

## Numéro Spécial consacré aux Flash Concurrence publiés en 2010

### S o m m a i r e

#### **3 FLASH CONCURRENCE N° 1**

Le Tribunal de commerce de Lille sanctionne Castorama pour déséquilibre manifeste : premier jugement faisant suite aux neuf assignations de l'automne dernier !

*Jean-Christophe Grall*

#### **7 FLASH CONCURRENCE N° 2**

Entente entre sociétés d'un même groupe : l'Autorité de la concurrence condamne deux filiales d'un groupe de matériel médical pour avoir soumissionné séparément aux mêmes procédures d'appel d'offres

*Jean-Christophe Grall et Béatrice Velle-Limonaire*

#### **9 FLASH CONCURRENCE N° 3**

Réforme des accords verticaux : Point sur le deuxième projet de règlement et de lignes directrices de la Commission Européenne

*Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill*

#### **13 FLASH CONCURRENCE N° 4**

Ventes liées et pratiques commerciales déloyales en France : les suites de l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009

L'arrêt du 26 novembre 2009 « *UFC Que Choisir c/ Darty* »

*Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri*

#### **17 FLASH CONCURRENCE N° 5**

Visites et saisies en droit de la concurrence : La protection au titre du Legal Privilege Une question fondamentale aujourd'hui !!!

*Jean-Christophe Grall et Mathilde Lefèvre*

#### **21 FLASH CONCURRENCE N° 6**

La Question Prioritaire de Constitutionnalité ! Une vraie réforme !

Le Conseil constitutionnel devient juge de la loi !

*Jean-Christophe Grall, Mathilde Lefèvre et Marine Grall*

#### **23 FLASH CONCURRENCE N° 7**

Une actualité estivale chargée en matière d'interdictions des ventes liées

*Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri*

#### **27 FLASH CONCURRENCE N° 8**

Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010

Contractualisation obligatoire : Présentation et incertitudes !

*Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon*

... / ...

## **35 FLASH CONCURRENCE N° 9**

L'affaire « *Chattawak* » : l'avenir de la commission - affiliation en jeu

*Nathalia Kouchnir-Cargill*

## **39 FLASH CONCURRENCE N° 10**

Des sanctions clarifiées et plus dissuasives en matière de pratiques anticoncurrentielles : Le rapport Folz-Raysseguier-Schaub

*Jean-Christophe Grall et Peggy Turret*

## **43 FLASH CONCURRENCE N° 11**

Stratégie d'exclusion sur les marchés des récupérateurs automatiques de déchets : le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission dans l'affaire Tomra

*Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet*

## **45 FLASH CONCURRENCE N° 12**

« *La collusion et la corruption dans la passation des marchés publics* » : l'OCDE met en ligne les actes de la table ronde : Plus de contrôle et plus de sévérité en perspective !

*Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin*

## **47 FLASH CONCURRENCE N° 13**

L'analyse des effets anticoncurrentiels dans une pratique de « *hub and spoke* »

*Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet*

## **49 FLASH CONCURRENCE N° 14**

La remise en question par la Cour d'appel de Paris de la méthode de saisie globale des messageries électroniques employée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des opérations de visites et saisies.

*Jean-Christophe Grall et Peggy Turret*

## **53 FLASH CONCURRENCE N° 15**

Nouvelle décision de la CJUE en matière de promotion des ventes : Arrêt du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-540/08 Mediaprint Zeitungs - und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. Kg contre «*Österreich*» - Zeitungsverlag GmbH Une interdiction générale des ventes avec prime est contraire à la directive du 25 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales !

*Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri*

## **56** Quelques informations



## FLASH CONCURRENCE N° 1

Le Tribunal de commerce de Lille sanctionne Castorama pour déséquilibre manifeste : premier jugement faisant suite aux neuf assignations de l'automne dernier !

Par Jean-Christophe Grall

On se souvient que Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat au commerce et à la consommation, avait clairement indiqué au mois d'octobre 2009 que la loi de modernisation de l'économie devait être appliquée et qu'elle le serait, dénonçant à cette occasion un certain nombre de clauses fréquemment insérées dans les contrats d'enseigne nationale proposés par la grande distribution, qu'elle soit alimentaire ou spécialisée, au titre des négociations 2009.

Ces clauses se retrouvent d'ailleurs dans les contrats d'enseigne 2010.

Les assignations n'avaient pas traîné ...

Et, effectivement, dès le début novembre 2009, une rafale de neuf assignations a marqué le paysage de la grande distribution française, avec l'assignation des enseignes suivantes : Carrefour, Auchan, Système U, Casino, Le-clerc, Cora, Intermarché, Castorama et Darty.

Le premier jugement vient d'être rendu, le 6 janvier, moins de deux mois après l'assignation déli-  
vrée à Castorama le 12 novembre dernier.

La procédure retenue est une procédure d'urgence, à bref délai, avec autorisation à cette fin du Président du Tribunal de commerce de Lille, de telle sorte que la connaissance de ce jugement puisse avoir lieu avant que les plans d'affaires 2010 ne soient signés (c'est-à-dire avant fin février 2010). Le message est fort ; il est lisible et clair !

Le Ministre de l'économie demandait au Tribunal de :

- « Dire et juger que l'obligation, à la charge du fournisseur, de verser à chaque fin de mois à Castorama France des acomptes de ristournes et remises, crée un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de Castorama ;

- Dire et juger que le fait d'imposer une modalité de paiement par virement crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au dé-triment du fournisseur ;
- Dire et juger qu'en continuant à faire payer des acomptes, alors même que leurs montants ne correspondent plus aux obligations auxquelles le fournisseur s'est engagé, Castorama impose à son profit des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- Dire et juger que les pratiques incriminées sont fautives au sens de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce ;
- Enjoindre à Castorama de cesser les pratiques dénoncées ;
- Condamner Castorama au paiement d'une amende civile de 2.000.000 €».

Que répond le Tribunal de commerce de Lille ?

**1°) S'agissant du versement d'acomptes mensuels au titre du paiement de ristournes annuelles ou convenues au titre de l'année 2009 :**

Il s'avère que Castorama a imposé à ses fournisseurs en 2009 le paiement d'acomptes mensuels, payables en fin de mois, au titre des ristournes convenues (le Tribunal utilise les termes de « remises différées », mais il faut entendre par « remises différées » les ristournes de fin d'année ou (RFA) qui doivent être versées au début de l'année « n + 1 » et en l'espèce, s'agissant de l'année 2009 et donc du chiffre d'affaires réalisé par les fournisseurs avec Castorama en 2009, au cours du premier trimestre de l'année 2010).

Nous savons tous, en tant que praticiens des relations industrie/commerce de longue date, que le paiement d'une rémunération annuelle qui devrait intervenir au début de l'année suivante peut donner lieu à versements par voie d'acomptes.

Jusqu'au 31 décembre 2008, force était effectivement de reconnaître que la rémunération de la coopération commerciale, puis des services distincts, donnait lieu au versement d'acomptes mensuels déterminés sur la base du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'année « n - 1 » ou du chiffre d'affaires prévisionnel de l'année « n ».

Il est évident que la rémunération de la coopération commerciale et des anciens services distincts ayant fortement chuté en 2009 et ce, au profit d'une montée en puissance des conditions particulières de vente exprimées sous forme de ristournes de fin d'année, les modalités de paiement connues pour la rémunération de ces services ont été naturellement reprises pour le versement de ristournes, compte tenu du caractère éminemment inflationniste des CPV.

Le Ministre de l'économie critique les modalités de paiement de ces RFA au regard des délais de paiement pratiqués par Castorama pour payer ses fournisseurs, qui révèlent un écart de deux à trois mois défavorable aux fournisseurs et ce, alors même que Castorama étant une grande surface de bricolage, elle bénéficie d'un accord dérogatoire lui permettant de ne pas appliquer les nouveaux délais de paiement issus de la loi de modernisation de l'économie (cf. accord sur le bricolage : décret du 29 avril 2009).

Cette asymétrie de conditions de paiement est mise en avant par le Tribunal.

Le Tribunal, suivant en cela l'administration, dénonce, en outre, par un violent coup de griffe (cf. page 18 du jugement) ce transfert de la rémunération de prestations de services vers les réductions de prix différées, et ainsi le caractère inflationniste des CPV constaté en 2009 :

*« Attendu que les volumes financiers importants de ces acomptes dans la mesure où ces remises différées représentent un pourcentage élevé des chiffres d'affaires réalisés (entre 5% et 35% de l'échantillon retenu); que Castorama a recherché et obtenu en 2009 une augmentation sensible du poids des marges arrière, notamment en intégrant des factures de prestations de services, contrairement à l'objectif de la LME ; que la société admet avoir mené volontairement une telle politique : "de manière générale, nous négocions principalement des réductions de prix différées" ».*

Le Tribunal de commerce de Lille a jugé que :

*« [...] cette pratique d'acomptes mensuels se traduit inévitablement par une dégradation du fond de roulement des fournisseurs ; qu'elle induit pour eux des besoins de trésorerie*

*accrus et génère des coûts financiers supplémentaires.*

*Que cette charge est indéniable ; que les simulations et calculs financiers développés par Castorama qui tendraient à démontrer la réalité ou l'absence d'impact financier ne sont pas pertinents, outre le rapport au chiffre d'affaires et non au volume des ristournes, les méthodes de calcul par différence entre 2008 et 2009 ou par comparaison avec un paiement réciproque des factures et des ristournes étant sérieusement critiquables ; que ces calculs ne sont plus probants et ne peuvent être retenus».*

Les juges lillois considèrent, en outre, que le taux des pénalités de retard fixé à un taux journalier de 1 %, certes avec un plafond de 10 %, est exorbitant et qu'il peut être qualifié d'*usuraire* et ce, de surcroît, du fait que le règlement de ces pénalités intervient par compensation, en les déduisant directement des règlements en cours aux fournisseurs.

Les magistrats lillois précisent d'ailleurs qu'une telle compensation est contestable !

Or, cette clause de compensation est prévue dans la quasi-totalité des contrats d'enseigne.

S'agissant toujours de ce « *système de pénalité* », le Tribunal de commerce de Lille insiste sur le fait qu'il a été imposé sans concertation aux fournisseurs, contribuant ainsi à renforcer leur dépendance en mettant à leur charge le poids de la réclamation, aggravant dès lors le déséquilibre de la relation en défaveur des fournisseurs.

Les juges lillois sont d'autant plus sévères que lors de la discussion de l'accord sur les délais de paiement dans le domaine du bricolage, le Conseil de la concurrence, à l'époque, avait insisté sur la différence de traitement inacceptable des débiteurs selon qu'il s'agissait d'un distributeur ou d'un industriel, avec une différenciation entre le règlement du prix des produits aux fournisseurs et le règlement des sommes dues aux distributeurs, s'agissant tout particulièrement des prestations de services qui bénéficiaient d'un délai de règlement plus court que celui applicable aux achats de produits effectués par les distributeurs auprès de leurs fournisseurs (cf. avis de l'Autorité de la concurrence du 20 février 2009).

Or, le Tribunal de commerce de Lille insiste sur le fait que ce raisonnement doit s'appliquer en ce qui concerne les modalités de paiement des RFA, citant à cet égard l'avis n° 09-12 de la CEPC.

Le Tribunal conclut dès lors que la pratique consistant à exiger le versement d'acomptes mensuels, mis en place par Castorama en 2009, est abusive et qu'une telle pratique crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des

parties en faveur de Castorama, tel que prévu par l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce.

## 2°) S'agissant de l'obligation de paiement par virement :

On peut être à cet égard quelque peu surpris de la dénonciation de ces modalités de paiement et de leur condamnation par le Tribunal de commerce de Lille, tant le paiement par virement est aujourd'hui inscrit dans les modalités habituelles de paiement des créances commerciales.

Cependant, ce n'est pas tant l'utilisation du virement bancaire qui est, selon le Tribunal « *un moyen de paiement pratique, sûr et économique* » qui est contesté par l'administration, dans un premier temps, puis condamné par le Tribunal, dans un second temps, que l'imposition du virement au titre du règlement des acomptes de ristournes annuelles par Castorama à ses fournisseurs.

Un tel choix n'a effectivement pas été négocié entre Castorama et ses fournisseurs.

Le Tribunal de commerce de Lille s'étonne, en outre, que la compensation, cette fois demandée par certains fournisseurs au titre du paiement de ces acomptes avec le règlement du prix de leurs produits, n'ait pas été acceptée par Castorama alors même que la compensation était de droit, selon Castorama, entre le règlement des factures des fournisseurs et le versement des pénalités pour retard de paiement des acomptes mensuels de ristourne.

Le Tribunal affirme très clairement que le choix du moyen de paiement doit rester une liberté économique négociable et que le Code monétaire et financier dans son article 111-8, qui définit les exclusions en matière de moyens de paiement, ne prévoit pas une telle restriction et qu'en dernier lieu, il est plus normal que le choix du moyen de paiement revienne à l'émetteur du paiement. Le mode de paiement par virement n'est donc pas constitutif en tant que tel, d'un déséquilibre manifeste mais vient renforcer, nous dit le Tribunal de commerce de Lille, ce déséquilibre.

## 3°) S'agissant de l'absence de clause de modification des acomptes en cours de contrat :

Ce que reproche le Tribunal de commerce de Lille peut apparaître parfaitement légitime au regard de la rationalité économique.

En effet, dès lors que le chiffre d'affaires envisagé par les parties n'est pas au rendez-vous et que pour telle ou telle raison, le fournisseur et le distributeur s'aperçoivent que le chiffre d'affaires estimatif envisagé au cours de l'année (en l'espèce 2009) ne va pas être réalisé, il apparaîtrait logique que soit prévue contractuellement la possibilité de diminuer le montant des acomptes dont l'assiette de calcul est justement constituée par le chiffre d'affaires prévisionnel.

Or, et de toute évidence, tel n'était pas le cas, selon ce qu'écrivent les magistrats lillois.

*« Mais attendu qu'elle (Castorama) n'a pas prévu dans les contrats commerciaux avec les fournisseurs de clause de modification en cours de contrat au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative ; qu'elle reconnaît cette omission et convient que le contrat pourrait utilement être complété sur ce point ; que cette absence peut se traduire par une surestimation anormale des montants des acomptes réclamés par Castorama qui pour sa part ne prend aucun engagement de volume d'achats ; que ces acomptes ne correspondraient pas alors à un chiffre d'affaires effectif ; que la créance ne serait pas dès lors certaine, liquide et exigible ; que la régularisation en fin d'année serait tardive ; qu'il en résulterait un préjudice sérieux pour le fournisseur.*

*« Attendu qu'en cas d'évolution négative d'activité, la charge de la réclamation incombe au fournisseur, qu'elle le met ainsi en situation de dépendance vis-à-vis de Castorama ».*

Le Tribunal conclut dès lors que cette absence de clause de révision contribue à accroître le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat Castorama.

\* \* \*

Au vu de ces constatations, le Tribunal de commerce de Lille a donc fait droit aux demandes formulées par le Ministre de l'économie de cessation des pratiques qu'il avait dénoncées dans son assignation, dans des termes particulièrement forts, qu'il conviendra de retenir dans le cadre des négociations 2010, lors de la rédaction par les distributeurs de leur contrats d'enseigne et lors de la signature de ces derniers par les fournisseurs.

Le Tribunal considère, là aussi, de manière extrêmement lisible, que les clauses dénoncées ci-avant sont abusives !

Le Tribunal a réduit le montant de l'amende civile demandée par le Ministre de l'économie, qui s'élevait à 2.000.000 €, en tenant compte du fait que la société Castorama avait fait preuve de loyauté au cours de l'enquête diligentée par la DGCCRF et qu'elle avait également fait preuve de compréhension et d'une relative souplesse lors des difficultés rencontrées en 2009 avec certains fournisseurs, permettant ainsi de considérer que Castorama avait fait preuve de bonne foi et qu'un message lui est adressé par le Tribunal à savoir « *qu'elle a la possibilité de corriger ses pratiques dès 2010* ».

Le montant de l'amende a donc été fixé à 300.000 € au titre de l'amende civile.

Un simple rappel : contrairement à ce qu'indique le Tribunal qui précise que l'article L.442 6 III prévoit la possibilité d'une amende civile maximale de 2.000.000 €, la loi de modernisation de l'économie

a précisé, tout en maintenant le principe d'une amende de 2.000.000 €, que le juge pouvait porter celle-ci au triple des sommes indûment versées par le fournisseur.

\* \* \*

**En conclusion**, ce premier jugement rendu par le Tribunal de commerce de Lille démontre la volonté du gouvernement et de son administration de faire appliquer dans toute sa rigueur, mais aussi dans tout son esprit, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

Dans son jugement, le Tribunal de commerce de Lille, à la condition de bien lire ce jugement et de lire parfois entre les lignes, a souhaité diffuser un message d'une grande clarté quant à l'appréciation que les magistrats consulaires porteront sur les contrats d'enseigne nationale que les praticiens des relations industrie/commerce connaissent bien.

Une attention extrême doit être portée à ce jugement par les rédacteurs de ces contrats, car c'est finalement la responsabilité de l'enseigne, du groupement de distribution, de la centrale d'achat, de la centrale de référencement, etc., qui est en

cause : tous les contrats, parmi les plus connus naturellement, de la distribution française ont été vus et « *audités* » par les services de la DGCCRF et plus particulièrement par la brigade LME mise en place par Christine Lagarde et Luc Chatel au mois de juin 2009.

Attention également aux sanctions qui pourront être prononcées au titre de l'amende civile. La marge de manœuvre dont dispose les tribunaux de commerce est grande désormais dans la détermination, *l'arbitrage* pour reprendre le terme précis figurant dans le jugement du Tribunal de commerce de Lille, du quantum de cette amende.

Ne doutons pas que ce jugement fera l'objet d'un appel et qu'il ne s'agit donc pas d'un jugement définitif.

On peut observer à cet égard que l'exécution provisoire de ce jugement n'était pas demandée par le Ministre de l'économie et qu'elle n'a donc pas été prononcée par le Tribunal de commerce de Lille.

Attendons à présent les huit autres jugements, qui ne sauraient tarder.





## FLASH CONCURRENCE N° 2

Entente entre sociétés d'un même groupe : l'Autorité de la concurrence condamne deux filiales d'un groupe de matériel médical pour avoir soumissionné séparément aux mêmes procédures d'appel d'offres.

Par Jean-Christophe Grall et Béatrice Velle-Limonaire

Par une décision du 26 janvier 2010, l'Autorité de la concurrence est venue sanctionner sévèrement les pratiques de deux sociétés, fournisseurs de tables d'opération médicales, qui s'étaient entendues à l'occasion de plusieurs procédures d'appel d'offres. La configuration était particulière puisque les deux sociétés en question (ALM et Maquet) étaient en fait les filiales d'un même groupe (le groupe suédois Getinge). Dans sa décision, l'autorité française est venue rappeler que, si en principe deux sociétés d'un même groupe peuvent soumissionner séparément aux mêmes procédures d'appel d'offres, tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, il s'avère que les deux entreprises ont rédigé leurs réponses en totale concertation et que, par conséquent, elles ne se sont pas comportées de façon indépendante. [Décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tables d'opération]

Le groupe suédois Getinge est l'un des premiers fournisseurs mondiaux d'appareils médicaux. En l'espace de quelques mois (novembre 2000 – janvier 2001), le groupe a racheté la société allemande Maquet, leader mondial sur le marché des tables d'opération, puis la société française ALM qui est leader sur le marché français. Le ministre de l'économie n'avait autorisé le rachat d'ALM qu'à la condition que l'activité « tables d'opération » de l'entreprise française soit revendue par Getinge dans un délai d'un an à un acquéreur indépendant agréé par le ministre<sup>1</sup>. Durant cette période de transition, le groupe suédois était par

ailleurs tenu, au titre de ses engagements, de maintenir l'autonomie commerciale et l'indépendance de l'activité tables d'opération d'ALM.

C'est dans ce contexte un peu particulier, qu'en 2002, les sociétés Maquet et ALM ont décidé de répondre individuellement à une soixantaine de procédures d'appel d'offres lancées par des établissements hospitaliers français pour l'équipement de leurs blocs opératoires.

L'enquête réalisée par la DGCCRF a révélé que les sociétés Maquet et ALM avaient effectivement soumissionné de façon séparée aux différents appels d'offres (**demandes et dépôts de dossiers distincts, papiers entête différents, signatures des réponses différentes, etc.**). Cependant, il est également apparu que l'autonomie des deux filiales était en réalité fictive. En effet, les services commerciaux de Maquet et d'ALM ont été fusionnés après l'opération de rachat, dès lors toutes les réponses aux appels d'offre ont été rédigées par le même commercial et leurs montants ont été fixés par le même dirigeant.

Au vu de ces circonstances, l'Autorité de la concurrence en a conclu que les sociétés Maquet et ALM « **s'étaient entendues, en 2002, pour présenter des soumissions séparées, mais fictivement indépendantes, par recours à divers procédés simulant l'autonomie des offres et des entreprises. Ces pratiques ont faussé le jeu de la concurrence sur le marché des tables d'opération, en donnant aux acheteurs publics une appréciation erronée de l'état de cette concurrence** ». L'effet des pratiques est incontestable étant donné qu'à l'époque des faits, Maquet et ALM détenaient 85% du marché en cause. L'entente ayant été

<sup>(1)</sup> Lettre du ministre de l'économie du 22 juin 2001 relative à une concentration dans le secteur de la fabrication de matériel médical et chirurgical. EOCO100377Y

caractérisée, chacune des entreprises a été condamnée à **750 000 euros d'amende**<sup>2</sup>.

Cette décision de l'Autorité de la concurrence s'inscrit dans une pratique jurisprudentielle désormais bien établie puisque le cas de figure qui est traité dans cette affaire est devenu une problématique récurrente du droit de la concurrence. Les solutions dégagées au fil des années par l'autorité française ont parfaitement été résumées dans la décision « *Air Liquide* » du Conseil de la concurrence<sup>3</sup> qui est devenue la décision de référence en la matière. Les enseignements de l'affaire « *Air Liquide* » ont intégralement été repris dans la décision Maquet/ALM :

1. La prohibition des ententes anticoncurrentielles n'est pas applicable aux accords passés entre des sociétés appartenant à un même groupe, dès lors que celles-ci ne disposent pas d'une réelle autonomie sur le marché. En l'absence d'autonomie commerciale et financière, ces sociétés forment en effet **une unité économique au sein de laquelle les décisions et accords ne peuvent relever du droit des ententes**<sup>4</sup>. Ainsi, le Conseil de la concurrence a-t-il eu l'occasion de considérer que la qualification d'entente ne peut être retenue à l'encontre d'une société mère et de ses filiales lorsque ces dernières ne jouissent d'aucune indépendance économique vis-à-vis de la première :

*« Mais les sociétés Rossimoda et Marc Jacob's International sont des filiales du groupe LVMH (détenues respectivement à hauteur de 97 et 100 % du capital). Or, aucun élément de l'instruction, ni aucune pièce versée par les parties ne permettent d'établir que les sociétés Rossimoda et Marc Jacob's International aient disposé d'une autonomie suffisante par rapport au groupe LVMH, leur permettant d'être en mesure de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du groupe. Dès lors, il n'existe pas d'entente entre ces sociétés »*<sup>5</sup>.

2. Cependant, s'agissant précisément du comportement que doivent adopter les entreprises appartenant à un même groupe lors de procédures de mises en concurrence, trois principes doivent être appliqués :

<sup>(2)</sup> L'amende infligée à chacune des sociétés est limitée par l'application de la procédure simplifiée de l'article L. 463-3 du code de commerce qui prévoit une sanction maximale de 750 000 euros.

<sup>(3)</sup> Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement des sociétés du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux.

<sup>(4)</sup> voir notamment CJCE - 24 octobre 1996, Viho/Commission, C-73/95 P, Rec. p. I-5457, point 51.

<sup>(5)</sup> Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-06 du 23 février 2005 relative à une saisine de la société Studio 26 à l'encontre des sociétés Rossimoda, Marc Jacob's International, LVMH Fashion Group et LVMH Fashion Group France.

⇒ il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ;

⇒ il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, **de renoncer à cette autonomie commerciale** à l'occasion de mises en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre, ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer **qu'une seule offre** ;

⇒ en revanche, il n'est pas envisageable pour de telles entreprises de déposer plusieurs offres, manifestant ainsi leur autonomie commerciale, dès lors que ces offres ont été établies de façon concertée, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, car ces offres ne sont plus indépendantes. En effet, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique doit, en conséquence, être considérée comme ayant un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel.

Enfin, un dernier principe est rappelé dans cette affaire en réponse à un argument plaidé par la société Maquet, à savoir que les centres hospitaliers qui avaient lancé les appels d'offres en cause étaient parfaitement informés que ces deux sociétés appartenaient au même groupe ; la société Maquet en déduit alors que la condamnation pour entente est impossible puisque les acheteurs publics étaient informés des conditions réelles de concurrence. L'Autorité rejette cet argument, en rappelant que la Cour d'appel de Paris considère que le défaut de vigilance de l'acheteur public ou le fait qu'il ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées ne peut pas légitimer des pratiques anticoncurrentielles **« dès lors que de tels liens n'impliquent pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations »**<sup>6</sup>. De plus, si l'acheteur public avait su et toléré de tels liens, **« sa compromission ne serait pas de nature à rendre régulière une pratique manifestement illicite »**<sup>7</sup>.

Voilà qui possède le mérite de la clarté !

<sup>(6)</sup> CA Paris, 18 novembre 2003, « Signaux Laporte »

<sup>(7)</sup> CA Paris, 4 juillet 1994 « SCREG Est »





## FLASH CONCURRENCE N° 3

### Réforme des accords verticaux : Point sur le deuxième projet de règlement et de lignes directrices de la Commission Européenne.

Par Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Le 31 mai 2010, soit à l'expiration du règlement CE n° 2790/1999, entrera en vigueur le nouveau règlement communautaire sur les restrictions verticales, accompagné des traditionnelles lignes directrices de la Commission destinées à aider les entreprises à procéder à l'auto-évaluation de leurs accords.

Le 28 juillet 2009, la Commission Européenne avait publié ses projets de règlement et de lignes directrices en les soumettant à consultation publique jusqu'au 28 septembre 2009.

Dans notre « *Flash Concurrence n°9* » du mois de septembre 2009, nous avons commenté ces projets en exposant les principales innovations.

Depuis lors, la Commission Européenne a établi une deuxième version de ses projets de règlement et de lignes directrices dont voici les principales nouveautés :

#### ➔ Sur le double seuil de part de marché !

Pour mémoire, l'article 3 du premier projet de règlement prévoyait :

« *L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par chacune des entreprises, parties à l'accord, ne dépasse pas 30 % de tout marché en cause affecté par l'accord.* »

Par cet ajout, la Commission Européenne, souhaitant prendre en considération l'augmentation constante de la puissance d'achat, notamment dans la grande distribution, avait instauré un double seuil de part de marché, se proposant ainsi de n'octroyer le bénéfice de l'exemption catégorielle qu'aux accords conclus entre un fournisseur et un acheteur ou distributeur dont les parts de marché respectives ne dépassaient pas 30 %.

Beaucoup d'opérateurs économiques s'étaient alors inquiétés de la difficulté de pouvoir évaluer la part de marché du distributeur, étant très délicat pour un fournisseur non seulement de cerner le marché sur lequel le distributeur est présent (notamment géographique), mais également d'en connaître la part de marché exacte, ceci étant source d'insécurité juridique.

La Commission Européenne a modifié son projet de règlement sur ce point en précisant désormais que le marché à prendre en compte pour le fournisseur reste celui sur lequel il vend les produits et services contractuels, mais que le marché pertinent à prendre en compte pour l'acheteur est celui sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

En d'autres termes, la part de marché de l'acheteur ou du distributeur ne s'appréhendera pas au regard du marché sur lequel il revend les biens et services contractuels mais sur le marché sur lequel il les achète, c'est-à-dire le marché de l'approvisionnement.

Dès lors, il sera nécessaire que chacune des entreprises ne dépasse pas 30 % de part de marché sur les marchés susvisés pour bénéficier de l'exemption par catégorie et éviter les affres du bilan concurrentiel.

La définition du marché de l'approvisionnement risque cependant de soulever d'importantes difficultés, les critères de sa détermination s'avérant délicats à appréhender, que ce soit pour le marché des produits ou services concernés ou pour le marché géographique.

Jusqu'à présent, la part de marché de l'acheteur n'était prise en compte que dans les accords dits de « *fourniture exclusive* », c'est-à-dire ceux imposant aux fournisseurs de ne vendre qu'à un acheteur à l'intérieur de la communauté.

L'article 3.2 du Règlement CE n° 2790/1999 précisait qu'il s'agissait du marché sur lequel l'acheteur achète les biens ou les services contractuels.

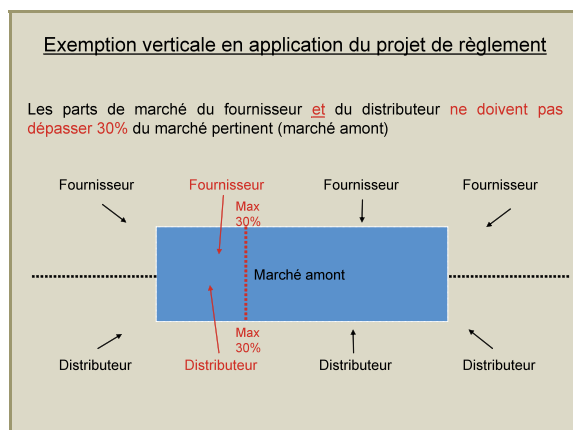
Les lignes directrices précisait, quant à elles, que « *la part de marché de l'acheteur correspond à sa part de tous les achats sur le marché des achats en cause* » (point 92).

Les lignes directrices renvoyaient alors à la décision bien connue de la Commission Européenne du 3 février 1999 dans l'affaire Rewe/Meinl<sup>(1)</sup>.

Dans cette décision concernant une opération de concentration sur le marché du commerce de détail de l'alimentation, la Commission était venue préciser que les marchés de l'approvisionnement « *comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises* », pour en déduire notamment que la délimitation du marché de l'acheteur se fait généralement du point de vue de l'autre partie en présence sur le marché, à savoir le fournisseur/producteur.

En d'autres termes, l'évaluation de la part de marché du fournisseur et de celle du distributeur se fera sur le même marché pertinent, comme le précisaient d'ailleurs les points 91 et 92 des actuelles lignes directrices du 13 octobre 2000 évoquant, au travers d'un schéma qui a disparu aujourd'hui du nouveau projet, l'existence d'un même marché « A », marché sur lequel interviennent les fournisseurs et les distributeurs et se distinguant du marché aval de la distribution sur lequel les entreprises sont en contact avec les consommateurs finals.

Il n'en demeure pas moins, ainsi que la Commission l'indique elle-même dans sa décision Carrefour/Promodès du 25 janvier 2000<sup>(2)</sup>, que les parts de marché détenues par l'acheteur sur le marché de l'approvisionnement sont particulièrement délicates à évaluer puisqu'il s'agit de calculer la part de marché que représente l'acheteur dans tous les achats sur un marché en cause, ce qui reste difficile à apprécier (voir schéma ci-dessous).



<sup>(1)</sup> Décision 1999/674/CE de la Commission du 3 février 1999 dans l'affaire n° IV/M 1221 (JOL 274 du 23.10.1999, page 1).

<sup>(2)</sup> Décision COMP/M 1684.

Il est à noter cependant, qu'en ce qui concerne le marché géographique, la Commission confirme, au point 89 de son dernier projet de lignes directrices, que le marché de gros est généralement plus large que celui du commerce de détail et que le plus souvent, le marché sera de dimension nationale, voire plus large encore, ce qui est plutôt positif dans le cadre de l'auto-évaluation des accords de distribution.

### → La distribution sur Internet !

Nous avons souligné dans notre « *Flash Concurrence* » de septembre 2009 que les ajouts de la Commission Européenne, relatifs au commerce sur Internet, se retrouvaient dans son projet de lignes directrices, le projet de règlement ne donnant aucune précision sur ce point.

La Commission n'a pas changé cette approche, mais a apporté des précisions par quelques petites touches intéressantes.

Voici les principales modifications :

- La Commission considère toujours la vente sur Internet comme un moyen de vente passive mais ajoute que cela reste le cas lorsque le client choisit d'être tenu automatiquement informé par le distributeur de ses nouveautés et promotions (newsletters, mails d'information, sortie de nouveaux produits, etc.).
- S'il est interdit de permettre à un distributeur exclusif d'empêcher des clients situés hors de son territoire d'avoir accès à son site Internet ou de les rerouter vers les sites Internet d'autres distributeurs exclusifs ou du fournisseur, la Commission précise qu'il n'est pas illicite d'insérer malgré tout des liens vers les sites Internet d'autres distributeurs ou du fournisseur.
- Autre précision importante : la Commission indique qu'un fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physiques ou salles d'exposition (là où le précédent projet ne prévoyait la possibilité d'exiger qu'un seul point de vente physique).
- Enfin, si la Commission persiste à refuser qu'un distributeur puisse payer un prix plus élevé pour des produits destinés à être vendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement, elle ajoute que certaines pratiques de « dual pricing » peuvent être légitimées si les prix plus élevés demandés au distributeur pour les produits vendus sur Internet se justifient par le fait qu'il assure moins de services auprès de la clientèle, d'installation et de conseil notamment, et si de ce fait, le nombre de plaintes ou de demandes de garantie au fournisseur risque d'augmenter (cette justification reste à notre sens quelque peu alambiquée alors qu'une différenciation tarifaire peut

se justifier plus largement dans le cadre de conditions catégorielles de vente).

### → **Sur les prix minima imposés !**

Bien que les prix minima imposés demeurent toujours fermement interdits, nous avons précédemment relevé l'ouverture importante qu'avait opérée la Commission dans l'intransigeance de son raisonnement en admettant que les prix de vente imposés pourraient ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence et pourraient ainsi entraîner des gains d'efficience.

Dans son précédent projet, la Commission envisageait notamment l'utilité de prix de vente imposés lors du lancement par un fabricant d'une nouvelle marque ou de son entrée sur un nouveau marché.

La Commission admet désormais cette utilité pour le **lancement de nouveaux produits**.

Il s'agit là d'un nouvel assouplissement qui revêt une importance certaine. Ceci dit, il reste à déterminer la durée de ladite phase de lancement durant laquelle un prix de vente imposé pourra être exempté.

Par ailleurs, si la Commission supprime la référence à l'utilisation d'une marque particulière comme produit d'appel comme justification possible d'un prix de vente imposé, elle précise désormais plus généralement que la marge assurée au distributeur par les prix de revente minimum imposés peut leur per-

mettre d'assurer des services additionnels préalables à la vente, notamment dans le cas de produits complexes ou de technologie avancée.

Ainsi, la Commission admet pouvoir, le cas échéant, être convaincue, démonstration à l'appui, que l'application de prix de vente minimum imposés pourrait éviter les actions parasitaires de certains distributeurs qui ne fournissent pas les services susvisés alors que ces services sont bénéfiques pour les consommateurs.

Enfin, il est à noter qu'en ce qui concerne les prix de vente maxima, la Commission les estime légitimes lorsqu'ils permettent d'éviter la pratique dite de la « *double marge* », en prenant le soin de préciser désormais que cela peut notamment permettre à une marque de concurrencer plus efficacement certaines autres marques, notamment les produits vendus sous marque de distributeurs, commercialisés par les distributeurs en concurrence avec leurs propres fournisseurs.

Là encore, la Commission entend appréhender certaines réalités des pratiques de la grande distribution.

Tels sont les derniers contours de la réforme qui s'annonce, étant ici précisé que les entreprises dont les contrats sont en cours au 31 mai 2010 auront jusqu'au **31 mai 2011** pour se mettre en conformité avec le nouveau règlement.







## FLASH CONCURRENCE N° 4

Ventes liées et pratiques commerciales déloyales en France :  
les suites de l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009  
L'arrêt du 26 novembre 2009 « *UFC Que Choisir c/ Darty* »

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

L'arrêt<sup>1</sup> du 23 avril 2009 de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) n'a pas fini de faire des vagues en droit national des promotions des ventes et, en particulier, des ventes liées, jumelées ou subordonnées<sup>2</sup>.

Rappelons que dans cette affaire, la CJCE a jugé contraire à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, la réglementation nationale belge qui prohibe par principe toutes « *offres conjointes* ». La raison en est que, selon la CJCE, ladite directive, qui procède à une « *harmonisation complète* » de la matière, contient une annexe I établissant une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui sont réputées déloyales en toutes circonstances et qui constituent les seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme interdites sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la même directive, lesquels énoncent les critères permettant de déterminer si une pratique présente un caractère déloyal ou non<sup>3</sup>. [Cf. Flash concurrence MG Avocats n°2 du mois d'avril 2009 et son actualisation du mois de juin 2009]

Or, à l'instar de la loi belge, le Code français de la consommation prohibe de façon générale les offres conjointes, son article L.122-1 disposant en effet que :

**« Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un ser-**

***vice, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ».***

Se posait, dès lors, la question de la conformité au droit communautaire de cette disposition interdisant les ventes liées en tant que telles, mais également de certaines autres réglementations françaises prohibant de façon générale telle ou telle pratique promotionnelle, dans la mesure où il résulte de l'arrêt du 23 avril 2009 de la CJCE que toute pratique pouvant être qualifiée de « *pratique commerciale* » au sens de la directive du 11 mai 2005 ne peut être interdite per se que si elle est expressément visée dans l'annexe I de ladite directive.

Les juridictions nationales n'ont pas tardé à se prononcer sur la question de l'interdiction des ventes liées, à commencer par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite « *Orange Sport* », qui opposait France Telecom et sa filiale Orange à Free et SFR, lesquels reprochaient à l'opérateur historique de contraindre les personnes désireuses de profiter de la chaîne Orange Sport à contracter un abonnement « *Triple play* », ce qui aurait constitué une violation de l'article L.122-1 précité et, partant, un acte de concurrence déloyale.

Dans son arrêt du 14 mai 2009, la Cour d'appel de Paris, après avoir cité l'arrêt de la CJCE et observé que l'offre subordonnée ne figurait pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I de la directive du 11 mai 2005, a considéré que l'article L.122-1 du Code de la consommation, qui pose un principe d'interdiction des ventes subordonnées, se heurtait au régime institué par la directive. La

<sup>(1)</sup> Aff. C-261/07 et C-299-07, VTM-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV.

<sup>(2)</sup> Dans le présent article, nous parlerons indifféremment de ventes jumelées, subordonnées ou liées.

<sup>(3)</sup> Rappelons que cette directive a été transposée en droit français aux articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation.

Cour a, en conséquence, estimé qu'il lui revenait d'en écarter l'application et d'évaluer le caractère déloyal des offres subordonnées compte tenu des circonstances de l'espèce et au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.

Le 26 novembre dernier, la Cour d'appel de Paris a eu, à nouveau, l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de l'article L.122-1 précité, dans une affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Darty et relative, cette fois, à la vente d'ordinateurs avec des logiciels (et en particulier du système d'exploitation Windows XP) préinstallés. **[Sur cette même question mais en matière d'anti-trust, voir les célèbres procès actuellement pendants entre le géant Microsoft et la Commission Européenne]**

Cette décision intervient à la suite de l'assignation devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, par l'UFC Que Choisir, de la société Darty afin que cette dernière soit enjointe :

- de cesser de vendre des ordinateurs avec des logiciels préinstallés, sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels, moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, sur le fondement de l'article L.122-1 du Code de la consommation interdisant les ventes liées et de l'article L.121-1 du même code sur les pratiques commerciales trompeuses ;
- d'indiquer le prix des logiciels préinstallés qu'elle expose à la vente, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui prévoit que « *Les produits vendus par lots doivent comporter un écriteau mentionnant le prix et la composition du lot ainsi que le prix de chaque produit composant le lot* ».

Le Tribunal de Grande Instance de Paris avait considéré, dans un jugement du 24 juin 2008, que Darty avait bien pratiqué des « ventes liées » au sens de l'article L.122-1 du Code de la consommation, en vendant des ordinateurs préalablement équipés du système d'exploitation de Microsoft, Windows XP, ainsi que d'autres logiciels. Toutefois, le Tribunal avait considéré que cette pratique était justifiée par un motif légitime, à savoir en l'occurrence l'intérêt des consommateurs, lesquels préféreraient en grande majorité un ordinateur pré-équipés à un ordinateur « nu ».

Le Tribunal en avait conclu que la société Darty ne contrevenait pas aux dispositions de l'article L.122-1 précité en vendant des ordinateurs pré-équipés, mais qu'elle avait, en revanche, l'obligation de mentionner le prix de chaque produit composant le lot, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix.

La Cour d'appel de Paris réaffirme que Darty n'est pas tenu de vendre des ordinateurs « nus », c'est-à-dire non pré-installés, mais ce, sans se fonder,

contrairement au Tribunal, sur le motif légitime – en l'occurrence l'intérêt des consommateurs – pouvant justifier la vente liée.

En effet, la Cour, qui reprend exactement le même raisonnement que dans son arrêt du 14 mai 2009, écarte purement et simplement l'application des dispositions de l'article L.122-1 du Code de la consommation au motif qu'elles seraient non-conformes au droit communautaire et, en particulier, à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. La Cour entreprend ensuite de déterminer si, en l'occurrence, la vente liée pratiquée par Darty constitue ou non une pratique commerciale déloyale au sens de ladite directive. C'est ainsi qu'au terme d'une analyse très motivée, la Cour estime que cette pratique n'est pas déloyale.

**Sans grande surprise, cet arrêt confirme donc la position que la Cour d'appel de Paris avait d'ores et déjà dégagée dans l'affaire « Orange Foot » en mai dernier, s'agissant de l'article L.122-1 du Code de la consommation.**

Le véritable apport de l'affaire « *UFC Que Choisir / Darty* » concerne en réalité l'application de l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui pose une obligation d'afficher de façon distincte le prix de chaque produit composant le lot, soit en l'espèce de l'ordinateur « nu », d'une part, et de chaque logiciel pré-installé, d'autre part.

A cet égard, **la société Darty avait soulevé, entre autres, l'incompatibilité des dispositions de l'article 7 dudit arrêté avec la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.**

Toutefois, la Cour d'appel de Paris se garde bien de s'aventurer sur ce terrain, en relevant l'impossibilité pour Darty de connaître et donc de fournir les prix respectifs de l'ordinateur « nu » et de chacun des logiciels du fait « *de la structure de l'offre des fabricants* » et du secret des affaires.

La Cour en conclut : « *qu'ainsi, Darty ne peut sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels* » et qu'en conséquence, les demandes de l'UFC Que Choisir présentées sur le fondement de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peuvent être accueillies, « *sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de l'article 7 de l'arrêté avec la norme communautaire* ».

Ce "tour de passe-passe" met en évidence la situation inconfortable dans laquelle se trouvent aujourd'hui les juridictions françaises, lesquelles sont ainsi appelées, suite à l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 et compte tenu de l'absence d'une réforme consécutive du droit français de la promotion des ventes – contrairement à l'évolution, corrélatrice à l'arrêt de la CJCE, de la législation belge – à se prononcer sur la conformité de certaines dispositions françaises en vigueur à la directive communautaire du 11 mai 2005.

Une telle situation pourrait être à l'origine d'une certaine insécurité juridique pour les opérateurs économiques – et en particulier les organisateurs d'opérations promotionnelles – dès lors que les différentes juridictions amenées à se prononcer pourraient adopter des positions différentes ou, à tout le moins, non parfaitement homogènes.

A cet égard, on peut relever que si le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a suivi, le 15 mai 2009, dans une affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Auchan France, un raisonnement similaire à celui de la Cour d'appel de Paris en refusant d'appliquer l'article L.122-1 du Code de la consommation<sup>4</sup>, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre s'en est, quant-à-lui, démarqué dans un jugement du 30 octobre 2009.

En effet, dans cette affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Hewlett Packard France s'agissant là encore de la vente liée d'ordinateurs et de logiciels, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre opte pour une démarche différente de celle de la Cour d'appel de Paris en décidant d'appliquer l'article L.122-1 précité mais interprété à la lumière de la directive du 11 mai 2005 :

---

<sup>4</sup> S'agissant encore de la vente d'ordinateurs vendus avec des logiciels pré-installés, le Tribunal a, par un jugement en date du 15 mai 2009, débouté l'UFC Que Choisir au motif que sa « demande formulée en raison de la violation de l'article L.122-1 du Code de la consommation ne saurait aboutir en raison du caractère contraire des dispositions édictées par ce texte au regard de la directive 2005/49 » (TGI de Bobigny, 15 mai 2009, UFC Que Choisir c/ Auchan France).

*« L'article L.122-1 ne sera pas déclaré radicalement inapplicable comme clairement contraire au droit communautaire : il sera considéré comme pouvant être soumis à l'épreuve du principe d'appréciation conforme du fait de son ambivalence, la notion de motif légitime appréciable au cas par cas étant suffisamment fluide pour permettre de sanctionner au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive en cause, une offre conjointe déloyale »<sup>5</sup>.*

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre n'adopte donc pas la position de la Cour d'appel de Paris et suit un raisonnement tout compte fait assez classique, en appliquant l'article L.122-1 du Code de la consommation pour finalement conclure qu'il s'agit d'un cas d'« exemption » prévu expressément par ledit article, estimant que la vente liée est, en l'occurrence, réalisée dans l'intérêt du consommateur.

Afin d'éviter une certaine « cacophonie » entre les différentes juridictions, une clarification législative du droit de la promotion des ventes en France serait la bienvenue en termes de sécurité juridique que peuvent attendre légitimement les entreprises.

---

<sup>5</sup> TGI de Nanterre, 30 octobre 2009, UFC Que Choisir c/ HP France.







## FLASH CONCURRENCE N° 5

Visites et saisies en droit de la concurrence :  
La protection au titre du Legal Privilege  
Une question fondamentale aujourd'hui !!!

Par Jean-Christophe Grall et Mathilde Lefèvre

*Le 29 avril 2010, l'avocat général Julianne Kokott a fait connaître ses conclusions dans l'affaire Akzo Nobel devant la Cour de justice de l'Union européenne, en s'opposant à l'extension de la protection du " Legal Privilege " aux documents et opinions émanant de juristes d'entreprise inscrits à un Barreau national.*

Un mouvement de contestation s'accroît à l'encontre des saisies informatiques massives et indifférenciées des enquêteurs des autorités de concurrence françaises comprenant pour partie des documents bénéficiant du **Legal Privilege** ; dans ce contexte, quelles sont les règles applicables à la protection de ces documents ?

Le **Legal Privilege** est une protection accordée à certains types de documents échangés entre un client et son avocat qui, à ce titre, bénéficient de la confidentialité liée au secret des affaires. Cette protection a pour conséquence et ce, tant en matière fiscale que pénale ou bien entendu dans le cadre d'une enquête diligentée et conduite par les autorités de concurrence, une impossibilité pour les enquêteurs de saisir ces pièces et pour les autorités ou juridictions de se fonder sur ces documents en vue de démontrer l'existence d'une infraction ; ce point est fondamental ! Le principe du **Legal Privilege** est visé par l'article 28 du Règlement Communautaire n°1/2003 du 16 décembre 2002. S'agissant du droit interne, ce principe est rappelé indirectement par l'article L.450-4 du Code de commerce visant l'article 56 du Code de procédure pénale.

S'il faut, en premier lieu, identifier la nature des documents qui peuvent être protégés par le **Legal Privilege**, il convient également de revenir sur la procédure de saisie informatique de ces documents, en second lieu.

### 1) Les documents susceptibles d'être protégés par le Legal Privilege :

Les pouvoirs des enquêteurs intervenant dans le cadre de visites et saisies en droit de la concurrence sont très larges ! Ils permettent de saisir une multitude de documents en lien avec l'objet de l'enquête, exclusivement circonscrit par l'ordonnance du Juge des libertés et de la détention (JLD) autorisant les visites et saisies ou par la Commission européenne en matière Communautaire.

L'une des limites à la saisie des documents en lien avec l'objet de l'enquête, tient à la protection de la confidentialité des communications échangées entre une entreprise et son avocat externe.

La jurisprudence française et communautaire a pu préciser les documents pouvant bénéficier à cet égard du **Legal Privilege**.

- 1 **La protection des communications intervenant entre une entreprise et un avocat indépendant :**

S'il est clair que les communications doivent avoir été échangées entre un avocat et son client, l'interprétation de la notion d'« **avocat** » a suscité des débats houleux, très polémiques et demeure aujourd'hui un sujet d'actualité dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire Akzo-Nobel<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Décision Akzo Nobel Chemicals du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPI) du 17 septembre 2007, aff. jointes T-125/03 et T-253/03.

En l'état de la jurisprudence actuelle, les communications protégées par le **Legal Privilege** doivent émaner d'un avocat externe et indépendant sans lien salarial avec l'entreprise cliente.

En France, un juriste ne peut être simultanément salarié d'une entreprise et exercer l'activité d'avocat indépendant ; toutefois, une telle possibilité existe dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ; c'est le cas notamment en Allemagne, en Belgique ou aux Pays-Bas où des juristes internes peuvent par ailleurs être inscrits à un Barreau national. Cette possibilité impose aux juristes de respecter des règles déontologiques strictes et la plupart de ces pays reconnaissent que des documents émanant des juristes internes membres d'un Barreau peuvent être protégés par le **Legal Privilege** au même titre que les correspondances adressées par un avocat indépendant ou qui lui sont adressées.

Pourtant et en dépit de l'existence de telles règles nationales, la Commission européenne, dans ses décisions AM&S<sup>2</sup> puis Akzo-Nobel, a fermement refusé la protection des pièces émanant ou adressées à un juriste interne au sein d'une entreprise (*in house counsel*) alors même qu'il était inscrit à un Barreau national !

Ainsi dans l'arrêt Akzo-Nobel, le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPI) a pu préciser que :

« La Cour consacre, ainsi, le critère d'une assistance légale fournie « en toute indépendance » (arrêt AM & S, point 24), qu'elle identifie avec celle fournie par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance.

Dès lors, il y a lieu de rejeter la thèse avancée à titre principal par les requérantes et de conclure que la correspondance échangée entre un avocat lié à Akzo Nobel par un rapport d'emploi et un directeur d'une société appartenant à ce groupe n'est pas couverte par la confidentialité, tel que défini par l'arrêt AM & S»<sup>3</sup>.

Si cette décision est actuellement en cours d'examen devant la CJUE et fermement critiquée de façon récurrente, il faut relever que l'Avocat général, Juliane Kokott, a suivi la position du Tribunal dans ses conclusions récentes du 29 avril 2010, en s'opposant à l'extension du **Legal Privilege** aux juristes d'entreprise, suivant ainsi la position communautaire actuelle.

Rappelons par ailleurs que l'avocat libre et indépendant doit avoir la capacité d'exercer sa profes-

sion dans l'un des pays de l'Union européenne sans importance du lieu où se situe le client.<sup>4</sup>

#### 1 Les catégories de documents protégés :

Le bénéfice du **Legal Privilege** va permettre de confidentialiser tous les documents échangés postérieurement à l'ouverture de la « *procédure de concurrence* » comme antérieurement à celle-ci, lorsqu'ils ont un lien de connexité avec l'objet de l'enquête. En outre, cette correspondance doit intervenir dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client.

Au-delà des communications classiques échangées entre un avocat et un client, la jurisprudence a étendu les catégories de documents protégés pour désormais englober deux autres catégories de pièces :

<sup>n</sup> En premier lieu, le TPI, dans son ordonnance Hilti<sup>5</sup>, a étendu la protection du **Legal Privilege** aux notes émanant de juristes d'entreprise et circulant en interne dès lors qu'elles se bornent à reprendre le contenu de communication clients/avocats comprenant des avis juridiques :

« *Dès lors, compte tenu de sa finalité, le principe de protection accordée aux communications entre l'avocat et son client doit être regardé comme s'étendant également aux notes internes qui se bornent à reprendre le texte ou le contenu de ces communications* ».

→ Si les notes internes ajoutent ou modifient des éléments contenus dans l'avis juridique donné par l'avocat, alors elles ne pourront pas être protégées au titre du **Legal Privilege**.

<sup>n</sup> En second lieu, une extension supplémentaire de la protection du **Legal Privilege** est accordée aux documents préparatoires rédigés par le client en vue d'un échange avec son conseil externe, alors même que ces documents n'auraient pas été adressés ou envoyés audit Avocat. Pour que ces documents bénéficient du **Legal Privilege**, il suffira qu'ils aient été rédigés exclusivement dans le but d'obtenir un avis juridique d'un avocat indépendant dans l'exercice des droits de la défense<sup>6</sup>.

→ En raison de la difficulté d'identification de ces documents, il sera nécessaire de les identifier clairement par une mention figurant directement sur ceux-ci ou par l'indication du caractère préparatoire du document à une communication avec un avocat, afin d'éviter le risque de non protection au titre du secret d'affaires.

<sup>(2)</sup> Décision AM&S de la Cour de Justice des Communautés européennes du 18 mai 1982, aff. 155/79.

<sup>(3)</sup> Décision Akzo-Nobel précitée, paragraphes 168 et 169.

<sup>(4)</sup> Décision AM&S précitée, paragraphes 25 et 26.

<sup>(5)</sup> Ordonnance Hilti du Tribunal de première instance du 4 avril 1990, aff. T-30/89, paragraphe 18.

<sup>(6)</sup> Décision Akzo Nobel précitée, paragraphes 120 à 123.

Par ailleurs, il convient d'observer que la seule indication sur les documents et pièces de la mention « Legal Privilege » ou de toute autre mention similaire ne saurait prévenir leur saisie !!!

Une fois l'étendue de la protection déterminée, il convient d'examiner la procédure de saisie des pièces lors d'une enquête de concurrence afin d'envisager les conséquences sur la saisie de documents bénéficiant du Legal Privilege.

## **II) La saisie de documents susceptibles d'être protégés par le Legal Privilege et le cas particulier de la saisie de messagerie électronique :**

En matière de visites et saisies, certaines distinctions apparaissent entre les procédures appliquées par les enquêteurs français et les enquêteurs de la Commission européenne. Nous illustrerons ces distinctions par l'exemple des saisies de messageries électroniques.

Lors de perquisitions (enquêtes dites « lourdes » françaises et inspections communautaires), de multiples documents et pièces sont susceptibles d'être saisies immédiatement par les enquêteurs.

Lorsque les parties ou leur avocat allèguent que certaines pièces, certes en lien avec l'enquête, ne peuvent être saisies en raison de leur confidentialité au titre du **Legal Privilege**, les parties devront motiver leur demande d'absence de saisie. Les enquêteurs, tel que l'explique le guide de la Commission sur les Bonnes pratiques liées au déroulement des procédures relatives aux articles 101 et 102 TFUE non encore publié<sup>7</sup>, pourront visualiser la présentation générale, le titre ou d'autres aspects superficiels des pièces afin de savoir s'ils sont effectivement couverts par le **Legal Privilege**. Il est, en outre, possible que les parties demandent aux enquêteurs de ne pas examiner du tout certaines pièces, en raison de motifs spécifiques.

En droit français, aucune procédure particulière n'envisage un recours spécifique relatif aux pièces protégées par le **Legal Privilege**.

En droit Communautaire, si les enquêteurs estiment qu'il n'est pas exclu qu'un document litigieux bénéficie du **Legal Privilege**, alors la pièce en cause sera placée sous enveloppe scellée en vue de son examen futur de telle sorte que soit résolue ultérieurement la question de sa confidentialité.

Si la Commission rejette les motifs invoqués par les parties pour obtenir le bénéfice du **Legal Privilege** pour certains documents, elle devra rendre une décision de refus et les parties pourront contester sa décision devant la CJUE. La Commission ne pourra pas ouvrir l'enveloppe scellée contenant les pièces litigieuses avant que ne soit rendue la décision !

**Mais attention, les requêtes dilatoires relatives au **Legal Privilege** nullement justifiées et visant uniquement à retarder la procédure pourront être sanctionnées financièrement<sup>8</sup>.**

En droit interne, pour contester la saisie de pièces couvertes par le **Legal Privilege**, les parties devront contester le déroulement des visites et saisies (cf. art. 450-4 du Code de commerce et **Lettre du Cabinet mars-avril 2010**) sans toutefois avoir un recours spécifique permettant le placement des pièces litigieuses sous scellés ainsi que prévu en droit communautaire.

Les précautions prises par les autorités communautaires se retrouvent notamment dans l'examen des pièces numérisées et plus particulièrement dans la saisie des messageries électroniques.

En droit français, les juges considèrent les messageries électroniques de type « **Outlook** » ou « **Lotus Note** » comme une pièce unique et insécable, c'est-à-dire comme un document ne pouvant pas être différencié, en considérant les éléments qu'il contient. C'est sur ce principe que les enquêteurs français se fondent pour saisir l'intégralité des messageries électroniques alors même que s'y trouveraient des correspondances privées ou des documents bénéficiant du **Legal Privilege**.

C'est ainsi que la Cour de cassation dans l'affaire Shering-Plough<sup>9</sup> a annulé la décision du Juge des Libertés et de la détention autorisant la restitution de documents informatiques non différenciés qui avaient été saisis grâce au procédé du ciblage par mot-clé. La Cour réaffirme le principe de l'insécabilité des messageries électroniques et estime, dans la mesure où les documents saisis contiennent au moins en partie des éléments permettant de démontrer l'existence des pratiques anticoncurrentielles suspectées, que la saisine globale est alors licite.

Ces méthodes de saisie diffèrent de la procédure mise en œuvre par les enquêteurs de la Commission qui ne considèrent pas *ab initio* que les messageries électroniques ou tout autre document constituent un tout insécable. Les enquêteurs examineront chacun des éléments et notamment les courriers électroniques de la messagerie. La saisie globale s'opèrera uniquement dans des cas particuliers où les enquêteurs manqueront de temps pour inspecter chacune des pièces sur site ; il leur est par conséquent permis de saisir des pièces de façon globale mais ces documents seront placés sous enveloppes scellées qui ne seront ouvertes qu'en présence des parties afin de procéder à l'examen des pièces.

Par cet exemple, on peut observer que le respect du **Legal Privilege** est davantage garanti en droit

<sup>7</sup> "Best Practices on the conduct of proceedings concerning the articles 101 and 102 TFEU".

<sup>8</sup> Article 23(1) du Règlement 1/2003.

<sup>9</sup> Décision du 20 mai 2009, n°07-8643.

communautaire où des procédures strictes ont été édictées.

*Malgré une extension du Legal Privilege* à de nouvelles catégories de documents et l'existence de procédures tendant à favoriser le respect de ce principe, cette protection demeure somme toute encore limitée notamment en ce qui concerne les

pièces, opinions, documents émanant de juristes d'entreprise.

Il nous faut donc attendre la suite et la fin de la saga Akzo-Nobel qui apportera certainement de précieux enseignements en matière de protection au titre du *Legal Privilege* !

Nous vous en tiendrons informés.





## FLASH CONCURRENCE N° 6

### La Question Prioritaire de Constitutionnalité ! Une vraie réforme ! Le Conseil constitutionnel devient juge de la loi !

Par Jean-Christophe Grall, Mathilde Lefèvre et Marine Grall

*Depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010, la question prioritaire de constitutionnalité, nouvel outil juridique des parties à l'instance, connaît un succès sans précédent avec au-jour d'hui plus d'une quarantaine de questions posées au Conseil constitutionnel et déjà quatre décisions rendues.*

La question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « **QPC** ») a été introduite par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ajouté un article 61.1 à la Constitution par lequel :

*« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».*

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 62 prévoit qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Par cette réforme, le contrôle du Conseil constitutionnel se fait désormais

- 1 non seulement par voie d'action, a priori et en amont de la promulgation de la loi ;
- 1 mais aussi par voie d'exception, a posteriori et en aval de la promulgation de la loi.

Cette réforme a un triple objectif :

- donner un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution ;
- purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles ;
- assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne.

Pourquoi parle-t-on de question **prioritaire** de constitutionnalité ? La question est dite prioritaire car d'une part, lorsqu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou en appel, la question doit être examinée sans délai et le temps d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité doit s'imputer sur le temps de la procédure et ne doit pas la retarder.

D'autre part, elle est considérée comme prioritaire car, dès lors que la juridiction est saisie de moyens contestant à la fois la constitutionnalité de la loi et le défaut de conformité de cette loi aux traités et accords internationaux (exception dite **d'inconventionnalité**), la juridiction doit d'abord examiner **la question de constitutionnalité**.

**Comment se déroule le processus de la question prioritaire de constitutionnalité ?**

Il est tout d'abord important de préciser que le justiciable ne peut saisir directement le Conseil constitutionnel : en effet, la question prioritaire de constitutionnalité doit être posée au cours d'une instance, administrative ou judiciaire. La question peut

en outre être posée en première instance, en appel ou devant la Cour de cassation en matière judiciaire ou le Conseil d'Etat en matière administrative.

C'est la juridiction saisie de l'instance qui procède sans délai à un premier examen. La juridiction examine si la question est recevable. Les critères de recevabilité de la question sont fixés par la loi organique ; pour qu'une **QPC** soit recevable, il faut que :

- la disposition législative critiquée soit applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux

Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à un examen plus approfondi de la **QPC** et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel. Ces deux cours ont donc un rôle de *filtrage* des questions prioritaires de constitutionnalité, afin d'éviter un engorgement du Conseil constitutionnel dû à un véritable tsunami de contentieux. Il faut préciser que ces deux cours ne sont pas des juges constitutionnels : leur fonction se limite à accepter ou refuser de transmettre la **QPC** au Conseil constitutionnel.

S'il est saisi, le Conseil constitutionnel doit juger la **QPC** dans un délai de trois mois :

- si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est conforme à la Constitution, cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridiction doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition d'un traité international ou du droit communautaire.
- si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est contraire à la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel a pour effet d'abroger cette disposition. Elle disparaît de l'ordre juridique français.

La **QPC**, qui permet désormais que le contrôle de constitutionnalité des lois se fasse à la fois par voie d'action et par voie d'exception, a priori et a posteriori, contribuera à renforcer le pouvoir du Conseil constitutionnel dans sa mission de gardien du respect de la Constitution et de protecteur des droits fondamentaux.

Il assure désormais la plénitude des missions habituellement dévolues aux juridictions constitutionnelles tel qu'envisagé par exemple aux Etats-Unis avec le « *Judicial Review* » ; Robert Badinter voulait même l'appeler Cour Constitutionnelle pour souligner ses nouvelles prérogatives qui ten-

dent à le rapprocher de plus en plus des autres cours constitutionnelles européennes.

En chiffres : on compte déjà 132 **QPC** posées à la cour de cassation, et 72 **QPC** posées au conseil d'Etat en mai 2010. Au 14 juin 2010, le Conseil a déjà rendu 4 décisions statuant sur des questions prioritaires de constitutionnalité.

La première décision n°2010-1 du Conseil constitutionnel a été rendue le 28 mai 2010 après une saisine du Conseil d'Etat relative au régime spécial des pensions applicables aux ressortissants des pays et territoires autrefois sous souveraineté française et, en particulier, aux ressortissants algériens. Le Conseil constitutionnel a reconnu comme inconstitutionnelles les dispositions législatives sur les pensions de retraites des militaires étrangers dès lors qu'elles prévoyaient une revalorisation différente de celles prévues par le Code des pensions civiles et militaires de retraite. En présence d'une différence de traitement, contraire au principe d'égalité, le Conseil s'est donc vu contraint d'abroger de telles dispositions.

La décision n°2010-6/7 rendue le 11 juin 2010, a reconnu que la radiation des listes électorales des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public lorsqu'elles commettent certaines infractions, contrevenait au principe d'individualisation des peines dans la mesure où cette radiation est considérée comme une sanction ayant le caractère de punition. Par conséquent le Conseil décide d'abroger l'article L.7 du code électoral prévoyant une telle sanction.

Enfin, il est à noter que par une décision n°2010-2 rendue ce même 11 juin, le Conseil a estimé que l'article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles souvent critiqué, interdisant à l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du seul fait de sa naissance, ne contrevenait pas à la Constitution, tout en rappelant que le législateur avait fondé son choix sur des considérations éthiques et sociales ainsi que sur des motifs financiers qui relèvent de son pouvoir d'appréciation.

Au regard de ces décisions et en vue des nombreuses autres à venir (**une QPC a notamment été posée en fin de semaine dernière et vise l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.450-4 du code de commerce en matière de visites et saisies !**), il ne fait nul doute que la réforme a permis au Conseil constitutionnel de trouver une place centrale dans le contentieux juridictionnel et de devenir une véritable cour constitutionnelle.

**En conclusion, si certains voient dans cette réforme des désavantages tels que la perte de stabilité juridique ou encore la banalisation de la place de la loi, une majorité s'accorde à reconnaître les nombreuses possibilités qu'offre désormais cette saisine du Conseil constitutionnel au travers du prisme de la question prioritaire de constitutionnalité !**





## FLASH CONCURRENCE N° 7

Une actualité estivale chargée en matière d'interdictions des ventes liées :

- 1°) La CJUE réaffirme, s'agissant cette fois de la législation polonaise, qu'une telle interdiction de principe est contraire aux dispositions de la directive 2005/29 CE sur les pratiques commerciales déloyales (CJUE, 11 mars 2010, n°C-522/08).
- 2°) La Cour de cassation française conforte, par un très récent arrêt du 13 juillet 2010, la décision « Orange Sport » de la Cour d'appel de Paris en rejetant les pourvois de Free et SFR et en se positionnant ainsi dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire (C. Cass, 13 juillet 2010, non encore publiée à ce jour).
- 3°) L'administration française fait part de son insatisfaction vis-à-vis de cette situation et de sa volonté d'obtenir une révision de la directive du 2005/29 CE, laquelle entraînerait « *une diminution du degré de protection des consommateurs* » (Réponse ministérielle n°63029, JOAN du 4 mai 2010).

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

1°) CJUE, 11 mars 2010, aff. n°C-522/08, Telekomunikacja Polska SA w Warszawie / Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

*Les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) se suivent et se ressemblent en matière de ventes liées et, plus généralement, d'interdictions nationales de pratiques commerciales per se.*

Par un nouvel arrêt en date du 11 mars 2010, la CJUE rappelle qu'est contraire au droit communautaire la législation d'un Etat membre – en l'occurrence la Pologne – qui interdit par principe une pratique commerciale alors que celle-ci ne fait pas partie des 31 pratiques qualifiées de déloyales per se énumérées par l'annexe I de la directive 2005/29 CE du 11 mai 2005, laquelle opère une « *harmonisation maximale* » de la matière.

Le cas d'espèce, opposait un opérateur polonais de télécommunication, la société Telekomunikacja Polska (ci-après « TP ») au Président de l'Autorité de régulation nationale des communications électroniques (« Urzędu Komunikacji Elektronicznej » ci-après « UKE »).

A l'origine du litige, l'UKE avait interdit à la société TP de subordonner la conclusion d'un contrat de services Internet haut débit à la conclusion d'un contrat de services téléphoniques, par application de la loi polonaise sur les télécommunications qui prévoit que, le Président de l'autorité des communications électroniques peut, dans le but de protéger l'utilisateur final, contraindre un opérateur de télécommunications jouissant d'une puissance significative sur le marché de détail, à ne pas imposer à l'utilisateur final la souscription de services qui lui sont inutiles.

Le recours de l'opérateur contre la décision de l'UKE ayant été rejeté, il a alors saisi la juridiction de cassation polonaise qui a elle-même saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle.

La question préjudicielle de la juridiction de cassation polonaise portait en réalité sur le point de savoir si les directive du 7 mars 2002, n°2002/21, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (dite directive « *cadre* ») et n°2002/22 concernant le service universel et les droits des

utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (dite directive « *service universel* »)<sup>1</sup> », s'opposent à une réglementation nationale qui interdirait les ventes liées aux consommateurs.

A cet égard, la CJUE, prenant en compte les dispositions des directives, leurs objectifs et le marché en cause, considère qu'il est possible, pour les autorités nationales de régulation d'interdire les ventes liées à un opérateur, au regard des directives sur les télécommunications.

Toutefois, par la même occasion, la CJUE s'interroge sur la compatibilité de la réglementation polonaise au regard de la directive n°2005/29 CE du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, alors que ce point n'avait pas été soulevé dans la question préjudicielle.

C'est bien évidemment là que se situe tout l'intérêt de cette nouvelle décision de la Cour de justice.

A ce titre, la CJUE précise que : « *la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur* ».

Ainsi et sans surprise, la Cour de justice suit le même raisonnement d'ores et déjà adopté dans ses arrêts du 23 avril 2009 relatif à l'interdiction belge des offres conjointes<sup>2</sup> et du 14 janvier 2010<sup>3</sup> s'agissant de la prohibition allemande des loteries payantes.

## 2°) Cour de cassation, 13 juillet 2010, « Orange Sport » non encore publiée :

*A l'instar des juridictions nationales de premier et second degré, la Cour de cassation se plie à la position de la CJUE en rejetant le pourvoi des sociétés Free et SFR à l'encontre de l'arrêt « Orange Sport » du 14 mai 2009 de la Cour d'appel de Paris.*

Les juridictions françaises ont rapidement pris acte, avec réalisme, de l'interprétation de la CJUE dévoilée pour la première fois par son arrêt du 23 avril 2009 en refusant de faire application des réglementations nationales qui interdisent telle ou telle pratique commerciale ne figurant pas dans la liste des clauses noires, réputées déloyales « *en toutes circonstances* » de l'annexe 1 de la directive 2005/29 CE.

En effet, et alors que l'article L.122-1 du Code français de la consommation prohibant les ventes liées est théoriquement toujours en vigueur, un

certain nombre de juridictions nationales ont refusé d'en faire application pour cause de non-conformité avec le droit communautaire. À cet égard, les exemples les plus flagrants sont, bien sûr, les affaires « *UFC Que Choisir / HP* » du TGI de Nanterre<sup>4</sup> et surtout « *Orange Sport* » du 14 mai 2009<sup>5</sup> et, plus récemment, « *UFC Que Choisir contre Darty* » du 26 novembre 2009<sup>6</sup>, dans lesquelles la Cour d'appel de Paris a, sans ambages, écarté l'application de l'article L.122-1 du Code de la consommation et procédé à une analyse du caractère déloyal des offres subordonnées compte tenu des circonstances de chaque espèce, au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.

La Cour de cassation vient de rajouter sa pierre à l'édifice en rejetant, par un arrêt du 13 juillet 2010, les pourvois formés par Free et SFR à la suite de l'arrêt précité du 14 mai 2009 de la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire « *Orange Sport* ».

Cette décision de la Cour de cassation n'ayant pas encore été publiée, elle fera l'objet de plus amples développements dans un prochain **Flash Concurrence MG Avocats**.

## 3°) Réponse ministérielle n°63029, JOAN du 4 mai 2010 :

*Si les juridictions françaises semblent avoir pris partie pour l'analyse in concreto prônée par la CJUE, en refusant d'appliquer les interdictions de principe de certaines pratiques, la position de l'Administration française demeure quant à elle bien moins docile et ne semble pas envisager dans l'immédiat une refonte du Code de la consommation, bien au contraire...*

Rappelons que le 26 juin 2009, la Commission Européenne a adressé à la France une mise en demeure de se conformer aux dispositions de la directive du 11 mai 2005, en ce sens que la transposition devait être « *adéquate* » et que la France ne pouvait garder, au sein du Code de la consommation, des dispositions plus strictes que celles de la directive, pour quelque raison que ce soit.

Après s'être fait attendre un certain temps, la position de l'Administration s'est manifestée suite à une question d'un parlementaire<sup>7</sup> sur ce point, lui demandant ce que la France comptait mettre en œuvre pour réformer le droit français des pratiques commerciales afin de le rendre conforme au droit européen.

Le Ministère de l'Economie de l'industrie et de l'emploi, indique dans une réponse publiée le 4 mai 2010, avoir bien pris acte de la position de la

<sup>(1)</sup> Directives 2002/21 et 2002/22, JOCE n° L 108, 24 avr. 2002 p. 33.

<sup>(2)</sup> CJCE, 23 avril 2009 – aff. C-261/07 et C-299/07 « *VTB-VAB NV Galatea BVBA c/ Total Belgium c/Sanoma Magazines Belgium NV* ».

<sup>(3)</sup> CJUE, 14 janv. 2010 aff. C-304/08 « *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandels-gesellschaft mbH* ».

<sup>(4)</sup> TGI, Nanterre, 30 Octobre 2009 – n° 06/15333.

<sup>(5)</sup> CA Paris, 14 mai 2009, ch. 5, n° RG : 09/03660, SA France Telecom c/ SAS Free et autres.

<sup>(6)</sup> CA Paris, 26 nov. 2009, ch. 5, n° RG : 08/12771, SAS Darty c/ Association UFC Que Choisir et autres.

<sup>(7)</sup> Question n°63029 publiée au JO le 10/11/2009 page 10540 et réponse publiée au JO le 05/05/2010 page 4996.

CJUE mais que « *la France ne se satisfait pas de la situation actuelle, qui se traduit par une diminution du degré de protection des intérêts des consommateurs et une insécurité juridique pour les opérateurs* ».

Sans évoquer une réforme du Code français de la consommation, le Ministre entend profiter du bilan de l'application de la directive du 11 mai 2005 que devrait présenter la Commission européenne en 2011 afin de « *demander à cette occasion, et en relation si possible avec d'autres États membres, une révision de cette directive, afin de pouvoir maintenir un encadrement juridique des pratiques précitées et plus généralement des pratiques dites promotionnelles, approprié à la protection des intérêts économiques des consommateurs* ».

Ainsi, loin de vouloir harmoniser sa législation sur les ventes promotionnelles et actions promotionnelles, la France souhaite clairement initier une réforme de la directive elle-même et ce, dans un

souci de « *protection des intérêts du consommateur* ».

Notons qu'une telle réforme pourrait essentiellement consister dans une modification de l'annexe 1 de la directive précitée, en ajoutant d'autres pratiques telles que les ventes liées et les loteries payantes. Cette solution permettrait en effet de conserver une protection effective du consommateur, tout en gardant un contrôle *in concreto* de la plupart des pratiques des entreprises, ce qui leur laisserait une certaine marge de liberté.

Il conviendrait cependant que la situation s'éclaircisse au plus vite dans un objectif de sécurité juridique optimale pour les entreprises ; il paraît dès lors peu concevable d'attendre une éventuelle réforme du droit communautaire de la consommation qui ne serait évoquée qu'en 2011 avec le long processus que l'on connaît avant d'aboutir à un texte modificatif de la directive 2005/29 CE du 11 mai 2005 !







## FLASH CONCURRENCE N° 8

### Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMA) du 27 juillet 2010

### Contractualisation obligatoire : Présentation et incertitudes !

Par Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon

L'article 12 de la Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (ci-après dénommée « **LMA** ») prévoit une obligation de contractualisation (articles L.631-24, L.631-25 et L.631-26 du Code rural) pour les ventes de produits agricoles. De nombreuses questions se posent (II).

Un rappel de l'environnement législatif existant préalablement à la LMA est à cet égard utile (I).

#### I. Environnement législatif existant préalablement à la LMA :

Ainsi que l'explique Benoît Grimonpez, de manière très pédagogique, deux grands types de conventions existent dans le secteur agro-industriel<sup>1</sup> : celles translatives de propriété et celles qui ne le sont pas. Les premières correspondent à des ventes à livrer par lesquelles l'agriculteur, maître de ses produits et de ses méthodes de production, transfère des denrées à un acheteur moyennant un certain prix (article 1582 du Code civil). Les secondes sont des contrats d'entreprises (souvent des contrats « à façon »), par lesquels une entité propriétaire de denrées, demande à un agriculteur de les travailler selon des directives précises. Seule la première catégorie d'opérations est concernée par la LMA. Ceci est novateur dans la mesure où, jusque-là, la vente de produits agricoles relevait très largement du droit commun, sauf quant il s'agissait de contrats d'intégration<sup>2</sup>.

Cependant il convient de noter que dans certaines filières, comme la filière laitière, aucune convention écrite ne venait précéder l'accomplissement des prestations et les producteurs de lait sont dans le flou, en ne sachant pas à l'avance à quel prix leur sera payé le lait livré.

Ainsi, jusqu'à présent, certes l'article 32 de la loi du 5 août 1960 d'orientation agricole prévoyait l'établissement, par le Ministre de l'agriculture, en accord avec les producteurs, les transformateurs et les acheteurs, de contrats-types par produits, mais celui-ci était resté sans suite en l'absence de tout texte d'application<sup>3</sup>. Le contrat de vente de produits agricoles faisait donc figure d'exception dans les différentes filières agricoles<sup>4</sup>.

La loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole reprise et complétée par la loi Chatel du 3 janvier 2008 avait prévu, à l'article L.632-3 du Code rural<sup>5</sup> que les accords conclus dans le cadre des interprofessions puisse être étendus (c'est-à-dire, rendus obligatoires par l'autorité administrative compétente) lorsqu'ils tendent, par des contrats types, à favoriser le développement des

Le terme intégration désigne la constitution d'un centre unique de décisions qui aménage tant la production que la transformation et l'écoulement des produits. Il ajoute :

« Sans imposer directement un contenu aux obligations des parties, le Code rural constitue un socle contractuel afin d'éclairer le consentement du producteur et de le mettre à l'abri de sanctions automatiques, en interdisant certaines clauses telles que les clauses résolutoires et les clauses pénales, et en exigeant des précisions sur des éléments essentiels, tels que la nature, les prix et les qualités des fournitures réciproques, des produits ou des services, les conditions de durée, de re-nouvellement, de révision et de résiliation ».

(Cf. Jean-Jacques Barbiéri, « Contrats du négoce agricole et contrats d'affaires » : RD Rural 2009, dossier n°22).

<sup>(3)</sup> Franck Roussel, « Les principales dispositions de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche », La semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 36, 10 septembre 2010, 1270.

<sup>(4)</sup> Ibid.

<sup>(5)</sup> La LMA a aujourd'hui modifié cet article qui dispose à présent : « Les

<sup>(1)</sup> Benoît Grimonpez, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. – A propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 9 septembre 2010, 1771.

<sup>(2)</sup> Selon Jean-Jacques Barbiéri, la réglementation de ces derniers contrats découle d'une loi du 6 juillet 1964 et vise la situation où l'agriculteur travaille à façon et reçoit une rémunération selon un barème incluant primes et pénalités, selon le degré d'exécution des disciplines contractuellement imposées.

rapports contractuels entre les membres des professions représentées dans l'organisation interprofessionnelle. **Cependant, il convient de souligner que ces contrats-types ne devenaient obligatoires que lorsque les parties avaient décidé de contractualiser leurs relations professionnelles. Il ne leur était aucunement imposé une obligation de contractualisation.**

Parmi les autres mesures destinées à favoriser la contractualisation, il convient de citer l'**article L.441-2-1 du Code de Commerce** introduit par la Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 et modifiée, notamment, par la Loi de Modernisation de l'Economie en date du 4 août 2008 prévoyant les dispositions suivantes :

*« Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, **que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.***

*Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.*

*Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L.632-3 et L.632-4 du code rural, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type. Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 Euros ».*

**Ainsi, pour les produits décrits ici, et uniquement lorsque l'acheteur des produits en cause souhaite bénéficier de remises, ristournes ou de rémunération de services de coopération commerciale, la**

---

*accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue peuvent être étendus, pour une durée déterminée, en tout ou partie, par l'autorité administrative compétente dès lors qu'ils prévoient des actions communes ou visant un intérêt commun conformes à l'intérêt général et compatibles avec la législation de l'Union européenne ».*

**loi impose la conclusion d'un contrat de vente écrit.**

⇒ L'ensemble de ces dispositions démontre à quel point la possibilité d'une obligation de contractualisation, introduite par la LMA, est novatrice, malgré l'existence de certaines dispositions législatives introduites antérieurement, par le législateur, au sein du Code de commerce (article L.441-2-1) et du Code rural (article L.632-3).

## **II. L'obligation de contractualisation introduite par la LMA :**

L'introduction des dispositions de la LMA visant à poser le principe d'une obligation de conclure un contrat de vente de produits agricoles découle de la volonté du législateur de donner plus de visibilité aux agriculteurs sur leurs débouchés et de sécuriser leurs revenus.

Nous examinerons d'abord les conditions de cette obligation de formalisation des échanges agricoles (A) puis le contenu que doivent présenter ces contrats de vente de produits agricoles lorsqu'ils sont rendus obligatoires (B) et enfin, les sanctions applicables (C).

### **A. Conditions de l'obligation de contractualisation :**

L'article 12 de la LMA introduit dans le Code rural un nouvel article L.631-24 dont les dispositions sont les suivantes :

*« I. - La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation.*

*Ces contrats écrits comportent des clauses relatives à la durée du contrat, aux volumes et aux caractéristiques des produits à livrer, aux modalités de collecte ou de livraison des produits, aux critères et modalités de détermination du prix, aux modalités de paiement et aux modalités de révision et de résiliation du contrat ou au préavis de rupture. Ces clauses prévoient l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou aux opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison ; cette interdiction ne s'applique pas en cas de non-conformité des produits à des normes légales ou réglementaires. Sauf stipulations contraires, ces contrats sont renouvelables par tacite reconduction pour une période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus.*

*Ils peuvent être rendus obligatoires :*

*a) Par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel, dans les condi-*

tions définies aux articles [L.631-10](#), [L.632-3](#), [L.632-4](#) et [L.632-12](#) ;

b) Ou, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'a été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'Etat. L'application de ce décret est suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord interprofessionnel mentionné au a.

L'accord interprofessionnel mentionné au a ou le décret en Conseil d'Etat mentionné au b fixe, par produit ou catégorie de produits et par catégorie d'acheteurs, la durée minimale du contrat qui est de un à cinq ans, ainsi que les modes de commercialisation pour lesquels une durée inférieure est admise.

II. - La conclusion de contrats soumis aux dispositions du I doit être précédée d'une proposition écrite de l'acheteur conforme aux stipulations de l'accord interprofessionnel mentionné au a du I ou aux dispositions du décret en Conseil d'Etat mentionné au b du I.

Si le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article [L.441-2-1](#) du code de commerce, il comporte pour les produits mentionnés au même article des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier.

Les sociétés mentionnées à l'article [L.521-1](#) sont réputées avoir satisfait à l'obligation mentionnée au premier alinéa du présent II dès lors qu'elles ont remis à leurs associés coopérateurs un exemplaire des statuts ou du règlement intérieur intégrant les clauses contractuelles mentionnées au deuxième alinéa du I.

En cas de litige relatif à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat de vente soumis aux dispositions du même I, le producteur, l'opérateur économique ou l'acheteur mentionnés au premier alinéa du même I peut saisir un médiateur dont les compétences sont fixées par décret.

III. - Le présent article est applicable aux ventes de produits agricoles livrés sur le territoire français, quelle que soit la loi applicable au contrat.

Il n'est pas applicable aux ventes directes au consommateur ni aux cessions réalisées au bénéfice des organisations caritatives pour la préparation de repas destinés aux personnes défavorisées.

Le présent article est d'ordre public ».

Nous verrons ici que l'obligation de contractualisation n'est pas générale (1) et qu'elle est applicable seulement à certaines parties (2) et certains produits (3).

### 1) Sur l'absence de généralité de l'obligation de contractualisation :

Selon les termes du nouvel article [L.631-24](#) du Code rural, les contrats de vente de produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation **peuvent être rendus obligatoires** :

« a) Par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel, dans les conditions définies aux [articles L.631-10](#), [L.632-3](#), [L.632-4](#) et [L.632-12](#) ;

b) Ou, si aucun accord interprofessionnel ayant le même objet n'a été étendu ou homologué, par un décret en Conseil d'Etat. L'application de ce décret est suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord interprofessionnel mentionné au a ».

Ainsi, **l'obligation de contractualisation n'est pas générale**. Celle-ci dépend de l'existence d'un accord interprofessionnel étendu (c'est-à-dire, rendu obligatoire par arrêté ministériel ou par décision de l'autorité administrative compétente) ou homologué<sup>6</sup>. C'est seulement à titre subsidiaire, si aucun accord interprofessionnel n'a été étendu ou homologué, que l'Etat pourra se substituer à l'interprofession et prendre un décret en Conseil d'Etat ayant le même objet. De plus, l'application de ce décret sera suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord intervenu par la suite.

Ainsi que l'a expliqué Bruno Le Maire, Ministre de l'agriculture, lors des débats devant l'Assemblée nationale<sup>7</sup>, répondant aux critiques de la contractualisation, « il a été décidé que les contrats seraient négociés en première instance par les interprofessions, filière par filière, afin de tenir compte des spécificités de chacune d'entre elles. Il ne s'agit donc pas, contrairement au contrat de la loi de 1964, d'un contrat unique qui s'imposera sur l'ensemble du territoire national. Il variera selon les filières et sera adapté à leurs spécificités ».

<sup>(6)</sup> Article [L.632-12](#) du Code rural : « Les accords nationaux ou régionaux conclus dans le cadre de l'organisation interprofessionnelle constituée entre les producteurs de lait, les groupements coopératifs agricoles laitiers et les industries de transformation du lait par les organisations les plus représentatives de ces professions peuvent être **homologués par arrêtés conjoints du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de l'économie**.

Si l'homologation est prononcée, les mesures ainsi arrêtées par l'organisation interprofessionnelle sont obligatoires pour tous les producteurs et transformateurs de la zone concernée. Tout contrat de fourniture de lait entre producteurs et transformateurs doit être conforme aux accords conclus, à peine de nullité pouvant être prononcée, notamment à la demande de l'organisation interprofessionnelle, et sans préjudice des sanctions qui peuvent être prévues.

Il convient de noter que le II de l'article L.631-24 du Code rural précité prévoit que :

« *La conclusion de contrats soumis aux dispositions du I doit être précédée d'une proposition écrite de l'acheteur conforme aux stipulations de l'accord interprofessionnel mentionné au a du I ou aux dispositions du décret en Conseil d'Etat mentionné au b du I* ».

Ainsi, une fois qu'un contrat a été rendu obligatoire, l'obligation de contractualisation écrite pèse sur l'acheteur.

Toutefois, comme l'explique Bruno Le Maire, « *le producteur aura toujours la faculté de refuser ce contrat* ».

De plus, l'alinéa 4 du II de l'article L.631-24 du Code rural prévoit qu' « *En cas de litige relatif à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat de vente soumis aux dispositions du même I, le producteur, l'opérateur économique ou l'acheteur mentionnés au premier alinéa du même I peut saisir un médiateur dont les compétences sont fixées par décret* ».

Ainsi, l'obligation de contractualisation, du fait de son caractère particulier et non général et de la liberté qu'elle confère aux producteurs, ne favoriserait pas la formation d'un contrat d'intégration, unique et rigide, ainsi que le craignaient ces derniers.

## 2) Sur les parties concernées :

L'article L.631-24 du Code rural précité vise « *les contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires de la marchandise, et acheteurs* ».

Le premier alinéa de l'article L.551-1 du Code rural et de la pêche maritime vise les sociétés coopératives agricoles et leurs unions, les sociétés d'intérêt collectif agricole, les associations entre producteurs agricoles régies par les dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique régis par les dispositions du livre II du code de commerce (reconnus par l'autorité administrative comme « *organisation de producteurs* » s'ils répondent à certains critères posés par l'article L.551-1) .

Le Rapport n° 436 de MM. César et Revet, rendu au nom de la Commission de l'économie et enre-

---

*Lorsqu'un accord inclut un contrat type mentionné au deuxième alinéa de l'article L.632-2-1, l'autorité administrative saisie aux fins d'homologation le soumet à l'Autorité de la concurrence. Celle-ci rend son avis dans le délai de deux mois ; si l'Autorité de la concurrence n'a pas rendu son avis à l'expiration de ce délai, l'autorité compétente peut homologuer l'accord.*

*L'autorité compétente dispose d'un délai de deux mois à compter de la réception de la demande d'homologation pour statuer. Lorsque l'Autorité de la concurrence est saisie, ce délai est de trois mois. Si, au terme de ce délai, l'autorité compétente n'a pas notifié sa décision, la demande est réputée acceptée ».*

<sup>(7)</sup> Compte rendu intégral des débats devant l'Assemblée nationale, deuxième séance du jeudi 1<sup>er</sup> juillet 2010, p.65.

gistré par la présidence du Sénat le 6 mai 2010, fournit, quant au champ d'application de l'article L.631-24 du Code rural, les précisions suivantes :

« *La rédaction proposée précise que le contrat doit être conclu non seulement entre un producteur isolé et un acheteur, mais également, entre une organisation de producteurs et son acheteur, lorsque les producteurs ont transféré la propriété de leurs productions à cette organisation de producteurs. Dans ce cas, le contrat ne vaut qu'à ce niveau et non pas à celui entre producteur et organisation de producteur.*

*Toutefois, afin d'éviter que la coopération bénéficie d'un traitement trop dérogatoire vis-à-vis de ses adhérents, le texte adopté par la commission dispose que les coopératives sont réputées avoir satisfait aux obligations de contractualisation écrite dès lors qu'elles intègrent dans leurs statuts ou dans leurs règlements intérieurs les clauses obligatoires des contrats, ces documents étant remis chaque année aux associés ».*

Ainsi, selon ce rapport, lorsque la conclusion d'un contrat de vente écrit est rendue obligatoire par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel ou par décret en Conseil d'Etat, **celle-ci ne concernerait que les contrats conclus entre le producteur et son acheteur ou l'opérateur économique mentionné à l'article L.551-1 alinéa 1 du Code rural, propriétaire de la marchandise, (ci-après, « l'opérateur économique ») et son acheteur, mais non les contrats conclus au niveau amont entre cet opérateur économique et le producteur.**

Cependant, postérieurement à ce premier rapport, a été enregistré à la Présidence, cette fois, de l'Assemblée nationale, un second rapport n° 2636 de MM. Michel Raison et Louis Guédon, le 17 juin 2010, contredisant les dispositions ci-dessus :

« *Le présent article définit tout d'abord, au premier alinéa du I, le champ d'application de la contractualisation, qui doit être compris de manière extensive. Ainsi, lorsqu'à l'alinéa 11, est prévue la conclusion de contrats entre producteurs et acheteurs, il convient d'entendre par le terme d'« acheteur » non seulement les grossistes, transformateurs ou distributeurs avec lesquels les producteurs pourraient être directement en relation, mais également la coopérative dont ils sont membres et qui leur achète leur production ou encore l'organisation de producteurs commerciale (OPC avec transfert de propriété) à laquelle ils appartiennent. En outre, dans ces derniers cas de figure, la contractualisation peut non seulement être rendue obligatoire à ce premier stade mais également au stade ultérieur de la commercialisation par la coopérative ou l'OPC, l'alinéa 11 visant également la conclusion de contrats entre*

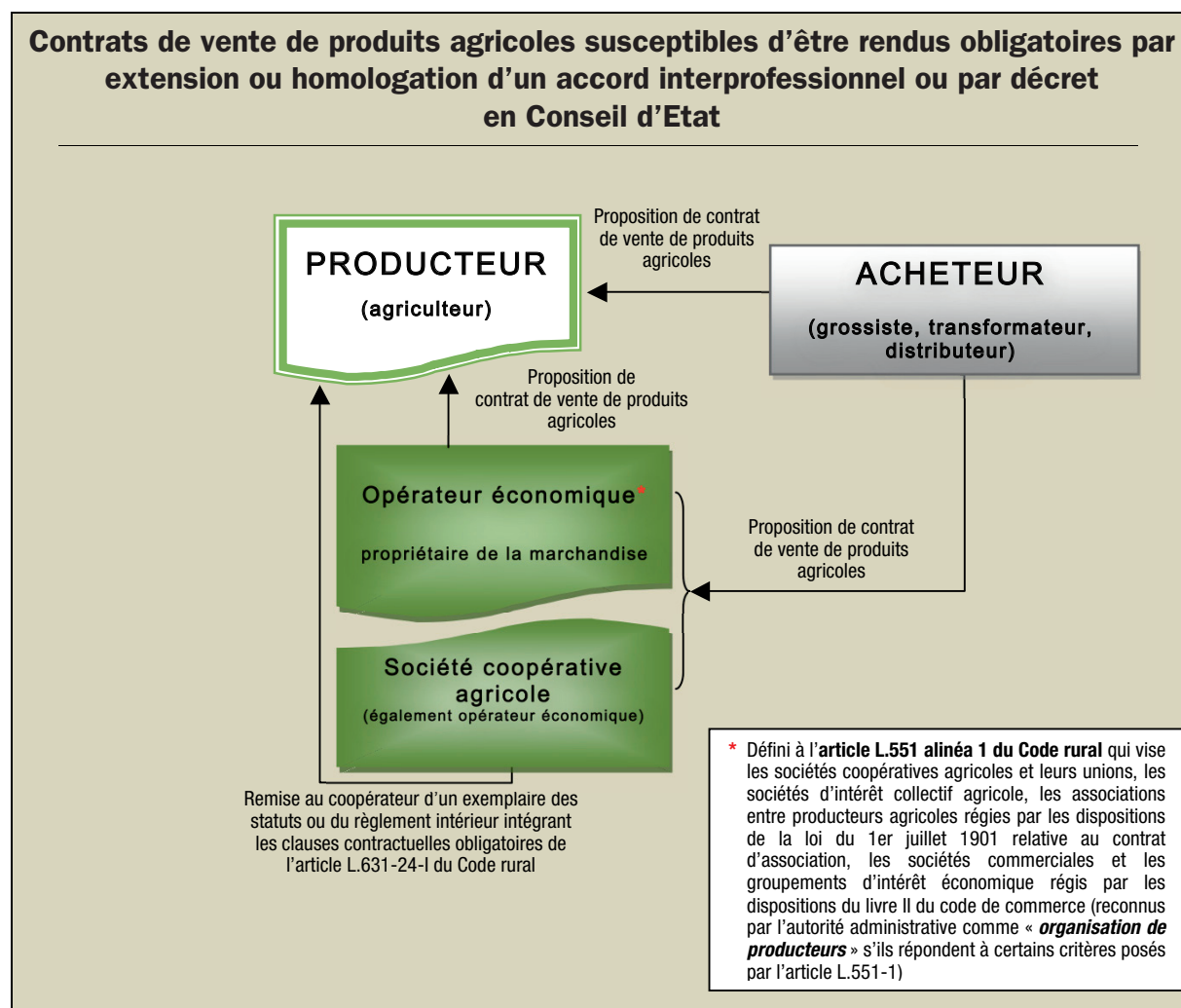
« **opérateurs économiques visés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires de la marchandise** » et acheteurs ».

Ainsi, selon ce second rapport destiné à l'Assemblée Nationale et contrairement au premier rapport destiné au Sénat, lorsque la conclusion d'un contrat de vente écrit est rendue obligatoire par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel ou par décret en Conseil d'Etat, celle-ci concernerait non seulement les contrats conclus entre le producteur et son acheteur ou l'opérateur économique mentionné à l'article L.551-1 alinéa 1 du Code rural, propriétaire de la marchandise, (ci-après, « **l'opérateur économique** ») et son acheteur, mais également les contrats conclus entre le producteur et cet opérateur économique.

Ce rapport étant le plus récent, nous considérons que celui-ci fournit l'interprétation la plus exacte du premier alinéa de l'article L.631-24 du Code rural.

De plus, il convient de noter qu' **une exigence est apportée par l'article L.631-24 II alinéa 3, en ce qui concerne les sociétés coopératives agricoles et leurs unions, visées par l'article L.521-1 du Code rural : celles-ci seront réputées avoir satisfait à l'obligation de proposer un contrat écrit au producteur dès lors qu'elles auront remis à leurs associés coopérateurs un exemplaire des statuts ou du règlement intérieur intégrant les clauses contractuelles mentionnées au deuxième alinéa de l'article L.631-24 I que nous étudierons ci-après.**

Schéma récapitulatif des parties au contrat de vente de produits agricoles, rendu obligatoire et visé par l'article L.631-24 du Code rural :



Sont concernés tant les contrats conclus avec des grossistes, centrales, distributeurs, qui achètent seulement pour revendre aux consommateurs, que les contrats passés avec des industriels qui transforment les produits avant de les mettre sur le marché. Tous les types de revendeurs sont donc potentiellement touchés par le nouveau

cadre légal, même ceux qui, en raison de la faiblesse des volumes d'achat, avaient conservé une tradition essentiellement orale<sup>8</sup>.

<sup>(8)</sup> Benoît Grimonprez, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. – A propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 9 septembre 2010, 1771.

En revanche, sont expressément exclus du champ d'application de l'article L.631-24 les ventes directes aux consommateurs ainsi que les cessions réalisées au bénéfice des organisations caritatives pour la préparation de repas destinés aux personnes défavorisées.

Enfin, les dispositions de l'article L.631-24 sont applicables aux ventes de produits agri-coles livrés sur le territoire français, quelle que soit la loi applicable au contrat. Le critère étant le lieu de livraison, une opération conclue en France mais exécutée à l'étranger n'entre pas dans le domaine de la loi, à moins que les parties n'aient retenu la loi française comme loi du contrat. A l'inverse, les approvisionnements auprès de producteurs étrangers, s'ils sont livrés en France, doivent obéir aux exigences de l'article L.631-24<sup>9</sup> selon notre compréhension et interprétation des textes.

### 3) Sur les produits concernés :

L'article L.631-24 I visant les contrats de vente de produits agricoles, nous pouvons en déduire que sont exclus les contrats de prestations de services où l'agriculteur ne fait que transformer le produit et ainsi, tous les contrats « à façon » dans lesquels l'entreprise agro-industrielle conserve la propriété des denrées<sup>10</sup>.

Quant aux produits concernés, l'article L.631-24 vise les « produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation ».

L'Assemblée nationale a ici supprimé la notion de revente en l'état des produits agricoles initialement prévue, afin de couvrir également les produits agricoles conditionnés.

Ainsi que le prévoit le II de l'article 12 de la LMA :

« La liste de produits pour lesquels la proposition écrite de contrat est obligatoire est arrêtée avant le 1er janvier 2013 ».

#### **B. Contenu obligatoire des contrats de vente de produits agricoles :**

L'article L.631-24 du Code rural régit non seulement les conditions liées à l'obligation de contractualiser la vente de produits agricoles, mais également le contenu de ces contrats. Il prévoit les principales clauses que devra comprendre le contrat (1), la durée du contrat (2) et les clauses de modalités de fixation de prix dans certains cas (3). L'article L.631-24 étant d'ordre public, les parties aux contrats entrant dans son champ d'application ne peuvent y déroger.

#### **1) Les principales clauses obligatoires :**

L'article L.631-24 I alinéa 2 prévoit que devront impérativement figurer dans le contrat de vente de produits agricoles la liste des clauses suivantes, précisant :

- la durée du contrat
- les volumes des produits à livrer
- les caractéristiques des produits à livrer
- les modalités de collecte ou de livraison des produits
- les critères et modalités de détermination du prix<sup>11</sup>
- les modalités de paiement
- les modalités de révision et de résiliation du contrat ou préavis de rupture.
- l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.631-24, les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison excepté en cas de non-conformité des produits à des normes légales ou réglementaires.

#### **2) La durée du contrat :**

L'accord interprofessionnel ou le décret en Conseil d'Etat rendant obligatoire les contrats et mentionnés au a et b du I de l'article L.631-24 du Code rural, fixe, par produit ou catégorie de produits et par catégorie d'acheteurs, la durée minimale du contrat qui est de un à cinq ans, ainsi que les modes de commercialisation pour lesquels une durée inférieure est admise.

Il est également prévu que sauf stipulations contraires, les contrats rendus obligatoires sont renouvelables par tacite reconduction pour une période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus.

#### **3) Les clauses de modalités de fixation de prix pour les produits visés par l'article L.441-2-1 du Code de commerce :**

Selon l'article L.631-24 II alinéa 2 du Code rural :

« *Si le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L.441-2-1 du code de commerce, il comporte pour les produits mentionnés au même article des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier* ».

<sup>(11)</sup> Le Rapport précité n° 2636 de MM. Raison et Guédon en date du 17 juin 2010 précise à ce sujet :

« *Ces éléments permettront aux producteurs de connaître le prix de vente de leurs produits, qui évoluera en fonction des références choisies dans le contrat. On peut ainsi imaginer que la référence de base soit le prix du marché ou bien l'indice de tendance de marché produit par l'interprofession pour le produit concerné, auquel pourraient s'ajouter, par exemple, des « bonus » liés à la qualité du produit ou permettant de tenir compte de l'évolution du coût des intrants, mais aussi des « malus » intégrant le différentiel de prix avec des produits identiques vendus moins chers dans un pays concurrent. En revanche, aucun prix fixe ne figurera dans le contrat. Il est en effet économiquement impossible de garantir dans le contrat un prix d'achat fixe aux producteurs, indépendamment de l'évolution des cours sur le marché ; »*

<sup>(9)</sup> Ibid.

<sup>(10)</sup> Ibid.

L'article L.441-2-1 du code de commerce, introduit par la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 (et cité dans la première partie de cette note) vise, **pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret**<sup>12</sup>, les avantages suivants bénéficiant au distributeur ou prestataire de services :

- les remises, rabais, ristournes, ou
- la rémunération de services rendus à l'occasion de la revente des produits susvisés, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ou de services ayant un objet distinct.

Ainsi, pour ces produits et lorsque la conclusion de contrats de vente de ces produits est rendue obligatoire en vertu de l'article L.631-24 du Code rural, **les avantages tarifaires précités ne peuvent être consentis par le vendeur, qu'à condition que les contrats de vente comportent certaines clauses relatives :**

- aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés,
- à la fixation d'un prix
- aux avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier.

Il convient de noter ici que l'application de l'article L.631-24 du Code rural est exclusive de l'application de l'article L.441-2-1 du Code de commerce. Ceci résulte du dernier alinéa de l'article L.441-2 du Code de commerce inséré par l'article 13 de la LMA qui dispose :

*« Les deuxième et troisième alinéas [relatifs aux clauses obligatoires du contrat visé par l'article L.441-2-1 alinéa 1 et à l'obligation de se conformer à ce contrat si celui-ci est étendu] ne sont pas applicables aux produits pour lesquels la conclusion de contrats écrits a été rendue obligatoire en application de l'article L.631-24 du code rural et de la pêche maritime ».*

**Une exception a toutefois été introduite en matière de fruits et légumes frais.** La LMA a en effet créé un nouvel article **L.441-2-2** du Code de commerce supprimant, pour l'achat de ces produits (par tout acheteur, distributeur ou prestataire de services)

**le droit de bénéficier de remises, rabais ou ristournes. Cette interdiction entrera en vigueur le 28 janvier 2011 seulement.** Ainsi, le fait pour un acheteur, distributeur ou prestataire de services de bénéficier de tels avantages financiers constituera un comportement fautif passible de sanction car la LMA a introduit un article **L.442-6-I-13°** dans le Code de commerce qui dispose que :

*« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, [...] de bénéficier de remises, rabais et ristournes à l'occasion de l'achat de fruits et légumes frais en méconnaissance de l'article L.441-2-2 ».*

### C. Sanctions :

L'article L.631-25 du Code rural prévoit une sanction administrative d'un montant maximal de 75.000 euros :

*« Lorsque la conclusion de contrats de vente écrits a été rendue obligatoire dans les conditions prévues au I de l'article L.631-24, est sanctionné par une amende administrative, dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 € par producteur ou par opérateur économique mentionné au premier alinéa de l'article L.551-1 et par an, le fait pour un acheteur :*

- de ne pas remettre au vendeur une proposition de contrat écrit ;
- ou de ne pas inclure dans la proposition de contrat écrit une ou plusieurs clauses obligatoires ;
- ou de rédiger ces clauses en méconnaissance du I de l'article L.631-24.

*Est sanctionné de la même manière le fait pour une société mentionnée à l'article L. 521-1 de ne pas remettre à un associé coopérateur un exemplaire des statuts ou du règlement intérieur dans les conditions prévues au II de l'article L.631-24.*

*Le montant de l'amende peut être porté au double en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la première commission des faits. Il est proportionné à la gravité des faits constatés, notamment au nombre et au volume des ventes réalisées en infraction. L'autorité administrative compétente peut, en outre, ordonner la publication de la décision ou d'un extrait de celle-ci.*

*L'amende mentionnée au premier alinéa du présent article est versée au Trésor public et est recouvrée comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine ».*

➔ Ainsi, le texte législatif prévoit une amende administrative d'un montant maximal de 75 000 Euros par producteur ou par opérateur économique et par an.

<sup>(12)</sup> Liste établie par le Décret n° 2005-524 du 20 mai 2005 aujourd'hui codifié à l'article D.441-2 du Code de commerce, qui dispose :

*« Les produits agricoles auxquels s'appliquent les dispositions de l'article L.441-2-1 sont les suivants :*

- *Fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;*
- *Viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins ;*
- *Œufs ;*
- *Miels. »*

Les manquements sont constatés par les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et par les agents des services de l'Etat chargés de l'agriculture (Article L.631-26 alinéa 1 du Code rural).

L'intéressé peut présenter, dans un délai de deux mois, ses observations écrites ou orales. C'est l'autorité administrative compétente qui pourra éventuellement prononcer la sanction prévue à l'article L.631-25 précitée, après procédure contradictoire (Article L.631-26 alinéa 2 du Code rural).

Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours gracieux, hiérarchique ou contentieux, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la sanction (Article L.631-26 alinéa 3 du Code rural).

Ainsi que le souligne fort justement Benoît Grimonprez<sup>13</sup>, « **la nullité du contrat est à exclure, faute de texte érigeant l'instrumentum en condition de validité de l'acte. En revanche, rien n'empêche de tenir la violation de la loi comme une faute susceptible d'engager la responsabilité civile de l'acheteur indélicat. Mais pour engager une telle action, il faudra s'adresser au juge civil, ce qui risque d'enchevêtrer les procédures** ».

---

<sup>(6)</sup> Benoît Grimonprez, « Relations commerciales agricoles : l'aube de la contractualisation. – A propos de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 36, 9 septembre 2010, 1771.





## FLASH CONCURRENCE N° 9

### L'affaire « *Chattawak* » : l'avenir de la commission - affiliation en jeu

Par **Nathalia Kouchnir-Cargill**

Le domaine de la distribution est riche de la diversité des systèmes par lesquels un fabricant peut choisir de commercialiser ses produits.

L'alternative de départ repose sur le choix entre le recours à des intermédiaires et la commercialisation par des distributeurs qui achètent pour revendre les produits du fournisseur.

Mais il existe une difficulté persistante à poser des critères clairs de qualification des différentes catégories d'intermédiaires intervenant dans ce domaine : agents commerciaux, mandataires d'intérêt commun, courtiers, commissionnaires, etc.

Si le postulat de départ est que l'intermédiaire n'achète pas pour revendre les produits qu'il commercialise, les frontières permettant de distinguer juridiquement les différents statuts d'intermédiaires restent floues et incertaines.

Les rebondissements procéduraux de l'affaire « *Chattawak* » en sont l'illustration.

La Sarl Chantal Pieri avait conclu en 1987 avec la société de prêt à porter *Chattawak* un contrat de franchise auquel avait été substitué à partir de l'année 1999 un contrat de commission-affiliation.

Ce type de contrat que l'on rencontre principalement dans le secteur de la distribution, notamment de produits textiles au sein duquel il rencontre un évident succès, résulte d'une adaptation des dispositions de l'article L.132-1 du Code de commerce qui prévoient : « *Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant* ».

Ce statut ancien a ainsi été utilisé dans les réseaux de distribution afin de pallier certains inconvénients de la franchise en permettant notamment au distributeur, affilié au réseau et exerçant sous son enseigne, de ne pas supporter le coût du stock et des invendus, et permettant par ailleurs au fournisseur, devenu commettant, de

réduire son risque d'impayés, de gérer seul les approvisionnements et les assortiments et de contrôler enfin la politique commerciale de son distributeur, et notamment les prix de revente.

Après un litige entre le commettant et le commissionnaire ayant mené à la cessation du contrat, ce dernier a entrepris de saisir le Tribunal de commerce de Paris aux fins de voir requalifier son contrat en contrat d'agence commerciale et d'obtenir une indemnité de rupture du contrat.

La société Chantal Pieri a obtenu gain de cause devant le Tribunal de commerce de Paris puis devant la Cour d'appel laquelle, dans un arrêt du 13 septembre 2006, a considéré, au vu d'un certain nombre d'éléments de fait (utilisation de la seule enseigne « *Chattawak* », mention du nom « *Chattawak* » sur les tickets de caisse ainsi que sur les factures, ou encore les courriers adressés par la banque ...) que la société Chantal Pieri agissait, non seulement pour le compte de la société *Chattawak*, mais également au nom de cette dernière - et non pas en son nom propre -, ce qui était constitutif selon la Cour d'un contrat d'agence commerciale.

La Cour se fondait ainsi à titre principal sur la divulgation du nom du commettant pour exclure la qualification du contrat de commission. Le fait d'agir au nom et pour le compte de *Chattawak* transformait selon elle le contrat en mandat.

Il restait surprenant que la Cour, sans autre explication, considère qu'il s'agissait d'un contrat d'agence commerciale, sans même prendre la peine de vérifier si les critères requis pour un tel statut, à savoir ceux posés par l'article L.134-1 du Code de commerce, étaient réunis et notamment l'existence d'un pouvoir de négociation de la société Chantal Pieri.

C'est finalement sur l'existence d'une contradiction manifeste dans l'arrêt que cette décision sera

cassée par une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 février 2008 aux termes de laquelle la haute juridiction relève que la Cour d'appel ne pouvait sans se contredire remarquer que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Chantal Pieri était « *un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce* » et lui attribuer simultanément la qualité d'agent commercial.

La Cour de cassation relevait à cet égard qu'un agent commercial est un simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre et ne peut donc être titulaire d'un fonds de commerce, contrairement au commissionnaire.

C'est donc bien sur la qualification d'agence commerciale que la Cour de cassation avait alors sanctionné la Cour d'appel de Paris.

En revanche, dans cet arrêt du 26 février 2008, la Cour de cassation ne remettait pas en cause en tant que telle la requalification du contrat de la société Chantal Pieri en mandat du fait qu'elle avait été considérée par la Cour comme agissant au nom et pour le compte de Chattawak.

L'affaire est revenue devant la Cour d'appel de Paris et celle-ci, prenant acte des motifs de la cassation, confirma dans un arrêt du 9 avril 2009 la qualité d'agent commercial de la société Chantal Pieri, mais en précisant cette fois-ci les motifs pour lesquels elle considérait que, nonobstant la clause insérée dans le contrat, la société Chantal Pieri était en réalité dépourvue de fonds de commerce.

La Cour d'appel de Paris exposait à cet égard que le fonds de commerce est une universalité de fait comprenant divers éléments au nombre desquels se trouvent la clientèle, le droit au bail, l'enseigne, le matériel, le stock, les marques, les licences.

En l'occurrence, la Cour constatait que la plupart des éléments susceptibles de composer le fonds de commerce appartenaient à la société Chattawak, ou étaient contrôlés par celle-ci, spécialement l'enseigne, le matériel et le stock.

En ce qui concerne plus particulièrement la clientèle, la Cour a estimé que l'influence de la société Chantal Pieri sur la clientèle locale attachée à la marque était « *d'autant plus difficile à cerner, qu'hormis la qualité de l'accueil, les moyens mis en œuvre étaient étroitement contrôlés par Chattawak* ».

La Cour d'appel confirmait donc l'existence d'un contrat d'agent commercial, sans cependant une nouvelle fois s'interroger sur les conditions d'existence d'un tel statut au regard de l'article L.134-1 du Code de commerce, le pouvoir de négociation de la société Chantal Pieri pouvant à tout le moins être discuté puisque la Cour relevait elle-même que celle-ci n'avait finalement aucune marge de manœuvre dans son activité.

La position de la Cour sur la propriété de la clientèle pouvait également surprendre dans la mesure où la Cour de cassation avait admis dans sa décision du 27 mars 2002 dans une affaire « *Trevisan* » que la clientèle appartenait simultanément au franchiseur et au franchisé en confirmant que, si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé, citant notamment l'élément incorporel que constitue le bail.

Or, il est difficile de comprendre la différence d'analyse sur cette question de la propriété de la clientèle entre le franchisé et le commissionnaire dans la mesure où le commissionnaire met lui aussi ses propres moyens matériels corporels et incorporels au service de la commercialisation de la marque.

Et c'est bien sur ce dernier point que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris a fait l'objet d'**une nouvelle cassation par décision en date du 29 juin 2010**.

La Cour de cassation considère notamment que la Cour d'appel de Paris a bien identifié, au travers d'une motivation certes alambiquée, une clientèle propre à la société Chantal Pieri qui avait su fidéliser une clientèle à l'évidence détachable de la marque Chattawak et qu'elle ne pouvait en conséquence lui octroyer le statut d'agent commercial, lequel n'a pas de clientèle propre.

La Cour de cassation semble ainsi s'inscrire dans la lignée de l'affaire « *Trévisan* » précitée, certes sur la base d'une contradiction dans la motivation de la Cour d'appel de Paris, mais en semblant adhérer à l'idée d'une clientèle propre au commissionnaire.

La Cour de cassation sanctionne également la Cour d'appel de Paris pour ne pas avoir tenu compte du fait que la société Chantal Pieri ait pu être titulaire d'un bail commercial alors qu'elle considère que cet élément est essentiel pour déterminer si elle pouvait avoir la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder.

Enfin, la Cour de cassation soulève un point qui est tout à fait important dans le cadre de la recherche de la qualification du contrat et qui est relatif, non aux conditions de la relation entre le commettant et le commissionnaire, mais à la relation entre le commissionnaire et la clientèle.

En effet, le contrat de commission se distingue du contrat de mandat en ce que le commissionnaire qui agit en son propre nom est lié contractuellement au tiers à l'égard duquel il a bien la qualité de vendeur.

De ce fait, c'est le commissionnaire qui peut exiger du tiers l'exécution de ses obligations (notamment payer le prix) et il sera responsable vis-à-vis

du tiers de l'exécution des obligations du vendeur (délivrance, garantie, etc.).

Or, cette question était curieusement restée absente des débats, même si certains auteurs avaient pu relever ce point depuis le début de la procédure.

La Cour de cassation s'en saisit aujourd'hui et reproche à la Cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché laquelle des deux sociétés, Chattawak ou Chantal Pieri, avait la qualité de vendeur.

La simple divulgation du nom du commettant ne suffit en effet pas à considérer que le commissionnaire n'agit plus en son nom propre et ce faisant, c'est la qualification même de mandat qui est susceptible de tomber. Ainsi, la Cour n'aurait pas seulement eu tort de requalifier le contrat de la société Chantal Pieri en agence commerciale mais aussi

d'avoir considéré qu'il puisse s'agir d'un mandat au sens de l'article 1984 du Code civil.

En d'autres termes, « *agir en son nom* » doit être apprécié au sens juridique du terme et la recherche de la qualité de vendeur est à ce titre essentielle.

L'affaire est aujourd'hui repartie devant la Cour d'appel de Paris.

Il ressort en tout état de cause clairement de la position de la Cour de cassation, que celle-ci, quel que soit le fondement de sa motivation, rejette l'idée dans le cas présent d'une requalification du contrat de commission – affiliation en agence commerciale.

Reste à savoir si la Cour d'appel de Paris va s'incliner ou résister.

Affaire à suivre ...







## FLASH CONCURRENCE N° 10

Des sanctions clarifiées et plus dissuasives en matière de pratiques anticoncurrentielles :

Le rapport Folz-Raysseguier-Schaub

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Tournet

*La Mission Folz-Raysseguier-Schaub, chargée par le ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi de réfléchir aux sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, a rendu le 20 septembre dernier son rapport. Cette Mission avait pour objet de faire des propositions sur les méthodes envisageables pour améliorer la prévisibilité du montant de ces sanctions et leur caractère dissuasif. La réflexion a principalement porté sur des éléments de procédure et sur le mode de calcul de la sanction.*

### Le contexte actuel :

Un arrêt rendu le 19 janvier 2010 par la Cour d'appel de Paris<sup>1</sup>, réformant une décision du Conseil de la concurrence du 16 décembre 2008 ayant lourdement sanctionné l'affaire dite « *du cartel de l'acier* »<sup>2</sup>, a rappelé la diversité des approches s'agissant de la détermination des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Dans cette affaire, la Cour d'appel a ainsi réduit les amendes prononcées de 575 millions à 75 millions d'euros, soit de 500 millions d'euros !

Le Conseil avait repris selon sa pratique décisionnelle habituelle, les quatre critères prévus par l'article L.462-4 du Code de commerce pour évaluer la sanction : la gravité de la pratique tout d'abord, qui dépend du type de pratique relevée (les restrictions verticales étant généralement placées en bas de la fourchette de gravité et les cartels sur

les prix en haut), l'importance du dommage à l'économie, spécificité du droit français, qui recouvre deux principaux aspects : la perte d'efficacité de l'économie et les dommages aux victimes de la pratique, ensuite la durée et la réitération des pratiques et enfin l'individualisation de la sanction.

Le plafond légal de l'amende est fixé à 10 % du chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes du groupe en cause.

La Cour d'appel a de son côté adopté une approche très différente.

En effet, contrairement au Conseil, la Cour d'appel de Paris, juridiction de recours, n'est liée par aucun mode de calcul précis. La Cour d'appel de Paris réforme d'ailleurs régulièrement le montant des amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence<sup>3</sup>.

Dans cette décision du cartel de l'acier, la Cour d'appel avait reproché notamment au Conseil, tout d'abord de ne pas avoir pris en compte la crise économique du secteur et ensuite le mode de calcul de la sanction. Sur ce second point la Cour, a, en particulier, considéré que contrairement au Conseil qui détermine le montant de l'amende en se fondant sur les critères de l'article L.462-4 puis vérifie dans un second temps que le plafond légal n'est pas dépassé, il convient d'utili-

<sup>(1)</sup> CA Paris 19 janvier 2010, RG n°2009/00334.

<sup>(2)</sup> Cons.conc, décision n°08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

<sup>(3)</sup> A titre d'exemples : Cons.conc, décision n°08-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production de contreplaqué réformé par CA Paris 29 septembre 2009, RG n°2008/12495 / Cons. conc, décision n°07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment corse, réformé par CA 6 mai 2008, RG 2007/06172.

ser le plafond légal comme point de départ du raisonnement du montant de l'amende.

Cet arrêt a illustré le manque de cohérence dans l'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles entre l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris.

Une telle incertitude dans la détermination du montant des sanctions est très insécurisante pour les entreprises.

Cette affaire a donc conduit le Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi à confier, par lettre du 19 février 2010, à trois personnalités (Jean-Martin Folz, ancien président directoire de PSA, Christian Raysseguier, premier avocat général près la Cour de cassation et Alexander Schaub, avocat et ancien directeur général de la concurrence puis du marché intérieur à la commission), la mission ayant pour objet de faire, en lien avec l'Autorité de la concurrence, la DGCCRF et la Chancellerie, des propositions sur les méthodes envisageables pour améliorer la prévisibilité du montant de ces sanctions et leur caractère dissuasif.

C'est ainsi que pendant cinq mois, de nombreux acteurs et spécialistes du droit de la concurrence, français et européens ont été consultés.

Les personnes auditionnées ont formulées un certain nombre de critiques majeures à l'égard du système actuel de sanctions et c'est sur cette base et à partir de sa propre réflexion que la Mission a pu émettre un certain nombre de recommandations.

La Mission a rendu son rapport « *Sur l'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles* » le 20 septembre dernier.

\* \* \*

#### **Les propositions de la Mission :**

Dans son rapport, la Mission, après avoir notamment rappelé le système actuel français de sanctions des pratiques anticoncurrentielles ainsi que les approches en la matière de la Commission européenne, de différents Etats de l'Union (Royaume-Uni, Allemagne, Espagne) et des Etats Unis, puis précisé les principales critiques faites à l'encontre du système actuel, a consacré la dernière partie du rapport à ses recommandations qui sont de plusieurs ordres :

##### **• Sur la procédure :**

Selon le rapport « *les auditions ont relevé un manque de transparence et un déficit de débat contradictoire dans la fixation de la sanction. La sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence est une sanction quasi-pénale et dès lors elle doit s'inscrire dans une procédure qui respecte les principes généraux du procès équitable*

*et des droits de la défense consacrés par le droit national et conventionnel* »<sup>4</sup>.

C'est pourquoi, le rapport préconise, en premier lieu, qu'un débat contradictoire sur la sanction ait lieu plus tôt dans la procédure. En effet, les rapporteurs abordent la question de la sanction à l'occasion de la notification des griefs ou du rapport final et les parties ne prennent pleinement connaissance de la sanction que lors de la décision.

Le rapporteur pourrait donc faire connaître, au stade de son rapport, outre son appréciation du dommage à l'économie, la nature de la sanction qu'il préconise et s'il s'agit d'une amende pécuniaire, une fourchette de son montant.

La Mission estime également qu'il serait opportun de mettre en place une commission des sanctions séparée du collège de l'Autorité de la concurrence qui permettrait de mieux garantir l'indépendance entre les phases de poursuite et d'instruction d'une part, et la décision quant à la fixation des sanctions, d'autre part.

##### **• Sur le mode de calcul de la sanction :**

S'agissant du mode de calcul, il ressort des critiques formulées à l'égard du système actuel que les « *principes posés par l'article L. 464-2 sont très généraux et ne permettent que très peu de prévisibilité quant à la sanction encourue. Si la prévisibilité ne doit pas être totale [...], elle doit cependant exister à un certain degré afin d'éviter des incohérences dans l'attribution des sanctions et de permettre une sécurité juridique* »<sup>5</sup>.

Par ailleurs, il est également considéré que la notion de dommage à l'économie est une notion « *floue* » pour les justiciables. En effet, la pratique de l'Autorité de la concurrence et de la Cour d'appel n'a pas permis de clarifier ce qui est entendu par son « *importance* ».

La Mission recommande dès lors une nouvelle approche pour le mode de calcul de la sanction.

- Le rapport suggère tout d'abord d'abandonner le recours au critère du dommage à l'économie, lequel ne devrait intervenir qu'au stade des pondérations comme circonstance atténuante ou aggravante, dans les seuls cas où il peut être véritablement identifié.
- Il est ensuite préconisé de définir un montant de base pondéré par des circonstances atténuantes ou aggravantes. Un instrument de référence doit prévoir le montant de base à prendre en compte correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes des

<sup>(4)</sup> Rapport « *Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles* », Jean Martin Folz, Christian Raysseguier, Alexander Schaub, p.32.

<sup>(5)</sup> Cf supra n° 4, p. 28

produits ou services concernés par la pratique anticoncurrentielle (par exemple 5 à 15 % de la valeur des ventes). C'est donc le chiffre d'affaires affecté qui servirait d'assiette de calcul de l'amende. La fixation du pourcentage doit correspondre à la gravité de la nature de la pratique anticoncurrentielle, dans une fourchette de 5 à 15 %.

- La durée des pratiques constitue également un élément déterminant du calcul de l'amende. Le rapport met en avant le modèle espagnol, à savoir de multiplier la base de l'amende par un coefficient annuel dégressif.
  - S'agissant des circonstances atténuantes et aggravantes venant pondérer le montant de base de l'amende, la mission suggère des pondérations classiques telles que l'existence d'une coopération avec l'Autorité de la concurrence, la situation économique et financière de l'entreprise concernée, la répétition des pratiques ou encore l'entrave à l'enquête. D'autres types de pondérations sont également proposés, tels que la marge moyenne du secteur concerné, les indemnités des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, l'existence ou non de programmes de conformité réels et sérieux de l'entreprise et leur mise en œuvre efficace, ou encore le dommage à l'économie.
- **Sur le plafond légal et l'imputabilité de la pratique :**

La Mission recommande que le plafond légal de l'amende prévu par l'article L.464-2 du Code de commerce, qui fait référence au chiffre d'affaires du groupe consolidé au niveau mondial lorsque la société reconnue responsable fait partie d'un tel groupe, agisse en tant que limite à ne pas dépasser et non en tant que point de départ du calcul du montant de l'amende. Ce plafond ne doit donc intervenir qu'une fois le montant de base de l'amende déterminé.

Quant à l'imputabilité de la pratique, celle-ci doit se limiter à la société concernée. Il convient de respecter le principe d'individualisation de la sanction. Le rapport propose donc que la responsabilité de la société mère ne soit retenue que lorsque celle-ci a été indifférente quant aux agissements de sa filiale ou négligente dans la mise

en œuvre au sein du groupe d'un programme sérieux de prévention des pratiques anticoncurrentielles, ou avait connaissance des pratiques ou a participé à l'infraction.

- **Sur la possibilité de recourir au sursis :**

Pour les atteintes les moins graves au droit de la concurrence, il est proposé de recourir au sursis avec mise à l'épreuve en cas de première infraction.

- **Sur l'importance des sanctions individuelles :**

Le rapport souligne les limites d'un système de sanctions qui ne repose que sur la responsabilité de l'entreprise. Il est en effet précisé qu'« une sanction pécuniaire sur l'entreprise revient à punir les actionnaires et les clients pour les agissements de personne qui, ont parfois quitté l'entreprise »<sup>6</sup>.

Il préconise donc de développer des sanctions individuelles, qui ont de plus un effet plus dissuasif (amendes personnelles, interdiction de gérer, d'exercer des mandats sociaux, etc.).

\* \* \*

S'agissant de la mise en œuvre de ces recommandations, la Mission a proposé dans son rapport plusieurs instruments. Après avoir déconseillé la voie législative, elle a mis en avant le recours à des lignes directrices qui auraient notamment l'avantage de pouvoir être modifiées plus facilement. Le recours à un décret est également une option retenue.

Le Ministre semble toutefois avoir tranché et choisi la voie des lignes directrices puisqu'il considère que « le rapport constitue une base solide pour l'élaboration de lignes directrices »<sup>7</sup>.

Le Ministre a invité l'Autorité de la concurrence à lancer sans tarder les travaux d'élaboration, en concertation, comme le préconisent les membres de la Mission dans leur conclusion, avec l'ensemble des parties et autorités concernées. L'objectif fixé est que les sanctions des pratiques anticoncurrentielles en France soient toujours plus efficaces et dissuasives, mais également prévisibles, si possible avant la fin de l'année 2010.

<sup>(6)</sup> CF supra, p.36.

<sup>(7)</sup> Communiqué de presse du ministère de l'économie du 20 septembre 2010, « Pratiques anticoncurrentielles : Christine Lagarde a reçu le rapport sur l'appréciation de la sanction »







## FLASH CONCURRENCE N° 11

Stratégie d'exclusion sur les marchés des récupérateurs automatiques de déchets : le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission dans l'affaire *Tomra*

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

*Dans un arrêt rendu le 9 septembre 2010, dans l'affaire Tomra contre Commission (T-155/06), le Tribunal de l'Union Européenne a confirmé dans son intégralité, l'analyse de la Commission qui avait condamné pour abus de position dominante, la société Tomra. Cette dernière, leader sur le marché européen des récupérateurs automatiques d'emballages pour boissons, avait mis en place une stratégie d'exclusion via des accords d'exclusivité, ainsi que des engagements quantitatifs et une politique de rabais rétroactifs individualisés, ce qui verrouillait dès lors le marché à la concurrence !*

Les pratiques relevées n'avaient rien de révolutionnaire : quand Tomra ne parvenait pas à conclure des accords d'exclusivité avec ses clients, des chaînes de supermarchés, il leur accordait des ristournes pour des quantités individualisées correspondant à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande ou des rabais de fidélité, subordonnés à la condition que les clients s'approvisionnent pour la totalité ou la majeure partie de leurs besoins. Selon la Commission, ces pratiques avaient pour objectif l'exclusion des concurrents du marché et les privait de toute possibilité d'expansion.

Dans ce recours contre la décision C (2006) 734 de la Commission, du 29 mars 2006, Tomra dénonce l'utilisation par la Commission de preuves manifestement inexactes et peu fiables pour la constatation que les requérantes menaient une **stratégie d'exclusion**. Elle reproche aussi à la Commission diverses erreurs manifestes d'appréciation concernant sa capacité à éliminer la concurrence. Enfin, elle invoque la violation des principes de proportionnalité et de non-discrimination dans le calcul de l'amende.

Néanmoins, le Tribunal rejette l'intégralité des arguments, point par point :

- 1 La Commission ne s'est pas uniquement fondée sur l'intention ou la stratégie des requérantes pour démontrer la stratégie d'exclusion. Elle a aussi tenu compte de la documentation interne des parties (point 35) ;
- 1 Le Tribunal rappelle, dans le droit fil d'une jurisprudence communautaire bien établie, que le fait pour une entreprise en position dominante « **de lier des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle constitue une exploitation abusive d'une position dominante (...), soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais** ». (point 295) ;
- 1 La Commission a démontré que les engagements sur les quantités convenues à l'origine correspondaient généralement à la totalité ou à une proportion élevée des besoins effectifs des clients au cours d'une période contractuelle donnée, l'analyse ex post montrant que les volumes des achats effectifs sont, dans la plupart des cas, légèrement supérieurs aux volumes prévus dans les engagements quantitatifs ;
- 1 La Commission ne s'est pas contentée d'analyser le contenu des accords en question et a bien pris en considération le contexte dans lequel lesdits accords s'inscrivaient, en examinant la capacité de ces pratiques à fausser la concurrence dans les circonstances de l'espèce, en recherchant les effets réels des pratiques, en pre-

nant en compte la prétendue supériorité technique des produits de Tomra, ainsi que la qualité d'acheteur professionnel de ses clients, mais aussi en relevant l'absence de justifications économiques objectives et respectueuses de la concurrence des pratiques en cause ;

- 1 La Commission a eu raison, selon le Tribunal, de considérer qu'en fait d'engagements non contraignants sur les quantités, la grande majorité de ces accords subordonnait le prix et les conditions commerciales à l'achat d'un certain volume par le client et était proche d'une politique de rabais rétroactifs.

On relèvera encore du présent arrêt deux précisions d'importance :

Tout d'abord, Le Tribunal juge que la Commission a, à juste titre, considéré que, en verrouillant une partie significative du marché, comme dans le cas d'espèce, l'entreprise dominante a limité l'entrée à un ou quelques concurrents et, donc, a restreint l'intensité de la concurrence dans l'ensemble du marché :

*« En effet, le verrouillage d'une partie substantielle du marché par une entreprise dominante ne peut être justifié par la démonstration que la partie du marché susceptible d'être conquise est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents. En effet, d'une part, les clients qui se trouvent dans la partie verrouillée du marché devraient avoir la possibilité de profiter de tout degré de concurrence qui est possible sur le marché et les concurrents devraient pouvoir se livrer concurrence par les mérites pour l'ensemble du marché et pas seulement pour une partie de celui-*

*ci. D'autre part, le rôle de l'entreprise dominante n'est pas de déterminer combien de concurrents viables sont autorisés à la concurrencer pour la portion de la demande encore susceptible d'être conquise ». (point 240 et 241).*

Autre précision d'importance concernant celle-là l'assiette de calcul de l'amende, le Tribunal estime que la Commission, faisant application des lignes directrices de 1998, n'a pas violé le principe de non-discrimination en fixant l'amende à 8 % du chiffre d'affaires global mondial des requérantes, sans égard pour le chiffre d'affaires afférent aux produits en cause. S'il ne saurait être nié que le chiffre d'affaires afférent aux produits en cause peut constituer un fondement approprié pour évaluer les atteintes à la concurrence sur le marché desdits produits au sein de l'EEE, il n'en demeure pas moins que cet élément ne constitue pas l'unique critère d'appréciation. La nature propre de l'infraction, l'impact concret de celle-ci lorsqu'il est mesurable, l'étendue géographique du marché affecté et la nécessaire portée dissuasive de l'amende sont autant d'éléments, en l'espèce pris en considération par la Commission, pouvant justifier à suffisance de droit le montant de l'amende. Au cas d'espèce, le chiffre d'affaires réalisé, dans les marchés concernés par l'infraction, représentait 25 % du chiffre d'affaires global. Estimant qu'il s'agit là d'une part relativement importante de l'activité de l'entreprise, le Tribunal retient en tout état de cause qu'il ne saurait être prétendu que les requérantes n'ont réalisé qu'une part ténue de leur chiffre d'affaires global sur les marchés en cause (pts. 316 à 320).





## FLASH CONCURRENCE N° 12

« *La collusion et la corruption dans la passation des marchés publics* » : l'OCDE met en ligne les actes de la table ronde : Plus de contrôle et plus de sévérité en perspective !

Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin

Lors du neuvième Forum mondial sur la concurrence en février 2010, L'OCDE a organisé une table ronde dont le sujet était la collusion et la corruption dans les marchés publics. L'OCDE a mis en ligne plus de cinq cents pages qui reprennent les débats, la note de référence du Secrétariat général et les contributions soumises par les différents pays et intervenants. Le but de cette table ronde était en effet de mettre en commun les participations des acteurs afin d'optimiser la lutte contre ces infractions, que ce soit en termes de détection ou de répression. Un tel travail a été particulièrement enrichissant en ce sens que les multiples nationalités présentes ont permis d'avoir une vision multiculturelle et croisée de ces infractions.

Dans un premier temps, les problèmes de collusion et de corruption ont été abordés comme des phénomènes distincts. Il a été observé par les différents intervenants que la corruption pouvait être facilitée par la faiblesse du système législatif en cause qui peut permettre des comportements délictueux des fonctionnaires ou encore par les valeurs culturelles et sociales qui peuvent induire, dans certains pays, une coopération entre citoyens, qui elle-même alimente le processus de corruption. Une transparence excessive des marchés favorise aussi les comportements délictueux. Il est important de préciser que dans les marchés publics, l'acheteur n'est pas directement le payeur, ce qui contribue à faciliter la corruption. Pour la collusion, les facteurs qui facilitent cette pratique sont divers : on peut notamment citer la mauvaise conception des procédures de passation des marchés, un excès de complexité ou encore un manque de formation des fonctionnaires responsables. Au cours de cette table ronde, il a été aussi remarqué que si la collusion et la corruption sont présentes dans tous les

domaines, il n'en reste pas moins qu'elles se rencontrent plus souvent dans certains secteurs particuliers comme le BTP ou la santé.

Dans un second temps, les deux infractions ont été envisagées ensemble, ce qui peut sembler parfaitement logique. En effet, si ces deux infractions sont distinctes d'un point de vue juridique, il faut aussi ajouter que leur effet est souvent le même, à savoir, la désorganisation d'un marché public par son attribution sur la base de critères autres que la concurrence équitable et les mérites de l'offre retenue. Et dans ce cas, l'utilisation des deniers publics n'est pas optimale. Il existe même des liens entre la corruption et la collusion qui se renforcent mutuellement. De manière générale, ce lien entre les deux infractions permet de répondre à deux impératifs :

- 1 La nécessité de « **dédommagement** » ou d'attribution de marchés secondaires, afin que le délit de corruption ne soit pas révélé ;
- 1 Et la volonté de rendre la corruption moins visible afin de **créer une apparence de concurrence**.

Compte tenu de ces éléments, les intervenants de la table ronde se sont focalisés sur la question de la lutte contre ces deux infractions. Comme pour leurs effets, deux approches sont possibles, une lutte contre chacune des infractions ou contre les deux de front. Parmi les mécanismes de lutte contre la corruption on peut notamment citer les audits ex post, les poursuites judiciaires à haute visibilité afin d'engendrer un soutien public aux efforts d'application de la loi ou encore la limitation du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires par une accentuation de la transparence. Contre les ententes et cartels anticoncurrentiels, il est possible d'envisager des mécanismes tels que l'ouver-

ture des marchés à la concurrence internationale, une conception des adjudications qui ne laisse aucune marge pour la collusion ou encore une meilleure formation des fonctionnaires en charge de ces procédures et un dialogue accru avec eux.

Mais toute la difficulté repose sur le fait que les méthodes de prévention de l'une et de l'autre sont parfois concurrentes alors qu'une protection optimale de passation des marchés publics passe par une lutte contre les deux en même temps. A ce titre, l'amélioration de la transparence conçue comme une plus grande disponibilité des informations et accessibilité à celles-ci sur les marchés, une amélioration des règles de procédure de passation de ces marchés, la prise de décision rapide et la vérification systématique de l'application des règles de concurrence, est une arme à double tranchant. En effet, cette transparence est une arme redoutable pour la prévention de la corruption. Néanmoins, cette transparence peut aussi permettre la collusion entre soumissionnaires car la diffusion d'informations commercialement sensibles permet aux concurrents d'aligner leur stratégie et facilite la formation d'un cartel. De plus, une transparence excessive peut rendre le processus d'adjudication prévisible et facilitera d'autant plus la collusion !

C'est dans cette optique que la coopération revêt toute son importance car elle permet de mettre au point une **stratégie d'ensemble cohérente**, pour que les infractions fassent l'objet de poursuites efficaces. Cette coopération revêt deux aspects : d'une part, entre les autorités de concurrence et les entités adjudicatrices et d'autre part, entre les autorités de concurrence et les organismes de lutte contre la corruption. Si une telle coopération existe déjà dans de nombreux pays, des travaux complémentaires seraient nécessaires sur ce point, notamment sur le champ d'application des protocoles d'accord entre les autorités de contrôle. Toutefois, il semble que cette coopération soit une « *approche fructueuse* » et donc une voie à approfondir. Il faut aussi trouver un équilibre

entre les divers mécanismes qui ont été mis au point pour préserver et améliorer le processus de passation des marchés publics, afin de concilier les exigences parfois contradictoires de la prévention de la collusion et de la corruption. Et cela, en tenant compte du droit de la concurrence, du droit pénal et de la réglementation des marchés publics, qui constituent le cadre législatif et/ou réglementaire actuel.

En termes de dissuasion, le plus efficace est sans nul doute la perspective crédible pour les soumissionnaires de voir leurs actes découverts et poursuivis, en association avec des sanctions sévères à vertu pédagogique. Réflexion est faite que les amendes infligées pour un comportement frauduleux sont parfois considérées comme un simple coût opérationnel par les entreprises concernées ! La mauvaise publicité faite à l'entreprise par la publication de la décision de condamnation, l'interdiction de répondre aux futurs appels d'offres et l'interdiction potentielle d'exercer certaines fonctions au sein de l'entreprise pour les dirigeants mis en cause sont de véritables épées de Damoclès, beaucoup plus dissuasives sur un plan pratique !

Ainsi, si la poursuite d'un objectif d'élimination totale de ces comportements semble encore bien utopique à ce jour et être un idéal, le développement d'une véritable « **culture de conformité au droit** » constituera une étape importante vers une limitation de ces infractions. Car si la coopération des autorités régulatrices et/ou de contrôle est primordiale, les soumissionnaires sont les mieux placés pour détecter les irrégularités, ce qui devrait induire un double contrôle, interne et externe, et la mise en œuvre progressive de programmes de **compliance** au sein des entreprises afin d'éviter les comportements à risque et d'éradiquer toute tentation de certains salariés d'échanger des informations sensibles avec leurs concurrents notamment.





## FLASH CONCURRENCE N° 13

### L'analyse des effets anticoncurrentiels dans une pratique de « *hub and spoke* »

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Quel poids donner à l'analyse des effets anticoncurrentiels dans le cadre d'une pratique de « *hub and spoke* » dite encore « *ABC* » : Illustration avec un cas d'espèce récent.

#### I. Rappel sur les pratiques de « *hub and spoke* » :

Dans le cadre des relations entre fournisseurs et distributeurs, la nature horizontale ou verticale d'une entente anticoncurrentielle peut être difficile à déterminer.

Dans une apparente restriction horizontale, il faut savoir déceler en quelque sorte un maître d'œuvre, l'organisateur de l'entente situé en amont, voire en aval.

Aux États-Unis, cela fait référence à la notion de « *hub and spoke conspiracy* ».

Un opérateur est au centre (« *hub* ») de relations bilatérales ou multilatérales avec des distributeurs (« *spokes* »).

En d'autres termes, il est l'organisateur d'une entente en apparence horizontale, qui sert en fin de compte ses intérêts dans le rapport de verticalité.

Il s'avère que cet opérateur économique peut être un producteur/fournisseur dans le cadre de la distribution de ses produits par des grandes surfaces situées sur différents territoires communautaires.

Le fournisseur sert ainsi de *hub* en collectant et diffusant des informations sur les prix envisagés par ses distributeurs, ce qui permet à ces derniers de connaître le prix de leurs concurrents sans établir de contact horizontal entre eux.

A titre d'illustration : un fabricant de produits A apprend que l'enseigne X n'augmentera le prix des produits A que si les enseignes concurrentes Y et Z font de même. Le fabricant alerte alors Y et Z qui confirment qu'ils augmenteront le prix des

produits A si X les augmente. Le fabricant confirme cette information à X qui n'a pas à craindre une baisse de part de marché en cas d'augmentation des prix des produits A et procède ainsi à la hausse de prix, étant en effet suivi de facto par ses concurrents distributeurs sur le marché !

#### L'organisateur du réseau peut également être un distributeur.

Ainsi, dans la célèbre affaire *Toys "R" Us*<sup>1</sup>, jugée aux États-Unis en 2000, ce distributeur de jouets a été reconnu comme le coordinateur d'une entente horizontale entre fabricants de jouets. En l'espèce, le grand distributeur ne s'était pas contenté de nouer avec ses fournisseurs des relations contractuelles. Il les avait également incités à boycotter les clubs de jouets qui constituaient un autre canal de distribution.

De façon générale, le « *hub and spoke* » peut s'observer quand au moins un marché (amont ou aval) est **fortement concentré**. Il est dès lors plus facile de contrôler l'entente avec peu de participants.

Le « *Hub and spoke* » s'observe tout particulièrement quand un fournisseur n'a pas d'intérêt à ce que les prix de revente de ses produits aux consommateurs soient relativement faibles, ce que provoquerait logiquement une forte concurrence entre distributeurs. **L'entente apparaît quand cette baisse du prix des produits aux consommateurs ne profite pas au fournisseur.**

Ainsi, le fournisseur peut agir de concert avec les distributeurs pour maintenir des prix de revente élevés pour le consommateur puisqu'il y trouve un intérêt, non pas dans l'augmentation des

<sup>(1)</sup> *United States Court of Appeal for the Seventh Circuit 2000, 221 F. 3d 928. V, 1<sup>er</sup> Aout 2000.*

ventes sur le marché aval (qui n'existe pas du fait de prix élevés) mais par l'avantage que le fournisseur détient sur ses concurrents sur le marché amont grâce à ses accords tacites avec les distributeurs.

## II. Cas pratique d'un échange d'information dans une pratique de « hub and spoke » :

Dans le cas type d'un « Hub and spokes », les effets que peut avoir un échange d'informations organisé par le Hub sur le consommateur final peuvent se relever déterminants.

Prenons le cas d'école suivant<sup>2</sup> : le responsable commercial d'un fournisseur communique par email des prix portant sur ses produits avec plusieurs distributeurs. Dans plusieurs courriels, le responsable commercial présente une analyse spéculative à chaque distributeur, sur ce que pourrait être le prix futur de revente de ses concurrents.

Deux types d'analyse sur les effets peuvent être développés :

### - Une analyse fondée sur le prix final payé par le consommateur :

Il s'agit ici d'évaluer dans quelle mesure l'information échangée a été jugée pertinente et déterminante pour la stratégie des distributeurs.

Ainsi si le responsable commercial écrit : « **Le distributeur A est d'accord pour augmenter son prix de revente de 10%, et si vous (distributeur B) vous alignez sur ce prix, alors A maintiendra ces prix à un haut niveau** », ce genre d'information pourra effectivement aider à prouver l'existence d'une entente de type Hub and Spoke. Mais ce type de mails peut également constituer une sorte de ruse pour convaincre les distributeurs qu'il y a un consensus à la hausse des prix de revente, alors même que les distributeurs n'ont pas décidé d'une telle hausse de prix.

---

<sup>(2)</sup> Le cas suivant est exposé par le cabinet de micro économie Charles River Associates dans son « memo concurrence » d'octobre 2010 : « *Effects analysis in Hub and Spoke Cartels* ».

Avec une analyse rétrospective des prix, on a pu déterminer que, quelle que soit la motivation et l'intention des parties, il n'y avait pas de relation entre les informations du fournisseur sur les intentions des distributeurs d'augmenter les prix futurs et les prix réellement pratiqués par ces derniers.

Autrement dit, l'information relayée par le fournisseur n'était pas crédible.

### - Une analyse des marges du fournisseur et des distributeurs :

Cette analyse consiste à observer s'il existe des hausses de marge en amont et en aval pendant la période d'échange d'informations, ce qui induit une analyse des coûts internes et des marges du fournisseur, ainsi que des données sur les prix de revente.

En l'espèce, il n'y avait pas de relation entre une hausse des marges et la période pendant laquelle l'information avait été échangée. En outre, la politique de marges et de prix n'avait pas évolué une fois que la pratique avait été connue des autorités de concurrence.

Il n'y avait ainsi pas de liens entre l'échange d'email et la hausse des prix pour les consommateurs.

Enfin, au cas d'espèce, l'instruction devant les autorités de concurrence ne s'est pas poursuivie, l'entreprise en cause prenant des engagements comportementaux.

Elle ne se serait pas poursuivie également, selon les conseils de la partie en cause, puisque l'analyse des effets contredisait un comportement supposé nuisible au bien être du consommateur.

Cet exemple démontre qu'il appartient aux autorités de la concurrence de distinguer, d'une part, les échanges d'informations organisant un véritable réseau témoignant d'une entente de type « hub and spoke » et, d'autre part, les échanges de correspondances non susceptibles de caractériser une véritable entente de nature anticoncurrentielle !





## FLASH CONCURRENCE N° 14

La remise en question par la Cour d'appel de Paris de la méthode de saisie globale des messageries électroniques employée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des opérations de visites et saisies.

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Turret

Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a rendu le 2 novembre dernier trois ordonnances<sup>(1)</sup> dans lesquelles il s'interroge fortement sur la méthode de saisie globale des messageries électroniques employée par les agents de l'Autorité de la concurrence ou de la DGCCRF.

Saisi de recours formés par trois entreprises ayant fait l'objet d'opération de visites et de saisies autorisées par le Juge des Libertés et de la Détention (JLD) du Tribunal de Grande Instance de Paris, le magistrat a décidé de surseoir à statuer et d'ordonner une expertise ayant pour objet de déterminer s'il est possible ou non d'effectuer **une saisie sélective de messages dans la messagerie électronique sans pour autant compromettre l'authenticité de ceux-ci** !

Ces trois entreprises dénonçaient, en effet, les modalités de saisies des messageries électroniques qui auraient été effectuées, en violation des droits de la défense, du secret des correspondances avocat-client et du droit à la vie privée. Il était notamment reproché aux agents de l'Autorité de la concurrence de ne pas avoir procédé au ciblage de leurs saisies, ce qui aurait conduit à la saisie de documents hors du champ de l'autorisation judiciaire. En conséquence, elles demandaient l'annulation pure et simple des saisies et des procès-verbaux les relatant, et, pour deux d'entre elles, une expertise sur les modalités de saisie de documents informatiques et de messageries, et d'inventaire informatique.

Les trois ordonnances prononcées par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel étaient inattendues. C'est la première fois que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris remet en question la méthode de saisie globale des messageries électroniques.

Il convient, en effet, de rappeler que, s'agissant des saisies informatiques effectuées dans le cadre d'enquêtes lourdes prévues par l'article L.450-4 du Code de commerce, l'administration use du principe selon lequel les documents informatiques sont **insécables** et qu'ils doivent donc faire l'objet d'une **saisie globale**.

Ce principe est largement repris par la jurisprudence qui considère également qu'il n'est pas interdit à l'administration de saisir des pièces pour partie utiles, seulement, à la preuve desdits agissements.

La Cour de cassation s'est ainsi prononcée en ce sens dans l'arrêt SITA du 12 décembre 2007<sup>(2)</sup> considérant que pour que la saisie des messageries informatiques soit licite, elles doivent viser « **au moins en partie** » les pratiques anticoncurrentielles suspectées.

La Cour de cassation est allée plus loin s'agissant du contenu des documents saisis dans deux arrêts du 13 janvier 2010<sup>(3)</sup>, en confirmant la décision du JLD estimant que l'article L.450-4 du Code de commerce n'exclut pas du champ des documents pouvant faire l'objet d'une saisie, ceux qui seraient de nature à porter atteinte à la protection

<sup>(1)</sup> Cour d'appel de Paris, ordonnances du 2 novembre 2010, n°365, 366, 369.

<sup>(2)</sup> Cass. crim, 12 décembre 2007, n°06-81.907.

<sup>(3)</sup> Cass. crim, 13 janvier 2010, n°07-86228 et n°07-86229.

du secret des affaires. La Cour de cassation estime en effet que, conformément à l'article L.463-4 du Code de commerce, la partie mise en cause a la possibilité, en cas de contentieux devant l'Autorité de la concurrence, de demander le retrait ou l'occultation partielle des pièces mettant en jeu ledit secret. En l'espèce, le JLD a considéré la saisie régulière puisque la société demanderesse a sollicité la restitution de l'intégralité des données saisies, mais n'a pas précisé les fichiers dont l'ensemble des documents contenus étaient hors du champ de l'autorisation.

Jusque là, le Premier Président de la Cour d'appel de Paris avait toujours partagé cette position. Récemment encore, il a refusé de faire droit aux demandes d'annulation d'opérations de saisie, en rappelant le principe d'insaisissabilité des documents informatiques en ces termes<sup>4</sup> :

*« Qu'il est désormais de jurisprudence que d'une part, si l'administration ne peut appréhender que des documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie, il ne lui est pas interdit de saisir les pièces pour partie utiles à la preuve desdits agissements ; que les fichiers informatiques copiés doivent seulement faire l'objet d'un inventaire, dont la mention est portée au procès verbal relatant les opérations ; que, dans le cas des courriels, le fait que la saisie a été pratiquée après une fouille sommaire de cette messagerie, sans autre inventaire que la liste des fichiers figurant dans le procès-verbal des opérations et que la saisie de documents pour parties utiles ne saurait permettre de saisir indistinctement la totalité d'une messagerie comprenant principalement des documents étrangers à l'administration de la preuve de pratiques anticoncurrentielles, n'empêche nullement que la totalité de fichiers saisis figure intégralement dans la copie effectuée en présence de l'occupant des lieux et remise à la société ; qu'ainsi, l'administration n'a pas à individualiser, sur place, les seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire ».*

Le maintien d'une telle position était pourtant largement critiqué par la doctrine et les entreprises elles-mêmes dès lors que cette saisie en masse peut conduire à la saisie de documents hors du champ de l'enquête, couverts par le secret professionnel ressortant de la relation avocat/client ou encore de documents relevant de la vie privée des dirigeants et des salariés de manière plus générale.

Ces pratiques vont donc à l'encontre des principes admis en matière de saisies de documents

sur support papier, à savoir le principe de spécialité des visites domiciliaires en vertu duquel ne peuvent être appréhendés que les seuls documents en rapport avec la pratique anticoncurrentielle dont la preuve est recherchée, ainsi que le principe d'insaisissabilité des documents couverts par le « **legal privilege** » dont bénéficient les avocats<sup>5</sup>.

La décision du délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris est donc particulièrement surprenante, mais tout aussi heureuse ; l'on peut toutefois s'interroger sur les raisons qui l'ont poussé dans ces affaires à adopter une position différente.

A la lecture des trois ordonnances du 2 novembre 2010, et plus particulièrement de l'ordonnance n°369 qui est la plus développée, l'on comprend que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris considère en réalité que ces ordonnances se distinguent des autres précédents et ce, pour trois raisons :

- Le magistrat précise tout d'abord qu'a été rapportée au débat l'existence d'une autre méthode de saisie de documents informatiques et de messagerie, qui permettrait de concilier les droits effectifs de la défense avec une lecture au premier degré des articles 56 du Code de procédure pénale, et L.450-4 du Code de commerce.

Il précise, s'agissant de cette méthode, qu'elle ressort d'« **un argumentaire technique, écrit et oral, qui se différencie des notices générales ou études établies sans contradiction qui avaient pu être produites dans les autres espèces invoquées** » ;

- La deuxième raison qui semble avoir poussé le délégué du Premier Président à remettre en question la méthode de saisie globale des messageries pourrait résulter du fait que les saisies opérées par les agents de l'Autorité de la concurrence ont conduit à la saisie de messages évidemment couverts par le secret de la correspondance entre un avocat et son client ;
- Enfin, le Premier Président a également soulevé le caractère insuffisamment explicite du procès-verbal de saisie qui apparaît selon lui « **sommaire sur les modalités techniques des opérations de saisies de documents et de messagerie ; notamment, les opérations de sélection des documents et des messages, le transfèrement des fichiers sur le DVD-R vierge, les modalités**

<sup>(4)</sup> Cour d'appel de Paris, ordonnance du 4 mars 2010, Schering-Plough, n°09/14362. Pour un autre exemple : Cour d'appel de Paris, ordonnance du 14 septembre 2010, n°09/17586, Luxottica.

<sup>(5)</sup> Principe prévu par l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; voir CJUE, 14 Septembre 2010, n° C-550-07, Akzo Nobel Chemicals Ltd. e.a. c/ Commission européenne refusant le « **legal privilege** » aux juristes d'entreprises.

*successives de copie et d'inventaire, enfin les raisons qu'il y avait de ne pas recourir aux scellés semblent rudimentaires ou inexistantes, en comparaison des énonciations qui sous-tendaient les autres espèces invoquées* ». De la même façon, l'inventaire des messages est jugé peu précis et permettant donc difficilement l'identification de ces messages par le juge, par l'entreprise contrôlée ou les enquêteurs.

Telles sont les raisons qui ont manifestement poussé le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris à surseoir à statuer et à désigner un expert chargé d'établir un rapport permettant **de déterminer s'il est techniquement possible d'effectuer une saisie sélective des messageries, tout en garantissant l'authenticité et l'intégrité des documents.**

Si une telle méthode de sélection des messages pouvait effectivement être utilisée par les agents de l'Autorité de la concurrence, celle-ci permettrait certainement de mieux garantir les entreprises visitées contre les saisies illicites de documents relevant du *legal privilege*, de la protection de la vie privée ou ne faisant pas partie du champ de l'enquête.

Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris recommande d'ailleurs à l'expert désigné, afin d'élaborer son rapport, de confronter la pratique actuelle de l'Autorité de la concurrence aux procédures utilisées par la Commission européenne, par les autorités néerlandaises ou encore de prendre connaissance des recommandations de l'International Competition Network.

Ces différentes autorités sont en effet connues pour utiliser des procédures de saisies considérées comme étant plus respectueuses des intérêts en présence.

Ainsi, par d'exemple, la Commission européenne n'a pas pour pratique d'effectuer des saisies en masse. Elle procède, en effet, à une véritable sélection préalable sur site. Une saisie en masse n'interviendra que dans l'hypothèse où la sélection ne peut être achevée sur place. Par ailleurs et dans une telle hypothèse, cette saisie sans sélection préalable est placée sous une enveloppe scellée qui ne sera ouverte qu'en présence de l'entreprise.

Il semble donc opportun que l'Autorité de la concurrence s'inspire de ces autres pratiques.

Le rapport de l'expert devrait être rendu au Premier Président de la Cour d'appel de Paris d'ici six mois.

S'il s'avérait qu'au vu de ce rapport, la saisie sélective de messages dans la messagerie électronique est techniquement réalisable, sans pour autant compromettre l'authenticité de ceux-ci, c'est-à-dire, ainsi que le précise le magistrat « *s'il n'était démontré que les méthodes des enquêteurs étaient les seules qui garantissent la sécurité et l'efficacité des opérations* », les saisies réalisées des messageries en cause pourraient être tout simplement annulées, ce qui constituerait alors une première !!!

Affaire à suivre ...







## FLASH CONCURRENCE N° 15

Nouvelle décision de la CJUE en matière de promotion des ventes :  
Arrêt du 9 novembre 2010 dans l'affaire C-540/08 Mediaprint Zeitungs - und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. Kg contre «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH

Une interdiction générale des ventes avec prime est contraire à la directive du 25 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales !

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

Par un nouvel arrêt en date du 9 novembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) réaffirme avec constance et force sa position en matière d'interdictions nationales des pratiques commerciales *per se*, s'agissant cette fois des **ventes avec prime**, poursuivant ainsi sa volonté d'éradiquer des législations nationales tout texte de nature à interdire des opérations promotionnelles et qui ne respecterait pas la Directive communautaire 11 mai 2005 relatives aux pratiques commerciales déloyales.

\*\*\*

Cette affaire trouve son origine dans un litige entre deux concurrents évoluant sur le marché autrichien des quotidiens et plus précisément une action en cessation introduite par Mediaprint Zeitungs dirigée contre le journal Österreich, compte tenu de l'organisation d'un jeu promotionnel reposant sur l'offre d'une prime, ce qui est en principe interdit par le droit national autrichien.

L'opération promotionnelle en cause avait été mise en place en fin d'année 2007 par le quotidien Österreich, lequel avait informé ses lecteurs de l'élection du « **footballeur de l'année** ». On pouvait notamment lire dans un article que : « **Participer en vaut la peine: gagnez un dîner avec le gagnant de la grande élection du footballeur de l'année** ». À gauche de l'article se trouvait un bulletin de vote comportant la mention « à découper et envoyer ». À droite était signalée la possibilité de voter par Internet.

Relevons d'ores et déjà que l'opération en cause était particulièrement intéressante du point de vue de la "*mécanique promotionnelle*", dès lors qu'elle s'analysait en une **vente avec prime**, mais également en une **loterie payante** ! C'est néanmoins et essentiellement sur l'aspect vente avec prime que l'opération était critiquée au regard de la réglementation autrichienne.

En effet, Mediaprint Zeitungs avait demandé le retrait de cette annonce, estimant qu'elle constituait une prime interdite au sens de l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1 de la loi autrichienne contre la concurrence déloyale (ci-après l'« UWG ») qui dispose que :

« *Quiconque, dans l'exercice d'une activité commerciale concurrentielle,*

*1) annonce, dans des avis publics ou d'autres communications destinées à un nombre important de personnes, qu'il accorde aux consommateurs des avantages gratuits (primes) associés à des produits ou à des services, ou qui offre, annonce ou octroie aux consommateurs des avantages gratuits (primes) en lien avec des périodiques ou*

*2) propose, annonce ou octroie à des entreprises des avantages gratuits (primes) associés à des produits ou à des services,*

*peut faire l'objet d'une action en cessation et en dommages-intérêts. Cela s'applique également lorsque la gratuité de cet avantage est*

*dissimulée par des prix globaux pour les produits ou services, par des prix fictifs pour une prime ou de toute autre manière ».*

Après quelques péripéties judiciaires en première et deuxième instances, l'Oberster Gerichtshof a sursis à statuer et a saisi la CJUE des questions préjudicielles suivantes :

« 1) Une disposition nationale interdisant, à l'exclusion d'exceptions limitativement énumérées, l'annonce, l'offre ou l'octroi d'avantages gratuits accompagnant des périodiques ainsi que l'annonce d'avantages gratuits associés à d'autres produits ou services, sans obligation de vérifier au cas par cas le caractère trompeur, agressif ou déloyal d'une telle pratique commerciale, est-elle contraire aux articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5, de la [directive] ou à d'autres dispositions de cette directive, même lorsque la disposition nationale en cause poursuit non seulement un but de protection des consommateurs, mais également d'autres fins échappant au champ d'application matériel de la [directive], tels que, par exemple, le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents plus faibles ?

2) En cas de réponse affirmative à la première question, la possibilité de participer à un jeu-concours doté d'un prix, liée à l'achat d'un journal, est-elle une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la [directive], du seul fait que cette possibilité de participer à un jeu représente, au moins pour une partie du public concerné, certes non pas l'unique motif, mais certainement le motif déterminant qui les a poussé à acheter le journal ? »

n Sur la première question préjudicielle :

S'agissant de la première question préjudicielle, la CJUE réaffirme qu'est contraire au droit communautaire la législation d'un Etat membre – en l'occurrence l'Autriche – qui interdit par principe une pratique commerciale – ici la vente avec prime – alors que celle-ci ne fait pas partie des 31 pratiques qualifiées de déloyales per se énumérées par l'annexe I de la directive n° 2005/29 CE du 11 mai 2005, laquelle opère une « harmonisation maximale » en la matière.

La solution n'est guère surprenante puisqu'elle se place dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE depuis ses arrêts du 23 avril 2009 relatif à l'interdiction belge des offres conjointes<sup>1</sup>,

<sup>(1)</sup> CJCE, 23 avril 2009 – aff. C-261/07 et C-299/07 « VTB-VAB NV Galatea BVBA c/ Total Belgium c/Sanoma Magazines Belgium NV ».

du 14 janvier 2010<sup>2</sup> s'agissant de la prohibition allemande des loteries payantes et du 11 mars 2010 sur la législation polonaise qui interdisait les ventes liées<sup>3</sup>. (voir, à ce titre, nos précédents articles sur ces décisions notamment dans les Flash-Concurrence n° 4 et 7 de l'année 2010 et dans la Revue Lamy Droit des Affaires - N° 48 - Avril 2010 "Une interdiction de principe des loteries est contraire au droit communautaire").

Cette décision de la CJUE en deviendrait ainsi presque « banale », si elle n'apportait pas une nouvelle précision, par rapport aux affaires précédentes, s'agissant du champ d'application de la directive.

En effet et en l'occurrence, la Cour a dû examiner si une disposition nationale telle que l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1, de l'UWG pouvait relever du champ d'application de la directive, nonobstant le fait que, comme le précisait la juridiction de renvoi, elle avait une finalité plus étendue que celle de la directive puisqu'elle visait non seulement à protéger les consommateurs, mais poursuit également d'autres objectifs.

A cet égard, et lors de l'audience, le gouvernement autrichien avait fait valoir que la disposition nationale en cause au principal ne relevait pas du champ d'application de la directive en ce qu'elle poursuit essentiellement le maintien du pluralisme de la presse en Autriche.

Sur ce point, la CJUE rappelle que la directive se caractérise par un champ d'application matériel particulièrement large s'étendant à toute pratique commerciale qui présente un lien direct avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs.

La Cour en conclut que « *ne sont ainsi exclues dudit champ d'application, ainsi que cela ressort du sixième considérant de cette directive, que les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte « uniquement » aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels.* »

En l'occurrence, la CJUE relève que l'article 9 bis, paragraphe 1, point 1, de l'UWG vise expressément la protection des consommateurs et non pas uniquement celle des concurrents et des autres acteurs du marché.

La Cour enfonce le clou en observant que « *même à supposer* » que la disposition nationale en cause au principal poursuive essentielle-

<sup>(2)</sup> CJUE, 14 janv. 2010 aff. C-304/08 « Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV c/ Plus Warenhandelsgesellschaft mbH ».

<sup>(3)</sup> CJUE, 11 mars 2010, aff. n°C522/08, « Telekomunikacja Polska SA w Warszawie / Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ».

ment le maintien du pluralisme de la presse en Autriche, la possibilité, pour les États membres, de maintenir ou d'instaurer sur leur territoire des mesures qui ont pour objet ou pour effet de qualifier des pratiques commerciales comme déloyales pour des motifs tenant au maintien du pluralisme de la presse, ne figure pas parmi les dérogations au champ d'application de la directive énoncées aux sixième et neuvième considérants ainsi qu'à l'article 3 de celle-ci.

La CJUE en conclut que la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale des ventes avec primes et qui vise non seulement à protéger les consommateurs, mais poursuit également d'autres objectifs (tels que par exemple le maintien du pluralisme de la presse ou la protection des concurrents les plus faibles).

#### n Sur la seconde question préjudicielle :

Par sa seconde question, l'Oberster Gerichtshof demandait à la CJUE si les ventes avec prime devaient être considérées comme des pratiques commerciales déloyales au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive n° 2005/29, du seul fait que la possibilité de gain représente, au moins pour une partie du public concerné, le motif déterminant qui l'a poussé à acheter le produit principal.

**La question était pour le moins intéressante, et impliquait que la CJUE s'aventurât sur le terrain de la qualification du caractère déloyal de la pratique en cause, ce dont elle s'était bien gardée jusqu'à présent.**

A cet égard, la CJUE précise que la circonstance que la possibilité de participer à un concours représente, au moins pour une partie du public concerné, le motif déterminant de l'achat d'un journal constitue l'un des éléments dont le juge national peut tenir compte dans le cadre d'une telle analyse.

Elle indique qu'en effet, « *cette circonstance pourrait amener le juge national à considérer que la pratique commerciale en cause altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive* ».

La CJUE précise néanmoins et de façon très ferme qu'« *en aucune manière, cette circonstance ne permet à elle seule de considérer une vente avec prime comme une pratique commerciale déloyale au sens de la directive* ».

Elle rappelle qu'il faut en effet également vérifier si la pratique en question est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, au sens

du point a) de l'article 5, paragraphe 2, de la directive.

La Cour en conclut que dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la seconde question que la possibilité de participer à un jeu-concours doté d'un prix, liée à l'achat d'un journal, ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive du 11 mai 2005, du seul fait que cette possibilité de participer à un jeu représente, au moins pour une partie des consommateurs concernés, le motif déterminant qui les a incités à acheter ce journal.

\* \* \*

Au delà de ses spécificités, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 9 novembre 2010 confirme une fois encore qu'il devient de plus en plus pressant pour les États membres de « *revoir leur copie* » en adaptant leur législation à la directive du 11 mai 2005, laquelle a été généralement mal transposée si l'on en croit la jurisprudence de la CJUE.

La France est particulièrement concernée avec ses nombreuses dispositions interdisant des pratiques commerciales *per se* (loteries payantes, ventes avec primes, ventes liées ou subordonnées, etc.), ces dispositions étant à ce jour encore en vigueur - malgré une mise en demeure du 25 mai 2009 de la Commission européenne à cet égard - mais non applicable en pratique compte tenu de la jurisprudence de la CJUE.

A cet égard, les autorités françaises ont fait savoir qu'elles envisageaient bien, dans un premier temps, d'adapter le droit national de la consommation aux exigences de la jurisprudence communautaire en matière de pratiques commerciales, mais qu'elles souhaitaient surtout, à terme, une modification de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, celle-ci ne permettant plus d'assurer, au regard de la jurisprudence de la CJUE, un « *haut degré de protection des consommateurs* ».

Le sujet devrait être sérieusement abordé par la France et d'autres États membres lors du premier bilan d'application de cette directive qui sera organisé par la Commission européenne au cours de l'année 2011, mais ce processus de modification du droit communautaire prendra inéluctablement beaucoup de temps.

Dans l'attente d'une éventuelle révision de la directive, un amendement à la proposition de loi de « *simplification et d'amélioration du droit* » a été présenté devant le Sénat par le Gouvernement le 28 octobre dernier, afin de modifier le Code français de la consommation, notamment sur les ventes liées, les ventes avec primes et les loteries avec obligation d'achat, en

vue de mettre le droit français en conformité avec la directive 2005/29/CE.

Il s'agit néanmoins de modifications *a minima* consistant essentiellement à compléter les dispositions concernées (L.121-35 sur les ventes avec prime, L.121-36 sur les loteries réalisées par voie

d'écrit et L.122-1 sur les ventes liées ou subordonnées) afin de préciser que si de telles pratiques sont interdites, c'est seulement lorsqu'elles « *revêtent un caractère déloyal au sens de l'article L.120-1* ».

Affaire à suivre...





## Quelques informations :

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

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

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

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

n **Au contrôle des concentrations**

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

■ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;

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

n **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;

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

**de preuves requis par les autorités de concurrence ;**

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

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

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

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

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

\* \* \*

n **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 ;**

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

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

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**







