

# LA LETTRE DU CABINET

JANVIER 2014

[contact@grall-legal.fr](mailto:contact@grall-legal.fr) - [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)

## Sommaire

- 02 **Loi Hamon : Acte III**  
Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy
- 07 **Affaire Carrefour : suite mais pas encore fin...**  
Par Jean-Christophe Grall
- 08 **Déséquilibre significatif : une notion de moins en moins floue !**  
Par Jean-Christophe Grall et Peggy Turret
- 11 **Force des clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux d'agent commercial**  
Par Caroline Bellone
- 12 **Où s'arrête le pouvoir d'injonction de l'administration au titre du nouvel article L.465-1 du Code de commerce ?**  
Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 18 **Les idées n'ont pas le vent en poupe en matière de droit d'auteur (Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 octobre 2013, pourvoi n°11-27516)**  
Par Nadège Pollak
- 20 **Travail dominical : bref rappel des règles actuelles et examen des propositions du Rapport Bailly.**  
par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi
- 23 **Programme des interventions et des formations 2013-2014**
- 24 **Rappel des prochaines formations**

par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

**L'Assemblée nationale a adopté le 16 décembre, en seconde lecture, le projet de loi relatif à la consommation.**

**Ci-dessous, le lien vers la loi adoptée par l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0262.asp>**

Ce « **Flash Concurrence** » vient à la suite des deux premiers « **Flash Concurrence** » portant sur le projet de loi Hamon et publiés respectivement aux mois de mai et septembre derniers.

Ne seront ici reprises que les dispositions relatives à la négociation commerciale, celles concernant le **droit de la consommation** qui constituent le cœur même, ne l'oublions pas, de la loi consommation qui sera une réforme majeure en droit de la consommation (action de groupe, définition du consommateur, garanties, commerce électronique, pratiques commerciales déloyales, pouvoirs de la DGCCRF, etc.), feront l'objet d'un prochain « **Flash Concurrence** » qui y sera entièrement dédié.

S'agissant des dispositions relatives à la **négociation commerciale et aux relations entre fournisseurs et distributeurs** et ce, entendu de manière la plus générale, qu'il s'agisse en effet d'industriels, d'importateurs, de metteurs sur le marché, de négociants grossistes, de distributeurs, à quelque niveau qu'ils se situent, tous seront concernés par les nouvelles dispositions qui vont s'insérer dans le Code de commerce.

Ce projet de loi n'est pas définitivement adopté puisque le Sénat doit encore se prononcer dans les prochaines semaines mais ne nous trompons pas, la messe est en quelque sorte dite puisque dans le processus constitutionnel français, l'Assemblée nationale a le dernier mot.

Les dispositions concernant très précisément la négociation commerciale qui demeureraient en débat ne sont pas légion ; et les débats qui ont eu lieu le 16 décembre n'ont pas été très nourris au vu du compte rendu analytique.

Sans rentrer dans le détail de ces débats, **où en sommes-nous aujourd'hui et quelles seront les dispositions applicables à la relation commerciale et tout d'abord à quelle date s'appliquera le nouveau dispositif légal ?**

## 1. Quelle sera la date d'application des nouvelles dispositions ?

L'article 62 du projet de loi prévoit, s'agissant des articles L.441-7 (formalisation du plan d'affaires annuel), L.441-8 (renégociation des contrats portant sur les produits agricoles et les produits issus de leur première

transformation) et L.442-6-1-1° (interdiction des alignements sur les conditions commerciales obtenues par un autre client ou des demandes de compensation de marge) et 12° (interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de services à un prix différent du prix convenu « [...] **que ces dispositions sont applicables aux contrats conclus à compter du premier jour du quatrième mois suivant la promulgation de la présente loi** »).

**S'agissant du contenu de la convention annuelle et donc du plan d'affaires annuel et de la communication des CGV avant le 1<sup>er</sup> décembre de l'année N, les nouvelles dispositions ne pourront pas s'appliquer pour 2014, car elles entreront nécessairement en vigueur postérieurement au 1<sup>er</sup> mars, date à laquelle en théorie tous les plans d'affaires annuels auront dû être signés ; il en va de même des clauses de renégociation dans le domaine de certains produits périssables et de ceux issus de la première transformation.**

→ Une application de ces dispositions en conséquence aux négociations commerciales 2015 mais pas à celles concernant l'année 2014 !

Pour les dispositions concernant l'interdiction des alignements sur les conditions commerciales obtenues par un autre client ou des demandes de compensation de marge (art. L.442-6-1-1°) et l'interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de services à un prix différent du prix convenu (art. L.442-6-1-12°), la date d'application est le 1<sup>er</sup> jour du quatrième mois suivant la promulgation de la présente loi, soit grosso modo aux environs du 1<sup>er</sup> juin prochain ;

→ Pour les autres dispositions (règles de facturation, fruits et légumes, dispositif de sanctions et d'injonction, etc.), l'application sera immédiate sous réserve d'éventuels décrets nécessaires à leur entrée en vigueur et application.

**N'oublions pas les contrats connus sous la dénomination de « contrats LMAP (Loi de Modernisation de l'Agriculture et de la Pêche du 29 juillet 2010 modifiée par la loi du 24 mars 2012) » concernant les relations contractuelles entre producteurs agricoles ou coopératives agricoles et acheteurs qui devront également contenir une clause de renégociation modèle article L.441-8 du Code de commerce : les contrats conclus postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi Hamon devront être conformes aux nouvelles dispositions et ceux déjà conclus devront être mis en conformité dans un délai de quatre mois après cette date d'entrée en vigueur.**

Pour autant, et si les dispositions applicables au plan d'affaires annuel ne sont pas immédiatement applicables, preuve en est aujourd'hui que certains distri-

buteurs ont d'ores et déjà souhaité anticiper l'application de cette loi sur certains points.

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

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

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

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

\* \* \*

Les dispositions relatives aux fruits et légumes ont donc été votées en l'état par l'Assemblée nationale, en seconde lecture, l'article 60 du projet de loi ayant été, en effet, voté en l'état que nous connaissons le 13 septembre dernier, après adoption par le Sénat en première lecture.

→ **L'article 60 peut donc être considéré comme définitivement adopté et ainsi les modifications apportées à la réglementation s'appliquant aux fruits et légumes.**

**3. S'agissant des dispositions relatives aux délais de paiement**, peu de nouveautés par rapport à ce que nous connaissons du projet de loi adopté par l'Assemblée nationale et le Sénat en première lecture. À ceci près que si ce n'est l'inapplicabilité des délais de paiement prévus à l'article L.441-6 du Code de commerce aux achats effectués en franchise de la taxe sur la valeur ajoutée en application de l'article 275 du CGI de biens destinés à faire l'objet d'une livraison en l'état hors de l'union européenne et pour autant que le délai convenu entre les parties ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

Notons que ces dispositions ne sont pas applicables aux grandes entreprises définies à l'article 51 de la Loi de Modernisation de l'économie du 4 août 2008,

c'est-à-dire celles qui, aux termes du décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008, réalisent un chiffre d'affaires annuel excédant 1.500 millions d'euros ou ont un total de bilan excédant 2.000 millions d'euros.

Les délais de paiement de 60 jours, date de facture et de 45 jours, fin de mois, sont pleinement conservés, avec une sanction prévue en cas de non-respect des modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties et donc de ce délai de paiement de 45 jours fin de mois en raison de la double méthode de calcul (45 jours à compter de la date d'émission de la facture avec un délai expirant à la fin du mois au cours duquel ces 45 jours se terminent ou 45 jours après la fin du mois au cours duquel la facture a été émise) et par la création d'une amende administrative d'un montant pouvant atteindre 375.000 € pour la personne morale et 75.000 € pour la personne physique ou son délégataire en cas de délégation de pouvoirs.

Le délai de règlement des factures périodiques est de 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, sachant que pour l'achat de produits et matériaux destinés à la construction, à l'amélioration ou à l'entretien d'ouvrages immobiliers, le délai qui avait été prévu de 60 jours date de facture et qui avait été supprimé par le Sénat, n'a pas été réintroduit par l'Assemblée ; le débat est donc a priori clos sur ce point !

De manière générale, le non-respect des délais de paiement sera donc sanctionné de manière administrative, le Sénat ayant voté le principe de cette sanction dans les mêmes termes que l'Assemblée et cette dernière n'étant pas revenue sur ce texte.

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

\* \* \*

Il convient donc de bien comprendre qu'en droit français, à présent, dès lors que cette loi sera définitivement adoptée, promulguée et publiée, tous les délais de paiement seront désormais réglementés, avec une sanction administrative associée en cas de non-respect de ces dispositions impératives.

Il faut ainsi être conscient de l'évolution majeure intervenue dans le domaine des délais de paiement dont le seul objectif est la réduction du crédit inter-entreprise qui pèse très lourdement sur l'économie française, ainsi que le sénateur Martial Bourquin a pu le faire observer.

**4. Le cœur de la réforme entreprise par le législateur est indéniablement constitué par la volonté de rééquilibrage de la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur**, qui passe tout d'abord par le renforcement des conditions générales de vente qui vont désormais constituer non seulement le socle de la négociation commerciale, ce qui, il est vrai, ne veut pas dire grand-chose en droit strict, mais le socle « unique » de la négociation commerciale, renforçant ainsi le statut juridique des conditions générales

de vente des fournisseurs, sans pour autant y donner une primauté par rapport aux conditions générales d'achat et autres dispositions pouvant ressortir des contrats d'enseigne.

Rappelons que la rapporteure, Madame Annick Le Loch avait, le 20 novembre dernier, devant la Commission des affaires économiques, précisé ce qui suit :

« Cet amendement vise à préciser que les CGV constituent non seulement le socle de la négociation commerciale, mais surtout son socle unique. Il arrive en effet que les conditions générales d'achat soient présentées au mieux comme le socle de la négociation et, au pire, comme un document devant être signé par le fournisseur et qui tiendra lieu de convention unique. En tout état de cause, c'est là un travestissement de la loi. C'est pourquoi nous souhaitons réaffirmer plus clairement la règle : **les négociations ont comme base les CGV et rien qu'elles – ce qui n'empêche pas les distributeurs d'en discuter ensuite.** »

Le ministre avait donné un avis favorable à cet amendement.

L'Assemblée nationale a adopté cet amendement modifiant ainsi l'article L.441-6 du Code de commerce en précisant désormais que les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale.

C'est ainsi une première touche de couleur qui est donnée par le législateur dans le cadre de la disposition phare du chapitre sur la transparence tarifaire, visant à donner une sorte de prééminence aux conditions générales de vente, sans toutefois en exclure la négociation.

Les autres modifications concernant directement la négociation commerciale figurent sous l'article L.441-7-I du Code de commerce avec des dispositions qui ont été très sensiblement renforcées, afin de rééquilibrer la relation commerciale pour reprendre ce qui a été indiqué à plusieurs reprises dans les débats parlementaires et en dernier lieu, le 16 décembre dernier.

- Le barème de prix tel que préalablement communiqué par le fournisseur, avant le 1<sup>er</sup> décembre de l'année précédent l'année au cours de laquelle devra être conclu l'accord commercial et donc pour la première fois, le **1<sup>er</sup> décembre 2014**, devra, concomitamment avec l'ensemble des conditions générales de vente du fournisseur, être mentionné à titre d'information dans la convention annuelle cadre ou unique, renforçant ainsi indéniablement cette volonté du législateur de donner une sorte de primauté aux conditions générales de vente et au barème de prix des fournisseurs ;
- Cette convention annuelle, autrement appelée le « *plan d'affaires annuel* » ne devra pas traduire un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties contractantes, au sens de la jurisprudence Novelli connue aujourd'hui (voir nos différents « **Flash Concurrence** » et Lettres du Cabinet consacrés aux différents jugements rendus par les tribunaux de commerce depuis le 6 janvier 2010

– tous publiés sur le site [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)) ;

- Les modifications les plus substantielles sont naturellement celles qui traduisent, nous pouvons le dire, une certaine forme de retour en arrière, car c'est la notion même de contrepartie qui, sans revenir à la mode, sous-tend la parole législative :

- D'une part, s'agissant des conditions générales, catégorielles ou particulières de vente, **les réductions de prix** devront figurer, avec ce qui les justifie dans la convention annuelle. L'article L.441-7 du Code de commerce précise, en effet, que les conditions de l'opération de vente doivent être précisément indiquées dans la convention, mais ce qui est nouveau, avec les réductions de prix qui y sont associées, car un texte se lit dans son ensemble et donc avec les contreparties à celles-ci.

Serait-ce de manière très précise ? Serait-ce un retour de la contrepartie à la ligne ? La réduction de prix ou « *remise LME* » de plusieurs dizaines de pourcents que l'on a pu connaître dans des plans d'affaires annuels, est-elle bannie ? Il conviendra d'y réfléchir.

- D'autre part, s'agissant des services de coopération commerciale, la seule modification est quasi sémantique : les services que le distributeur « *rend* » et non plus « *s'oblige à rendre* » au fournisseur ; nous n'y reviendrons pas, sauf à dire que les services de coopération commerciale doivent naturellement et toujours figurer dans la convention annuelle qui peut renvoyer à des contrats d'application.
- La troisième modification est, en revanche, particulièrement importante en ce sens qu'elle touche directement les anciens services distincts, c'est-à-dire les autres obligations situées sous l'article L.441-7-3<sup>o</sup> du Code de commerce puisque la volonté du législateur est que ces autres obligations donnent lieu à une rémunération expressément mentionnée dans la convention annuelle avec leurs contreparties :

« [Elle (la convention) fixe :] 3<sup>o</sup> *Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ou les réductions de prix afférentes ainsi que les services auxquels elles se rapportent.* »

Est-ce à dire que l'habitude qui avait été prise de mixer les autres obligations donnant lieu à des réductions de prix avec des conditions particulières de vente (CPV ressortant de l'article L.441-6 du Code de commerce) ne serait plus possible ? La question est également posée. Il conviendra d'y réfléchir.

- Quatrième et dernière modification naturellement substantielle puisqu'elle vise à intégrer les avantages consommateur dans le plan

d'affaires annuel et ainsi de donner une base légale aux « NIP » ou « Nouveaux Instruments Promotionnels » de telle sorte que ceux-ci puissent donner lieu à un contrôle des services de l'administration.

« [Elle (la convention) fixe :] 4° *Les conditions dans lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services, dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services, conclus et exécutés conformément aux articles 1984 et suivants du code civil, chacun de ces contrats de mandat précise, notamment, le montant des avantages promotionnels accordés, la période d'octroi et les modalités de mise en œuvre de ces avantages ainsi que les modalités de reddition de comptes par le distributeur au fournisseur.* »

Ne nous trompons pas ici, il y a bien une volonté du législateur d'éviter que tout ou n'importe quoi soit fait dans le domaine qui jusqu'à présent était un domaine de non droit qualifié par Renaud Dutreil de chose byzantine en 2005, à savoir celui des avantages financiers accordés aux consommateurs par les différentes enseignes mais financés dans leur majeure partie par les fournisseurs dans le cadre d'un contrat de mandat.

Il convient, d'ailleurs, d'observer que le contrat de mandat est spécifiquement visé dans le corps même de la modification législative apportée le 16 décembre dernier par l'Assemblée nationale qui a repris à cet égard ce qui avait déjà été introduit par le Sénat le 13 septembre 2013, mais sans aller jusqu'à exiger que le montant d'une enveloppe budgétaire maximale soit indiqué afin d'éviter que ce montant maximum ne se transforme en somme plancher l'année suivante et ne se pérennise dès lors.

\* \* \*

- La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux alinéas 1<sup>er</sup> à 3<sup>ème</sup> de l'article L.441-7-I du Code de commerce (c'est-à-dire les différentes rémunérations prévues dans le plan d'affaires) que l'Assemblée nationale avait encadrée dans le temps en estimant qu'il devait y avoir une concomitance entre la date d'application du nouveau tarif et l'octroi des différentes réductions de prix notamment - autrement dit la date de prise d'effet de la négociation commerciale annuelle -, ne peut être ni antérieure, ni postérieure à la date d'effet du prix convenu ; ceci a été maintenu en l'état par l'Assemblée nationale et n'est plus en discussion en conséquence.
- Précisons également que le dispositif de sanction de l'article L.441-7 qui va désormais prévoir des sanctions administratives n'a pas fait l'objet de modification majeure par l'Assemblée nationale en seconde lecture. La sanction administrative, prononcée par l'administration, pourra donc at-

teindre 375.000 € pour les entreprises responsables de la non-conformité du plan d'affaires annuel, à savoir le fournisseur et son client, outre une éventuelle sanction pour le représentant légal de chacune des deux entreprises poursuivies, sauf délégation de pouvoirs donnée à un délégué, ce qui est fréquemment le cas aujourd'hui dans les entreprises.

Les sanctions sont donc élevées ; elles l'étaient déjà auparavant ; leur montant est maintenu mais la sanction devient administrative et pourra donc être prononcée directement par le corps de contrôle ; ceci, bien entendu est une nouveauté.

**5. S'agissant des clauses de renégociation du prix de certains produits agricoles et des produits issus de leur première transformation (cf. aujourd'hui la liste limitative de ces produits sous l'article L.442-9 du Code de commerce qui renvoie au texte de l'article L.441-2-1 qui renvoie lui-même au décret n°2008-534 du 5 juin 2008), l'article L.441-8 a été voté quasiment en l'état, sans modification majeure.**

Ces produits sont aujourd'hui les suivants :

- **Bovin, veau, porc, ovin-caprin, cheval, volaille et lapin, carcasses et leurs morceaux, viandes et abats, viandes hachées, saucisses fraîches et préparations de viande ;**
- **Produits de la pisciculture ou issus de la première transformation de ces produits ;**
- **Lait et produits de la laiterie issus de la première transformation du lait ;**
- **Œufs et ovo-produits alimentaires issus de leur première transformation.**

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

**Intervention de Madame Annick Le Loch pendant les débats devant l'Assemblée en première lecture :**

« *La liste pourrait être complétée par les produits transformés à base de viande, la farine, la biscuiterie, les pâtes, les semoules, les produits de la boulangerie, la charcuterie, les salaisons, les produits à base de viande, les produits laitiers et tous les plats préparés.* ».

**6. L'interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestation de services à un prix différent du prix convenu :**

Il convient d'insister sur l'adoption par l'Assemblée nationale de ce texte qui interdira désormais de modifier le prix convenu tel que résultant de l'application du barème des prix unitaires figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur lorsque ce barème de prix aura été accepté en l'état, c'est-à-dire sans négociation par l'acheteur ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale annuelle faisant l'objet de convention prévue à l'article L.441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L.441-8 du Code de commerce.

→ Ceci signifie très clairement qu'à défaut d'accord sur le nouveau prix, issu par exemple d'une augmentation en cours d'année souhaitée par le fournisseur, aucune augmentation de prix ne pourra intervenir s'il n'y a pas d'accord préalable de son acheteur.

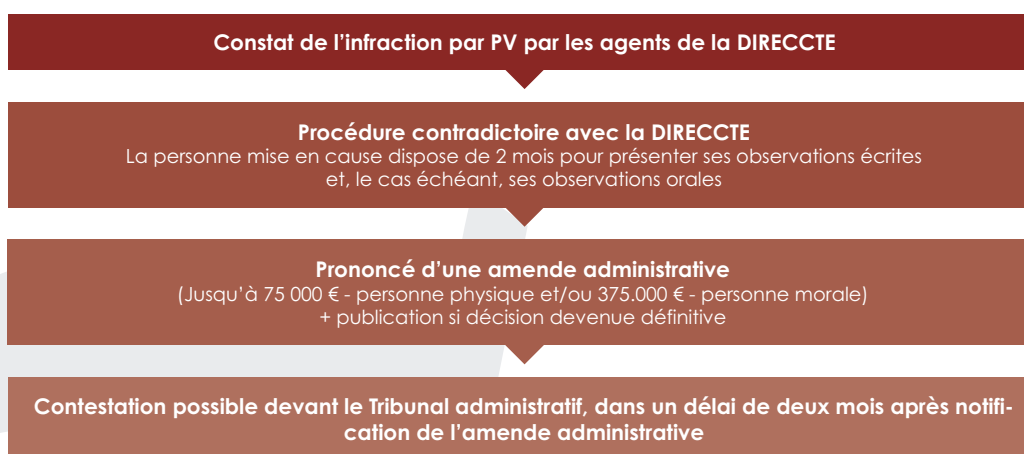
Cela, sous réserve naturellement des clauses de renégociation figurant dans l'univers des produits énumérés sur la liste prévue au 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.442-9 du Code de commerce (voir supra + modifications à intervenir !) et ceux issus de la première transformation desdits produits, aucune modification de prix ne pourra intervenir en cours d'année.

Le fait de passer outre cette interdiction pourra être sanctionné par une peine d'amende civile atteignant deux millions d'euros.

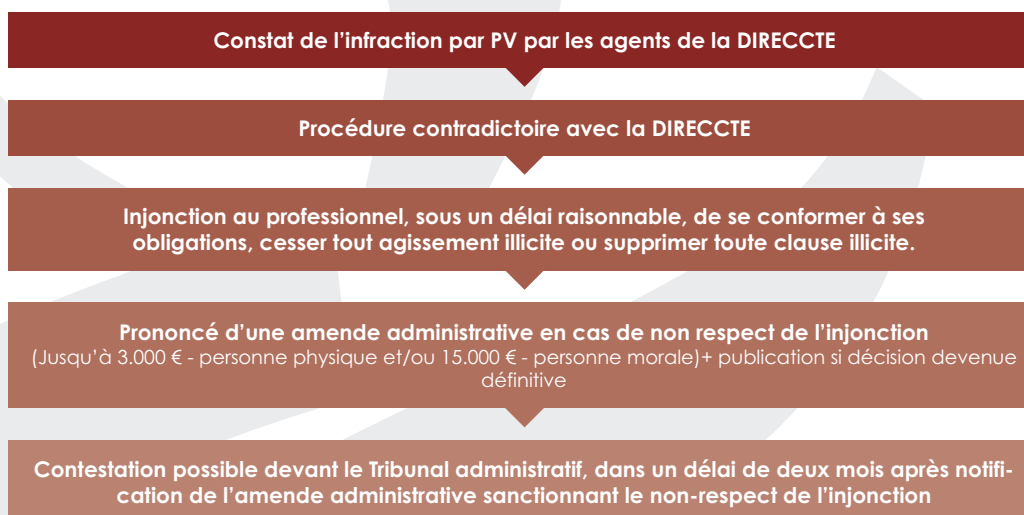
7. Terminons sur le dispositif de sanctions puisque les pouvoirs de sanction de l'administration ont été pleinement approuvés par l'Assemblée nationale en seconde lecture et que les sanctions administratives qui sont désormais prévues en cas de non-respect des dispositions figurant sous les articles L.441-2-2 et L.441-3-1 (fruits et légumes), L.441-6 (contenu des conditions générales de vente / délais de paiement) et des dispositions figurant sous l'article L.441-7 (convention annuelle / plan d'affaires annuel) et l'article L.441-8 (clause de renégociation pour les produits agricoles et certains produits issus de leur première transformation) seront prononcées par l'administration.

Figurent ci-dessous, de manière schématisée, les pouvoirs de l'administration en matière de sanction et d'injonction administrative.

#### NON RESPECT DE CERTAINES OBLIGATIONS DU TITRE IV DU LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE



#### NON RESPECT DE L'INJONCTION PREVUE A L'ARTICLE L.465-1 DU CODE DE COMMERCE



Il ne reste donc plus qu'un dernier « round », à savoir celui de l'adoption de ce projet de loi sur la consommation (d'ores et déjà appelé « Loi Hamon ») par le Sénat en 2<sup>ème</sup> lecture. Mais, somme toute, ne serait-ce pas une formalité en ce qui concerne les dispositions relatives à la négociation commerciale puisque nombre d'entre elles ont été adoptées sans modifi-

cation majeure par l'Assemblée nationale, exception faite de celle concernant le plan d'affaires annuel ?

Nous vous tiendrons, bien entendu, informés des prochaines modifications qui pourraient être apportées par le Sénat et vous indiquons d'ores et déjà organiser un « Petit déjeuner Concurrence » consacré à la « Loi Hamon » au printemps prochain.

# Affaire Carrefour : suite mais pas encore fin...

par Jean-Christophe Grall

On se souvient de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 février 2012 (Cour d'appel de Paris Pôle 5, Chambre 5, 2 février 2012, n° 09/22350, Carrefour Hypermarchés c/ Ministère de l'économie, des Finances et Industrie) (cf. Revue Lamy de la Concurrence, juillet-septembre 2012, n° 32 par Jean-Christophe Grall et Peggy Turret) qui avait sévèrement condamné la société Carrefour Hypermarchés au titre d'avantages financiers indûment perçus pour des services dont la rémunération avait été considérée manifestement disproportionnée par rapport à la valeur des services rendus, voire même pour absence de service au sens de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce.

Rappelons que la Cour d'appel de Paris avait confirmé le jugement rendu par le Tribunal de commerce d'Evry le 14 octobre 2009 et à ce titre, l'amende d'un montant de deux millions d'euros qui avait été infligée à ce groupement de distribution.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 10 septembre 2013 (n° 12-21.804,773) confirme l'arrêt d'appel, tout en l'infirmant partiellement, s'agissant des restitutions ordonnées par la Cour d'appel de Paris.

En effet, la Cour de cassation estime que les magistrats d'appel ne pouvaient pas ordonner la restitution de l'intégralité des sommes perçues par Carrefour des seize fournisseurs concernés, dès lors que si le service intitulé « *Communication d'un plan d'implantation des produits par type de magasin* » ne correspondait à aucun service commercial effectivement rendu, justifiant dès lors la restitution pleine et entière des sommes perçues à ce titre, tel ne pouvait pas être le cas pour les sommes facturées en contrepartie des services dénommés « *plan d'action par famille de produits* » et « *plan de développement des performances du fournisseur* », services pour lesquels la Cour a considéré que les sommes perçues étaient manifestement disproportionnées par rapport à la valeur desdits services rendus. Il en résultait donc que s'agissant de ces derniers services, seules devaient être remboursées les sommes excédant la valeur réelle des services dont l'arrêt a constaté qu'ils avaient été rendus, fussent-ils sans proportion avec la valeur réelle de ces services.

La Cour d'appel n'a donc pas tiré les conséquences légales de ces constatations et, dès lors, a violé les dispositions visées sous l'article L.442-6-III du Code de commerce et les articles 1235 et 1376 du Code civil.

En revanche, la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel sur les autres points et notamment l'amende civile de deux millions d'euros, rappelant de surcroît que le Ministre de l'économie dispose pour toutes les pratiques illicites visées par l'article L.442-6 du Code de commerce, en tant que défenseur de l'ordre public économique, d'une action autonome de protection du marché et de la concurrence qui vise

à sanctionner de façon suffisamment dissuasive la commission de pratiques abusives portant atteinte à la loyauté des relations commerciales au détriment de l'un des partenaires commerciaux.

La Cour de cassation précise également à cette occasion qu'il est illusoire de considérer que les PME, confrontées à des difficultés croissantes pour obtenir le référencement de leurs produits par les distributeurs, en particulier pour celles commercialisant leurs produits sous marque propre, peuvent revoir leurs tarifs à la hausse pour compenser les demandes de rémunération abusives de services auxquels elles se trouvent confrontées de la part des distributeurs.

La Cour de cassation approuve ainsi le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Paris qui a pu, dès lors, considérer à bon droit qu'il y avait lieu de faire droit à la demande du Ministre de l'économie tendant à l'annulation des seules clauses fixant la rémunération des services litigieux, sans pour autant remettre en cause l'ensemble de l'accord voulu par les parties.

Relevons également que la Cour de cassation rejette l'argumentation développée par le distributeur fondée sur le caractère disproportionné de la sanction et l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée dès lors que les restitutions prononcées par le juge le sont en réparation du préjudice subi et non à titre de sanction.

Terminons par un dernier coup de griffes donné par la Cour de cassation lorsqu'elle précise de manière très claire que l'indivisibilité de l'accord commercial et du contrat de partenariat conclus par les fournisseurs, concrétisée par l'article 3-3 de cet accord, prouve seulement que les fournisseurs n'étaient pas libres de souscrire ou de ne pas souscrire l'accord de partenariat.

En conclusion, rappelons simplement que si les contrats concernés par cette affaire Carrefour ne sont pas ceux définis par l'article L.441-7 du Code de commerce issu de la « **Loi de Modernisation de l'Économie** » du 4 août 2008, mais ceux conclus sous l'empire de la « **Loi Dutreil** » n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME, les enseignements à tirer de l'arrêt de la Cour de cassation sont naturellement et parfaitement actuels, et peuvent s'appliquer à l'ensemble des contrats conclus entre fournisseurs et distributeurs ; précisons que la « **Loi Hamon** » sur la consommation qui aura certainement été adoptée lors de la publication du présent article va renforcer sensiblement le contenu du plan d'affaires annuel, c'est-à-dire de la convention annuelle unique ou cadre qui doit être conclue chaque année entre fournisseurs et distributeurs avant le 1<sup>er</sup> mars de l'année en cours.

# Déséquilibre significatif : une notion de moins en moins floue !

par Jean-Christophe Grall et Peggy Tourret

**L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 4 juillet 2013 (n° 12/07651, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi / EMC Distribution) apporte des précisions fondamentales sur le déséquilibre significatif visé par l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce.**

Rappelons que par une rafale d'assignations intervenues à la fin de l'année 2009, le Ministre de l'économie de l'époque avait assigné différentes enseignes relevant des grandes surfaces alimentaires et des grandes surfaces spécialisées pour déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties aux contrats d'enseigne conclus entre les fournisseurs et différents groupements de distribution bien connus ; c'est ainsi que la société EMC Distribution (enseigne Casino) avait été assignée le 5 novembre 2009 devant le Tribunal de commerce de Meaux aux fins de condamnation sur le fondement de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce pour avoir, par deux clauses inscrites dans le contrat intitulé « *Accord commercial marque nationale 2009* » conclu avec ses fournisseurs, imposé à ceux-ci des obligations instaurant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Les deux clauses litigieuses étaient les suivantes : la première concernait le retour de marchandises invendues à la charge du fournisseur et la seconde portait sur les changements de tarifs et conditions commerciales. Pour cette seconde clause, le Tribunal de commerce de Meaux avait pu préciser que si la clause de révision de prix est licite (l'administration ne se prévalant d'ailleurs pas de l'illicéité de cette clause), c'est le déséquilibre de traitement des hausses et des baisses tarifaires qui est contestable, l'acceptation des hausses de prix par le distributeur constituant une pratique relevant du fait du prince créant donc un déséquilibre significatif.

Le Tribunal de commerce de Meaux avait donc enjoint à la société EMC Distribution de ne plus faire usage des deux clauses critiquées et avait condamné ce distributeur à une amende d'un montant de 400.000 euros.

Ce n'est pas tant le contenu des clauses qui nous intéresse ici que la manière dont le déséquilibre significatif a été appréhendé par la Cour d'appel de Paris.

**A titre préliminaire**, il sera précisé, ce qui va servir d'enseignement pour les nombreuses autres décisions qui sont aujourd'hui pendantes devant le Pôle 5 de la Cour d'appel de Paris, que la Cour de Paris a jugé pleinement recevable l'action du ministre, lorsque ce dernier intervient pour faire reconnaître par l'autorité judiciaire que la pratique consistant à faire figurer certaines clauses dans un contrat, doit cesser parce qu'elle est de nature à instaurer un déséquilibre significatif entre les parties.

Rappelons en effet que la société EMC Distribution soutenait que l'action du ministre de l'économie devait être déclarée irrecevable, faute pour ce dernier d'avoir informé préalablement les fournisseurs, parties au contrat.

La Cour d'appel de Paris, en se fondant sur la décision du Conseil constitutionnel n°2011-126 QPC du 13 mai 2013, a rappelé que lorsque le ministre de l'économie intervient pour demander la cessation de la pratique contractuelle, il exerce une action qui lui est propre, visant à maintenir ou à rétablir l'ordre public économique.

D'autre part, elle précise que lorsque le ministre de l'économie ne demande pas la nullité des contrats, ni toutes les conséquences qui en découlent, comme les restitutions et la réparation des préjudices éventuels, il n'intervient pas dans le champ d'action qui n'appartient théoriquement qu'aux parties, et que le législateur a exceptionnellement ouvert au tiers qu'est le ministre, à la condition qu'il informe les parties de cette action.

La Cour en déduit logiquement que lorsque le ministre de l'économie demande uniquement la cessation des pratiques, ce qui était le cas en l'espèce, celui-ci peut agir sans en informer les parties aux contrats, et que l'action est recevable, quand bien même aurait-elle initialement visé l'annulation des conventions concernées, pour être réduite, ensuite, à la seule cessation de la pratique consistant à faire figurer dans le contrat les clauses incriminées.

La Cour ajoute qu'il importe peu que la société mise en cause ait d'ores et déjà supprimé les dispositions critiquées puisque la qualification d'une clause comme étant contraire à l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce, par une juridiction, porte effet pour l'avenir et empêche la réintroduction de celle-ci dans les contrats ultérieurs.

**A présent sur le déséquilibre significatif et sur sa définition :**

• **Premier enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : l'absence de nécessité de procéder à une analyse in concreto de tous les contrats communiqués par le ministre**

L'article L.442-6-I-2° vient sanctionner l'entreprise qui a soumis ou a tenté de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations contractuelles.

La Cour précise d'emblée que si elle doit bien évidemment analyser le cas précis qui lui est déféré, c'est-à-dire le contrat qui lui est communiqué et la situation particulière des parties, cela ne saurait toutefois, par principe, lui interdire une appréhension plus globale

d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs quelles que soient les marchandises concernées.

Il n'appartient donc pas à la Cour d'analyser *in concreto* chacun des contrats signés par l'enseigne avec ses fournisseurs qui lui sont soumis ; cela reviendrait en réalité pour la Cour à faire le même travail pour l'ensemble des contrats dès lors que ce sont des contrats types rigoureusement identiques d'un fournisseur à l'autre.

Souvenons-nous, à cet égard, que le Tribunal de commerce de Créteil, dans ses décisions Leclerc et Système U du 3 décembre 2011 (affaire Galec : RG 2009 F 01018 et affaire Système U : RG 2009 F 01017) avait déclaré irrecevables les actions du ministre de l'économie en estimant ne pas pouvoir statuer de manière générale sans référence à des contrats précis et donc à des fournisseurs précis, ce qui reviendrait sinon pour le tribunal à se prononcer, par voie de dispositions générales et réglementaires, en contradiction avec l'article 5 du Code civil.

La Cour d'appel de Paris a donc adopté une position contraire à celle du Tribunal de commerce de Créteil, considérant d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une question de recevabilité de l'action, puisque la question de savoir s'il est nécessaire pour le ministre de l'économie de démontrer si les clauses incriminées ont été appliquées aux fournisseurs visés et si ceux-ci ont, de ce fait, été placés dans une situation de déséquilibre, relève du fond du litige.

• **Deuxième enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : un rééquilibrage des clauses jugées abusives par d'autres dispositions contractuelles serait possible :**

La Cour reconnaît que le déséquilibre entre les parties instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, mais encore faut-il dans un tel cas que cette situation de rééquilibrage soit démontrée.

Rappelons que s'agissant de la révision tarifaire, l'accord commercial mis en cause contient une clause prévoyant que toute demande d'augmentation de tarif emporte obligation pour le fournisseur de renégocier l'accord commercial, alors même que s'agissant d'une réduction du tarif, il est prévu que le fournisseur s'engage à répercuter immédiatement dans son tarif les baisses concernant les éléments constitutifs de ses prix de vente.

La Cour d'appel de Paris considère qu'il résulte de la combinaison de ces deux clauses un déséquilibre significatif. En effet ces deux clauses privent le fournisseur de toute maîtrise de l'évolution qui pourrait être nécessaire ou justifiée des tarifs en cours de contrat, abandonnant conséquemment l'appréciation de l'opportunité d'une modification des prix au distributeur.

La Cour considère ensuite que la société EMC Dis-

tribution ne démontre pas que ces clauses seraient nécessaires à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du contrat.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris accepte, dans son raisonnement, qu'il puisse y avoir un rééquilibrage de la clause manifestant un déséquilibre significatif. C'est donc bien l'économie générale du contrat qui doit être appréhendée dans son ensemble.

Ce rééquilibrage peut se faire par l'insertion d'une clause constituant « *une contrepartie sérieuse* » corrigeant le déséquilibre ou par la démonstration que la clause litigieuse est « *nécessaire à l'équilibre de la convention* » ou que « *d'autres avantages (qui) auraient permis d'apporter une compensation réelle* » existent ou bien encore que « *ce déséquilibre serait compensé par d'autres dispositions du contrat* ».

Or, EMC Distribution n'a pas convaincu la Cour de ce que certaines clauses viendraient, par l'existence de contreparties, rééquilibrer les clauses considérées comme traduisant le déséquilibre manifeste.

Le même raisonnement a été adopté pour la clause de retour des invendus aux termes de laquelle le fournisseur s'engage expressément à reprendre, dans son intégralité, le stock des produits invendus en fin d'exercice et/ou de période de commercialisation saisonnière. Ainsi que la Cour l'indique, la clause de retour des invendus met ainsi à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée, instaurant dès lors un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties contractantes.

La Cour, là encore, relève que la société EMC Distribution ne démontre pas que d'autres avantages auraient permis d'apporter une compensation réelle à la charge de la reprise des invendus.

Précisons par ailleurs que la possibilité de se prévaloir d'un rééquilibrage des clauses a été également affirmée par la Cour d'appel de Paris dans le récent arrêt Galec du 18 septembre 2013 (Pôle 5 – Chambre 4 - RG n°12/03177).

Dans cette espèce portant sur la pratique du Galec ayant consisté à tenter de faire renoncer ses fournisseurs aux remboursements auxquels il avait été condamné dans une procédure engagée par le ministre de l'économie, au début des années 2000, la Cour d'appel a considéré qu'une telle pratique constituait un déséquilibre significatif et en outre que le Galec « *ne démonstr[ait] pas que ce déséquilibre aurait été compensé par une obligation ou une contrepartie pécuniaire qu'il aurait prise en charge ou qu'il participerait de l'économie de ses relations avec ses fournisseurs* », confirmant ainsi ce déséquilibre.

• **Troisième enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause créant un déséquilibre significatif ait été appliquée :**

La Cour considère en effet que dans la mesure où l'article L.442-6-I 2° du Code de commerce précise que la tentative de soumission du partenaire commercial à un déséquilibre significatif engage tout autant que la mise en œuvre de cette soumission, il n'est pas nécessaire de démontrer que la clause litigieuse a effectivement été appliquée.

Cette position a d'ailleurs été reprise par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt Galec précité du 18 septembre 2013, dans lequel elle affirme que l'incrimination du déséquilibre significatif visé à l'article L.442-6-I 2° du Code de commerce suppose la réunion de deux éléments constitutifs : i) la tentative de soumission d'un partenaire économique à une pratique commerciale et ii) le résultat de cette tentative de soumission, à savoir l'instauration d'un déséquilibre significatif.

La Cour d'appel a, à cette occasion, précisé ce qu'il convient d'entendre par « *tentative de soumission* » :

« *Mais considérant que la tentative de soumission ne suppose pas l'exercice de pressions irrésistibles ou de coercition, mais plutôt l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties dont il se déduit la soumission du partenaire, influencé par de simples suggestions, invitations fermes ou pressions ; que le Ministre de l'Economie soutient à juste titre que « le marché de la distribution est structurellement déséquilibré » et caractérisé par une concentration élevée des opérateurs, proche de celle d'un oligopole ; (...)* ».

La tentative de soumission d'un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif semble donc caractérisée par l'existence d'un rapport de force économique déséquilibré entre les parties traduisant la soumission du partenaire économique concerné.

• **Quatrième enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : l'absence de négociation possible des clauses contractuelles figurant dans les contrats d'enseigne est mis en évidence :**

La Cour considère, répondant en cela à la demande d'irrecevabilité formée par EMC Distribution sur le fondement de l'article 5 du Code civil, que le fait pour une enseigne de la grande distribution d'inscrire une clause qui instaure un déséquilibre manifeste dans les droits et obligations des parties aux termes d'un contrat cadre annuel, donne à cette clause la portée d'un principe auquel les fournisseurs ne peuvent déroger qu'aux termes d'une négociation, ce qui n'est, dans beaucoup de cas, pas à leur portée.

De ce fait, il est établi que la société EMC Distribution a tenté d'imposer à ses fournisseurs des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Le fait que l'administration n'ait pas apporté la démonstration d'un cas concret d'application est à cet égard indifférent.

• **Dernier enseignement à tirer de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris : les magistrats apparaissent de plus en plus sévères dans l'application des dispositions incriminant les pratiques restrictives de concurrence fédérées au sein du titre IV du Livre IV du Code de commerce :**

La Cour a augmenté le montant de l'amende civile fixée par le Tribunal de commerce de Meaux à 400.000 euros pour le porter à 600.000 euros, démontrant une fois encore qu'il faut bien réfléchir avant d'introduire une action devant les magistrats d'appel dès lors que ces derniers sont parfaitement autorisés à augmenter le montant de l'amende civile.

A cet égard, la Cour s'appuie pour motiver l'augmentation de cette amende civile sur le fait, d'une part, que la pratique consistant à imposer à un partenaire des obligations qui créent un déséquilibre significatif ou à tenter de le faire est indépendante de la preuve de l'application des clauses créant ce déséquilibre et, d'autre part, que l'instauration du déséquilibre significatif comme nouvelle cause de responsabilité prévue par l'article L.442-6-I du Code de commerce répond « à la préoccupation du législateur de remédier à la mise en œuvre récurrente de pratiques particulièrement défavorables à de nombreuses PME offrant leurs produits aux enseignes de la grande distribution (...) lesquelles disposent d'une position de puissance économique très supérieure à celle de la plupart de leurs interlocuteurs ».

La Cour insiste enfin sur le caractère particulièrement néfaste pour le tissu économique national de ces obligations créant un déséquilibre figurant dans les contrats proposés par les enseignes de la grande distribution.

\* \* \*

En conclusion, on voit ainsi que le déséquilibre significatif qui avait été fortement vilipendé lors de sa création par la « *Loi de Modernisation de l'Economie* » du 4 août 2008 trouve progressivement sa place dans le corpus législatif français, avec les premiers arrêts de la Cour d'appel de Paris qui viennent en préciser ses contours.

# Force des clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux d'agent commercial

par Caroline Bellone

**La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) vient de porter un nouveau coup aux clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux d'agent commercial, et crée ainsi une insécurité juridique certaine.**

La Cour avait déjà porté atteinte à la force de ces clauses dans son célèbre arrêt Ingmar (CJCE, 9 novembre 2000, affaire C-381/98) en érigeant en **loi de police** les articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

Elle avait ainsi considéré dans cet arrêt que « *les articles 17 et 18 de la directive [précitée], qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays* ».

En d'autres termes, **dès lors que l'agent exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, c'est le droit de l'Union qui a vocation à s'appliquer, quand bien même les parties seraient convenues de se soumettre à la loi d'un pays tiers.**

La Cour ne s'était cependant jamais penchée sur la question de la loi applicable s'agissant d'un contrat d'agent commercial intra-communautaire.

Dans la mesure où tous les Etats membres ont transposé la directive de 1986 dans leur droit national, et ce dans le but précisément d'offrir aux agents commerciaux un régime coordonné au sein de toute l'Union européenne, il aurait semblé logique qu'il soit simplement fait application de la loi du contrat, les lois de chacun des Etats membres ayant toutes sur ce point la même substance.

Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour ! Dans un arrêt du 17 octobre 2013 (affaire C-184/12), la CJUE a retenu que « *la loi d'un Etat membre de l'Union européenne qui satisfait à la protection minimale prescrite par la directive 86/653/CEE [...], choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre Etat membre, en faveur de la lex fori pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier Etat membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'Etat du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à*

*cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives* ».

**Ainsi, même dans le cadre d'un contrat d'agent commercial intra-communautaire, la loi choisie par les parties est susceptible d'être écartée par le juge au profit de la loi du for, dès lors que cette loi est plus protectrice de l'agent et qu'elle a été érigée en loi de police dans l'Etat du for, sous réserve toutefois que la volonté du législateur national de l'ériger en loi de police soit suffisamment caractérisée...**

Il conviendra dès lors, pour une plus grande sécurité juridique, d'identifier les Etats membres qui ont choisi d'ériger en loi de police leurs règles régissant les conditions d'indemnisation des agents commerciaux lors de la cessation de leur contrat.

Dans l'affaire précitée, la Cour de cassation belge comme le gouvernement estimaient que les dispositions de la loi belge relative au contrat d'agence commerciale présentent un caractère impératif et peuvent être qualifiées de loi de police.

**Tel n'est pas le cas en France, en l'état de la jurisprudence actuelle** (cass. com., 28 novembre 2000, n°98-11.335 ; CA Nancy, 16 novembre 2011, n°10/02789 ; CA Paris, 2 juin 2010, n°08/08312).

La Cour de cassation a en effet estimé que « *la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international, de telle sorte que la rupture du contrat de droit international peut être régie, conformément aux stipulations contractuelles, par le droit d'un autre Etat ne prévoyant pas l'attribution d'une indemnité de rupture* ».

**Les commettants français souhaitant voir appliquer à leurs contrats d'agent commercial la loi d'un autre Etat membre, moins protectrice pour l'agent, devraient donc en principe rester libres de le faire, sauf revirement de jurisprudence sur ce point.**

# Où s'arrête le pouvoir d'injonction de l'administration au titre du nouvel article L.465-1 du Code de commerce ?

par Jean-Christophe Grall et Philippe Jouvett

A l'heure où le projet de loi Hamon vient d'être voté en seconde lecture par l'Assemblée nationale, on se penchera tout particulièrement sur une disposition dont les enjeux en termes de sécurité juridique pour les entreprises sont majeurs : le nouveau pouvoir d'injonction de l'Administration au titre du futur article L.465-1 du Code de commerce.

Nous avons évoqué il y a quelque temps les nouvelles sanctions administratives et le pouvoir d'injonction issu du projet de loi Hamon dans un précédent Flash concurrence ([http://www.droitdesmarches.com/Breve-presentation-du-projet-de-loi-relatif-a-la-consommation-soutenu-par-Messieurs-Pierre-Moscovici-Ministre-de-L\\_a71.html](http://www.droitdesmarches.com/Breve-presentation-du-projet-de-loi-relatif-a-la-consommation-soutenu-par-Messieurs-Pierre-Moscovici-Ministre-de-L_a71.html)).

L'article L.465-1 issu de l'article 59 de la nouvelle loi relative à la consommation prévoit en effet ce qui suit :

*« I. – Les agents habilités, dans les conditions prévues au II de l'article L. 450-1, à rechercher et à constater les infractions ou manquements aux obligations prévues au titre IV du présent livre peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite.*

*II. – Lorsque le professionnel concerné n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut prononcer à son encontre, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article L. 465-2, une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. ».*

A la lecture de ce texte, plusieurs questions peuvent se poser.

**La première** tout d'abord tient au caractère discrétionnaire

du pouvoir d'injonction : les agents de l'Administration, en l'espèce il s'agit de la DGCCRF et de ses démembrés au niveau régional, les DIRECCTE (Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi), ont la faculté et non l'obligation (ils « peuvent ») d'enjoindre au professionnel de « **se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite** ».

Dans quelles circonstances la DGCCRF choisira d'enjoindre au professionnel de modifier ses pratiques plutôt que de le sanctionner directement sur le fondement de l'article L.465-2-1<sup>1</sup>, qui l'habilite à prononcer des amendes administratives mentionnées au Titre IV du Livre IV du Code de commerce : articles L.441-2-2 et L.441-3-1 concernant les fruits et légumes, L.441-6 portant sur les conditions générales de vente et les délais de paiement, L.441-7 concernant le plan d'affaires annuel et la négociation commerciale, L.441-8 s'agissant des clauses de renégociation pour certains produits agricoles ou de première transformation de ceux-ci et L.443-1 pour certains délais de paiement spécifiques ; ces nouvelles dispositions sont citées en fin d'article ?

L'injonction ne devra-t elle pas être systématiquement prononcée par l'Administration, afin de laisser aux entreprises une chance d'échapper aux sanctions, au risque sinon de créer une inégalité entre les entreprises sanctionnées directement et celles qui ont eu l'opportunité de modifier leur comportement ?

La comparaison avec les pouvoirs d'injonction de la DGCCRF au titre des articles L. 464-9 et R. 464-9-1 à R. 464-9-3 du Code de commerce est ici riche d'enseignement. Ce type d'injonction concerne les pratiques anticoncurrentielles de toute nature, affectant un ou plusieurs marchés de dimension locale et comprises par des entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 50 millions d'euros sur le plan individuel et à 100 millions d'euros pour l'ensemble des entreprises

<sup>1</sup> Article L.465-2-1 du Code de commerce issu de la loi adoptée le 16 décembre 2013 :

- I. **L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés au titre IV du présent livre ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction prévues à l'article L. 465-1.**
- II. L'action de l'administration pour la sanction des manquements mentionnés au I se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le manquement a été commis si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement.
- III. Les manquements passibles d'une amende administrative sont constatés par procès-verbal, selon les modalités prévues à l'article L. 450-2.
- IV. Avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales.  
Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende.
- V. Une fois devenue définitive, la décision prononcée par l'autorité administrative peut être publiée.
- VI. Lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée, à raison des mêmes faits, à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé.
- VII. Lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé.
- VIII. Les documents recueillis et établis à l'occasion de la recherche et de la constatation d'un manquement ayant donné lieu à une procédure de sanction administrative ne sont communicables qu'à la personne qui en fait l'objet ou à son représentant.
- IX. L'amende est recouvrée comme en matière de créances étrangères à l'impôt et au domaine.
- X. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État. »

responsables. Au terme de l'article R.464-9-1 précité, le ministre peut discrétionnairement, dans le cadre du rapport administratif d'enquête communiqué aux entreprises soupçonnées de pratiques anticoncurrentielles locales, enjoindre l'entreprise de modifier son comportement et de verser une somme au Trésor public à titre de transaction, ou prévoir l'une des deux mesures seulement.

L'observation des mesures d'injonction prononcées par le Ministre sur ce fondement au titre de l'année 2013<sup>2</sup> démontre que sur dix lettres adressées, une seule propose uniquement le mécanisme de la transaction, 4 sont des injonctions de modifier un comportement, et les 5 autres proposent les deux dispositifs (modification du comportement et versement d'une somme au titre de la transaction).

Le contentieux des pratiques restrictives de concurrence est certes bien différent de celui des pratiques anticoncurrentielles locales (voir Atelier de la DGCCRF consacré aux pratiques restrictives de concurrence du 26 septembre 2013 : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/atelier-dgccrf-pratiques-restrictives-et-droit-concurrence>) mais on peut présumer que dans la majorité des cas, le Ministre choisira d'enjoindre les entreprises de se conformer à leurs obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite plutôt que de les sanctionner directement sur le fondement de l'article L.465-2 du Code de commerce.

Rappelons ici que l'injonction prononcée par le Ministre, si elle n'est pas respectée, peut entraîner une amende administrative de 3 000 € pour le représentant légal de l'entreprise ou son délégataire en cas de délégation de pouvoirs dans le domaine économique et de 15 000 € pour la personne morale responsable.

**Une deuxième question se pose alors :** Un professionnel pourrait-il être sanctionné à la fois pour le non respect de l'injonction et pour l'infraction pour laquelle l'Administration lui enjoint de modifier son comportement ?

L'injonction signifie-t-elle que l'entreprise ne peut plus être sanctionnée au titre des infractions du titre IV (punies par des amendes allant jusqu'à 375 000 euros) mais seulement au titre du non respect de l'injonction (amendes maximales de 15 000 euros) ?

Il existe une incertitude ici qui devra être tranchée mais à défaut de précision dans les textes, il convient d'envisager une possible double peine pour les entreprises : d'une part, sur le fondement de l'article L.465-1 II (non respect de l'injonction) et, d'autre part, sur le fondement de l'article L.465-2 (amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés au titre IV du livre IV du Code de commerce).

**Il existe une troisième interrogation** sur le champ d'application de ces injonctions dont le non-respect est sanctionné. S'agit-il seulement des injonctions de cesser un comportement passible d'une amende ou de l'ensemble des injonctions que peuvent prononcer les agents de la DGCCRF ?

Le texte de l'article L.465-1 II sanctionnant le non-respect de l'injonction vise « *une injonction qui lui a été notifiée [au professionnel] à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative* », ce qui tendrait à circonscrire le champ d'application de la sanction du non respect aux seules injonctions portant sur des manquements punis d'amendes administratives.

Selon le professeur Martine Behar-Touchais<sup>3</sup>, l'exigence d'interprétation stricte de la loi répressive invite en effet à considérer un champ restreint d'application de l'article L.465-1 II du Code de commerce, ce qui signifierait que seules les injonctions relatives aux infractions et aux manquements passibles d'une amende administrative verraient leur non-respect sanctionné.

Est-ce alors à dire qu'une injonction de la DGCCRF portant sur un comportement puni d'une amende pénale, tel que la revente à perte (sanctionnée d'une amende de 75.000 € (représentant légal) / 375.000 € (entreprise) au titre de l'article L.442-2 du Code de commerce) pourrait ne pas être respectée sans être sanctionnée au titre de l'article L.465-1 II ?

Ne faut-il pas assimiler ici, en ce qui concerne la sanction du non-respect des injonctions, les infractions punies d'une amende pénale et celles punies d'une amende administrative, qui sont d'ailleurs traditionnellement rapprochées du fait de leur nature répressive<sup>4</sup>.

Seul le non-respect des injonctions portant sur des manquements prévoyant des sanctions civiles (on pense ici à l'amende civile de 2 millions d'euros prévue par l'article L.442-6 III du Code de commerce au titre de l'ensemble des comportements visés par l'article L.442-6-I et II comme la rupture brutale de relations commerciales établies ou le déséquilibre significatif à titre d'exemple) serait dès lors exclu du dispositif du nouvel article L.465-1 II du Code de commerce.

A défaut de précision dans le texte de loi, seule la pratique de l'Administration et la jurisprudence du juge administratif permettront de trancher cette interrogation !

**Une dernière question** porte sur la procédure d'injonction en elle-même, visée au I de l'article L.465-1 du Code de commerce : « *Les agents (...) peuvent, après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable,*

<sup>2</sup> Les décisions prises dans le cadre de ce dispositif sont publiées mises en ligne sur le site internet de la DGCCRF. <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/pratiques-anticoncurrentielles-transactions-et-injonctions>

<sup>3</sup> Behar-Touchais, Martine, Le droit des pratiques restrictives est-il en passe de devenir un droit administratif ? in Concurrences n°4-2013

<sup>4</sup> Une telle assimilation est d'ailleurs opérée par le législateur lui-même, non pas en ce qui concerne la sanction du non-respect des injonctions, mais en ce qui concerne les amendes administratives prononcées sur le fondement de l'article L.465-2 du Code de commerce. Le « V » de cet article précise ainsi que « *Lorsqu'une amende administrative est susceptible de se cumuler avec une amende pénale infligée, à raison des mêmes faits, à l'auteur du manquement, le montant global des amendes prononcées ne dépasse pas le maximum légal le plus élevé.* »

de se conformer à ses obligations, (...). ».

De quelle procédure contradictoire parle-t-on ? S'agit-il de celle mentionnée à l'article L.465-2 ?

L'article L.465-2 IV du Code de commerce indique en effet qu'« avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales. ».

Cette période de deux mois correspond à celle qui est traditionnellement retenue en matière de recours gracieux devant l'Administration. On observera cependant que dans le cas de la procédure d'injonction au titre des pratiques anticoncurrentielles locales, ce délai de deux mois peut être prorogé de deux mois supplémentaire<sup>5</sup>, ce qui apparaît garantir davantage les droits de la défense. Seuls les décrets qui seront pris pour l'application de l'article L.465-1 du Code de commerce permettront de déterminer les modalités de cette phase contradictoire, qui ne doit pas être négligée par les entreprises.

C'est en effet au cours de cette phase que les entreprises pourront exposer devant les agents des DIRECCTE les circonstances de fait et de droit qui les ont conduit à méconnaître les dispositions visées au titre IV du livre IV du Code de commerce. On sait par expérience que des échanges riches et construits avec l'Administration durant cette phase contradictoire permettent un traitement facilité du dossier par la suite. Notamment le « délai raisonnable » visé par l'article L.465-1 imparti par la DGCCRF pour se conformer aux obligations a d'autant plus de chance d'être favorable aux entreprises que celles-ci ont préalablement entretenu un dialogue constructif avec l'Administration.

L'accompagnement des entreprises dans ces nouvelles procédures ne saurait s'arrêter à la seule phase administrative.

Les injonctions et sanctions prononcées sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif du siège de la DIRECCTE concernée.

L'injonction s'assimile d'ailleurs à une sanction administrative, qui peut être définie comme « une décision unilatérale prise par une autorité administrative agis-

sant de la cadre de prérogatives de puissance publique, qui punit l'auteur d'un manquement aux lois et aux règlements<sup>6</sup> ». Devant le juge administratif, saisi en plein contentieux en matière de sanctions administratives, il y aura lieu de contester non seulement les sanctions prononcées au titre du non-respect des injonctions mais également la nature même des injonctions prononcées, dans le cadre du contrôle de proportionnalité opéré par le juge. Depuis que l'Administration doit motiver ses décisions (loi du 11 juillet 1979) et notamment les décisions individuelles défavorables, le juge administratif veille à ce qu'une motivation expresse et formelle des sanctions (et donc des injonctions) prononcées par l'Administration s'impose, car le législateur a entendu imposer à l'autorité qui prononce une sanction « l'obligation de préciser elle-même dans sa décision les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre de la personne intéressée, de sorte que cette dernière puisse à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée connaître les motifs de la sanction qui la frappe<sup>7</sup> ».

Dans des cas flagrants d'illégalité de la sanction prononcée et en cas d'urgence, il y aura également lieu de saisir le juge des référés d'un « référé-provision » sur le fondement de l'article L.521-1 du Code de Justice Administrative<sup>8</sup>. Le juge se prononcera alors dans les meilleurs délais, l'ordonnance de référé qu'il rendra étant susceptible de cassation dans les 15 jours suivant la notification qui en est faite à l'entreprise intéressée<sup>9</sup>.

La réforme Hamon conduit dès lors à la naissance d'un véritable droit administratif des pratiques restrictives de concurrence !

\* \* \*

**Articles précités issus du projet de loi adopté le 16 décembre 2013 par l'Assemblée nationale en 2<sup>ème</sup> lecture :**

**Nouvel article L.441-2-2 :** « Par dérogation aux dispositions de l'article L. 441-2-1, un acheteur, un distributeur ou un prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais.

Un acheteur, un distributeur ou un prestataire de services peut toutefois bénéficier de réfections tarifaires résultant d'une non-conformité, qualitative ou quantitative, du produit livré à la commande si un accord, conclu par une organisation interprofessionnelle reconnue dans les conditions prévues à l'article L. 632-1

<sup>5</sup> L'article R464-9-1 du Code de commerce dispose que « Les entreprises destinataires sont invitées à formuler des observations écrites et disposent pour ce faire d'un délai de deux mois à compter de la réception du courrier. Ce délai peut être prorogé à leur demande d'une nouvelle période ne pouvant excéder deux mois. Les entreprises peuvent également présenter dans le délai imparti des observations orales au signataire du courrier. Elles peuvent se faire assister d'un conseil. ».

<sup>6</sup> Comme l'a rappelé le vice-président du Conseil d'Etat, Monsieur J.M Sauvé dans son allocution lors du colloque des instituts d'études judiciaires intitulé « La motivation des sanctions prononcées en justice : nouvelles tendances, nouveaux enjeux » en date du 10 février 2012. Dans le même sens, F. Moderne définit la sanction administrative comme un « pouvoir répressif accordé à l'Administration pour punir des comportements sociaux considérés comme des infractions à une réglementation préexistante » (Sanctions administratives et justice constitutionnelle : contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines, Paris, Economica, 1993, p. 5).

<sup>7</sup> Décision du Conseil d'Etat du 23 mars 2005, Stilianovic, n° 264005, Rec. p. 954 mentionnée par J-M Sauvé dans son allocution précitée.

<sup>8</sup> Article L.521-1 du CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. »

<sup>9</sup> Conformément à l'article R.523-1 du CJA.

du code rural et de la pêche maritime, en a précisé les conditions.

Cet accord peut être étendu conformément aux articles L. 632-3 et L. 632-4 du même code.

Tout manquement à l'interdiction prévue au présent article par l'acheteur, le distributeur ou le prestataire de services est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 € pour une personne physique et 75 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.465-2 du présent code. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.»

**Nouvel article L.441-3-1 :** « A l'exception des produits destinés à être vendus en ferme sur un marché physique de gros par le producteur ou l'organisation de producteurs, les fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France doivent, lors de leur transport sur le territoire national, y compris dans l'enceinte des marchés d'intérêt national, être accompagnés d'un bon de commande établi par l'acheteur ou d'un contrat passé avec le commissionnaire ou le mandataire. Le bon de commande doit mentionner le nom des parties, leur adresse, la date de la commande, la quantité, les modalités de détermination du prix et la dénomination précise des produits. Le contrat doit mentionner le nom des parties, leur adresse, sa date, son objet ainsi que les conditions de fixation du prix payé au fournisseur et de rémunération du commissionnaire ou du mandataire. Dans le cas où les documents mentionnés au premier alinéa n'ont pu être présentés aux services de contrôle lors du transport, il appartient à l'acheteur de transmettre à ces mêmes services, dans un délai de quarante-huit heures, ces documents ou, à défaut, un message, écrit ou par voie électronique, certifiant qu'il a bien commandé les produits concernés et précisant le ou les prix convenus avec son fournisseur pour l'achat de ces produits. Lorsque l'acheteur réalise lui-même le transport des produits qu'il a achetés directement dans les locaux de ses fournisseurs, il atteste, lors du contrôle, qu'il est propriétaire des produits. Tout manquement aux obligations résultant du présent article par l'acheteur, le commissionnaire, le mandataire ou le fournisseur est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15.000 € pour une personne physique et 75 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 465-2. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. »

**Nouvel article L.441-6 :** «I.- Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

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

Les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale. Dans le cadre de cette négociation, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestation de services de conditions particulières de vente qui ne sont pas soumises à l'obligation de communication prescrite au premier alinéa.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. En cas de facture périodique, au sens du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts, ce délai ne peut dépasser quarante-cinq jours à compter de la date d'émission de la facture.

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

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

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition

contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Dans ce cas, le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier de l'année en question. Pour le second semestre de l'année concernée, il est le taux en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet de l'année en question. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Tout professionnel en situation de retard de paiement est de plein droit débiteur, à l'égard du créancier, d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, dont le montant est fixé par décret. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. Toutefois, le créancier ne peut invoquer le bénéfice de ces indemnités lorsque l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire interdit le paiement à son échéance de la créance qui lui est due.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Les délais de paiement mentionnés au neuvième alinéa du présent I ne sont pas applicables aux achats, effectués en franchise de la taxe sur la valeur ajoutée en application de l'article 275 du Code général des impôts, de biens destinés à faire l'objet d'une livraison en l'état hors de l'Union européenne, pourvu que le délai convenu par les parties ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. Dans l'hypothèse où les biens ne recevraient pas la destination qui a justifié la présente dérogation, les pénalités de retard mentionnées au douzième alinéa du présent I sont exigibles. Le présent alinéa n'est pas applicable aux grandes entreprises mentionnées à l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

**II.-** Lorsque le prix d'un service ou d'un type de service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé.

**III.-** Tout prestataire de services est également tenu à l'égard de tout destinataire de prestations de services des obligations d'information définies à l'article L.111-2 du Code de la consommation.

Cette obligation ne s'applique pas aux services mentionnés aux livres Ier à III et au titre V du livre V du Code monétaire et financier ainsi qu'aux opérations pratiquées par les entreprises régies par le code des assurances, par les mutuelles et unions régies par le livre II du Code de la mutualité et par les institutions de prévoyance et unions régies par le titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale.

**IV.-** Sous réserve de dispositions spécifiques plus favorables au créancier, lorsqu'une procédure d'acceptation ou de vérification permettant de certifier

la conformité des marchandises ou des services au contrat est prévue, la durée de cette procédure est fixée conformément aux bonnes pratiques et usages commerciaux et, en tout état de cause, n'excède pas trente jours à compter de la date de réception des marchandises ou de réalisation de la prestation des services, à moins qu'il n'en soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas une clause ou pratique abusive au sens du second alinéa du VI du présent article ou de l'article L.442-6.

La durée de la procédure d'acceptation ou de vérification ne peut avoir pour effet ni d'augmenter la durée, ni de décaler le point de départ du délai maximal de paiement prévu au neuvième alinéa du I, à moins qu'il n'en soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas une clause ou pratique abusive au sens du second alinéa du VI du présent article ou de l'article L.442-6.

**V.-** Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation dans le territoire fiscal des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane, de La Réunion et de Mayotte ainsi que des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, les délais de paiement prévus aux huitième et neuvième alinéas du I du présent article sont décomptés à partir de la date de dédouanement de la marchandise au port de destination finale. Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur, ou de son représentant, en métropole, le délai est décompté à partir du vingt et unième jour suivant la date de cette mise à disposition ou à partir de la date du dédouanement si celle-ci est antérieure.

**VI.-** Est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75.000 € pour une personne physique et 375.000 € pour une personne morale le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième, neuvième et onzième alinéas du I du présent article, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du douzième alinéa du même I, le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes à ce même alinéa ainsi que le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément au neuvième alinéa du même I. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.465-2 et, lorsqu'elle est devenue définitive, publiée par l'autorité administrative dans des conditions précisées par décret. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Sous les mêmes sanctions, sont interdites toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement mentionnés au présent article.»

**Nouvel article L.441-7 :** «I.- Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations aux-

quelles se sont engagées les parties dans le respect des articles L.441-6 et L.442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Elle mentionne à titre d'information le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou indique les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe, selon des modalités ne traduisant pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties prohibé par le 2° du I de l'article L. 442-6 :

1. Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ;
2. Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;
3. Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ou les réductions de prix afférentes ainsi que les services auxquels elles se rapportent.
4. Les conditions dans lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services, dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services, conclus et exécutés conformément aux articles 1984 et suivants du Code civil, chacun de ces contrats de mandat précise, notamment, le montant des avantages promotionnels accordés, la période d'octroi et les modalités de mise en œuvre de ces avantages ainsi que les modalités de reddition de comptes par le distributeur au fournisseur.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1<sup>er</sup> mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

La rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que les réductions de prix afférentes aux obligations relevant du 3° ne doivent pas être manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de ces obligations.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu. Celui-ci s'applique au plus tard le 1<sup>er</sup> mars. La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux 1° à 3° ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix conve-

nu. Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1<sup>er</sup> mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation.

Sans préjudice des dispositions et stipulations régissant les relations entre les parties, le distributeur ou le prestataire de services répond de manière circonstanciée à toute demande écrite précise du fournisseur portant sur l'exécution de la convention dans un délai qui ne peut dépasser deux mois. Si la réponse fait apparaître une mauvaise application de la convention ou si le distributeur s'abstient de toute réponse, le fournisseur peut le signaler à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation.

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L.441-2-1.

II.- Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 465-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.»

**Nouvel article L.441-8** : «Les contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la vente des produits figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 442-9, complétée, le cas échéant, par décret, dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires comportent une clause relative aux modalités de renégociation du prix permettant de prendre en compte ces fluctuations à la hausse comme à la baisse. Cette clause, définie par les parties, précise les conditions de déclenchement de la renégociation et fait référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires. Des accords interprofessionnels ainsi que l'observatoire de la formation des prix et des marges peuvent proposer, en tant que de besoin et pour les produits qu'ils visent, des indices publics qui peuvent être utilisés par les parties. La renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires, ainsi que dans un délai, précisé dans le contrat, qui ne peut être supérieur à deux mois. Elle tend à une répartition équitable entre les parties de l'accroissement ou de la réduction des coûts de production résultant de ces fluctuations. Elle tient compte notamment de l'impact de ces fluctuations sur l'ensemble des acteurs de la chaîne d'approvisionnement. Un compte rendu de cette négociation est établi, selon des modalités définies par décret. Le fait de ne pas prévoir de clause de renégociation conforme aux deux premiers alinéas du présent article, de ne pas respecter le délai fixé au troisième alinéa, de ne pas établir le compte rendu prévu au même troisième alinéa ou de porter

atteinte, au cours de la renégociation, aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375.000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.465-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. Le présent article ne fait pas obstacle à toute autre renégociation, dans le respect des articles L.441-7 et L.442-6.»

**Nouvel article L.441-3 :** « Le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :

1. À trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L.326-1 à L.326-3 du code rural et de la pêche maritime ;
2. À vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;
3. À trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du Code général des impôts;
4. À quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture pour les achats de raisins et de moûts destinés à l'élaboration de vins ainsi que de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à

l'article 438 du Code général des impôts, sauf dispositions dérogatoires figurant :

- a) Dans des décisions interprofessionnelles prises en application de la loi du 12 avril 1941 portant création d'un comité interprofessionnel du vin de Champagne ;
- b) Ou dans des accords interprofessionnels pris en application du livre VI du Code rural et de la pêche maritime et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain.

Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation dans le territoire fiscal des départements de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane, de La Réunion et de Mayotte ainsi que des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, les délais de paiement prévus aux 1° à 4° sont décomptés à partir de la date de dédouanement de la marchandise au port de destination finale. Lorsque la marchandise est mise à la disposition de l'acheteur, ou de son représentant, en métropole, le délai est décompté à partir du vingt et unième jour suivant la date de cette mise à disposition ou à partir de la date du dédouanement si celle-ci est antérieure.

Les manquements aux dispositions du présent article ainsi qu'aux dispositions relatives aux délais de paiement des accords mentionnés au b du 4° sont passibles d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75.000 € pour une personne physique et 375.000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L.465-2 du présent code. Le montant de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.»

## Les idées n'ont pas le vent en poupe en matière de droit d'auteur (Cour de cassation, Chambre commerciale, 8 octobre 2013, pourvoi n°11-27516)

par Nadège Pollak

**Les idées et concepts sont de libre parcours et ne sont pas protégés par le droit d'auteur. La Cour de cassation le rappelle une fois encore au détriment du concepteur de l'idée de la fameuse Route du Rhum.**

En 1975, Florent de Kersauson, frère du navigateur Olivier de Kersauson, avait imaginé créer le principe d'un périple transatlantique à la voile entre la France et les Antilles, qui prendrait le nom de Route du Rhum.

Il en avait confié la réalisation et la mise en œuvre en 1976 à un tiers, la société Promovoile et son gérant Michel Etevenon.

Lorsqu'en 2007, Florent de Kersauson assigne Promovoile et son gérant pour revendiquer la qualité d'auteur de la course et de son titre Route du Rhum,

ainsi que la propriété de la marque éponyme, il est débouté en première instance, puis par la Cour d'appel de Paris le 21 septembre 2011, puis définitivement aujourd'hui par la Cour de cassation.

Même si la solution peut paraître sévère pour le créateur du concept, elle n'étonne pas sur le principe.

### • Revendication d'un droit d'auteur sur la course :

Par principe, l'article L.111-1 du Code de la Propriété intellectuelle dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». L'article L.111-2 poursuit en indiquant que « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la

*réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur*».

En vertu de ces règles, les œuvres de l'esprit sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles sont des créations de forme originales.

Le Code exclut donc les idées qui, étant de libre parcours, échappent à toute appropriation. Ainsi, ne sont pas protégées les idées exprimées, mais seulement la forme originale sous laquelle elles sont présentées.

La création suppose une conception et une réalisation. C'est au moment de la réalisation de l'œuvre que l'auteur imprime son empreinte personnelle, sur sa forme d'expression et sa composition notamment.

Les juges ont fait une stricte application de ces principes dans la présente espèce, en décidant que le fait d'avoir imaginé le principe d'un périple transatlantique à la voile entre la France et les Antilles pour assurer la promotion du rhum n'était pas suffisant à lui seul pour que soit reconnue la qualité d'auteur. A suivre les juges, le créateur aurait dû transformer cette idée en un spectacle vivant, qui pouvait être considéré comme une œuvre protégée par le droit d'auteur. Mais cette mise en œuvre originale de la compétition, en tant qu'activité sportive et œuvre de spectacle vivant, avait été le fait exclusif, en 1976 et dans un contexte de concurrence avec d'autres courses maritimes, de la société Promovoile et de Michel Etevenon.

Florent de Kersauzon a seulement imaginé en 1975 le principe d'un périple transatlantique à la voile entre la France et les Antilles ainsi que certaines caractéristiques à lui conférer, puis fourni, par la suite, mais en sa qualité de membre du comité directeur de l'Union nationale pour la course au large, une assistance technique et administrative pour laquelle une rémunération lui avait été servie en tant qu'« *apporteur d'affaire* », ce qui n'était pas suffisant pour lui reconnaître la qualité d'auteur sur cette course !

En outre, ce rôle de Florent de Kersauzon n'est pas de nature à renverser la présomption de qualité d'auteur qui bénéficie à celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée au public, à savoir la société Promovoile et son gérant.

#### • **Revendication d'un droit d'auteur sur le titre de la course :**

Suivant ce même raisonnement, Florent de Kersauzon ne pouvait pas davantage revendiquer de droits d'auteur sur l'intitulé même de la course, dès lors que cette expression est issue d'une tradition historique des navires acheminant du rhum depuis les Antilles.

En effet, selon la Cour de cassation, « *l'expression dont s'agit était la référence historique et usuelle de l'itinéraire des navires de commerce acheminant du rhum des Antilles à Saint-Malo, qu'elle avait été utilisée pour désigner d'autres œuvres de l'esprit, notamment littéraires, et que sa transposition, dont rien ne montrait que [Florent de Kersauzon] en fût l'auteur, à une course de voiliers, ne témoignait en outre d'au-*

*cun esprit créatif particulier* ».

En l'absence de démonstration d'une empreinte personnelle de l'auteur dans l'application de cette référence historique à une course de bateaux empruntant ce même itinéraire, le droit d'auteur n'a pas vocation à s'appliquer !

#### • **Revendication de la propriété de la marque « *Route du rhum* » :**

Enfin, à défaut de pouvoir bénéficier de la qualité d'auteur, Florent de Kersauzon a tenté de revendiquer la propriété de la marque « *Route du rhum* », déposée par la société Promovoile en 1978.

En effet, l'article L. 712-6 du Code de la propriété Intellectuelle permet à la personne qui estime avoir un droit sur la marque de revendiquer sa propriété en justice « *si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle* ». « *A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement* ».

Dès lors que la marque en question avait été déposée en 1978, Monsieur de Kersauzon soutenait, pour échapper à la prescription triennale de son action introduite en 2007, que la marque avait été déposée de mauvaise foi. Pour établir cette mauvaise foi, le demandeur soutenait qu'il était le créateur de la course à la voile éponyme ainsi que du titre de cette course, et qu'il était donc le seul à pouvoir déposer une marque pour désigner une course à la voile, de sorte que c'était en fraude de ses droits que la marque avait été déposée.

La décision adoptée par les juges est ainsi sans surprise : la marque n'a pas été déposée de mauvaise foi par la société Promovoile dès lors que Monsieur de Kersauzon n'était fondé à se prévaloir d'aucun droit d'auteur ni sur la course ni sur son titre. Ainsi, en l'absence de fraude, l'action en revendication introduite plus de trois ans après la publication de la demande d'enregistrement est irrecevable et doit être rejetée.

\* \* \*

En conclusion, cette décision est l'occasion de rappeler que le droit de la propriété intellectuelle a pour but de protéger l'auteur d'une œuvre ou le titulaire d'une marque afin qu'il puisse l'exploiter sereinement en évitant que des tiers puisse la copier.

L'ensemble du droit de la propriété intellectuelle vise à favoriser la création. Or, permettre à quelqu'un de s'approprier une simple idée, sans qu'elle soit mise en œuvre concrètement, aurait l'effet inverse, puisque soudain tout un pan de création deviendrait inaccessible et empêcherait toute nouvelle création et tout progrès.

Pour la protection des idées et concepts, seule l'action de droit commun en concurrence déloyale ou en concurrence parasitaire fondée sur l'article 1382 du Code civil pourrait alors venir au secours des créateurs laissés ainsi à la dérive !

# Travail dominical : bref rappel des règles actuelles et examen des propositions du Rapport Bailly

par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

La fin de l'année 2013 a été riche en polémique sur la question du travail le dimanche avec le bras de fer imposé par les magasins de Bricolage.

Dans ce contexte, le Premier Ministre a confié à Monsieur Jean-Paul Bailly une mission d'étude sur les exceptions au repos dominical afin d'examiner les difficultés posées par le dispositif actuel et les propositions à envisager pour améliorer la cohérence et la lisibilité de la réglementation applicable en la matière. Le Rapport Bailly a été remis au Premier Ministre fin 2013, après consultation des fédérations professionnelles, des principales enseignes de la grande distribution, des représentants des grands centres commerciaux d'Ile de France, des syndicats professionnels et des autorités publiques concernées (Préfets, Région Ile de France, Ministères...).

Avant que d'examiner les propositions du Rapport Bailly, il est nécessaire de faire un rappel de la réglementation actuelle. Ce rappel sera nécessairement très synthétique car les règles en la matière sont, à ce jour, complexes. Cette complexité crée des distorsions sur le plan des droits sociaux des salariés et des distorsions de concurrence, une même activité pouvant ou non être exercée le dimanche selon qu'elle se situe dans tel ou tel secteur parfois limitrophe.

## I. La réglementation actuelle :

On distingue les cas où le travail dominical fait l'objet :

- d'une part, de dérogation permanente de droit ;
- d'autre part, de dérogations temporaires accordées par les Préfets et les Maires ;
- enfin, de dérogations conventionnelles.

### → Les dérogations permanentes de droit :

Elles concernent :

- **Les commerces de détail** alimentaires (boucherie, boulangerie...) qui peuvent travailler le dimanche jusqu'à 13h00;
- **Les entreprises de vente au détail situées dans une commune d'intérêt touristique ou thermale, dans une zone touristique d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente** ; dans ce cas, la liste des communes et le périmètre des zones touristiques sont établis par le Préfet sur proposition du Maire. A Paris, il existe actuellement 7 zones touristiques d'affluence exceptionnelle : une partie de la rue de Rivoli, la place des Vosges et la rue des Francs-Bourgeois, la rue d'Arcole, l'avenue des Champs Elysées, le viaduc des Arts, une partie du boulevard Saint-Germain, le quartier de la Butte Montmartre.

- **Les entreprises dont l'ouverture est rendue nécessaire par les contraintes de la production, de l'activité ou les besoins du public** tels que les établissements de soin, les hôtels, cafés, restaurants, la fabrication de produits alimentaires, les transports ferroviaires, entreprises de spectacle, musées, certains commerces (fleuristes, jardinerie, ameublement ...). La liste de ces secteurs d'activité est fixée limitativement par l'article R.3132-5 du Code du travail. Le fait que l'ameublement ait été inclus dans cette liste a mis à mal sa relative cohérence et a justifié que certains secteurs, comme le bricolage par exemple, revendiquent aussi un statut dérogatoire au même titre que l'ameublement.

### → Les dérogations temporaires accordées par le Préfet :

Elles visent :

- **Les établissements situés dans un PUCE** (périmètre d'usage de consommation exceptionnel) ; la possibilité de délimiter un Puce est réservée aux villes de Paris, Lille et Aix-Marseille, sur autorisation du Préfet ; la dérogation est valable pour 5 ans ;
- **Les établissements pour lequel le repos simultané de tous les salariés est préjudiciable au public ou compromet le fonctionnement de l'établissement.** L'autorisation d'ouverture est donnée par le Préfet pour une durée limitée.

### → Les dérogations temporaires accordées par le Maire (le Préfet à Paris) : tout commerce de détail peut être autorisé à ouvrir cinq dimanches par an sur décision du Maire.

### → Les dérogations conventionnelles :

Dans les industries ou entreprises industrielles, l'article L3132-14 du Code du travail permet qu'une convention ou un accord collectif puisse prévoir la possibilité d'organiser le travail de façon continue y compris le dimanche pour des raisons économiques.

A défaut d'accord collectif ou de convention, le travail le dimanche pour raisons économiques peut être autorisé par l'inspecteur du travail après consultation des représentants du personnel.

La rémunération des salariés travaillant ainsi le dimanche est majorée de 50%.

- Ce système de dérogations doit se concilier avec, à Paris, des jours de fermeture obligatoires (qui peuvent être le dimanche) pour certaines activités réglementées par arrêté préfectoral : c'est le cas de la coiffure, de la bijouterie-horlogerie, de l'alimentation générale, des boucheries, des quincailleries...

## **II. Les distorsions découlant de ce système complexe :**

La loi prévoit une obligation de négocier des contreparties en faveur des salariés (majoration de salaire, repos compensateur) uniquement lorsque la dérogation est administrative.

L'obligation de négocier sur les contreparties du dimanche travaillé concerne les commerces ou services de détail qui dérogent au repos du dimanche sur autorisation préfectorale, c'est-à-dire :

- lorsque la dérogation est accordée par le préfet au motif que le repos dominical serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement ;
- lorsque la dérogation est accordée par le préfet à un établissement de détail non alimentaire implanté dans un PUCE situé dans une unité urbaine de plus de 1 million d'habitants ;
- lorsque la dérogation est accordée par le maire pour 5 dimanches par an ;
- dans les communes d'intérêt touristique ou thermales et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente. Il s'agit toujours d'une dérogation administrative car c'est le préfet qui fixe les communes et les zones touristiques ; cette dérogation est dans le paragraphe des dérogations administratives du Code du travail.

Cette obligation ne s'applique pas :

- aux établissements qui bénéficient des dérogations de droit telles que les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ;
- les établissements qui ne sont ni des commerces de détail ni des services de détail ;
- les établissements déjà couverts par un accord collectif de branche, d'entreprise ou d'établissement sur les contreparties du dimanche travaillé.

Il existe donc là une distorsion relative aux droits sociaux des salariés travaillant le dimanche selon le système d'autorisation sous lequel est placé leur employeur.

En outre, selon que l'on se trouve dans telle ou telle zone (par exemple à Paris dans telle portion du boulevard Saint-Germain ou dans telle autre), une même activité sera ou non autorisée le dimanche. Le même constat doit être fait en Région Parisienne selon que l'on fait partie ou non du PUCE de Rosny-sous-Bois, de celui de Villemomble ou d'Aubervilliers. Il existe donc un risque de distorsion de concurrence non négligeable pour des raisons de zonage territorial.

Ce sont ces distorsions qui ont notamment suscité les propositions contenues dans le rapport Bailly.

## **III. Le Rapport Bailly :**

Ce Rapport réaffirme le principe selon lequel l'ouverture dominicale doit rester exceptionnelle.

Mais ce Rapport formule plusieurs propositions pour

donner plus de souplesse et de cohérence à la réglementation actuelle. Voici quelques unes de ces propositions :

### **→ Sur les dérogations permanentes de droit**

Le rapport réfute toute idée d'élargissement des secteurs actuellement visés et propose même d'en exclure le secteur de l'ameublement pour faire basculer celui-ci dans le régime des « PACC » (voir infra).

### **→ Sur les cinq dimanches du maire**

Le Rapport propose d'élargir cette dérogation en faisant passer le nombre de « dimanches du maire » de cinq à sept, et en faisant bénéficier les commerces d'un « droit de tirage déclaratif » de cinq dimanches supplémentaires par an.

Les commerçants disposeraient ainsi, dans toute la France, d'un droit effectif à un minimum de sept dimanches par an et pourraient bénéficier au maximum de douze dimanches dans les zones où les maires accorderaient l'intégralité des autorisations dont ils disposent.

### **→ Sur la redéfinition des zones dérogatoires (PACT ou PACC)**

Le Rapport souligne les incohérences de certains zonages actuels, notamment à Paris.

Le Rapport préconise ainsi une remise à plat des zones dérogatoires, en créant de nouveaux périmètres qui seraient appelées PACT (périmètres d'animation concertés touristiques) ou PACC (périmètres d'animation concertés ou commerciaux).

Ces périmètres d'animation concertés viendraient se substituer aux zones touristiques et aux PUCE existants.

Leur délimitation se ferait en s'appuyant sur de nouveaux critères objectifs tels que :

- le nombre et l'importance des points d'attractivité touristique ;
- les flux de touristes ainsi que leurs modalités de déplacement (transports, existence d'une zone piétonne) ;
- la présence de services tels que les hôtels-café-restaurants, de lieux de divertissements et d'espaces verts ;
- des critères liés au tourisme international, fondés par exemple sur la notoriété mondiale de certaines zones ;
- le chiffre d'affaires généré par les achats des touristes étrangers.

S'agissant de la délimitation de ces zones, le Rapport précise enfin :

*« Dans le cadre de la décision finale de délimitation de la zone, l'autorité compétente, c'est-à-dire le préfet de département, devrait tenir compte de ces critères et de la cohérence de la zone. **Ainsi, par exemple, une zone créant des effets de bord et des distorsions de concurrence flagrantes (comme le cas***

**des rues partiellement classées à Paris) ne devraient pas pouvoir être validées.** Dès lors, il semble indispensable que le préfet puisse exercer, dans le cadre d'un dialogue avec l'autorité politique locale instructrice, un pouvoir d'appréciation sur la délimitation du périmètre, le préfet ne pouvant actuellement que valider ou rejeter dans son ensemble les périmètres de zones touristiques qui lui sont soumis».

→ **Sur l'harmonisation des droits sociaux :**

Le Rapport préconise la négociation d'accords collectifs prévoyant les contreparties par les salariés quel que soit le régime dérogatoire.

Cette négociation collective devrait être encadrée par la loi tant sur les questions de contreparties, que de volontariat et de conciliation entre vie privée et vie professionnelle.

Toutefois, une exception à ce principe de contreparties devrait être posée pour les entreprises de moins de onze salariés.

\*\*\*

Ce Rapport apparaît donc comme réaliste et constructif. Reste à savoir quelle suite lui sera donnée...

Une première mesure concrète issue de ce rapport concerne les magasins de bricolage qui viennent d'être inscrits par décret, et de façon temporaire et transitoire, sur la liste des dérogations de droit jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2015.

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

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

- **La négociation commerciale 2014 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation :**
  - des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
  - un plan d'affaires annuel qui devra prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
  - une rémunération des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne pourra pas rétroagir à une date antérieure à celle de l'application du nouveau tarif du fournisseur ;
  - la prise en compte des avantages consommateurs : **NIP** dans le plan d'affaires annuel ;
  - un nouveau mécanisme de facturation périodique mensuel ;
  - l'instauration de sanctions administratives et d'un pouvoir de sanction donné aux services de la DGCCRF, sans oublier désormais un fort pouvoir d'injonction des DIRECCTE.
- **La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 et la loi Hamon sur la consommation: négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », pouvoirs de sanction et d'injonction de la DGCCRF, etc. ;
- **La mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **Le contrôle des concentrations :**
  - contrôle européen des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;
  - contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence** [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009].
- **La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] :** risques liés à la rupture et conséquences financières ;
- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination - Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais - marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur Internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;
- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- **Les enquêtes de concurrence françaises et européennes** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;**
- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et européen de la concurrence] ;
- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**
- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi Hamon sur la consommation, la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence européenne de 2009 à 2013 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- **Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.  
\* \* \*
- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise ;**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site : [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)

## **Pratiques anticoncurrentielles** **Mardi 28 janvier 2014**

---

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

**Formule 1 journée - 850 € HT**

### Objectifs principaux

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

## **Positionnement du prix de vente / revente et droit de la concurrence**

**Règlement européen n° 330/2010 sur les accords verticaux**

**Mardi 4 février 2014**

---

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill**

**Formule 1 demi-journée - 650 € HT**

### Objectifs principaux

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

## **Droit de la consommation, publicité / mailing et opérations promotionnelles**

**à jour des modifications prévues par la loi consommation**

**Vendredi 7 février 2014**

---

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Martine Béhar-Touchais**

**Formule 1 journée - 850 € HT**

### Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des promotions des ventes
- Connaître les règles applicables à chaque type d'opération promotionnelle
- Savoir appréhender l'impact européen sur l'organisation d'opérations promotionnelles
- Identifier les opérations promotionnelles à risques
- Bien connaître la notion de pratique commerciale déloyale dans le cadre de la Directive du 11 mai 2005
- Savoir accompagner les services marketing et attirer leur attention sur les risques encourus
- S'assurer de la pertinence de sa communication au regard du droit de la consommation
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des Tribunaux