

Sommaire

- 2** Loi de Modernisation de l'Economie :
Modification des délais de paiement /
Affirmation du principe de libre négociabilité
des tarifs / Suppression de la discrimination
abusive / Maintien des services distincts, mais
rémunérés par des remises ou ristournes sur
facture du fournisseur / création d'une autorité
de concurrence unique : Version consolidée
des articles de la Loi de Modernisation de
l'Economie et du Code de commerce post
Assemblée nationale et premiers
commentaires
Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros
- 14** Admissibilité des preuves devant le Conseil de
la concurrence et droit à un procès équitable :
La mise au point de la Cour de Cassation
Nathalia Kouchnir-Cargill
- 16** Contrat international de distribution exclusive
et détermination du tribunal compétent
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi
- 18** Une haute définition pour la non-conformité
contractuelle : Cassation Civile I - 7 mai 2008
Thomas Lamy
- 19** Un rappel par la Cour de Justice de certains
principes applicables en matière de légalité
des peines et de proportionnalité dans la
fixation du montant des amendes
Benoît Laurin
- 22** Des concertations entre producteurs de fruits
et légumes approuvées par le Conseil de la
concurrence
Louis-Gabriel Masson
- 25** Droit communautaire / Infraction au droit de la
concurrence / Le calcul de la sanction pour une
association d'entreprises pourrait se fonder sur
une base élargie !
Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 27** La Commission a publié fin mai son rapport
d'évaluation sur l'application du règlement
(CE) n°1400/2002 concernant la distribution et
les services après-vente dans le secteur
automobile. Une révolution s'annonce !
Jean-Christophe Grall
- 33** La Loi de Modernisation de l'Economie et les
soldes
Juliette Epis
- 37** Amiante et faute inexcusable : existence d'une
échappatoire pour les employeurs, simples
utilisateurs ponctuels de produits amiantés
*Emmanuelle Bordenave-Marzocchi
et Caroline Menguy*
- 39** Quelques informations



Loi de Modernisation de l'Economie :

Modification des délais de paiement / Affirmation du principe de libre négociabilité des tarifs / Suppression de la discrimination abusive / Maintien des services distincts, mais rémunérés par des remises ou ristournes sur facture du fournisseur / création d'une autorité de concurrence unique ;

Version consolidée des articles de la Loi de Modernisation de l'Economie et du Code de commerce post Assemblée nationale et premiers commentaires

Par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros

Version consolidée des articles du code de commerce post Assemblée nationale :

[Les modifications apparaissent soit en caractères barrés, soit en couleur]

Article L 441-6 du Code de commerce :

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

- 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 ~~et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.~~ Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne porte que sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestations de services d'une même catégorie.

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, en outre, convenir avec un acheteur de produits ou demandeur de prestations de services de conditions particulières de vente ~~justifiées par la spécificité des services rendus~~ 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.

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

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

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

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

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

Article L.441-6-1 du Code de commerce :

Les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités définies par décret.

Ces informations font l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes dans des conditions fixées par ce même décret. Le commissaire aux comptes adresse ledit rapport au ministre chargé de l'économie s'il démontre, de façon répétée, des manquements significatifs aux prescriptions des neuvième et dixième alinéas de l'article L. 441-6.

Article L 441-7 du Code de commerce :

I. – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :

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 ;

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~~, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

3° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés aux alinéas précédents. **Les contreparties financières correspondant à ces services figurent sur les factures du fournisseur.**

~~Cette convention, établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation, ainsi que sa rémunération et, s'agissant des services visés au 2°, les produits ou services auxquels ils se rapportent.~~

~~La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention ou ce contrat est signé dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.~~

Cette convention est établie soit dans un document

unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application. S'agissant de la coopération commerciale mentionnée au 2° et des services distincts mentionnés au 3°, elle précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation. S'agissant de la coopération commerciale, elle précise, en outre, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent.

Elle indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er 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.

Les présentes dispositions ne sont pas applicables aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

II. – Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.

Article L 442-6 du Code de commerce :

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

~~De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence.~~

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

~~D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées.~~

~~tionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente.~~

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

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

~~D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogeant aux conditions générales de vente.~~

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

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles

applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L.441-6 ; **Est abusif tout délai de règlement supérieur au délai maximal prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-6 et notamment le fait pour le débiteur de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture, allongeant ainsi le délai de règlement effectif.**

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L.441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.

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

- a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
 - b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
 - c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.
- d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.**

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

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

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la

juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites **et** demander la répétition de l'indu. **Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros.** Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant, évalué par la juridiction, des sommes indûment versées.

La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

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

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

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

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

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

II. – Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.

Article L 442-9 du Code de commerce :

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle telle que définie par l'article L. 611-4 du code rural, des prix de première cession abusivement bas pour

des produits figurant sur la liste prévue à l'article L. 441-2-1 du présent code.

Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits **et les produits alimentaires de consommation courante à base de céréales dont le coût de fabrication est fortement dépendant de l'évolution des cours des matières premières agricoles susvisées.** Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixées par décret.

Le III et le IV de l'article L. 442-6 sont applicables à l'action prévue par le présent article.

Présentation des principales dispositions du projet de Loi de Modernisation de l'Economie, tel que voté par l'Assemblée nationale au 17 juin 2008

Le projet de Loi de Modernisation de l'Economie, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale le 17 juin 2008, lève définitivement le voile à présent sur le nouveau cadre législatif des relations industrie/commerce.

Les dispositions concernant les pratiques restrictives de concurrence visées sous le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, telles qu'elles ressortent des articles 6, 21, 22 et 23 du projet de loi adopté par l'Assemblée, sont les suivantes :

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

L'article 6 du projet de loi vise à plafonner à 45 jours fin de mois ou 60 jours calendaires date d'émission de facture le délai de paiement convenu entre les entreprises, sous réserve bien entendu des délais réglementaires qui existent d'ores et déjà aujourd'hui sous l'article L.443.1 du Code de com-

merce pour les produits alimentaires périssables, le bétail sur pied et la viande fraîche dérivée, les boissons alcooliques, le poisson surgelé, etc., à doubler les intérêts minimaux dus en cas de retard et à renforcer la sanction civile pour dépassement du délai de paiement.

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

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

Ce texte prévoit également la possibilité d'étendre par décret à l'ensemble d'un secteur professionnel les accords qui auraient été conclus par les organisations professionnelles du secteur en cause, en vue de réduire les délais de paiement en dessous des nouveaux plafonds. Il est également prévu des dérogations exceptionnelles par accord interprofessionnel pour une durée limitée, sans pouvoir excéder le 31 décembre 2011, lorsque des situations objectives liées à des secteurs économiques le justifieront ; ces accords interprofessionnels devront être conformes à des critères qui seront définis réglementairement et après avis du Conseil de la concurrence.

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

PRINCIPE	EXCEPTION
<p>▪ 45 jours fin de mois</p> <p>ou</p> <p>▪ 60 jours date d'émission de facture ou date de réception des marchandises pour les DOM.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Les organisations professionnelles d'un secteur peuvent conclure un accord réduisant ces délais de paiement. Ils peuvent également proposer de retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service comme point de départ de ce délai. Un décret peut étendre ce nouveau délai à tous les opérateurs d'un secteur ou valider le nouveau mode de computation et l'étendre à tous les opérateurs concernés. ▪ 30 jours émission de la facture pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane. ▪ Des accords interprofessionnels d'un secteur donné peuvent convenir de délais de paiement supérieurs si : <ul style="list-style-type: none"> • raisons économiques objectives ; • réduction progressive vers le délai légal et application d'intérêts de retard en cas de non respect de l'objectif ; • durée limitée (l'accord ne doit pas dépasser le 1^{er} janvier 2012). ▪ Accords validés par décret après avis du Conseil de la concurrence.

© Juin 2008 - Tous droits réservés

MG Avocats - Meffre & Grall

✓ **Conditions générales de vente et tarifs :**

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

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

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

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

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

Pour notre part, nous demeurons sceptiques sur cette baisse des prix qui pouvait intervenir sans une telle loi et sur la « *liberté de négociation* » des tarifs car pour négocier des tarifs, il faut être deux ; or, pour bon nombre de fournisseurs, il s'agira de demandes unilatérales des distributeurs qui exigeront de leurs fournisseurs des dégradations tarifaires auxquelles ils ne pourront pas résister et qui économiquement parlant seront très difficiles à supporter !

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

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

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

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

Le nouveau texte matérialise ainsi un déséquilibre significatif entre industriels / fournisseurs et distributeurs/acheteurs.

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

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

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

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

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

✓ **Les conditions particulières de vente n'auront plus à être motivées !**

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

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

✓ **La coopération commerciale est étendue aux négociants/grossistes !**

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

✓ La convention annuelle devra préciser l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation et s'agissant de la coopération commerciale, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elle se rapporte !
Elle devra également indiquer les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale.

La convention cadre ou unique annuelle devra continuer à prévoir les mêmes éléments contractuels que sous l'empire de la loi Chatel au titre de la coopération commerciale.

En revanche, les contreparties financières aux services distincts, autrement dit leur rémunération, n'auront plus à être précisées dans la convention annuelle !

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

En soi, le nouveau texte pourrait ne pas être une mauvaise chose car son objectif est de donner au juge du commerce la possibilité de condamner un abus sans avoir préalablement à constater - ce qui induit pour le fournisseur d'en apporter la preuve - un état de dépendance économique, ce qui est extrêmement difficile aujourd'hui au vu des conditions devant être satisfaites et appréciées au regard de la pratique décisionnelle très stricte du Conseil de la concurrence. Pour autant, le nouveau texte a de fortes chances de se retrouver inapplicable pour les raisons suivantes :

- Ce texte sera très difficilement applicable sur le fond :

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

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

Ce déséquilibre significatif renvoie en fait au droit des obligations bien connu des civilistes, mais parfaitement inadapté au droit commercial, et en l'espèce à la négociation commerciale, compte tenu de ce que le juge du commerce, même s'il s'agit d'une juridic-

tion spécialisée, devra systématiquement replonger, à tout le moins, dans les dispositions de l'article 1108 qui définit les conditions de validité de toute convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige, en l'espèce, le fournisseur d'un côté et le distributeur de l'autre, sa capacité de contracter, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et une cause licite dans l'obligation.

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

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

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

- Ce texte sera inapplicable en pratique :

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

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

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

* * *

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

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

Des mesures de publication et d'affichage des décisions, mais aussi des astreintes viennent compléter le dispositif judiciaire. Ce dernier sera mis en œuvre par des juridictions spécialisées, dont la désignation est renvoyée à l'adoption d'un décret et qui pourront consulter pour avis la CEPC.

Les juridictions seront spécialisées, ce qui sera une très bonne chose, ainsi que cela est le cas pour les pratiques d'entente ou d'abus de position dominante aux termes de l'article L.420-7 du Code de commerce.

✓ L'obligation de mentionner la rémunération des services distincts sur la facture du fournisseur.

On se souvient que dans l'un des dernier **Flash Concurrence** consacré à l'avant projet de loi soumis au Conseil d'Etat, nous avons critiqué la disparition des services distincts de la convention annuelle prévue par les lois Dutreil et Chatel au profit de leur remontée sur facture en tant que réductions de prix.

Aujourd'hui, force est de constater que les services distincts sont maintenus au sein de la convention annuelle de l'article L.441-7 du Code de commerce ; c'est une bonne chose !

Mais attention ! Ces services distincts devraient être rémunérés sous forme de réductions de prix portées obligatoirement sur la facture du fournisseur. Il s'agit là d'un compromis entre leur disparition pure et simple et leur maintien dans le contrat annuel de l'article L.441-7 précité, mais avec obligation de mentionner leur contrepartie financière sur les factures des industriels et fournisseurs de manière générale.

Cette nouvelle obligation ne devrait pas aller sans susciter de vraies interrogations, à commencer en matière fiscale.

Comment peut-on considérer qu'un service qui est rendu par un distributeur à un fournisseur, qui fait aujourd'hui l'objet d'une facture du distributeur qui est le prestataire de service, pourrait-il être rémunéré demain sous forme de remise ou de ristourne et donc être mentionné sur la facture du fournisseur ?

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

*«Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la SA SOMAGRI, qui exerce notamment une activité de négoce de produits phytosanitaires dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive conclu avec la société Monsanto, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, sur la période allant du 1^{er} janvier 1986 au 31 décembre 1987 ; **que le vérificateur estimant que les rabais et ristournes consentis par la société Monsanto sur la vente de ses produits rémunéraient des prestations de services que lui rendait la SA SOMAGRI, a réintégré ces réductions des prestations de prix dans la base d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée due par la SA SOMAGRI ; que la SA SOMAGRI, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 Juin 1999 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a annulé les articles 2 et 3***

du jugement du 14 mai 1994 du tribunal administratif de Versailles lui accordant la décharge des compléments de taxe sur la valeur ajoutée et des intérêts de retard demeurant en litige auxquels elle a été assujettie pour la période allant du 1^{er} janvier 1986 au 31 décembre 1987 à raison des redressements en cause, et remis à sa charge lesdits compléments de taxes et intérêts.

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

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

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

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

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

De toutes les façons, pourrait-on considérer qu'un opérateur économique qui souhaiterait en 2009

conclure un contrat de prestation de services, que nous ne qualifierions pas de distincts, avec l'un de ses clients ou fournisseurs serait sanctionnable ?

Nous ne le pensons pas !

Rien n'interdirait a priori et selon les termes actuels du projet de loi à un fournisseur et à un distributeur et ce, notamment dans le cadre d'une relation «*B to B*», de convenir de prestations de services dans le cadre d'un contrat de prestations de services rémunérées sous une forme forfaitaire ou proportionnelle, avec émission d'une facture par le prestataire de service.

Vaste débat en perspective !

Ce qui est certain en revanche, c'est que les règles de facturation ne devraient pas être assouplies, à moins que le sénat n'accepte de réduire la voilure de l'article L.441-3 du code de commerce, en intégrant la possibilité de facturer un prix net («prix négocié») sur la facture, ce que l'Assemblée n'a pas fait à ce jour. Or, exiger des fournisseurs la mention des contreparties financières sur leurs factures représente un surcroît de formalisme et une potentialité accrue de sanctions pénales pour eux. En outre, l'article L.441-3 du Code de commerce n'étant pas modifié a priori, ceci induit que la dénomination de la réduction de prix accordée en contrepartie du service rendu par le distributeur soit portée sur facture, ainsi que son taux, avec individualisation des différentes contreparties financières !

Là aussi vaste débat en perspective ; serait-ce un retour à la bonne vieille «*facturologie*» ?

La LME vient également modifier les Titres II et III du Livre IV du Code de commerce, avec tout particulièrement la création d'une grande (haute) autorité de concurrence.

✓ La création d'une nouvelle Autorité de concurrence

L'organisation actuelle des autorités de concurrence en France résulte de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté de la concurrence : une administration du ministère chargé de l'économie, la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) réalise les enquêtes nécessaires à la détection des pratiques anticoncurrentielles ; le Conseil de la concurrence exerce les pouvoirs d'instruction et de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Par ailleurs, le Ministre de l'économie dispose - **seul** - du pouvoir de décision en matière de concentrations, la DGCCRF effectuant l'instruction des dossiers. Le Conseil peut être saisi pour avis par le ministre sur les opérations de nature à porter atteinte à la concurrence – 17 avis jusqu'à ce jour, ce qui est très peu.

Une nouvelle Autorité nationale de la concurrence aux pouvoirs étendus et aux moyens accrus sera

ainsi créée pour renforcer la régulation concurrentielle des marchés.

Elle se verra ainsi confier le soin d'examiner toutes les demandes d'autorisation en matière de concentrations et exercera par ailleurs les compétences actuelles du Conseil de la concurrence avec des moyens et des pouvoirs élargis ; elle disposera de ses propres enquêteurs.

A cet égard, il sera essentiel pour le respect des droits de la défense que les décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles soient prises en toute indépendance par rapport aux personnes qui instruiront les dossiers. Il conviendra également que les mêmes personnes ne puissent pas siéger en formation consultative, puis en formation répressive.

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

La prochaine **Lettre du Cabinet** sera notamment consacrée à la création de cette Autorité de la concurrence à l'instar de ce qui existe dans d'autres Etats membres de l'Union européenne (l'OFT pour le Royaume Uni et le Bundeskartellamt pour l'Allemagne, à titre d'exemple) !

Version consolidée des articles de la Loi de modernisation de l'économie (certaines dispositions prévues par la LME ne sont pas codifiées à ce jour dans le Code de commerce ! Le texte ci-dessous reproduit donc l'intégralité des dispositions concernant les relations Industrie/Commerce et la création d'une Autorité de concurrence)

Délais de paiement :

Article 6:

I. – L'article L.441-6 du code de commerce est ainsi modifié :

1° Après le huitième alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

«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».

«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 sont conclus à cet effet par leurs organisations professionnelles. Un décret peut étendre le nouveau délai maximum de paiement à tous les opérateurs du secteur ou, le cas échéant, valider le nouveau mode de computation et l'étendre à ces mêmes opérateurs» ;

2° Au début du neuvième alinéa, les mots :

«Contrairement aux dispositions de l'alinéa précédent » sont remplacés par les mots : «Nonobstant les dispositions précédentes» ;

3° Dans la deuxième phrase du dixième alinéa, les mots :

«une fois et demie» sont remplacés par les mots : «trois fois» et le chiffre : «7» est remplacé par le nombre : «10» ;

4° Dans le dernier alinéa, les mots : « neuvième » et « dixième » sont remplacés respectivement par les mots : «onzième» et «douzième».

II. – Le 7° du I de l'article L.442-6 du même code est complété par une phrase ainsi rédigée :

«Est abusif tout délai de règlement supérieur au délai maximal prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-6, et notamment le fait pour le débiteur de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture, allongeant ainsi le délai de règlement effectif».

III. – Le 1° du I ne fait pas obstacle à ce que des accords interprofessionnels dans un secteur déterminé définissent un délai de paiement maximum supérieur à celui prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-6 du code de commerce, sous réserve :

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

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

3° Et qu'il soit limité dans sa durée et ne puisse dépasser le 1^{er} janvier 2012.

Ces accords sont reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis du Conseil de la concurrence.

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

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

VI. – (nouveau) – Pour les livraisons de marchandises qui font l'objet d'une importation sur le territoire fiscal des départements et des collectivités d'outre-mer, le délai prévu au

1° du I est décompté à partir de la date de réception des marchandises.

Article 6 bis :

I. – Après l'article L.441-6 du code de commerce, il est inséré un article L.441-6-1 ainsi rédigé :

«Art. L.441-6-1. – Les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités définies par décret».

«Ces informations font l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes dans des conditions fixées par ce même décret. Le commissaire aux comptes adresse ledit rapport au ministre chargé de l'économie s'il démontre, de façon répétée, des manquements significatifs aux prescriptions des neuvième et dixième alinéas de l'article L.441-6».

II. – Le présent article entre en vigueur pour les exercices comptables ouverts à compter du 1^{er} janvier 2009.

Conditions catégorielles de vente / Conditions particulières de vente / Négociabilité des conditions générales de vente / Suppression de la discrimination abusive / Coopération commerciale / services distincts :

Article 21 :

I. – Les sixième et septième alinéas de l'article L.441-6 du code de commerce sont remplacés par les dispositions suivantes :

«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 ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie».

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

II. – Le I de l'article L.441-7 du code de commerce est ainsi modifié :

1° A (nouveau) Dans le 2°, les mots : «aux consommateurs» sont supprimés ;

1° Le 3° est complété par une phrase ainsi rédigée :

«Les contreparties financières correspondant à ces services figurent sur les factures du fournisseur» ;

2° Les cinquième et sixième alinéas sont remplacés par trois alinéas ainsi rédigés :

« Cette convention est établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application. S'agissant de la coopération commerciale mentionnée au 2° et des services distincts mentionnés au 3°, elle précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation. S'agissant de la coopération commerciale, elle précise, en outre, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent.

« Elle indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix convenu à l'issue de la négociation commerciale ».

« La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er 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 ».

III. – Le deuxième alinéa de l'article L.441-2-1 du code de commerce est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier ».

Article 22 :

I. – L'article L.442-6 du code de commerce est ainsi modifié :

1° Le 1° du I est abrogé ;

2° Les *a* et *b* du 2° du I deviennent respectivement les 1° et 2° du I ;

3° Le 2° du I, tel qu'il résulte du 2° du présent article, est ainsi rédigé :

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

4° Le 4° du I est ainsi rédigé :

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

5° Après le *c* du II, il est inséré un *d* ainsi rédigé :

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

6° Dans le deuxième alinéa du III, après les mots : « contrats illicites », la virgule est remplacée par le mot : « et » ;

7° Après les mots : « répétition de l'indu », la fin de la

deuxième phrase du deuxième alinéa du III est supprimée ;

8° Après la deuxième phrase du deuxième alinéa du III, sont insérées deux phrases ainsi rédigées :

« Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant, évalué par la juridiction, des sommes indûment versées ».

9° Le III est complété par quatre alinéas ainsi rédigés :

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

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

« Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret ».

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

10° Dans le IV, les mots : « la cessation des pratiques discriminatoires ou » sont remplacés par les mots : « au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques ».

II. – Les juridictions qui, à la date d'entrée en vigueur du décret mentionné au cinquième alinéa du III de l'article L.442-6 du code de commerce, sont saisies d'un litige relatif à cet article restent compétentes pour en connaître.

Création d'une Autorité de concurrence :

Article 23 :

Le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la modernisation de la régulation de la concurrence.

1. Ces dispositions ont pour objet de transformer le

Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence disposant :

- a) De compétences élargies en matière de contrôle des concentrations économiques, de pratiques anticoncurrentielles et d'avis sur les questions de concurrence ;
- b) De moyens d'investigation renforcés ;
- c) D'une composition, d'une organisation et de règles de fonctionnement et de procédure réformées ;

d) D'une capacité étendue d'agir en justice;

2. Elles ont également pour objet de mieux articuler les compétences de cette nouvelle autorité administrative indépendante et celles du ministre chargé de l'économie. Cette ordonnance est prise dans un délai de six mois à compter de la date de publication de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de cette ordonnance.





Admissibilité des preuves devant le Conseil de la concurrence et droit à un procès équitable : La mise au point de la Cour de Cassation

Par *Nathalia Kouchnir-Cargill*

On se souviendra que par sa décision n°05-D-66 du 5 décembre 2005 relative à la saisine de la Sarl *Avantage* à l'encontre de pratiques mise en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, le Conseil de la concurrence avait sanctionné les sociétés *Philips France*, *Sony France* et *Panasonic* pour avoir mis en place en 1997 et 1998 des ententes verticales sur les prix avec leurs distributeurs.

La procédure avait été initiée par la société *Avantage* spécialisée dans la vente au détail de produits bruns, laquelle estimait rencontrer des difficultés avec certains fournisseurs au motif qu'elle pratiquait des prix discount ne correspondant pas aux prix conseillés par ceux-ci.

L'une des spécificités de cette affaire résidait dans le fait que le responsable de la société *Avantage* n'avait pas craint d'enregistrer secrètement sur cassettes audio les conversations téléphoniques qu'il avait eues avec les différents représentants des fournisseurs concernés puis en avait assuré une retranscription écrite approximative, pour ensuite remettre l'ensemble de ces éléments au Conseil de la concurrence aux fins d'étayer sa plainte.

Un débat s'était donc instauré devant le Conseil sur la légitimité et la recevabilité de tels moyens de preuve constitués d'enregistrements téléphoniques effectués à l'insu des correspondants en cause.

Les fournisseurs avaient demandé qu'il soit fait application de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation se référant à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour considérer que ne sont pas admissibles les moyens de preuve obtenus de manière déloyale, ce qui est le cas d'enregistrements téléphoniques effectués à l'insu des interlocuteurs concernés.

Les parties défenderesses contestaient d'autre part qu'il puisse être fait application de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation reposant sur l'article 427 du Code de Procédure Pénale, laquelle considère qu'il n'y a pas lieu d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, laissant le soin au juge répressif d'en apprécier la valeur probante.

Le débat ainsi posé consistait donc à déterminer si les conditions de recevabilité des preuves devant le Conseil de la concurrence doivent être appréciées selon les règles du procès civil ou selon celles du

procès pénal, les solutions étant sensiblement différentes dans les deux cas.

Nous rappellerons que ce débat tient au fait qu'il n'existe aucun texte dans le Code de commerce traitant de la question de la preuve devant le Conseil de la concurrence.

De manière générale d'ailleurs, les règles régissant la procédure devant le Conseil de la concurrence restent assez succinctes, ce qui amène régulièrement cette autorité administrative indépendante à s'interroger sur ses propres règles de procédure.

Si certains principes directeurs du procès civil ont parfois été appliqués à la procédure devant le Conseil tels que les principes généraux des droits de la défense et de la contradiction, il a été toujours considéré que les règles du procès civil telles que posées par le Code de Procédure Civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil.

Par ailleurs, les règles régissant la procédure pénale ne s'appliquent pas non plus à la procédure devant le Conseil même s'il n'est pas rare de voir celui-ci, sans les appliquer directement, s'y référer expressément.

La question restait donc entière quant à la recevabilité des preuves obtenues déloyalement, ce qui explique certainement les longs développements que le Conseil de la concurrence a consacré à son raisonnement sur ce point. Celui-ci l'a finalement amené à considérer que même si l'article 427 du Code de Procédure Pénale n'est pas applicable à la procédure suivie devant lui, il existe de fortes raisons de s'inspirer des règles qui gouvernent la preuve devant le juge répressif, notamment en ce que le Conseil exerce une mission essentiellement punitive ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique.

Il est clair que pour le Conseil, la fin justifie les moyens, le Conseil se référant d'ailleurs expressément à l'efficacité qui doit présider à son action, tout en prenant malgré tout le soin de poser quelques limites telles que l'obligation de respecter le principe de loyauté dans la recherche des preuves pour les enquêteurs et le rapporteur en charge de l'instruction, le fait de ne reconnaître dans les enregistrements sonores que des indices ou des commencements de preuve pouvant être contredits et enfin, la nécessaire soumission de ces éléments de preuve au débat contradictoire.

Le raisonnement du Conseil de la concurrence était

certes séduisant et fort argumenté mais il n'en demeurait pas moins qu'à la lecture de sa décision et de la litanie des propos tenus au téléphone par les représentants des fournisseurs enregistrés à leur insu, on ne pouvait que ressentir un certain malaise, voire être tout simplement choqué par cette atteinte manifeste aux principes d'équité et de loyauté.

La Cour d'appel de Paris avait quant à elle, dans son arrêt du 19 juin 2007, fait siens les arguments du Conseil de la concurrence et estimé que c'était à bon droit que le Conseil, bénéficiant d'une autonomie procédurale, avait estimé que les enregistrements en cause ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale, qu'ils étaient donc recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il appartenait seulement au Conseil d'en apprécier la valeur probante.

La Cour confirmait ainsi que le Conseil de la concurrence pouvait parfaitement se fonder sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ses poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue pour déclarer recevables les éléments de preuve produits par la société plaignante.

La Cour de cassation vient, dans un arrêt du 3 juin 2008, de contredire sèchement tant le Conseil de la concurrence que la Cour d'appel de Paris en estimant que celle-ci, par son raisonnement susvisé, a tout simplement violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

On peut certes regretter que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'occasion de préciser plus clairement quelles sont les règles devant guider la preuve devant cette autorité administrative indépendante qu'est le Conseil de la concurrence, mais on ne peut cependant qu'être satisfaits de voir ainsi imposer dans cette enceinte certaines règles de loyauté dans le débat, même s'il n'est pas à proprement parler «judiciaire».

L'arrêt de la Cour de cassation est bref, mais le principe est clair :

⇨ Les preuves utilisées devant le Conseil de la concurrence pour constituer le faisceau d'indices graves, précis et concordants caractérisant une infraction aux règles de concurrence doivent avoir été obtenues licitement et de manière loyale sous peine d'être considérées irrecevables.





Contrat international de distribution exclusive et détermination du tribunal compétent

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Par deux arrêts récents, l'un du 5 mars 2008 (n°06-21-949) et l'autre du 16 avril 2008, (n°07-14-697), la 1ère Chambre Civile de la Cour de Cassation confirme les règles de détermination du tribunal compétent en cas de litige entre un fournisseur et son distributeur exclusif, chacune des parties ayant son siège dans un Etat de l'Union Européenne.

Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2008 étaient les suivants :

- La société française Fascom Internationale fut le distributeur exclusif sur le territoire de l'île de la Réunion de 1996 à 2003 de cigarettes de marque «Rally», cigarettes fabriquées par la société grecque IPG.

IPG ayant résilié le contrat de distribution exclusive de Fascom, le 4 juin 2004, la société Fascom avait assigné IPG en paiement de dommages et intérêts saisissant pour cela les juridictions de l'île de la Réunion.

La Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion par arrêt du 28 décembre 2006 avait déclaré incompétente la juridiction saisie aux motifs que :

«L'obligation servant de base à la demande consiste à la délivrance par la société IPG des marchandises qui lui ont été commandées ; que les factures produites par la société Fascom font état de ventes CIF mettant à la charge du vendeur le coût de l'assurance et du fret, mais pour lesquelles l'obligation de délivrance est remplie au moment de la remise de la marchandise à l'embarquement ; qu'ainsi le lieu d'exécution des obligations est bien situé en Grèce».

En statuant de la sorte, la Cour d'appel estimait :

- que le contrat de distribution exclusive était en réalité assimilable à un contrat de vente ;
- que le Règlement CE n°44/2001 dit «Règlement de Bruxelles» devait s'appliquer dans ses dispositions relatives au contrat de vente.

Or, dans l'autre espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2008 (n°06-21-949), la Cour d'appel de Grenoble dont l'arrêt a été déféré à la censure de la Cour de cassation avait statué en sens contraire.

En effet, dans cette affaire, une société allemande Wolman avait confié la distribution exclusive en France de ses produits à une société française Cecil.

Le 7 mai 2002, la société Wolman avait rompu ses relations contractuelles avec la société Cecil qui

avait assigné la première en réparation du préjudice subi devant le Tribunal de commerce de Vienne (Isère).

La Cour d'appel de Grenoble avait déclaré compétente la juridiction saisie en application du Règlement de Bruxelles et en considérant que le contrat de distribution avait la nature d'un contrat de fourniture de services en France.

Ainsi dans ces deux espèces, la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation avait-elle donc à se prononcer :

- sur la nature juridique d'un contrat de distribution exclusive (contrat de vente ou contrat de fourniture de services) ;
- sur les conditions d'application du Règlement de Bruxelles.

Il sera ici rappelé que le Règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000 «concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale» (dit Règlement de Bruxelles)» prévoit en son article 5 les dispositions suivantes :

«Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre :

- 1°) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu ou l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ;
- b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :
 - pour la vente de marchandises, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,
 - pour la fourniture de services, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;
- c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas;».

L'on comprend, à la lecture de ces dispositions du Règlement de Bruxelles, l'intérêt qu'avaient les Cours d'appel saisies dans chacune des deux affaires à qualifier de contrat de vente ou de contrat de fourniture de services le contrat de distribution exclusive afin de déterminer quelle était l'obligation qui servait de base à la demande et ainsi connaître le tribunal territorialement compétent.

N'inclinant pas vers la pente la plus douce, la Cour de cassation ne céda pas à la facilité et sanctionna dans ces deux arrêts les Cours d'appel qui avaient statué pourtant en sens contraire.

Dans le premier arrêt du 5 mars 2008, la Cour de cassation se contenta de censurer la Cour d'appel de Grenoble en considérant «*qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services*», la Cour d'appel avait violé l'article 5-1 b) du Règlement de Bruxelles.

Par cette motivation minimaliste, la Cour de cassation laissait quelque peu sur sa fin les béotiens du droit international privé : comment dans ces conditions connaître le tribunal compétent ?

La Cour de cassation, dans le second arrêt du 16 avril 2008, va être plus prolixe en explications.

La Cour de cassation considère dans cet arrêt que le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de vente.

Dès lors le contrat de distribution exclusive n'étant ni un contrat de prestation de services, ni un contrat de vente, la Cour de cassation nous indique dans cet arrêt «*qu'en application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la loi compétente est celle du pays où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique*».

Ainsi, en l'espèce, dans le cas de la société française Fascom distribuant dans l'île de la Réunion des cigarettes produites par une société grecque, la prestation caractéristique consiste à «*assurer l'exclusivité de la distribution des produits à la partie française*».

La Cour de cassation considère donc que dans un contrat de distribution, la fourniture du produit par le fournisseur est la prestation caractéristique.

Dans l'affaire déférée, la Cour de cassation décide donc qu'il appartenait au juge français de recher-

cher, selon la loi grecque applicable, le lieu où l'obligation servant de base à la demande s'exécutait, pour déterminer la compétence internationale.

⇒ **En conséquence, nous voici doté du Vademecum de la détermination du tribunal compétent en cas de contrat de distribution exclusive entre deux parties domiciliées dans un Etat membre de l'Union Européenne :**

1°) en matière contractuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée [Règlement de Bruxelles art. 5-1 a)];

2°) le contrat de distribution exclusive n'étant ni un contrat de vente, ni un contrat de fourniture de services,

3°) en application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, la loi compétente est celle du pays où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique ;*

4°) dans un contrat de distribution internationale, le juge français considère que la fourniture du produit par le fournisseur constitue la prestation caractéristique ;

5°) c'est donc en application de la loi du pays dans lequel le fournisseur a son siège que le juge français déterminera le lieu où l'obligation servant de base à la demande s'exécutait afin de déterminer la compétence internationale.

En conclusion, la stipulation d'une clause attributive de juridiction dans tout contrat de distribution n'apparaît pas dénuée d'intérêt...





Une haute définition pour la non-conformité contractuelle : Cassation Civile I - 7 mai 2008

Par Thomas Lamy

C'est une décision de principe fort intéressante qu'a rendue la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation, le 7 mai 2008, s'agissant de la notion même de conformité contractuelle, rapportée, qui plus est, au domaine mouvant des hautes technologies à évolution rapide.

Pour mémoire, on rappellera que l'article 1604 du Code civil fait peser sur le vendeur l'obligation de délivrer à l'acheteur un bien conforme à ce qui a été convenu, à défaut de quoi il engage sa responsabilité contractuelle.

En l'espèce, un particulier avait acquis, auprès d'un détaillant spécialisé, un téléviseur, sur lequel figurait l'indication «*prêt pour la H.D.*», c'est-à-dire pour la Haute Définition.

En l'occurrence, il s'agissait là d'une information totalement exacte au vu des caractéristiques techniques intrinsèques du téléviseur en cause, puisque celui-ci disposait bien des fonctionnalités nécessaires à la restitution d'une image dans les conditions de la Haute Définition, s'agissant notamment de la définition de l'image, supérieure à 720 lignes, du format de l'écran, des conditions de restitution des contenus, etc.

La difficulté juridique examinée par le juge avait pour origine une cause extrinsèque, à savoir, l'adoption, au mois de janvier 2005, par une association professionnelle regroupant les entreprises du secteur des technologies de l'information et de l'industrie électronique, d'un système de cryptage dénommé «*HDCP*», lequel a pour but d'empêcher la copie non autorisée des contenus multimédias.

L'adoption de ce protocole était, en outre, accompagné du lancement d'un label dénommé «*HD READY*», destiné à identifier les équipements Haute Définition permettant la restitution des contenus protégés par le protocole «*HDCP*».

En l'espèce, le particulier avait acquis son téléviseur au mois de janvier 2004, soit un an avant l'adoption du protocole «*HDCP*» et du lancement du logo «*HD READY*».

La question qui se posait par conséquent était celle de savoir si un juge pouvait, en alléguant notamment, en l'occurrence, les connaissances technologiques évidentes du fabricant, déplacer la question de l'appréciation de la conformité contractuelle de la date de l'achat, à un événement postérieur à l'achat.

La question était d'importance car, pour la Cour de cassation, le fait d'admettre que le défaut de conformité puisse être apprécié postérieurement au jour de la délivrance du bien, serait revenu à admettre la théorie de l'imprévision, laquelle est condamnée, de

manière constante, par la jurisprudence judiciaire, au non du respect de la force obligatoire des conventions.

C'est précisément sur cette voie dangereuse que ne s'engage pas la Première Chambre Civile, aux termes d'une décision qui paraît conforme à la plus extrême orthodoxie juridique :

*«Attendu que pour prononcer la résolution de la vente, le jugement énonce que l'acceptation "**Prêt pour la Haute Définition**" sans aucune précaution, ni restriction sur les techniques à venir emporte le risque pour le vendeur et le fabricant de se voir reprocher la non-conformité du matériel avec la Haute Définition telle qu'elle a été mise sur le marché [...] ; qu'il appartenait [au fournisseur et au distributeur], comme professionnels, d'avertir les consommateurs que le matériel mis sur le marché n'était pas prêt pour la technicité à venir [...] ;*

Qu'en statuant ainsi quand, sauf stipulation contraire, le défaut de conformité doit s'apprécier au regard des données techniques connues ou prévisibles au jour de la vente et ne peut résulter d'une inadéquation de la chose vendue à des normes ultérieurement mises au point et découlant de l'évolution de la technique, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés [la cassation est encourue].»

En conséquence de quoi, la Première Chambre Civile casse, sans renvoi, le jugement rendu, le 9 octobre 2006, par la juridiction de proximité de Grenoble qui avait été saisie en première instance.

⇒ **De cet arrêt important, on retiendra donc, en conclusion, une confirmation et une mise à jour de la jurisprudence antérieure, au premier rang de laquelle l'affaire dite du Canal de Craponne, à l'occasion de laquelle la Cour de cassation avait décidé que «dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable ne puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants» ; [Cassation, civ., 6 mars 1876, GAJC, 11^{ème} éd, n°163].**

Plus prosaïquement, on retiendra, également, que les attentes déçues d'un acheteur, qu'elles soient légitimes ou non, ne procèdent pas forcément d'un défaut de conformité au sens de l'article 1604 du Code civil.





Un rappel par la Cour de Justice de certains principes applicables en matière de légalité des peines et de proportionnalité dans la fixation du montant des amendes

Par Benoît Laurin

La société EVONIK DEGUSSA GmbH avait été condamnée par la Commission aux termes d'une décision 2003/674/CE, au titre de l'article 81CE, à une amende de 118.125.000 euros pour participation à un ensemble d'accords et de pratiques concertées dans le secteur de la méthionine¹.

Le TPICE avait rejeté partiellement le recours formé par EVONIK DEGUSSA GmbH en réfutant ses moyens conduisant à l'annulation de la décision de la Commission, mais avait en revanche procédé à une réduction de l'amende².

La société EVONIK DEGUSSA GmbH a alors demandé l'annulation de l'arrêt du Tribunal de Première Instance en faisant valoir plusieurs moyens de droit, parmi lesquels :

- une interprétation erronée du principe de légalité des peines (1),
- ainsi qu'une violation du principe de proportionnalité et de l'obligation de motivation lors de la fixation du montant de l'amende (2).

Cette affaire a été rendue sous l'empire du Règlement 17, applicable à l'époque des faits, auquel s'est substitué entre temps le Règlement 1/2003³.

1. DEGUSSA soutenait en premier lieu que le principe de légalité des peines supposait que «la norme prévoyant une sanction soit suffisamment précise» et ne laisse pas cette tâche à l'organe chargé d'appliquer le droit.

Elle soutenait par ailleurs qu'en application du Règlement 17, l'analyse effectuée par le Tribunal selon laquelle le Règlement 17 «contient un plafond chiffrable et absolu permettant de déterminer à l'avance le montant maximal de l'amende» est purement et simplement erronée.

Elle soutenait d'autre part que le plafond est fonction du chiffre d'affaires qui peut à tout moment varier de manière significative et que l'exercice déterminant pour le calcul du plafond du montant de l'amende n'avait pas été précisé de manière explicite, conduisant ainsi à un pouvoir discrétionnaire conféré à la Commission par le Règlement 17 dans sa décision d'infliger ou non une amende.

La Cour de Justice rappelle que :

« le principe de légalité des peines qui fait partie des principes généraux du droit communautaire se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres a également été consacré par différents traités internationaux et notamment à l'article 7 de la CEDH ».

«Ce principe exige que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ».

La Cour relève à ce propos que :

«Le Tribunal a notamment relevé à juste titre que si l'article 15, paragraphe 2, du Règlement n° 17 laisse à la Commission une large marge d'appréciation, il en limite néanmoins l'exercice en instaurant des critères objectifs auxquels la Commission doit se tenir. A cet égard le Tribunal, en se fondant sur le libellé de ladite disposition, a [...] précisé à bon droit que le montant de l'amende susceptible d'être imposé connaît un plafond chiffrable et absolu, calculé en fonction de chaque entreprise, pour chaque cas d'infraction, de sorte que le montant maximal de l'amende pouvant être infligé à une entreprise donnée est déterminable à l'avance ».

La Cour de justice approuve par ailleurs le Tribunal d'avoir tiré la conclusion selon laquelle :

« [...] un opérateur avisé peut, en s'entourant au besoin d'un conseil juridique, prévoir de manière suffisamment précise la méthode de calcul et l'ordre de grandeur des amendes qu'il encourt pour un comportement donné et le fait que cet opérateur ne puisse, à l'avance, connaître avec précision le niveau des amendes que la Commission infligera dans chaque espèce ne saurait constituer une violation du principe de l'égalité des peines ».

La Cour rappelle à cet égard que les lignes directrices de la Commission déterminent de manière générale et abstraite la méthodologie que la Commission s'est imposée aux fins de fixation du montant des amendes infligées et assurent par

(1) Affaire C.37.519 Méthionine, JO 2003, L 255, p. 1).

(2) TPICE, 5 avril 2006, T-279/02, Rec. P. II-897.

(3) Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (JO 4.1.2003, L 1/1).

conséquent la sécurité juridique des entreprises, «*permettant de développer une pratique décisionnelle connue et accessible*».

Pour cette raison, la Cour estime que le Tribunal n'a «*pas effectué une interprétation et une application erronées du principe de légalité des peines*».

2. DEGUSSA reprochait par ailleurs au TPICE d'avoir violé le principe de proportionnalité des peines qui «*exige que le montant initial de l'amende soit proportionné aux torts commis et, dès lors, impose une diminution plus importante dudit montant*».

Elle reprochait au TPICE d'avoir diminué le montant de l'amende à laquelle elle était condamnée en fonction de la gravité de l'infraction alors que la Commission n'était parvenue à démontrer un impact de l'infraction sur les prix sur 9 des 13 années de pratiques incriminées.

La Cour, après avoir rappelé qu'il ne lui appartient pas :

«lorsqu'elle se prononce sur des questions de droit dans le cadre d'un pourvoi, de substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation par celles-ci des règles du droit communautaire»,

précise qu'en application d'une jurisprudence constante, l'obligation de motivation qui incombe au Tribunal :

«n'impose pas à celui-ci d'effectuer un exposé qui suivrait de manière exhaustive et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige. La motivation peut donc être implicite, à condition qu'elle permette à la personne affectée par un arrêt de prendre connaissance des motifs de la décision du Tribunal et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle».

DEGUSSA soutenait par ailleurs que le Tribunal avait violé le principe d'égalité de traitement, en ne réduisant pas la majoration appliquée sur le montant initial de l'amende servant à conférer à cette dernière un effet dissuasif suffisant, de manière proportionnée à la différence de taille qui existe entre les sociétés DEGUSSA et AVENTIS.

Elle estimait que la majoration devait refléter la différence de taille significative entre les deux sociétés et que le TPICE n'avait pourtant réduit la majoration à l'égard de DEGUSSA que de 20 % (de 100 % à 80 % alors que son chiffre d'affaires était de plus de 33 % inférieur à celui d'AVENTIS, ainsi que le Tribunal l'avait lui-même constaté.

Elle contestait par ailleurs la motivation relative à

la possession d'une infrastructure juridico-économique en indiquant que la possession d'une telle infrastructure résulte des ressources globales de l'entreprise et donc de sa taille ; que donc le Tribunal aurait dû tenir compte de cette corrélation entre la taille et cette infrastructure.

La Cour de Justice rappelle que, si dans le cadre d'un pourvoi, elle ne peut substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, sur le montant des amendes infligées à des entreprises en raison de la violation par celles-ci du droit communautaire, en revanche,

«l'exercice d'une telle compétence ne saurait entraîner, lors de la détermination du montant desdites amendes, une discrimination entre les entreprises qui ont participé à un accord ou une pratique concertée contraire à l'article 81, paragraphe 1, CE».

Elle constate que le TPICE a décidé de réduire le taux de majoration du montant de l'amende déterminé en fonction de la gravité de l'infraction appliquée à DEGUSSA de telle sorte que ce taux reflète la différence de taille significative entre cette dernière et AVENTIS.

Elle estime que le Tribunal a considéré à juste titre que l'élément commun à AVENTIS et à DEGUSSA, à savoir la possession d'une infrastructure juridico-économique du fait de leur grande taille, justifiait que le taux de majoration ne traduise pas toute la différence entre les chiffres d'affaires de ces entreprises et qu'il n'y avait donc pas lieu de distinguer entre deux entreprises dont les chiffres d'affaires justifiaient en tout état de cause qu'elles soient qualifiées de grandes entreprises disposant d'infrastructures juridico-économiques.

Le Tribunal ayant estimé, dans l'exercice de son pouvoir de pleine juridiction, «*devoir ramener le taux de majoration à 80 % du montant de l'amende déterminé en fonction de la gravité de l'infraction infligée à DEGUSSA*», la Cour juge que cette manière de procéder est conforme aux lignes directrices que s'impose la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation pour le calcul des amendes.

Elle ajoute que «*s'il est loisible, en vue de la détermination du montant de l'amende à un niveau qui lui assure un caractère suffisamment dissuasif, de tenir compte du chiffre d'affaires de l'entreprise en cause, lequel constitue une indication, fut-elle approximative et imparfaite, de la taille de celle-ci et de sa puissance économique, il ne faut pas pour autant attribuer à ce chiffre une importance disproportionnée par rapport aux autres éléments d'appréciation et par conséquent, la fixation d'une amende appropriée ne saurait être le résultat d'un simple calcul arithmétique basé sur le chiffre d'affaires*».

Elle estime ainsi que «*le Tribunal ne saurait, par le*

recours exclusif et mécanique à une méthode de calcul arithmétique basée sur le seul chiffre d'affaires de l'entreprise, se priver de son pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la fixation du montant des amendes, lequel conduit en soi à un traitement différencié des entreprises dès lors que le Tribunal peut dans ce domaine tenir compte de multiples éléments dont notamment la possession d'infrastructures

juridico-économiques qui caractérisent les entreprises de grande taille, de sorte à garantir dans chaque cas d'espèce la pleine efficacité des règles communautaires de la concurrence».

⇒ **Ainsi le montant des amendes pouvait-il légitimement ne pas refléter la différence de chiffres d'affaires entre les deux entreprises !**





Des concertations entre producteurs de fruits et légumes approuvées par le Conseil de la concurrence

Par Louis-Gabriel Masson

Dans un avis n°08-A-07⁴ rendu le 7 mai 2008, le Conseil de la concurrence, consulté par le Ministre de l'Économie sur une nouvelle organisation économique de la filière de distribution des fruits et légumes, a considéré que l'action d'associations d'organisations de producteurs (ci-après dénommées «AOP») devait être regardée favorablement au regard du droit de la concurrence !

En particulier, le Conseil de la concurrence a considéré comme pro-concurrentiel le fait que ces AOP de fruits et légumes permettent une commercialisation en commun des produits de leurs adhérents (en prenant la forme d'AOP de commercialisation ou dans le cadre de coopératives par exemple) ou le développement d'échanges d'informations sur les volumes et sur les prix afin de limiter le caractère aléatoire de l'offre (lorsqu'elles prennent la forme d'associations dites de gouvernance laissant subsister une autonomie économique entre les producteurs qui y sont affiliés).

Le Conseil de la concurrence approuve le caractère pro-concurrentiel de ces actions, dans la mesure où elles permettent de remédier à un déséquilibre concurrentiel structurel et croissant⁵ entre fournisseurs de fruits et légumes, d'une part, et distributeurs⁶, d'autre part.

Par lettre en date du 20 février 2008, le Ministre de l'Agriculture et de la Pêche a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'organisation économique de la filière fruits et légumes résultant de textes communautaires, et notamment du règlement CE n°1182/2007 du 26 septembre 2007⁷ et du règlement CE n°1580/2007 de la Commission du 21 décembre 2007. Il a notamment souhaité savoir si les AOP dont le développement est recherché par la nouvelle organisation commune des marchés («OCM») régie par les textes communautaires précités et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 «peuvent en leur sein et avec leurs membres, en matière de volumes et de prix, à l'ins-

tar des organisations de producteurs, conduire toutes les concertations nécessaires et adopter toutes mesures de régulation jugées indispensables, y compris dans les cas où la responsabilité de la commercialisation des produits elle-même ne leur est pas transférée».

Au vu du contexte juridique marqué par la mise en place de la nouvelle OCM en matière de fruits et légumes (I), et du contexte économique marqué par le déséquilibre croissant entre producteurs de fruits et légumes et distributeurs (II), le Conseil de la concurrence s'est déclaré favorable au développement de concertations entre producteurs au sein d'AOP, tout en fixant les limites de telles pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81-1 du Traité des communautés européennes (III).

I) Un cadre légal particulier permettant une application souple du droit de la concurrence

La production et le commerce de produits agricoles font l'objet d'une réglementation spécifique au regard du droit de la concurrence. En effet les dispositions du règlement CE n°1184/2006 prévoient notamment :

■ un principe général : l'application des règles du droit de la concurrence au secteur agricole⁸,

■ mais aussi une exception concernant les accords, décisions et pratiques [...] qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché⁹.

Or le secteur des fruits et légumes est couvert par une OCM initialement instituée par le règlement CE n°2200/96¹⁰, qui a précisément pour objet de renfor-

(4) Avis n°08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes.

(5) Ce déséquilibre est dû selon le Conseil de la concurrence à des facteurs tels que l'atocité de l'offre, la puissance d'achat des distributeurs de fruits et légumes, l'inélasticité de la production et son caractère aléatoire, qui provoquent une variabilité des prix et un partage du profit entre fournisseurs et distributeurs très probablement défavorables à l'efficacité économique (cf. notamment point 75 de l'avis n°08-1-07).

(6) 74 % du chiffre d'affaires concernant la vente de fruits et légumes au détail en France est réalisé par les enseignes de la grande distribution.

(7) Règlement n°1182/2007 du 26 septembre 2007 établissant des règles spécifiques pour le secteur des fruits et légumes.

(8) Les dispositions de l'article 1^{er} du règlement CE n°1184/2006 prévoient que «les articles 81 à 86 du traité ainsi que les dispositions prises pour leur application s'appliquent à tous accords, décisions et pratiques visés à l'article 81, paragraphe 1, et à l'article 82 du traité et relatifs à la production ou au commerce [des produits agricoles], sous réserve des dispositions de l'article 2 du présent règlement».

(9) Les dispositions de l'article 2 du règlement CE n°1184/2006 prévoient que : «L'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas aux accords, décisions et pratiques (...) qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché ou qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 33 du traité [article relatif à la politique agricole commune].

Il ne s'applique pas en particulier aux accords, décisions et pratiques d'exploitants agricoles, d'associations d'exploitants agricoles ou d'associations de ces associations ressortissant à un seul État membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, à moins que la Commission ne constate qu'ainsi la concurrence est exclue ou que les objectifs de l'article 33 du traité sont mis en péril».

(10) Règlement (CE) n° 2200/96 du Conseil du 28 octobre 1996 portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes, Journal officiel n° L 297 du 21/11/1996.

cer la position des producteurs sur le marché par la création d'organisations de producteurs **[ci-après dénommée «OP»]** et d'associations d'organisations de producteurs. La dernière réforme du règlement CE n°2200/96 par le règlement CE n°1182/2007 précité avait d'ailleurs précisément pour but de confirmer le rôle essentiel confié aux organisations de producteurs dont les objectifs visent à :

- «- assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, notamment en quantité et en qualité ;
- concentrer l'offre et mettre sur le marché la production de leurs membres ;
- optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production».

Au regard du droit français et en application des dispositions de l'article L.420-4 du Code de commerce¹¹, les pratiques autorisées par la loi ou plus précisément en l'espèce par des règlements communautaires, ne tombent pas sous le coup des interdictions des ententes.

C'est dans ce contexte légal spécifique que le Ministre de l'économie a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence concernant des mesures visant à renforcer l'organisation et la position des OP et des AOP face aux distributeurs, pour tenir compte du déséquilibre économique entre les différents acteurs du marché.

II) Le déséquilibre économique entre producteurs et distributeurs de fruits et légumes

Le Ministre, comme le Conseil de la concurrence, dresse le constat d'un déséquilibre patent existant en France entre l'organisation très atomisée de la production¹² de fruits et légumes, en amont, d'une part, et le degré élevé de concentration, en aval¹³, d'autre part.

Par ailleurs le déséquilibre entre producteurs et distributeurs de fruits et légumes s'est accru de par des facteurs structurels inhérents aux caractéristiques des produits en cause et aux aléas climatiques. Les fruits et légumes sont éminemment périssables, ce qui contraint un producteur à trouver rapidement une alternative lorsqu'une grande surface refuse la livraison. Par ailleurs, l'offre est dans

une large mesure incertaine car soumise aux aléas extérieurs (climatiques, sanitaires). Ces deux facteurs empêchent les producteurs de mettre en place une gestion par les stocks permettant de lisser les prix en ajustant les quantités mises en vente.

III) La validation de concertations entre producteurs de fruits et légumes dans le cadre d'AOP, à l'exclusion d'ententes de fixation de prix

3.1. Les concertations envisagées dans le cadre de la nouvelle OCM

Afin de remédier au déséquilibre économique existant entre producteurs et distributeurs de fruits et légumes, le Ministère de l'Agriculture et de la Pêche préconise en premier lieu la concentration de l'offre par le développement d'AOP de commercialisation qui auraient pour mission :

- soit de commercialiser directement la production des producteurs vendue à des OP membres,
- soit de commercialiser la production des producteurs adhérents d'OP membres pour le compte de ces producteurs en vertu d'un mandat de commercialisation.

Mais le Ministère de l'Agriculture souhaite également développer des concertations entre producteurs de fruits et de légumes au sein d'AOP de gouvernance, n'ayant pas de mission de commercialisation mais ayant pour principales fonction :

- «- d'organiser un échange d'informations entre ses membres, notamment sur les volumes et sur les prix passés ;
- de diffuser des préconisations en matière de calendrier de production, de variétés, de volumes, de prix objectifs».

3.2 L'analyse juridique effectuée par le Conseil de la concurrence sur les propositions du Ministère de l'Agriculture

Le Conseil de la concurrence rappelle à titre préalable que la définition des marchés susceptibles d'être concernés par une éventuelle pratique anticoncurrentielle concernant des fruits et/ou des légumes, en particulier dans leur dimension géographique, peut varier d'un produit à un autre¹⁴.

Le Conseil rappelle également qu'il revient au Ministère de l'Agriculture de s'assurer, préalablement à la création d'AOP, que celles-ci n'occupent pas de position dominante, conformément aux dispositions du règlement n°1182/2007 qui dispose à son article 5 qu'une AOP ne peut être reconnue par un Etat membre que «si l'association ne détient pas une position dominante sur un marché déterminé, à

⁽¹¹⁾ L'article L.420-4 du Code de commerce prévoit que « - ne sont pas soumises aux dispositions des articles L.420-1 et L.420-2, les pratiques :

1°) qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2°) dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, (...) ».

⁽¹²⁾ 300 organisations de producteurs ont pu être dénombrées en 2007, mais elles ne concernent que 55% de la production en valeur et sont plus petites en taille que les OP existant dans d'autres grands pays producteurs de l'Union européenne.

⁽¹³⁾ La grande distribution représenterait 74% du chiffre d'affaires de la vente de fruits et légumes au détail.

⁽¹⁴⁾ Exemple dans deux décisions : le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que le marché des fraises produites dans le sud-ouest de la France (décision n°03-D-36 du 29 juillet 2003) est national, alors que le marché du chou-fleur vendu en gros est de dimension européenne (décision n°05-D-10 du 15 mars 2005).

moins que cela ne soit nécessaire à la poursuite des objectifs visés à l'article 33 du traité».

S'agissant des AOP de commercialisation, le Conseil de la concurrence retient que «*la fragilisation du secteur amont via le pouvoir de marché proche de l'oligopsonne de l'aval est susceptible, à moyen terme, d'entraîner une réduction de l'offre ou de sa diversité, nuisible au bien-être collectif*».

Aussi considère-t-il qu'«*il peut donc s'avérer bénéfique d'encourager les producteurs à se regrouper afin de peser davantage dans les relations commerciales, ce que permettent les AOP de commercialisation*», tout en rappelant¹⁵ la nécessité à ses yeux de renforcer la concurrence entre les distributeurs en aval.

S'agissant des AOP de gouvernance, le Conseil de la concurrence considère qu'elles permettraient par l'échange d'informations concernant notamment les dates d'arrivée à maturité des produits, les volumes estimés ou des préconisations en termes de démarrage de campagne, de limiter le caractère aléatoire de l'offre et donc de contribuer au progrès économique.

Par ailleurs, **le Conseil de la concurrence valide le fait que des échanges d'informations précis et fréquents sur les volumes et sur les prix puissent avoir lieu au sein de ces AOP** de gouvernance, dans la mesure notamment où les effets négatifs de ces échanges sur la concurrence seraient limités¹⁶, alors qu'ils devraient permettre de rééquilibrer le pouvoir de négociation entre producteurs et distributeurs.

⁽¹⁵⁾ Le Conseil de la concurrence fait référence à l'avis n°07-A-02 du 11 octobre 2007, dans lequel il a recommandé une réforme en profondeur de la législation concernant l'équipement commercial et prôné un contrôle des positions dominantes locales dans le secteur de la distribution.

⁽¹⁶⁾ Notamment du fait qu'une AOP reconnue ne peut par définition se trouver en position dominante, que les producteurs sont très atomisés, que le marché est caractérisé par l'absence de barrières à l'entrée et que le Ministère de l'Agriculture met déjà à la disposition des producteurs des informations très précises.

Cependant, le Conseil de la concurrence rappelle toutefois que **les AOP de gouvernance ne sauraient fixer directement les prix de vente des producteurs qui leurs sont affiliés**¹⁷, pratique qui serait à ses yeux susceptible d'être qualifiée d'entente anticoncurrentielle interdite par les dispositions des articles L.420-1 du Code de commerce et 81 TCE.

Plus généralement, le Conseil de la concurrence rappelle que lorsqu'il aura à examiner la licéité d'une pratique d'AOP susceptible de constituer une pratique d'entente anticoncurrentielle, il examinera si la pratique en cause est justifiée par les objectifs que le règlement n°1182/2007 assigne à ces structures, mais également si les conditions d'exemption de «*droit commun*»¹⁸ au titre du progrès économique, sont réunies.

⇒ **En somme, bien que tenant compte dans son avis n°08-A-07, d'une réglementation et d'un contexte économique particulier, le Conseil de la concurrence ne se départit pas des règles de droit commun du droit de la concurrence, tout en se déclarant favorable aux dispositifs législatifs dérogatoires mis en place par les pouvoirs publics !**

⁽¹⁷⁾ Le Conseil rappelle notamment que «*les informations données en matière de prix ne devaient pas avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, ce qui leur permet de fixer leurs prix, individuellement, ou collectivement lorsqu'elles agissent au travers d'une coopérative, d'une société les réunissant en tant qu'entité économique unique ou d'une association agissant sous mandat*».

⁽¹⁸⁾ L'article 81§3 TCE prévoit que les dispositions de l'article 81§1 interdisant les ententes anticoncurrentielles peuvent être déclarées inapplicables à tout accord ou pratique qui «*contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :*

- a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, et*
- b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence*».





Droit communautaire / Infraction au droit de la concurrence / Le calcul de la sanction pour une association d'entreprises pourrait se fonder sur une base élargie !

Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet

Elargissement de l'assiette de calcul des sanctions pour les organisations professionnelles – Attention !

Cette proposition se trouve dans les conclusions de l'avocat général Mazàk, présentées le 17 avril 2008, dans les affaires C-101/07 et C-110-07 (Coop. de France Bétail et Viande et a. contre Commission) devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

Dans cette affaire, la Commission avait, en avril 2003¹⁹, sanctionné sévèrement l'accord conclu entre les principales fédérations françaises du secteur de la viande bovine, qui visait notamment à assurer un prix minimal d'achat pour certaines catégories de bovin.

Le Tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE) avait, dans un arrêt du 13 décembre 2006²⁰, confirmé la décision de la Commission.

La Commission avait estimé, afin de calculer le plafond de la sanction, que «*le rapport entre le montant des cotisations annuelles perçues par chacune des fédérations agricoles et celui de la principale fédération agricole apparaît un critère objectif de l'importance relative des différentes fédérations agricoles et donc de leur degré de responsabilité propre dans la commission de l'infraction.*

Ce degré de responsabilité reflète la capacité effective des membres de chaque fédération de créer un dommage important²¹.

Pour le calcul du plafond de la sanction, le Tribunal était allé encore au-delà de ce que proposait la Commission, en redéfinissant la jurisprudence concernant la prise en compte des chiffres d'affaires des membres d'une association :

«*Cette jurisprudence n'exclut toutefois pas que, dans des cas particuliers, cette prise en compte du chiffre d'affaires des membres d'une association puisse également être possible même si cette dernière ne dispose pas, formellement, du pouvoir d'engager ses membres, au vu de l'absence de règles internes lui reconnaissant une telle capacité.* [...]

Le tribunal considère que d'autres circonstances spécifiques [...] peuvent justifier la prise en compte des chiffres d'affaires cumulés des membres de l'association en cause. Il s'agit en particulier des cas où l'infraction commise par une association porte sur les activités de ses membres et où les pratiques anticoncurrentielles en cause sont exécutées par l'association directement au bénéfice de ces derniers et en coopération avec ceux-ci, l'association n'ayant pas d'intérêts objectifs présentant un caractère autonome par rapport à ceux de ses membres [...]²²».

La base de calcul des sanctions a été ainsi élargie. En revanche, du fait des circonstances exceptionnelles de l'espèce, le montant effectif des amendes a été réduit de 70% par le TPICE, contre une réduction initiale de 60% retenue par la Commission²³.

■ Les précédentes modalités du calcul de la sanction pour les associations d'entreprises :

En ce qui concerne le calcul de la sanction pour les associations d'entreprises poursuivies et condamnées par les autorités de concurrence, on rappellera que le règlement 1/2003²⁴ dispose dans son article 23, §2, c) : «*Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10% de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association*».

La CJCE a déjà eu l'occasion d'interpréter ce règlement, en jugeant que «*[...] seule la prise en compte des chiffres d'affaires des entreprises adhérentes permet de déterminer une sanction qui soit dissuasive, ajoutant qu'il n'est pas requis à cet effet que les membres de l'association aient effectivement participé à l'infraction, mais que l'association ait, en vertu de ses règles internes, la possibilité d'engager ses membres²⁵*».

La «*possibilité d'engager ses membres*» pour une association d'entreprises apparaissait dès lors comme la condition préalable de la prise en compte du chiffre d'affaires de chaque membre dans le calcul de la sanction de l'association.

⁽¹⁹⁾ Commission européenne, 2 avril 2003, PO/ Viandes Bovines Françaises, COMP/38.279.

⁽²⁰⁾ Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 13 décembre 2006, T-217/03 et T-245/03.

⁽²¹⁾ Commission européenne, 2 avril 2003, PO/ Viandes Bovines Françaises, COMP/38.279, Considérant 170.

⁽²²⁾ Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 13 décembre 2006, T-217/03 et T-245/03, points 318 et 319.

⁽²³⁾ Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 13 décembre 2006, T-217/03 et T-245/03, point 364.

⁽²⁴⁾ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

⁽²⁵⁾ CJCE, 16 novembre 2000, Finnboard c/ Commission (C-298/98).

■ **La prise en compte des activités et des intérêts des membres dans le calcul de la sanction des associations d'entreprises :**

Le TPICE, dans l'arrêt précité de 2006 sur le prix de cession des vaches dites « de réforme », puis l'avocat général Mazàk dans ses récentes conclusions sur la même affaire, relativise cette condition. D'autres circonstances spécifiques, au-delà de l'existence de règles internes permettant à l'association d'engager ses membres, peuvent en effet justifier la prise en compte des chiffres d'affaires cumulés des membres de l'association en cause.

Le « *chiffre d'affaires* » d'une association, pour autant que cette notion ait d'ailleurs une signification cohérente pour une organisation professionnelle, ne reflète pas nécessairement sa puissance économique, ni l'influence déployée par ces membres sur le marché. Il ne peut alors servir de base pertinente pour le calcul de la sanction d'une pratique anticoncurrentielle.

Aussi pour l'Avocat général Mazàk²⁶, c'est à juste titre que le Tribunal a estimé que pouvait être pris en compte le chiffre d'affaire réalisé par les membres d'une association, « [...] **dans les cas où l'infraction commise par une association portait sur les activités de ses membres et où les pratiques anticoncurrentielles en cause étaient exécutées par l'association directement au bénéfice de ses derniers et en coopération avec ceux-ci, l'association n'ayant pas d'intérêts objectifs présentant un caractère autonome par rapport à ceux de ses membres [...]** ».

L'Avocat général raisonne en termes de puissance économique réelle de l'association, qui dépend de l'influence de ses membres sur le marché concerné.

⁽²⁶⁾ Paragraphe 58 de ses conclusions.

Il est vraisemblable que la CJCE, dans les prochaines semaines, suive le TPICE et son Avocat général, puisqu'est en jeu ici l'objectif de dissuasion poursuivi avec le prononcé d'amendes importantes infligées pour des infractions aux règles communautaires de concurrence.

La prise en compte des chiffres d'affaires des membres de l'association dans le calcul du plafond de l'amende infligée comporte des conséquences majeures pour les entreprises adhérentes de l'organisation professionnelle !

En effet, les membres d'une association condamnée doivent-ils contribuer au règlement de l'amende alors même qu'ils ne sont pas condamnés et qu'aucune règle statutaire de l'association ne les y contraint ?

Le TPICE semble apporter une réponse partielle à cette question : « *Par ailleurs, contrairement à ce que les requérantes semblent soutenir, la décision attaquée n'a pas infligé de sanctions à leurs membres de base, directs ou indirects. En effet, le fait de prendre en considération le chiffre d'affaires des membres d'une association d'entreprises dans la détermination du plafond de 10% ne signifie pas qu'une amende leur a été infligée, ni même, en soi, que l'association en cause a l'obligation de répercuter sur ses membres la charge de celle-ci [...]*²⁷.

⇒ **On voit mal pourtant comment une association professionnelle pourrait se passer de la contribution de ses membres au règlement de fortes amendes calculées... sur la base même des chiffres d'affaires de ces derniers !**

⁽²⁷⁾ Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, 13 décembre 2006, T-217/03 et T-245/03, point 343.





La Commission a publié fin mai son rapport d'évaluation sur l'application du règlement (CE) n°1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile. Une révolution s'annonce !

Par Jean-Christophe Grall

La publication de ce rapport constitue la première étape d'une procédure engagée en vue de déterminer le futur régime à appliquer au secteur automobile à l'expiration du règlement en vigueur, le 31 mai 2010.

Ce rapport est soumis à la consultation des différents tiers intéressés qui peuvent formuler des observations jusqu'au 31 juillet 2008 ; notre **Cabinet** est associé à cette démarche.

La distribution automobile pourrait s'inscrire dans le cadre du futur règlement d'exemption général des accords verticaux de distribution.

On assiste depuis ces dernières années à l'intensification de la concurrence entre constructeurs sur le marché des véhicules neufs : baisse significative des prix de certains véhicules, véhicules à prix très bas, absence de barrières majeures à l'entrée et à la sortie du marché, fluctuations importantes des parts de marché, choix plus large pour les consommateurs sur les différents segments de marché²⁸, etc.

Or pour la Commission, le règlement n°1400/2002 n'aurait eu que peu d'influence dans cette amélioration de la concurrence inter et intra-marque, qui résulte essentiellement des surcapacités de production, de l'innovation technologique et d'une intégration plus étroite des marchés.

Le rapport confirme ce que les acteurs du secteur ont observé en pratique depuis 2002 :

- L'efficacité des règles issues du règlement général d'exemption du 22 décembre 1999²⁹ qui constituent le cadre privilégié des accords de distribution ;
- L'inutilité relative par conséquent du règlement spécifique à la distribution automobile ;
- La nécessité de développer une approche fondée sur l'analyse économique des effets induits par les accords de distribution automobile.

Aussi bien, le régime applicable à la distribution automobile, aux pièces de rechange et à la répara-

tion devrait de moins en moins prendre la forme d'un nouveau règlement spécifique après 2010.

Le règlement général d'exemption catégorielle du 22 décembre 1999 expirant lui aussi en 2010, il est fort probable que le futur règlement général couvre les accords de distribution automobile (véhicules neufs, pièces de rechange et réparation avec des dispositions spécifiques pour les distributeurs de pièces de rechange et les réparateurs agréés).

Le rapport de la Commission évalue en conséquence si les objectifs fixés initialement ont été atteints (1), avant d'apprécier la nécessité d'une nouvelle approche plus économique et moins juridique (2).

1. L'évolution du marché de la distribution et des services après-vente dans le secteur automobile au vu des objectifs poursuivis par le règlement n°1400/2002 :

Les objectifs fixés initialement dans la communication de la Commission³⁰ qui a précédé la publication du règlement n°1400/2002 ont été inégalement remplis.

Plusieurs grandes tendances du marché de la distribution automobile et des services après-vente permettent de mettre ces objectifs en perspective.

a. Le développement du multi-marquisme :

L'un des principaux objectifs de la Commission était d'«*éviter que les constructeurs automobiles concurrents ne soient exclus du marché et de sauvegarder leur accès à ce dernier*».

Le règlement n°1400/2002³¹ souhaitait favoriser la distribution d'autres marques par les concessionnaires.

L'obligation imposée aux distributeurs de vendre des véhicules de marques concurrentes dans des zones séparées à l'intérieur de la salle d'exposition (show room) était sensée accroître le multimarquisme.

L'effet du règlement est quasi nul aujourd'hui puisque les distributeurs ont utilisé cette possibilité dans les mêmes circonstances que dans la situation

⁽²⁸⁾ Rapport d'évaluation de la Commission sur l'application du règlement (CE) n°1400/2002 concernant la distribution et les services après-vente dans le secteur automobile, page 3.

⁽²⁹⁾ Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81-3 TCE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29 décembre 1999.

⁽³⁰⁾ Communication de la Commission publiée au JO C 67 du 16 mars 2002.

⁽³¹⁾ Article 1§1b et article 5§1a du Règlement 1400/2002, qui concernent la vente de marques de constructeurs concurrents à l'intérieur d'une même salle d'exposition.

antérieure au règlement : régions à faible densité de population, mise en avant de marques au résultat médiocre, etc.

■ **Les dispositions visant à développer le multimarquisme dans une même salle d'exposition ont donc démontré leur peu d'efficacité en pratique.**

Le développement du multimarquisme est un phénomène largement indépendant du règlement, tributaire essentiellement de l'évolution du marché, avec l'entrée de nouveaux constructeurs.

Selon la Commission, les dispositions du règlement n° 1400/2002 ont par ailleurs suscité une réaction défensive de la part des constructeurs.

Encourager le multimarquisme dans une même salle d'exposition aurait conduit les constructeurs, afin de se démarquer de leurs concurrents, à adopter des critères de sélection plus stricts, contraignant les distributeurs à réaliser de plus gros investissements pour une marque particulière, ce qui aurait entraîné finalement une hausse des coûts de distribution.

Le rapport d'évaluation considère enfin que les dispositions du règlement n° 2790/1999 auraient pu assurer un niveau équivalent de protection de la concurrence sur le marché puisqu'elles limitent les possibilités pour les constructeurs d'imposer des obligations directes ou indirectes de non concurrence à leurs distributeurs.

b. La distribution sélective a été retenue par la quasi intégralité des constructeurs :

L'un des objectifs du règlement était de «renforcer la concurrence entre concessionnaires d'une même marque en encourageant la diversité des modes de distribution».

La Commission relève d'emblée que cet objectif n'est pas rempli et souligne une contradiction engendrée par le règlement n°1400/2002.

En effet, ce dernier³² offrait un certain nombre d'options aux constructeurs pour l'organisation de la distribution de leurs véhicules neufs, selon leur poids sur le marché :

- distribution exclusive, jusqu'à 30% de part de marché ;
- distribution sélective qualitative et quantitative, jusqu'à 40 % de part de marché ;
- distribution sélective qualitative au delà de ces seuils.

La grande majorité des constructeurs a opté ainsi pour la distribution sélective quantitative³³, ce qui contredirait l'objectif de diversité des modes de distribution.

⁽³²⁾ Règlement (CE) n° 1400/2002, article 3§1.

⁽³³⁾ Rapport d'évaluation, page 5.

Toutefois le choix des constructeurs pour ce mode de distribution et l'uniformisation à laquelle il a conduit a pu avoir des effets bénéfiques pour la concurrence.

La distribution sélective empêche ainsi les distributeurs non membres du réseau d'une marque de bénéficier des efforts réalisés par les distributeurs agréés en matière de marketing, de développement de la marque, etc.

La sélection quantitative permet aux constructeurs de mieux contrôler l'organisation géographique de leur réseau, permettant ainsi des économies d'échelle et une baisse du coût de distribution.

■ **Commerce parallèle :**

En ce qui concerne le **commerce parallèle** (existence de distorsions dues aux différentiels de prix entre Etats européens), la Commission avait annoncé comme objectif de «faciliter les échanges transfrontaliers de véhicules automobiles».

L'objectif est rempli puisque la concurrence intra-marque a fortement augmenté.

L'«abrogation» de la communication de la Commission³⁴ concernant les activités des intermédiaires dans le secteur automobile, qui autorisait les constructeurs automobiles à imposer des quotas à leurs distributeurs pour les ventes effectuées aux intermédiaires ayant des activités transfrontalières, a contribué à cette évolution.

En outre, l'article 4, paragraphe 1, point e), du règlement 1400/2002, qui a exclu du bénéfice de l'exemption les restrictions de ventes actives et passives dans le cadre d'un système de distribution sélective, conformément aux standards applicables à ce mode de distribution, a manifestement produit des effets positifs.

En revanche, alors que l'article 3, paragraphe 3 du règlement n°1400/2002 avait pour objet de favoriser l'intégration du marché grâce au développement des concessions transfrontalières, l'enquête de la Commission conduit en marge du rapport d'évaluation a démontré que pratiquement toutes les cessions de points de vente au sein des réseaux agréés se sont produites à un niveau national.

Dans l'ensemble, la Commission considère que «l'application des principes généraux du droit de la concurrence serait manifestement suffisante pour protéger le commerce parallèle dans le contexte actuel du marché³⁵».

■ **Clauses de localisation et de disponibilité :**

L'article 5, paragraphe 2, point b du règlement

⁽³⁴⁾ Communication de la Commission concernant son règlement (CEE) n° 123/85, du 12 décembre 1984, relatif à l'application de l'article 85-3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles (JO C 17 du 18.1.1985, p. 4).

⁽³⁵⁾ Rapport d'évaluation, page 7.

n°1400/2002 a exclu de l'exemption les «**clauses de localisation**».

Le constructeur ne peut s'opposer à l'ouverture de points de vente ou de livraison supplémentaires partout dans le marché commun où la distribution sélective est retenue.

Pour le rapport d'évaluation, le règlement n'a entraîné sur ce point aucun changement significatif de comportement de la part des constructeurs.

S'agissant de l'**obligation de disponibilité**, celle-ci fait partie dans le cadre du règlement n°1400/2002³⁶, des clauses noires privant l'accord de l'exemption dans son ensemble, si elle a pour objet la restriction de la capacité du distributeur à vendre un véhicule automobile neuf correspondant à un modèle de la gamme visée par l'accord.

Le rapport considère que la clause de disponibilité s'est révélée «*superflue d'un point de vue strictement juridique*» puisque la jurisprudence communautaire considère déjà que le refus de fournir des véhicules avec des spécifications étrangères était une restriction indirecte en matière de revente³⁷.

c. L'état de la concurrence sur le marché de la réparation :

c.1 Entre réparateurs indépendants et réparateurs agréés :

Avec le règlement n°1400/2002, la Commission avait pour ambition de «*permettre aux réparateurs indépendants de concurrencer les réseaux de réparateurs agréés des constructeurs*».

La Commission retient deux éléments indispensables pour permettre aux opérateurs économiques indépendants de faire face à la concurrence : l'accès aux informations techniques et la distribution de pièces de rechange.

■ Accès aux informations techniques :

Le rapport d'évaluation souligne le rôle positif du règlement n°1400/2002³⁸ qui prévoit que les fournisseurs doivent permettre aux réparateurs indépendants d'accéder aux informations techniques.

La Commission comme le Conseil de la concurrence français a, par ailleurs, eu l'occasion d'envisager le refus des constructeurs de donner aux réparateurs indépendants accès aux informations techniques.

En septembre 2007³⁹, en effet, la Commission a adopté quatre décisions rendant obligatoires pour DaimlerChrysler, Toyota, General Motors et Fiat des engagements concernant la fourniture des informations techniques, relatives à la réparation de leurs

véhicules, à tous les garages indépendants implantés dans l'UE.

Ces engagements se composent de trois éléments fondamentaux :

- Le premier clarifie la notion d'information technique. Il prévoit aussi que toutes les informations de ce type fournies aux réparateurs agréés doivent également être mises à la disposition des réparateurs indépendants de façon non discriminatoire ;
- Deuxièmement, bien que les constructeurs automobiles soient autorisés à ne pas divulguer certaines informations relatives aux fonctions antivol et limitant les performances des véhicules des systèmes électroniques installés à bord, ils ont l'obligation de veiller à ce que cela n'empêche pas les réparateurs indépendants d'effectuer les réparations qui ne sont pas directement liées à ces fonctions ;
- Troisièmement, les réparateurs indépendants ont la garantie d'obtenir des informations à la fois dissociées et facturées à un prix tenant compte de l'utilisation qu'ils en font. Les sites web choisis par les parties comme principal moyen de fournir les informations techniques seront tenus à jour pendant toute la durée de validité des engagements. L'accès à ces sites se fera par tranches de temps, le prix pour une heure de consultation étant fixé à un niveau garantissant l'égalité de traitement entre les réparateurs indépendants et les réparateurs agréés.

Le Conseil de la concurrence a lui aussi eu l'occasion de se prononcer sur l'accès des réparateurs indépendants aux informations techniques du constructeur dans une procédure d'engagement avec Citroën⁴⁰, en étroite collaboration avec la Commission et le réseau européen de concurrence. Le Conseil a accepté les engagements de Citroën, considérant qu'ils étaient de nature à restaurer le libre jeu de la concurrence.

Ces engagements sont les suivants :

- Les réparateurs indépendants pourront avoir accès aux fonctions de télécodage et de téléchargement des calculateurs électroniques par l'outil de diagnostic Citroën, exception faite du calculateur d'alarme anti-intrusion, à la condition de suivre régulièrement les formations nécessaires pour utiliser correctement cet outil et de se soumettre à un mécanisme permettant d'assurer la «*traçabilité*» des interventions ;
- La base de données CBR (qui permet de détecter les pannes les plus fréquentes) sera disponible dans les outils de diagnostic et sur le site

⁽³⁶⁾ Règlement (CE) n° 1400/2002, article 4§1.f.

⁽³⁷⁾ CJCE, 28 février 1984, Ford of Europe Inc. et Ford-WerkeAG c/ Commission, Affaires jointes 228 et 229/82.

⁽³⁸⁾ Règlement (CE) n° 1400/2002, article 4§2.

⁽³⁹⁾ Affaires COMP n° 39.140 à 39.143, Daimler Chrysler, Fiat, Toyota et Opel du 14 septembre 2007.

⁽⁴⁰⁾ Conseil de la Concurrence, Décision 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën.

internet Citroën Service destiné aux réparateurs indépendants et sera accessible aux éditeurs d'informations techniques ;

- Les autres informations techniques, notamment l'accès aux méthodes guidées de diagnostic déjà présentes dans l'outil de diagnostic, seront mises à disposition de manière élargie sous une autre forme ;
- Le site Internet Citroën services, qui sera conséquemment enrichi pour permettre l'accès aux informations techniques, sera accessible aux réparateurs indépendants à un tarif fractionné selon la demande et non discriminatoire par rapport aux prix fixés pour les agréés ;
- Enfin, Citroën s'est engagée à répondre à toute demande d'informations sur ses produits en matière d'informations techniques ou d'outils de diagnostic, dans des délais raisonnables.

Les autorités de concurrence nationales et communautaires ont donc trouvé des solutions originales pour faciliter l'accès des réparateurs indépendants aux informations techniques, indépendamment du règlement n°1400/2002 et de toutes dispositions réglementaires spécifiques au secteur automobile.

Ainsi, comme le souligne le rapport d'évaluation: *«même en absence des règles spécifique du REC [le règlement n°1400/2002], la Commission aura toujours la possibilité d'agir sur la base des articles 81 et/ou 82 du traité⁴¹»*.

Enfin, le traitement par les autorités de concurrence de l'accès aux informations techniques a permis de mettre en avant le projet de plate-forme Oasis.

A partir du 1^{er} septembre 2009, les constructeurs auront l'obligation de diffuser l'ensemble de ces informations techniques pour les nouveaux modèles, en vertu du règlement n°715/2007⁴².

Ils devront fournir ces informations dans un format standardisé, conforme aux normes de fonctionnement de la plate-forme Oasis.

L'utilité des règles du règlement n°1400/2002 sera ainsi devenue toute relative à cet égard.

■ Pièces de rechange :

Le règlement n°1400/2002⁴³ considère comme une restriction caractérisée le refus pour des réparateurs agréés de fournir des pièces à leurs concurrents indépendants.

Cette disposition spécifique est superflue puisque selon le rapport d'évaluation, *«l'application de la règle générale, selon laquelle un fournisseur optant*

⁽⁴¹⁾ Rapport d'évaluation, page 8.

⁽⁴²⁾ Règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, JO L 171 du 29.6.2007, p. 1.

⁽⁴³⁾ Règlement (CE) n° 1400/2002, article 4§1,i.

pour la distribution sélective ne peut empêcher ses distributeurs de vendre aux utilisateurs finals, garantirait le même niveau de protection de concurrence⁴⁴».

Le rapport évoque également le cas des pièces de rechange qui restent captives, c'est-à-dire qui ne sont disponibles qu'auprès des constructeurs automobiles. Elles sont de deux types :

✓ Les pièces de rechange visibles couvertes par la protection des dessins et modèles dans plusieurs Etats membres :

Ces pièces sont captives du fait de la protection des droits portant sur les dessins et modèles.

✓ Les pièces de rechange produites dans le cadre de divers contrats de sous-traitance, tels que les contrats d'outillage :

Ces contrats ne sont pas couverts par le champ d'application de l'article 81-1 en vertu de la communication de la Commission relative aux contrats de sous-traitance⁴⁶.

Le rapport conclut que la seule solution pour rendre ces pièces moins captives serait de modifier ladite communication afin de *«mieux expliquer les circonstances dans lesquelles certaines pratiques peuvent tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1⁴⁷»*.

Enfin, l'un des objectifs du règlement n°1400/2002 était de *«faciliter l'accès des producteurs de pièces de rechange au marché de l'après-vente»*.

L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1 du règlement n°1400/2002 a donné une définition des **pièces de rechange** d'origine permettant aux équipementiers de s'en servir comme d'un argument de vente, ce qui leur a permis de maintenir leur position sur un marché de la pièce de rechange en déclin.

Comme cette définition a été reprise dans la directive n°2007/46⁴⁸, sa présence dans le règlement est considérée à présent comme obsolète.

c.2 Au sein du réseau de réparateurs agréés :

Le règlement 1400/2002 avait également pour objectif de *«protéger la concurrence au sein des réseaux agréés»*.

La Commission considère à ce sujet que : *«dans l'ensemble, le REC a été efficace en ce qui concerne la protection de la concurrence entre les réparateurs agréés, en ce sens que l'article 3, para-*

⁽⁴⁴⁾ Rapport d'évaluation, page 8.

⁽⁴⁵⁾ Directive 98/71/CE du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles, JO L 289 du 28.10.1998.

⁽⁴⁶⁾ Communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85-1 du traité.

⁽⁴⁷⁾ Rapport d'évaluation, page 9.

⁽⁴⁸⁾ Directive 2007/46/CE du 5 septembre 2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules, JO L 263 du 19.10.2007, page 1.

graphe 1, a favorisé l'introduction de systèmes sélectifs qualitatifs pour les services de réparation. En conséquence, les forces du marché ont entraîné une croissance du nombre de réparateurs agréés, étant donné que tous les réparateurs remplissant les critères objectifs applicables peuvent rejoindre un réseau⁴⁹».

Le rapport d'évaluation s'est également penché sur l'achat de pièces de rechange d'autres marques par les réparateurs agréés.

Le règlement n°1400/2002⁵⁰ considère comme une restriction caractérisée la restriction de la capacité d'un réparateur agréé d'obtenir d'une entreprise tierce de son choix les pièces de rechange d'origine ou des pièces de rechange de qualité équivalente et de les utiliser pour la réparation ou l'entretien de véhicules.

Les constructeurs automobiles restent cependant la source d'approvisionnement naturelle pour tous les besoins en pièces de rechange.

Il est tout d'abord difficile pour les réparateurs agréés de s'approvisionner auprès de plusieurs fournisseurs, étant donné que cela aurait pour effet de multiplier les coûts logistiques et informatiques.

Les constructeurs sont en outre les seuls à disposer de la gamme entière de pièces de rechange.

- **Les réductions de prix (primes, remises/ristournes) offertes par les constructeurs et destinées à fidéliser les réparateurs sont susceptibles de poser de vrais problèmes de concurrence.**

Pour le rapport d'évaluation : «*La question de savoir si ces systèmes relèvent d'une forme de concurrence par les mérites ou doivent être interprétés comme excluant indûment les producteurs concurrents de pièces de rechange en renforçant la fidélité des réparateurs agréés ne peut être tranchée qu'au cas par cas, en tenant compte du contexte économique qui entoure de telles pratiques et en comparant les effets potentiellement anticoncurrentiels qu'ils produisent avec les gains d'efficacité qu'ils peuvent générer*».

L'application de l'article 82 du TCE prohibant les abus de position dominante suffirait donc à lutter contre tout risque de verrouillage du marché, en l'absence des dispositions du règlement 1400/2002.

d. La protection des distributeurs / concessionnaires vis-à-vis des constructeurs :

L'un des objectifs du règlement n°1400/2002 était de «*préserver l'indépendance des concessionnaires à l'égard des constructeurs automobiles*».

Pour la Commission, l'article 3 du règlement n°1400/2002 qui accorde une protection aux distri-

buteurs, avec notamment un délai de résiliation de deux ans et une liberté de cession de leurs mandats à d'autres membres du même réseau de distribution, doit être analysé comme ayant eu des effets contreproductifs.

La Commission considère que le rôle d'un règlement d'exemption catégorielle n'est pas d'intervenir dans la protection de l'un des deux contractants, mais de protéger la concurrence en termes d'efficacité économique.

L'analyse économique permet également à la Commission de s'interroger sur la durée minimale de cinq ans des accords conclus entre distributeurs et constructeurs, visée à l'article 3, paragraphe 5, point a) du règlement n°1400/2002.

Or, les accords de longue durée peuvent s'avérer restrictifs de concurrence en ce qu'ils empêchent les constructeurs de substituer aux distributeurs obtenant des résultats médiocres de nouveaux entrants plus efficaces et plus adaptés à l'évolution du marché.

Le rapport souligne que : «*l'enquête de la Commission n'a pas permis d'identifier un seul cas dans lequel l'obligation de communiquer les raisons justifiant la décision de résiliation (article 3, paragraphe 4) a permis à un juge ou un arbitre de déterminer que le préavis avait en réalité été donné pour sanctionner un comportement pro-concurrentiel*⁵¹».

Il doit être souligné que le rapport d'évaluation relève un élément positif en ce qui concerne le **mécanisme d'arbitrage en cas de litiges**, prévue à l'article 3, paragraphe 6 du règlement.

Pour les distributeurs, un tel mécanisme peut être utile.

Pour les constructeurs, l'arbitrage permet de sanctionner rapidement les violations de contrats et d'éviter les conséquences négatives en termes d'image.

Ainsi en l'absence de cette disposition du règlement 1400/2002, la Commission invite l'ensemble des parties à définir un code des bonnes pratiques définissant une procédure d'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs aux obligations contractuelles, ainsi que des normes minimales en matière de bonne foi et de confiance légitime.

2. Perspectives d'avenir :

Le rapport d'évaluation conclut que :

«*les dispositions du REC qui s'écartaient des principes généraux dérivés de la jurisprudence des juridictions européennes et qui sont actuellement reflétées dans le règlement n° 2790/1999 de la Commission peuvent, dans le contexte économique actuel caractérisé par des marchés automobiles de*

⁽⁴⁹⁾ Rapport d'évaluation, page 9.

⁽⁵⁰⁾ Règlement (CE) n° 1400/2002, article 4§1.k.

⁽⁵¹⁾ Rapport d'évaluation, page 12

plus en plus mondialisés et compétitifs, être considérées comme excessivement strictes, trop complexes et/ou superflues, compte tenu notamment de l'introduction d'une nouvelle législation européenne pour les véhicules à moteur⁵²».

Une nouvelle approche est ainsi nécessaire, d'avantage axée sur l'analyse économique et sur les bienfaits apportés aux consommateurs finals.

Elle devra, selon le rapport, comprendre :

a. Un recentrage de la Commission sur les pratiques anticoncurrentielles :

Le rôle de la Commission est de défendre la concurrence et non les concurrents.

Ainsi, dans les années récentes un grand nombre de plaintes informelles qui lui ont été adressées ne portaient pas sur des problèmes de concurrence mais sur des différends commerciaux.

L'objectif pour la Commission est de **concentrer ses ressources sur l'instruction des pratiques anticoncurrentielles les plus dommageables.**

b. Des règles simples afin de permettre une unification du droit :

La complexité des dispositions du règlement n°1400/2002 et de leur application conduit nécessairement à des interprétations divergentes de la part des tribunaux nationaux.

- ⇒ **Un règlement simplifié d'avantage fondé sur les effets économiques que sur des effets recherchés de protection juridique semble, pour le rapport d'évaluation, la meilleure garantie d'une application uniforme des règles de concurrence commu-**

⁽⁵²⁾ Rapport d'évaluation, page 14

nautaire dans l'ensemble de l'Union européenne !

c. Une plus grande sécurité juridique pour les entreprises du secteur :

Le règlement n°1400/2002, par son approche trop détaillée et formelle, a paradoxalement entraîné de nombreuses incertitudes juridiques.

Le rapport d'évaluation rappelle sur ce point que 80% des questions préjudicielles posées à la CJCE relatives aux accords de distribution verticale concernait le marché automobile.

Les parties consultées par la Commission ont souligné l'importance des coûts entraînés par les contraintes réglementaires imposées par le règlement n° 1400/2002.

Le rapport en déduit que : *« si l'on supprimait dans le REC les contraintes réglementaires superflues pour adopter une approche d'avantage basée sur les effets, les parties auraient plus de chance de conclure des accords offrant un meilleur rapport coût-efficacité, dont les retombées seraient profitables aux consommateurs⁵³».*

- ⇒ **Le nouveau régime de la distribution automobile a donc de fortes chances de s'intégrer dans le cadre général de la distribution ressortant du futur règlement d'exemption catégorielle qui succédera à l'actuel règlement 2790/99 du 22 décembre 1999.**
- ⇒ **Le futur règlement général sur les restrictions verticales devrait contenir, vraisemblablement, des dispositions spécifiques consacrées au secteur de l'automobile !**

⁽⁵³⁾ Rapport d'évaluation, page16.





La Loi de Modernisation de l'Économie et les soldes

Par Juliette Epis

Alors que pour 53 % des français les soldes sont avant tout un plaisir, 47 % d'entre eux estiment qu'elles sont une nécessité pour leur budget⁵⁴.

Le projet de loi de modernisation économique a pour ambition de stimuler la croissance et les énergies en levant les blocages structurels et réglementaires que connaît la France⁵⁵.

Ce projet est constitué de quatre grands volets.

Le deuxième volet est intitulé «*Relancer la concurrence*». Cette relance suppose de permettre aux prix de jouer plus librement en assouplissant le régime des soldes.

C'est l'article 24 situé au chapitre III «*Développer la concurrence*» du titre II intitulé «*Mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance*» du projet de loi qui modifie ce régime.

Il est prévu que ces nouvelles dispositions entrent en vigueur à compter du 1^{er} Janvier 2009⁵⁶.

I) La refonte de l'article L.310-3 du Code de commerce

Actuellement l'article L.310-3 du Code de commerce dispose :

«I. - Sont considérées comme soldes les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock.

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

II. - Dans toute publicité, enseigne, dénomination sociale ou nom commercial, l'emploi du mot : solde(s) ou de ses dérivés est interdit pour désigner toute activité, dénomination sociale ou nom commercial, enseigne ou qualité qui ne se rapporte pas à une opération de soldes telle que définie au I ci-dessus».

Or, l'article 24 (I) du projet de loi prévoit que :

«L'article L.310-3 du code de commerce est remplacé par les dispositions suivantes : «Art. L.310-3. -

I. - Sont considérées comme soldes les ventes qui, d'une part, sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock et qui, d'autre part, ont lieu durant les périodes définies, pour l'année civile, comme suit :

«1° Deux périodes d'une durée de cing semaines chacune, dont les dates et heures de début sont fixées par décret ; ce décret peut prévoir, pour ces deux périodes, des dates différentes dans les départements qu'il fixe pour tenir compte d'une forte saisonnalité des ventes, ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières ;

«2° Une période maximale de deux semaines ou deux périodes maximales d'une semaine, dont les dates sont librement choisies par le commerçant ; ces périodes complémentaires sont soumises à déclaration préalable auprès de l'autorité administrative compétente du département du lieu des soldes.

«Les produits annoncés comme soldés doivent avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée».

Des amendements sont venus préciser les nouvelles dispositions.

Le 2° de l'article 24 est ainsi rédigé :

*«**Une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine, dont les dates sont librement choisies par le commerçant ; ces périodes complémentaires s'achèvent toutefois au plus tard un mois avant le début des périodes visées au 1° ; elles sont soumises à déclaration préalable auprès de l'autorité administrative compétente du département du lieu des soldes**».*

A) Une définition plus précise :

Que ce soit avant ou après la réforme, les soldes demeurent des ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré des marchandises.

Cependant, le nouvel article 310-3 du Code de commerce introduit un nouvel élément à la définition de soldes.

En effet, ne peuvent être qualifiés de soldes, de façon exclusive, que les ventes décrites ci-dessus et **ayant lieu pendant les périodes mentionnées au 1° et 2°.**

Cette modification de la période a une incidence

⁽⁵⁴⁾ Conférence de presse du 28 avril 2008 sur la LME de Madame Christine LAGARDE

⁽⁵⁵⁾ Voir l'exposé des motifs du projet de loi

⁽⁵⁶⁾ Article 24 IV du projet de loi : «*Les dispositions du présent article sont applicables à compter du 1^{er} janvier 2009*».

importante puisque combinée avec la suppression de la sanction du nouvel article 310-5 du Code de commerce, elle permet aux commerçants d'opérer des déstockages tout au long de l'année, sans voir leurs promotions requalifiées en soldes [cf. II ci-dessous].

B) Les périodes de soldes :

Aux termes des dispositions actuelles, les soldes ne peuvent être réalisés qu'au cours de deux **périodes de six semaines** par année civile. Les dates de ces périodes sont fixées dans chaque département par **arrêté préfectoral**.

Le projet de loi de modernisation prévoit :

- deux périodes nationales fixes et
- deux semaines complémentaires

1. Les deux périodes nationales fixes de cinq semaines :

Ces périodes ne seraient plus d'une durée de six semaines mais d'une durée de **cinq semaines [la réduction de cette période se trouve compensée par l'introduction d'une période de «soldes libres»]**.

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

Les dates des soldes d'été et d'hiver feraient l'objet d'une **fixation nationale par décret** et non plus d'une fixation départementale par arrêté préfectoral.

Cependant, le décret peut prévoir des périodes différentes pour chaque département afin de *«tenir compte d'une forte saisonnalité des ventes, ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières»*. Cette précision permet de prévoir des dérogations pour les zones touristiques et frontalières.

2. Les deux semaines complémentaires ou les «soldes libres» :

Les deux semaines de soldes libres constituent la grande nouveauté introduite par le projet de loi.

Le commerçant est libre de choisir des dates pour solder ses marchandises pendant deux semaines complémentaires en sus de la période fixe nationale.

Il dispose de deux solutions quant à la répartition de ces deux semaines :

- soit **une période de deux semaines successives,**
- soit **deux périodes d'une semaine.**

Ces périodes complémentaires font l'objet d'une **déclaration préalable auprès du préfet de chaque département**.

Un amendement de Monsieur Jean-Paul Charié

encadre toutefois la liberté des commerçants puisqu'il prévoit que ces périodes libres doivent s'achever au plus tard un mois avant le début des périodes fixées nationalement.

Cette modification, adoptée par l'Assemblée nationale, a pour but d'éviter que les commerçants prévoient leur période de « soldes libres » la semaine précédant les périodes fixées au niveau national et par conséquent le retour en pratique à l'ancienne législation.

Il convient de préciser qu'avant comme après la réforme, les « ventes soldées » ne peuvent concerner que des marchandises ayant été proposées à la vente et réglées au moins un mois avant la date du début de la période de soldes considérée.

II) La possibilité de promotion portant sur des opérations de déstockage (hors périodes de solde) :

L'actuel article L.310-5 du Code de commerce dispose aujourd'hui que :

«Est puni d'une amende de 15 000 euros :

[...]

3° Le fait de réaliser des soldes en dehors des périodes prévues au I de l'article L.310-3 ou portant sur des marchandises détenues depuis moins d'un mois à la date de début de la période de soldes considérée [...];

Or, **l'article 24 (II)** du projet de loi prévoit qu'*«au 3° de l'article L.310-5 du code de commerce, les mots : «en dehors des périodes prévues au I de l'article L.310-3 ou» sont supprimés»*. La modification de l'article L.310-5 du Code de commerce combinée avec la nouvelle définition des soldes visée sous l'article 310-3 du projet de loi, est proposée pour sécuriser juridiquement les promotions de déstockage réalisées en cours d'année qui n'encourront plus ainsi le risque de requalification en soldes⁵⁷.

III) L'inapplication des dispositions interdisant la revente à perte

L'article L.442-2 alinéa 1 du Code de commerce sanctionne la revente à perte.

Cet article est inapplicable dans les cas prévus par l'article L.442-4 du Code de commerce.

En effet, l'actuel article L.442-4 du Code de commerce dispose :

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

⁽⁵⁷⁾ Exposé des motifs de l'article 24 : « En second lieu, il est proposé de sécuriser juridiquement les promotions de déstockage réalisées en cours d'année, d'une part en adaptant la définition juridique des soldes et d'autre part en modifiant l'article L. 310-5 du code de commerce relatif aux sanctions des infractions aux règles relatives aux soldes. Ainsi, l'écoulement accéléré d'un stock de marchandises via une annonce de réduction de prix sera possible en dehors des périodes de soldes, sans encourir le risque de requalification en soldes ».

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

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

Comme la définition de «soldes» aux termes du nouvel article 310-3 a été modifiée et que les soldes sont possibles également pendant d'autres périodes que les fins de saisons, l'article 24 (III) du projet prévoit non seulement une modification de la codification de l'article 442-4 du Code de commerce, mais l'ajout d'un nouveau cas d'inapplication de l'infraction de revente à perte, à savoir les «produits soldés mentionnés à l'article L.310-3⁵⁸».

Cette modification a pour objectif de mettre en conformité les dispositions relatives à la revente à perte avec la nouvelle définition des soldes et d'étendre le champ de l'exception à l'interdiction de la revente à perte.

⇒ **La réforme sur les soldes prévue par l'article 24 du projet de loi de modernisation économique induit les conséquences suivantes :**

- la fixation nationale de deux périodes de soldes de cinq semaines [dérogation possibles pour les zones touristiques et transfrontalières],
- une période de soldes libre de deux semaines [successives ou non] soumise à une déclaration préalable de l'autorité préfectorale,
- l'introduction de promotions de déstockage toute l'année.

* * *

Version consolidée des articles du Code de commerce au 17 juin 2008

Article L. 310-3 :

I. - Sont considérées comme soldes les ventes qui, d'une part, sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock et qui, d'autre part, ont lieu durant les périodes définies, pour l'année civile, comme suit :

1° «Deux périodes d'une durée de cinq semaines

⁽⁵⁸⁾ Article 24 III du projet de loi : «L'article L. 442-4 du code de commerce est ainsi modifié :

1° Au I, l'intitulé 2° est remplacé par l'intitulé 6° ;

2° Au 1° du I les intitulés : «a, b, c et d» sont remplacés respectivement par les intitulés : «2°, 3°, 4° et 5°» ;

3° Il est ajouté au I du même article un 7° ainsi rédigé :

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

chacune, dont les dates et heures de début sont fixées par décret ; ce décret peut prévoir, pour ces deux périodes, des dates différentes dans les départements qu'il fixe pour tenir compte d'une forte saisonnalité des ventes, ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières ;

2° «Une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine, dont les dates sont librement choisies par le commerçant ; ces périodes complémentaires s'achèvent toutefois au plus tard un mois avant le début des périodes visées au 1°; elles sont soumises à déclaration préalable auprès de l'autorité administrative compétente du département du lieu des soldes».

«Les produits annoncés comme soldés doivent avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée.

II. - Dans toute publicité, enseigne, dénomination sociale ou nom commercial, l'emploi du mot : solde(s) ou de ses dérivés est interdit pour désigner toute activité, dénomination sociale ou nom commercial, enseigne ou qualité qui ne se rapporte pas à une opération de soldes telle que définie au I ci-dessus.

Article L.310-5 :

Est puni d'une amende de 15 000 euros :

1° Le fait de procéder à une liquidation sans la déclaration préalable mentionnée à l'article L.310-1 ou en méconnaissance des conditions prévues à cet article ;

2° Le fait de procéder à une vente au déballage sans l'autorisation prévue par l'article L.310-2 ou en méconnaissance de cette autorisation ;

3° Le fait de réaliser des soldes ~~en dehors des périodes prévues au I de l'article L.310-3~~ ou portant sur des marchandises détenues depuis moins d'un mois à la date de début de la période de soldes considérée ;

4° Le fait d'utiliser le mot : solde(s) ou ses dérivés dans les cas où cette utilisation ne se rapporte pas à une opération de soldes définie au I de l'article L.310-3 ;

5° Le fait d'utiliser la dénomination magasin d'usine ou dépôt d'usine en méconnaissance des dispositions de l'article L.310-4 ;

6° Le fait d'organiser une manifestation commerciale sans la déclaration prévue à l'article L.740-2 ou de ne pas respecter les conditions de réalisation de la manifestation déclarée.

Les personnes physiques encourent également la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal.

Article L.442-4 :

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

- 1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ;
- 2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;
- 3° Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;
- 4° Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;
- 5° Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

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

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

II. - Les exceptions prévues au I ne font pas obstacle à l'application du 2° de l'article L.653-5 et du 1 de l'article L. 654-2.

Rappel de définition⁵⁹ :

Soldes : opérations exceptionnelles qui permettent, en vendant à prix barrés y compris en allant jusqu'à revendre à perte, d'écouler les stocks.

Promotions : opérations plus courantes permettant à un commerçant de dynamiser ses ventes en annonçant une réduction de prix durant une période qu'il fixe librement. Le commerçant doit être en mesure de fournir ce produit durant toute la période de la promotion. Les produits ne peuvent pas être revendus à perte.

⁽⁵⁹⁾ Tiré du rapport du ministre de l'économie





Amiante et faute inexcusable : Existence d'une échappatoire pour les employeurs, simples utilisateurs ponctuels de produits amiantés

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Caroline Menguy

Depuis les arrêts de la Cour de Cassation du 28 février 2002, rendus en matière d'accidents du travail et de maladie professionnelle, une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur en termes d'obligation de sécurité et de résultat a été dégagée par la Cour Suprême.

Désormais, le manquement à cette obligation de résultat « a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L.452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (Cass. Soc., 28 février 2002, n°00-11793).

Si cette faute était difficile à établir avant les arrêts de 2002, dorénavant, la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur est plus aisée notamment à propos de l'amiante.

En effet, entre juin 2006 et mai 2007, le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA) a enregistré un total de 22.681 demandes d'indemnisation, soit une moyenne de 1890 demandes par mois, toutes demandes confondues⁶⁰ et le nombre d'affaires ayant trait à la reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur à la demande du FIVA est estimé à environ 1.500 jugements et arrêts⁶¹.

Dans une très récente espèce débattue devant la Cour d'appel d'Angers⁶², un salarié qui avait travaillé pendant 11 ans en qualité de technicien de maintenance dans une usine de fabrication de produits de contraste destinés à l'imagerie médicale, a été victime de plaques pleurales bilatérales calcifiées. Cette affection fut reconnue maladie professionnelle liée aux poussières d'amiante, prise en charge à ce titre par la Caisse Primaire d'Assurance Maladie (CPAM) sur la base d'un taux d'Incapacité Permanente Partielle (IPP) de 5%.

Le Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de Vannes avait jugé⁶³ l'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur recevable, jugement qui fut confirmé par la Cour d'appel de Rennes⁶⁴.

L'arrêt de la Cour de Rennes a cependant été cassé par la Cour de cassation au motif que la Cour n'avait pas recherché « si l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel il exposait son salarié ou s'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver⁶⁵ ».

La Cour de Rennes était en effet allée vite en besogne en déduisant la faute inexcusable du fait que le salarié avait été exposé « pendant son activité professionnelle à des poussières d'amiante ».

Dans son arrêt du 25 mars 2008, la Cour d'appel d'Angers, statuant sur renvoi, a infirmé le jugement des premiers juges et a rejeté de la sorte la faute inexcusable de l'employeur.

La Cour d'appel a relevé dans cet arrêt que l'employeur n'utilisait pas d'amiante dans sa production et ne la mettait pas en œuvre dans ses fabrications.

La Cour a également pu noter que « l'exposition à l'amiante liée aux activités du salarié espacées dans le temps, apparaît **ponctuelle** ».

De surcroît, la Cour a précisé que le salarié n'a pu « être mis en présence de poussières d'amiante que de façon **extrêmement restreinte** », car cette « exposition [du salarié] avait une durée de quelques heures par an seulement ».

Enfin, la Cour constate la mise en œuvre par l'employeur de mesures de protection et de prévention nécessaires dès qu'il a eu connaissance des risques liés à la matière, notamment, en dotant ses salariés de **masque de protection**.

Pour conclure, elle a noté que la **société mise en cause était étrangère au secteur de l'amiante, utilisatrice de façon limitée** de produits fabriqués par d'autres incorporant de l'amiante, et que l'un des produits que le salarié considérait comme étant à l'origine de sa maladie professionnelle (des joints de « klingerite comportant des fibres d'amiante ») ne faisait l'objet d'aucune restriction à la vente avant 1997⁶⁶.

Ainsi, ce n'est qu'au bout de 4 ans de ténacité procédurale que l'employeur fut blanchi de toute faute inexcusable.

Cet arrêt est instructif en raison de l'ensemble des éléments factuels retenus en faveur de l'employeur et de l'examen fait par la Cour d'appel de la connais-

⁽⁶⁰⁾ 6^{ème} rapport d'activité du FIVA au Parlement et au Gouvernement Juin 2006/Mai 2007 – I-1-1.

⁽⁶¹⁾ Rapport d'information du Sénat n°37 (2005-2006) de M.M. Gérard Dériot et Jean-Pierre Godefroy, fait au nom de la mission commune d'information, déposé le 26 octobre 2005 « *Le drame de l'amiante en France : comprendre, mieux réparer, en tirer les leçons pour l'avenir* ».

⁽⁶²⁾ CA Angers, Ch. Soc. 25 mars 2008, n°176/08

⁽⁶³⁾ TASS de Vannes du 11 avril 2005

⁽⁶⁴⁾ CA Rennes du 5 juillet 2006 n°250/06

⁽⁶⁵⁾ Cass. Civ. 2^{ème}, 23 mai 2007 n°06-19.0044

⁽⁶⁶⁾ Décret n°96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante.

sance du risque par l'employeur lorsque celui-ci est un simple utilisateur de produits contenant de l'amiante.

Dans un arrêt de 2004⁶⁷, la Cour de Cassation avait déjà caractérisé l'absence de conscience du danger par l'employeur alors «*que les parutions scientifiques médicales ou techniques qui existaient jusqu'à cette date [1974] avaient pu par leur spécificité échapper à une simple entreprise utilisatrice d'amiante*».

Dans une décision plus récente du 23 novembre 2006⁶⁸, la Cour de Cassation avait retenu en faveur de l'employeur le fait que les travaux confiés au salarié, «*à l'époque de l'emploi du salarié ne fai-*

⁽⁶⁷⁾ Cass. Civ. 2ème, 29 juin 2004 n° 02-21.325

⁽⁶⁸⁾ Cass. Civ., 23 novembre 2006 n° 06-10.495

saient l'objet d'aucune disposition spécifique» et que :

«La société employeur, entreprise d'installation et de fourniture intervenant sur des chantiers de construction navale, ne participait pas au processus de fabrication ou de transformation de l'amiante et n'utilisait pas ce produit comme matière première [...]»

L'arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 25 mars 2008 s'inscrit donc dans ce courant jurisprudentiel que nous qualifierons de réaliste.

Cet arrêt démontre que la bataille de l'amiante n'est pas perdue pour les employeurs auxquels il appartient de discuter âprement les faits et de «situer» leur responsabilité dans le contexte scientifique et juridique de l'époque de ces faits.





Quelques informations :

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

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

■ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) et à celle relative au développement de la concurrence au profit des consommateurs (loi « *Chatel* ») du 3 janvier 2008 :** négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du **plan d'affaires annuel 2008/9** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et services distincts, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte depuis le **1^{er} janvier 2008, Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc

■ **Au contrôle des concentrations**

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

■ Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.] ;

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

■ **A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles

L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;

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

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

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

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

* * *

Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et services distincts / SRP.

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





Société Civile Professionnelle MG Avocats

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr