ordre ;
- Un montant forfaitaire pour une prestation de transport routier indissociable d'une prestation plus globale ;
- Pour les prestations n'entrant pas dans les deux premières catégories, une majoration à hauteur d'un pourcentage calculé a posteriori par le transporteur et résultant du rapport, sur une période donnée, entre le montant de la taxe acquittée et le chiffre d'affaires réalisé.

Ce décret a été vertement critiqué par les transporteurs routiers. La distinction entre les trois modalités possibles est très difficile en pratique, et chacune d'elles implique une surcharge administrative importante pour les entreprises de transports, notamment pour les nombreuses PME du secteur. Qualifié de véritable « *usine à gaz* » par le ministre chargé des Transports, M. Frédéric Cuvillier, le dispositif de répercussion de l'écotaxe initialement prévu a complètement été réécrit.

A l'issue de la navette parlementaire, l'article 16 de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports substitue un mécanisme de majoration du prix de la prestation de trans-

port routier de marchandises contractuellement défini au mécanisme antérieur de répercussion du montant de l'écotaxe. Désormais, l'article L. 3222-3 du Code des transports prévoit afin de prendre en compte l'écotaxe poids-lourds acquitté par le transporteur que les prix contractuellement définis seront majorés de plein droit d'un taux qui sera fixé en fonction de la région de chargement et de déchargement, un taux unique étant fixé pour les transports interrégionaux et les transports internationaux.

Cet article précise également que la facture doit faire apparaître les charges supportées par l'entreprise de transport au titre de cette taxe.

Ainsi, le législateur a souhaité faire peser le coût de la prestation de transport sur le donneur d'ordres. Par conséquent, les intermédiaires qui n'ont pas le statut

de transporteur routier - ils pourraient aussi bénéficier de ce statut si disposant d'un département transport, un tel statut leur a été reconnu - ne pourront répercuter de facto cette taxe que dans le cadre d'une augmentation de leurs tarifs et acceptation de ceux-ci par leurs clients. Dans l'hypothèse naturellement où ils bénéficieraient du statut de transporteur en tant que tel et dans le cadre de cette activité reconnue, alors ils pourraient profiter de ce dispositif légal et répercuter sur leurs clients l'écotaxe.

Le Conseil constitutionnel a récemment validé l'ensemble de la loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transports

L'écotaxe entrera en vigueur le **1^{er} octobre 2013**.

Nous reviendrons sur ce sujet d'une particulière sensibilité pour les entreprises à la rentrée prochaine.

Repos dominical et concurrence déloyale

par Caroline Bellone

Dans le cadre du litige qui l'oppose au syndicat Force Ouvrière et qui a bien failli lui coûter plus de 37 millions d'euros, l'enseigne Bricorama a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la législation applicable en matière d'ouverture dominicale, considérant que cette dernière contrevenait notamment au principe d'égalité des citoyens devant la loi.

Par un arrêt du 5 juin 2013 (Cass. com., 5 juin 2013, n°12-27.478), la Cour de cassation a refusé de renvoyer cette QPC au Conseil constitutionnel, tout comme l'avait fait le Tribunal de commerce de Bobigny quelques jours plus tôt s'agissant d'une QPC similaire soulevée cette fois par Castorama (T. com. Bobigny, 28 mai 2013), considérant que la disposition légale critiquée - l'article L. 3132-3 du Code du travail - ne méconnaissait pas le principe d'égalité.

Il ne fait pourtant nul doute que cette réglementation est à l'origine de nombreuses distorsions de concurrence que les enseignes de la grande distribution, celles de bricolage en tête, ne cessent de dénoncer ces dernières années

Les enseignes de bricolage reprochent notamment à la réglementation actuelle de leur interdire d'ouvrir le dimanche alors que les enseignes de jardinerie et, depuis 2008, d'ameublement [loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite Loi Chatel, article 11] - avec lesquelles elles estiment être en concurrence pour une part non-négligeable de leur chiffre d'affaires - sont elles autorisées à ouvrir sans même avoir à formuler une quelconque demande auprès de l'administration.

C'est notamment pour compenser cette forme de « concurrence déloyale » pourtant tout à fait légale que nombre d'enseignes de bricolage ont pendant longtemps fait le choix d'ouvrir leurs magasins le dimanche... en toute illégalité !

Mais alors que les salariés de ces enseignes plébiscitent le droit de travailler le dimanche à grand renfort de pétitions et manifestations, les syndicats, Force Ouvrière en tête, multiplient depuis quelques années les actions judiciaires contre les enseignes qui font le choix d'ouvrir illégalement.

C'est ainsi que Bricorama a été condamnée, en janvier 2012, à ne plus ouvrir le dimanche sous peine d'une astreinte de 30.000 euros par établissement et par dimanche ouvert. Ayant refusé de se plier à cette décision, l'enseigne s'exposait à une amende de 37.7 millions d'euros, condamnation finalement annulée pour vice de forme par le juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Pontoise.

Pour autant, cette annulation n'a nullement remis en cause l'interdiction pour Bricorama d'ouvrir le dimanche. C'est pourquoi cette dernière s'est finalement vue contrainte d'assigner en référé ses principaux concurrents - Castorama et Leroy Merlin - en concurrence déloyale pour ouverture dominicale illégale, alors même que les trois enseignes ont par ailleurs la même volonté d'ouvrir le dimanche.

Castorama et Leroy Merlin ont ainsi été condamnées, par jugement du Tribunal de commerce de Bobigny en date du 26 septembre 2013, à fermer leurs magasins d'Ile-de-France le dimanche, sous astreinte de 120.000 euros par jour d'infraction et par magasin, tout comme l'avait été Bricorama un an et demi plus tôt. Et comme cette dernière, ces enseignes ont fait le choix de ne pas respecter cette décision...

Outre cette forme de concurrence qu'elles estiment déloyale avec les enseignes d'ameublement et de jardinerie, les enseignes de bricolage reprochent à la législation actuelle de créer des distorsions de concurrence entre les différentes enseignes de bricolage du fait notamment du tracé parfois très hasardeux des périmètres d'usage de consommation exceptionnelle créés en 2009 [loi n°2009-974 du 10 août 2009].

La réglementation actuelle, multipliant les exceptions aux contours parfois flous, est en effet particulièrement complexe et inégalitaire.

Peuvent ainsi, de droit, c'est-à-dire sans autorisation administrative préalable, déroger au repos dominical, sous réserve d'organiser un repos hebdomadaire par roulement :

- **les établissements dont « le fonctionnement ou l'ouverture le dimanche est rendu nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public »** : ces établissements sont limitativement énumérés par les articles R. 3132-5 et R. 3132-7 du Code du travail (hôpitaux et cliniques, hôtels, cafés, restaurants, transports, garages, entreprises de spectacles, de presse, etc. et ... les commerces d'ameublement et les jardineries !) ;
- **les commerces de détail alimentaires**, autorisés à ouvrir le dimanche jusqu'à 13 heures quel que soit leur lieu d'implantation ;
- **les commerces de détail non alimentaires des « communes d'intérêt touristique ou thermales » et des « zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente »** dont le périmètre est établi par le préfet sur proposition du maire.

En outre, en l'absence de dérogation de plein droit, il est possible de demander une dérogation à titre individuel auprès de la préfecture, qui peut être accordée, pour une durée de cinq ans, lorsque :

- il peut être démontré que le repos simultané de tous les salariés de l'établissement auteur de la demande est « **préjudiciable au public** » ou « **compromet le fonctionnement normal de l'établissement** » ;
- l'établissement auteur de la demande de dérogation est un commerce de détail mettant à disposition des biens et des services dans un **périmètre d'usage de consommation exceptionnelle (Puce)** ; ces Puces ne peuvent être définies que dans des unités urbaines de plus d'un million d'habitants (Paris, Lille, Aix-Marseille mais pas Lyon...), et plus précisément dans les zones de ces unités urbaines caractérisées par des « *habitudes de consommation dominicale* », l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci des dites zones.

Ces Puces sont, comme les zones touristiques d'affluence exceptionnelle, délimitées par le préfet sur demande du conseil municipal. Bien que ces périmètres/zones soient définis par des critères objectifs [articles R. 3132-20 du Code du travail pour les zones touristiques d'affluence exceptionnelle et L.3132-25-1 du même Code pour les Puces], il n'existe aucun classement automatique, les collectivités locales restant libres de faire ou non application de ces dispositions.

Il peut ainsi être beaucoup plus facile d'ouvrir le dimanche dans certaines communes que dans d'autres. Mais il résulte surtout de cette « *liberté communale* » [circulaire DGT n°2009-20 du 31 août 2009] que la délimitation des zones dans lesquelles l'ouverture est autorisée, de droit ou sur demande, est des plus fantaisistes, l'ouverture des commerces le dimanche pouvant parfois, d'une rue à l'autre, voire d'un numéro à l'autre dans une même rue, être autorisée ou interdite !

Face à cette situation ubuesque, les arrêtés préfectoraux pris à la suite de demandes d'ouverture dominicale font l'objet d'un important contentieux : les syndicats s'attaquent aux arrêtés autorisant l'ouverture au nom du respect du repos dominical et les entreprises auteurs des demandes, aux arrêtés la refusant, en arguant le plus souvent de la distorsion de concurrence générée par un tel refus...

Il ne fait nul doute que la question de l'ouverture des commerces le dimanche divise : en avril 2013, Bertrand Delanoë, maire de Paris, et sa première adjointe Anne Hidalgo, candidate socialiste aux prochaines élections municipales à Paris, se sont dit prêts à discuter de la question et à revoir en particulier la carte des zones touristiques à Paris avant de finalement se rétracter. Le Ministre du Travail, Michel Sapin, qui s'est toujours refusé à remettre en cause le repos dominical semble aujourd'hui d'avantage ouvert à la discussion et appelle à une clarification de la législation.

En attendant une réforme qui viendrait uniformiser les réglementations applicables et restaurer ainsi une saine concurrence, il reste donc le contentieux administratif et/ou commercial...

Entente sur le prix du livre numérique : la fin de la saga ?

par Elodie Camous

Alors que la Commission européenne a clôturé le volet européen de la saga sur le livre numérique en juillet 2013 par l'acceptation des engagements proposés par Penguin (le dernier des cinq éditeurs mis en cause avec Apple dans cette affaire), le tribunal saisi du volet américain de ce feuilleton a reconnu, le 10 juillet 2013, Apple coupable d'entente illicite sur le prix du livre numérique, tandis que l'ensemble des éditeurs mis en cause devant le juge américain avaient quant à eux transigé rapidement.

Pour mémoire, des deux côtés de l'Atlantique, les autorités de concurrence européenne et américaine ont initié, respectivement en 2011 et en 2012, une procédure à l'encontre d'Apple et de cinq maisons d'édition (Hachette Livre, Harper Collins, Simon & Schuster, Macmillan et Penguin) dans le secteur de la vente de livres électroniques, pour être passés simultanément d'un modèle de distribution de gros à un modèle fondé sur des « *contrats d'agence* » contenant les mêmes clauses essentielles.

A l'origine, les éditeurs vendaient les livres numériques au principal distributeur (Amazon, qui détenait autour de 90% des parts de marché) à un prix de gros, ce dernier revendant ensuite ces livres au détail à un prix qu'il fixait librement (le plus souvent à 9,99 euros).

La société Apple, arrivant sur le marché du livre numérique avec le lancement de l'iPad au début de l'année 2010, a constaté que les éditeurs étaient mécontents des prix de vente au détail pratiqués par Amazon. Aussi, à la fin de l'année 2009, afin d'attirer les éditeurs pour la vente de livres via son iBookStore, la société Apple a proposé aux éditeurs de mettre en place un système de distribution basé sur des « *contrats d'agence* », permettant à ces derniers de fixer le prix de vente au détail des livres numériques. Il sera précisé que le concept de « *contrat d'agence* » évoqué dans le cadre de ces deux procédures recouvre, en droit français, plusieurs types d'intermédiaires allant de l'agent commercial au commissionnaire à la vente. En l'espèce, au regard du droit français, le schéma mis en place par Apple et les cinq maisons d'édition était celui de la commission à la vente, au regard duquel les éditeurs sont devenus commissionnaires mandatant Apple de vendre les produits au détail pour leur compte.

Alors que dans le schéma de la distribution de gros, les distributeurs étaient libres – en tant que distributeurs indépendants – de fixer le prix de vente au détail des livres numériques, ce nouveau cadre contractuel a permis aux éditeurs de fixer le prix de vente de leurs livres par leurs distributeurs (devenus « *agents* »). En effet, les « *contrats d'agence* » ne relèvent pas du droit des ententes, dans la mesure où ils ne sont pas conclus entre des entreprises indépendantes économiquement.

Or, les autorités de concurrence européenne et américaine ont constaté que ces « *contrats d'agence* » contenaient les mêmes clauses essentielles pour les prix de détail, notamment une clause dite de la « *nation la plus favorisée* », des grilles de prix maximum de vente au détail et un même taux de commission de 30% pour Apple.

Elles ont donc soupçonné les éditeurs et Apple d'avoir coordonné ce changement dans le cadre d'une stratégie commune visant à augmenter le prix de vente au détail des livres numériques.

Dans le cadre de la procédure devant la Commission européenne, Apple et les cinq éditeurs mis en cause ont pris des engagements, acceptés par la Commission européenne en décembre 2012 pour Apple, Hachette Livre, Harper Collins, Simon & Schuster, et Macmillan (Commission., 12 déc. 2012, COMP/39.847 – ebooks) et en juillet 2013 pour Penguin (Commission, 25 juill. 2013, IP/13/746).

De même, aux États-Unis, les cinq éditeurs ont accepté de transiger avec le DOJ, laissant Apple seule dans la procédure judiciaire. Cette dernière a été condamnée en juillet 2013 par le District Court de New-York pour avoir initié et facilité une entente horizontale entre les éditeurs (USDC Southern District of New York, 10 juill. 2013, USA v. Apple). Le tribunal américain a donc publié le 5 septembre 2013 une décision d'injonctions pour remédier aux préoccupations de

concurrence de cette affaire (USDC Southern District of New York, 5 sept. 2013, USA v. Apple), étant entendu qu'il jugera dans les mois à venir des sanctions financières infligées à Apple.

Si ces deux procédures se sont soldées majoritairement par des décisions d'engagements ou des transactions, elles n'en sont pas moins intéressantes pour les raisons suivantes :

→ D'une part, elles font ressortir le possible caractère anticoncurrentiel de la « clause de la nation la plus favorisée » figurant dans les « contrat d'agence » alors que cette forme de clause est généralement considérée comme pro-concurrentielle

Les « *contrats d'agence* » conclus entre Apple et les cinq éditeurs contenaient tous une clause dite de la « *nation la plus favorisée* », aux termes de laquelle Apple s'engageait à appliquer tout prix de détail inférieur pratiqué pour un livre numérique donné par un autre détaillant.

En principe, les clauses dites de la « *nation la plus favorisée* » sont considérées comme pro-concurrentielles et bénéfiques au consommateur, dans la mesure où la logique de ces clauses est de maintenir une position-prix compétitive et qu'elles tendent par conséquent à tirer le prix vers le bas.

Or, dans cette affaire, ces clauses sont apparues comme ayant un effet anticoncurrentiel, car elles constituaient un moyen de mise en œuvre de l'entente entre Apple et les éditeurs. Les autorités de concurrence européenne et américaine ont en effet analysé cette clause comme un « *dispositif d'engagement* » instauré par Apple afin de s'assurer que tous les distributeurs changent leur système de distribution en « *contrats d'agence* ».

Car, en effet, la mise en œuvre de cette clause aurait eu pour conséquence une diminution du chiffre d'affaires des éditeurs si d'autres distributeurs (notamment Amazon) avaient continué à proposer des livres numériques à des prix bas, librement fixés dans le cadre du schéma de distribution de gros. Aussi, pour que le système mis en place par Apple et les éditeurs soit rentable, il fallait que l'industrie entière du livre numérique modifie le système de distribution de gros utilisé jusqu'à présent, et plus particulièrement forcer Amazon à mettre fin à son système de distribution.

En conséquence, pour que cette clause leur soit favorable, les éditeurs ont donc demandé simultanément à tous les distributeurs de modifier leur système de distribution et ont notamment convaincu Amazon, qui est passé à un modèle de « *contrat d'agence* » au début de l'année 2010.

La stratégie de ce mécanisme était d'augmenter les prix du livre numérique de manière globale et présentait, pour les autorités de concurrence, un caractère anticoncurrentiel.

→ D'autre part, ces procédures ne condamnent pas le système de « contrat d'agence » comme modèle de distribution de produits, mais la décision coordonnée des éditeurs et d'Appel de modifier leur modèle de distribution

Il est vrai qu'à la lecture des décisions prises dans ces deux affaires (engagements, transactions, injonctions) l'on pourrait croire que cette affaire a signé l'arrêt de mort des « *contrats d'agence* ».

En effet, parmi les engagements approuvés par la Commission européenne, les éditeurs et Apple se sont engagés notamment à mettre fin à tous les contrats d'agence existants et à ne pas conclure, pendant cinq ans, de contrat contenant des clauses similaires (plus particulièrement de « *clause de la nation la plus favorisée* »).

De même, le *District Court* a notamment ordonné à Apple de modifier ou mettre fin aux contrats d'agence existants et, de manière plus générale, de s'abstenir de conclure tout accord avec des maisons d'édition qui serait de nature à fixer les prix ou d'établir le prix auquel d'autres distributeurs de livres électroniques pourraient acheter ou vendre ces produits.

Toutefois, c'est clairement la décision simultanée des quatre éditeurs et d'Apple de passer d'un modèle de distribution de gros à un modèle fondé sur des « *contrats d'agence* », en appliquant les mêmes clauses essentielles, qui a été considéré comme critiquable pour les autorités de concurrence. Ce n'est qu'au regard de cette entente sur les prix à la fois horizontale entre éditeurs et verticale car initiée et mise en œuvre par Apple que les autorités de concurrence se sont penchées sur cette affaire.

En tout état de cause, cela ne remet pas en cause la possibilité pour les fabricants de produits de décider de mettre en place un système de contrat de commission à la vente pour la distribution de leur produits, à condition, bien entendu, que ces contrats ne contiennent pas de clauses ayant un objet ou effet anticoncurrentiel.

Les nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, vers plus de simplification ?

par Charles Henri Calla et Philippe Juvet

La présentation de son rapport annuel le 10 juillet dernier ne doit pas éclipser la publication le même jour par l'Autorité de la concurrence de ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations entre entreprises.

Ces lignes directrices interviennent seulement 4 ans après la publication de l'ancienne version (en décembre 2009) alors que l'Autorité de la concurrence venait de se créer.

Après l'examen de plus de 700 opérations entre 2009 et 2013, la pratique de l'ADLC s'est profondément enrichie.

L'Autorité a, en outre, pour l'élaboration de ce document très attendu par les acteurs économiques, bénéficié également des contributions fructueuses des avocats, juristes, entreprises et associations recueillies lors de la consultation publique lancée du 22 février au 22 avril derniers.

Cette nouvelle version des lignes directrices, entrée en vigueur le 10 juillet dernier, a d'ores et déjà été citée par l'Autorité de la concurrence dans ses récentes décisions (par exemple les multiples renvois dans la décision n°13-DCC-97 du 22 juillet 2013 relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Eurial SAS et Filae SAS par les groupes coopératifs Agrial et Eurial)

Les apports de ce nouveau texte sont multiples et méritent d'être soulignés :

• La pré-notification fortement encouragée

Il s'agit d'inciter les entreprises à recourir davantage à la phase informelle de « *pré-notification* » qui permet aux entreprises et à l'Autorité de discuter, en amont, d'éventuels problèmes liés au caractère contrôlable

de l'opération ou aux spécificités des entreprises ou des marchés concernés, et d'anticiper d'éventuels problèmes de concurrence.

Les nouvelles lignes directrices prévoient désormais, à l'instar de la procédure européenne de désignation préalable du case team, un premier retour rapide concernant la désignation du ou des rapporteurs chargés de l'examen de l'opération en cause, qui doit normalement intervenir dans un délai de 5 jours ouvrés après l'envoi d'une note de présentation de l'opération (décrivant les parties, l'opération envisagée, les marchés concernés, les concurrents, et les parts de marché) ou d'une version préliminaire du dossier de notification (pt. 138).

Les lignes directrices prévoient en outre que ce premier retour après 5 jours doit également porter sur l'état de la complétude du dossier.

Plusieurs acteurs ont ainsi souligné que l'Autorité de la concurrence offrait ici un cadre précieux pour une procédure qui se caractérisait par son aspect informel. De ce point de vue, l'Autorité va même plus loin que la Commission européenne.

• Des conditions d'éligibilité élargies pour la procédure simplifiée

Les lignes directrices précisent les conditions d'éligibilité pour bénéficier d'une telle procédure accélérée :

→ les cas où le(s) acquéreur(s) n'est/ne sont pas présent(s) sur les mêmes marchés que la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes,

→ ceux où les opérations sont soumises aux seuils spécifiques (et moins élevés) du commerce de détail, dès lors qu'elles n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins concerné(s). (pt 204)

La procédure simplifiée se caractérise par un raccourcissement significatif des délais - les lignes directrices prévoyant un délai moyen de 15 jours ouvrés (pt 208) - et la publication d'une décision très succincte.

- **De nouvelles possibilités de dérogation à l'effet suspensif du contrôle des concentrations**

Outre les hypothèses prévues dans la version précédente - offres de reprise sur des entreprises en liquidation ou en redressement judiciaire, risque de disparition imminente de la cible ou opérations sur les marchés réglementés - sont désormais visées expressément les hypothèses d'ouverture d'une procédure collective ou encore la nécessité pour l'acquéreur d'apporter des garanties ou d'obtenir des financements pour assurer la survie de la cible. (points 126 et suivants).

- **Quelques précisions concernant l'analyse sur le fond**

Les lignes directrices révisées cherchent à consolider les acquis de l'analyse concurrentielle, non seulement en affinant, à la demande des organismes qui ont répondu à la consultation publique, la délimitation des marchés pertinents, notamment pour l'analyse des marchés locaux, mais également pour les marchés agricoles mettant en présence les acteurs de l'industrie agro-alimentaire et la grande distribution, mais également en prenant en compte les tests quantitatifs innovants (« UPP » (« *upward pricing pressure* »), « GUPPI » (« *gross upward pricing pressure index* ») ou « IPR ») alternatifs à la définition des marchés (pts. 409 et suivants).

Ces tests économiques quantitatifs présentent en effet l'avantage notamment de pouvoir être calculés sans qu'il soit besoin de définir précisément le marché pertinent.

- **L'élaboration de modèles-types pour les engagements de cessions d'actifs et les contrats de mandats**

Afin d'homogénéiser la conception et le suivi des engagements en cohérence avec la pratique européenne, les lignes directrices prévoient désormais deux modèles-types - pour la cession d'actifs et le contrat de mandat - dans le but affiché d'anticiper, de sécuriser et d'homogénéiser la conception et le suivi des engagements. Le modèle-type d'engagement de cession comporte notamment les obligations principales devant y figurer, les définitions des principaux termes juridiques de l'engagement, une pré-formulation de la procédure de cession ainsi que les garanties minimales jugées nécessaires par l'Autorité, en particulier concernant la viabilité des actifs cédés.

Le contrat-type de mandat précise notamment le rôle du mandataire, les conditions de son indépendance, ainsi que ses missions.

- **La création d'un guide spécifique concernant les études économiques**

L'annexe relative aux études économiques qui figurait dans la version précédente des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations a été supprimée et est désormais remplacée par un communiqué commun aux études économiques soumises dans le cadre du contrôle des concentrations et des procédures liées aux pratiques anticoncurrentielles.

On le sait, l'Autorité devient de plus en plus friande de ce type d'études économétriques.

Assignations Novelli : condamnation des clauses de retour et de changement des tarifs du Groupe EMC Casino (CA Paris, 4 juillet 2013, n°12/07651)

par Jean-Christophe Grall et Marion Raulet

Ce premier arrêt de la Cour de Paris, seule Cour d'appel aujourd'hui compétente pour ce type de litige, vient compléter la jurisprudence relative aux « assignations Novelli ».

En cause dans cette affaire, deux clauses insérées dans les conditions générales de distribution du Groupe EMC Casino, la première prévoyant un retour des invendus, la seconde relative aux changements de tarifs.

La clause de retour d'invendus est considérée contraire à l'ordre public économique au motif qu'elle impute au fournisseur la responsabilité de la totalité des invendus, et notamment le coût de la reprise. Il a été relevé que cette obligation de reprise ne faisait l'objet d'aucune contrepartie et qu'en outre,

les fournisseurs ne possédaient aucun levier pour favoriser la vente de leurs produits.

La clause relative aux changements de tarifs permet aux fournisseurs de renégocier leurs tarifs en cours de contrat, le distributeur s'étant cependant aménagé la possibilité de refuser de telles augmentations ainsi que de modifier le référencement des produits concernés. De plus, le fournisseur s'oblige à baisser ses tarifs dès que le prix de l'un des composés de son produit a significativement baissé. De telles prévisions octroyent ainsi une mainmise totale du distributeur sur le niveau des prix.

En application de l'article L.442-6, III, al. 2 du Code de commerce, le Groupe EMC Casino a donc été condamné à une amende civile de 600.000 euros

au titre de sa tentative d'imposer à ses partenaires un déséquilibre significatif par le truchement de ces deux clauses, portant ainsi atteinte à l'ordre public économique.

• **Cet arrêt apporte une précision importante sur la recevabilité de l'action du ministre et notamment sur :**

→ la capacité du Ministre à **exercer l'action sans en avertir les fournisseurs** conformément à la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel : ainsi, dès lors qu'il ne fait que demander la cessation des pratiques illicites sans aller jusqu'à requérir la nullité, et peu important que l'action initiale ait prévu une telle annulation, le Ministre est libre d'agir sans en informer les fournisseurs.

« Dans ce contexte, lorsque le ministre de l'économie intervient pour faire reconnaître par l'autorité judiciaire que la pratique consistant à faire figurer certaines clauses dans un contrat, doivent cesser, parce qu'elles sont de nature à instaurer un déséquilibre significatif entre les parties, il exerce une action qui lui est propre, visant à maintenir ou à rétablir l'ordre public économique. En ne demandant pas la nullité des contrats, ni toutes les conséquences qui en découlent, comme les restitutions et la réparation des préjudices éventuels, il n'intervient pas dans le champ d'action qui n'appartient théoriquement qu'aux parties et que le législateur a exceptionnellement ouvert au tiers qu'est le ministre à la condition qu'il informe les parties de cette action. »

Il s'en déduit que **lorsqu'il ne demande que la cessation des pratiques, le ministre peut agir sans en informer les parties aux contrats et que l'action de l'espèce est recevable**, quand bien même aurait-elle initialement visé l'annulation des conventions concernées, pour être réduite, ensuite, à la seule cessation de la pratique consistant à faire figurer dans le contrat les clauses incriminées. »

→ - le fait qu'il importe peu que la société mise en cause ait d'ores et déjà supprimé les dispositions litigieuses puisque la qualification d'une clause comme étant contraire à l'article L. 442-6 I 2° C. com par une juridiction porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats ultérieurs.

• **En outre, la Cour d'appel précise clairement les modalités d'appréciation du déséquilibre significatif en considérant que :**

*« Les juridictions auxquelles sont soumis des litiges concernant le respect de cette disposition doivent contrôler s'il résulte des pratiques, ou des clauses contractuelles, dénoncées, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et si les pratiques qui leurs sont présentées sont imposées à l'une des parties au contrat, ou **s'il en existe une tentative**. Cette analyse, qui doit évidemment prendre en compte les cas d'espèces déferés et donc les situations particulières des parties en cause, ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat*

*type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs, dont certains sont davantage en situation de négocier que d'autres et quelles que soient les marchandises concernées. **Par ailleurs, dans une telle situation, il peut être admis que le déséquilibre entre parties instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, mais encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontrée.** Enfin, dans la mesure où le texte précise que la tentative engage tout autant la responsabilité de son auteur que la mise en œuvre de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif, **il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée**, contrairement à ce que soutient la société EMC Distribution ».*

À ce titre, est donc prévue par la Cour **la possibilité d'un rééquilibrage du contrat** contenant une clause illicite. Ce rééquilibrage peut se faire par l'insertion d'une clause constituant « une contrepartie sérieuse » corrigeant le déséquilibre ou par la démonstration que la clause litigieuse est « nécessaire à l'équilibre de la convention » ou que « d'autres avantages (qui) auraient permis d'apporter une compensation réelle » ou bien encore que « ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du contrat ». Il appartiendra à l'auteur du déséquilibre de rapporter la preuve de ces éléments.

• **Enfin, en réponse à l'argument formulé par EMC Casino selon lequel il n'existe pas de cas où la clause avait réellement été mise en application la Cour d'appel répond que :**

« Le fait pour une enseigne de la grande distribution, d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties dans le contrat type qu'elle conclut avec tous ses fournisseurs, donne à cette clause la portée d'un principe auquel ces derniers ne peuvent déroger qu'au terme d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée. Le fait que l'Administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application, étant à cet égard indifférent ».

* * *

Le mois de septembre 2013 a été très riche en décisions rendues sur le déséquilibre significatif et l'obtention d'un avantage financier non justifié ou disproportionné :

- affaire Carrefour : Cour de cassation - chambre commerciale, 10 septembre 2013,
- affaire Eurauchan : Cour d'appel de Paris - Pôle V, 11 septembre 2013,
- affaire Galec : Cour d'appel de Paris - Pôle V, 18 septembre 2013,
- affaire Galec : Tribunal de commerce de Paris, 24 septembre 2013.

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

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2013/2014 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2014 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation :**
 - des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
 - un plan d'affaires annuel qui devra prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
 - une rémunération des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne pourra pas rétroagir à une date antérieure à celle de l'application du nouveau tarif du fournisseur ;
 - un nouveau mécanisme de facturation périodique mensuel ;
 - l'instauration de sanctions administratives et d'un pouvoir de sanction donné aux services de la DGCCRF, sans oublier désormais un pouvoir d'injonction.
- **La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 et la loi Hamon sur la consommation : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services: coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « *Trois fois net* » comme seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « *NIP* », etc. ;
- **La mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **Le contrôle des concentrations :**
 - contrôle européen des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;
 - contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009].
- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;**
- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination - Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais - marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur Internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- **Les enquêtes de concurrence françaises et européennes** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;
- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et européen de la concurrence] ;
- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**
- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008, de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux - concours - loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- **Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.**

* * *
- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-1-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise ;**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Rappel des prochaines formations

Positionnement du prix de vente / revente et droit de la concurrence Mardi 5 novembre 2013

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 demi-journée - 650 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la communication des prix
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale en matière de prix de revente
- Appréhender les comportements à risques afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Evaluer les risques potentiels liés à certains comportements
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence

Les systèmes de distribution Jeudi 14 novembre 2013

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 journée - 850 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des contrats de distribution dans le cadre de l'architecture contractuelle européenne
- Connaître la qualification des différents statuts de distributeurs existants
- Savoir mettre en place un réseau de distribution exclusive ou sélective au niveau français et européen
- S'assurer de la pertinence de son réseau en termes d'étanchéité lorsqu'il s'agit d'un réseau de distribution sélective
- Savoir rédiger les différents contrats de distribution ; quelles sont les clauses sensibles (les « *clauses noires* ») ?
- Savoir intégrer des clauses relatives à la communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Savoir appréhender la distribution sur Internet (e-commerce)
- Savoir maîtriser le « *dual pricing* »
- Appréhender les importations parallèles et savoir réagir efficacement
- Comment réagir judiciairement dans chaque Etat membre de l'Union Européenne ?
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale ayant comme support un contrat de distribution
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Auto-évaluer son contrat de distribution dans le cadre du règlement 1/2003
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables et le rôle des autorités de concurrence en matière d'entente verticale

Pratiques anticoncurrentielles

Mardi 19 novembre 2013

Intervenants : Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 journée - 850 € HT

Objectifs principaux

- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente, celle d'une position dominante ou bien encore celle d'un état de dépendance économique
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Les échanges d'informations
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence françaises et européennes

Responsabilités et obligations du fournisseur

Jeudi 21 novembre 2013

Intervenante : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Formule 1 journée - 850 € HT

Objectifs principaux

- Identifier les différents types de responsabilités et de garanties liées aux produits commercialisés
- Connaître les obligations générales de sécurité et de conformité
- Appréhender les conséquences liées aux garanties légales et contractuelles
- Appréhender les clauses limitatives de responsabilité et leur validité en droit français

Loi Hamon, LME et négociations commerciales 2014

Mardi 26 novembre 2013

Intervenants : Thomas Lamy et Jean-Christophe Grall

Formule 1 journée - 750 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME et des modifications introduites par la loi Hamon
- Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix
- Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et précisé par la loi Hamon dont la signature avant le 1er mars de chaque année est impérative
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit Antitrust
- Connaître les sanctions applicables en la matière et rôle de la CEPC, des services de la DGCCRF et des tribunaux administratifs demain
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle de la CEPC, des services de la DGCCRF et des tribunaux