



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance  
**Antitrust**  
Alliance

# La lettre du Cabinet

SEPTEMBRE - OCTOBRE 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## Sommaire

---

- 3** Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMA) du 27 juillet 2010  
Contractualisation obligatoire: Présentation et incertitudes !  
*Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon*
- 10** Réduction du seuil de contrôle des concentrations pour certaines opérations intervenant dans les départements et collectivités d'outre-mer  
*Thomas Lamy*
- 12** Décision sur les banques: Rappel des conditions de participation à une entente  
*Philippe Jouvét*
- 14** Décision n° 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction  
*Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin*
- 17** Brève: Sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles  
*Peggy Turrett*
- 18** Brève: Droit des marques et moteur de recherche : les solutions sont confirmées et enrichies  
*Emmanuelle Laur-Pouëdras*
- 19** Quelques informations

---

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Suède, Suisse

Selarl d'Avocats au barreau de Paris au capital de 125.770 euros

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris ■ Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40





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

## Contractualisation obligatoire : Présentation et incertitudes !

Par Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon

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

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

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

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

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

<sup>(1)</sup> La réglementation de ces derniers contrats découle d'une loi du 6 juillet 1964 et vise la situation où l'agriculteur travaille à façon et reçoit une rémunération selon un barème incluant primes et pénalités, selon le degré d'exécution des disciplines contractuellement imposées. Le terme intégration désigne la constitution d'un centre unique de décisions qui aménage tant la production que la transformation et l'écoulement des produits.

Sans imposer directement un contenu aux obligations des parties, le Code rural constitue un socle contractuel afin d'éclairer le consentement du producteur et de le mettre à l'abri de sanctions automatiques, en interdisant certaines clauses telles que les clauses résolutoires et les clauses pénales, et en exigeant des précisions sur des éléments essentiels, tels que la nature, les prix et les qualités des fournitures réciproques, des produits ou des services, les conditions de durée, de renouvellement, de révision et de résiliation (Cf. Jean-Jacques Barbiéri, « *Contrats du négoce agricole et contrats d'affaires* » : RD Rural 2009, dossier n°22).

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

La loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole reprise et complétée par la loi Chatel du 3 janvier 2008 avait prévu, à l'article L.632-3 du Code rural<sup>2</sup> que les accords conclus dans le cadre des interprofessions puisse être étendus (c'est-à-dire, rendus obligatoires par l'autorité administrative compétente) lorsqu'ils tendent, par des contrats types, à favoriser le développement des rapports contractuels entre les membres des professions représentées dans l'organisation interprofessionnelle. **Cependant, il convient de souligner que ces contrats-types ne devenaient obligatoires que lorsque les parties avaient décidé de contractualiser leurs relations professionnelles. Il ne leur était aucunement imposé une obligation de contractualisation.**

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

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

<sup>(2)</sup> La LMA a aujourd'hui modifié cet article qui dispose à présent : « Les accords conclus dans le cadre d'une organisation interprofessionnelle reconnue peuvent être étendus, pour une durée déterminée, en tout ou partie, par l'autorité administrative compétente dès lors qu'ils prévoient des actions communes ou visant un intérêt commun conformes à l'intérêt général et compatibles avec la législation de l'Union européenne ».

***sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.***

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

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

**Ainsi, pour les produits décrits ici, et uniquement lorsque l'acheteur des produits en cause souhaite bénéficier de remises, ristournes ou de rémunération de services de coopération commerciale, la loi impose la conclusion d'un contrat de vente écrit.**

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

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

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

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

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

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

« I.- La conclusion de contrats de vente écrits entre producteurs et acheteurs, ou entre opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires

de la marchandise, et acheteurs, peut être rendue obligatoire pour les produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation.

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

*Ils peuvent être rendus obligatoires :*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le présent article est d'ordre public ».

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

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

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

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

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

Ainsi, **l'obligation de contractualisation n'est pas générale**. Celle-ci dépend de l'existence d'un accord interprofessionnel étendu (c'est-à-dire, rendu obligatoire par arrêté ministériel ou par décision de l'autorité administrative compétente) ou homologué<sup>3</sup>. C'est seulement à titre subsidiaire, si aucun accord interprofessionnel n'a été

étendu ou homologué, que l'Etat pourra se substituer à l'interprofession et prendre un décret en Conseil d'Etat ayant le même objet. De plus, l'application de ce décret sera suspendue en cas d'extension ou d'homologation d'un accord intervenu par la suite.

Ainsi que l'a expliqué Bruno Le Maire, Ministre de l'agriculture, lors des débats devant l'Assemblée nationale<sup>4</sup>, répondant aux critiques de la contractualisation, « il a été décidé que les contrats seraient négociés en première instance par les interprofessions, filière par filière, afin de tenir compte des spécificités de chacune d'entre elles. Il ne s'agit donc pas, contrairement au contrat de la loi de 1964, d'un contrat unique qui s'imposera sur l'ensemble du territoire national. Il variera selon les filières et sera adapté à leurs spécificités ».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>(4)</sup> Compte rendu intégral des débats devant l'Assemblée nationale, deuxième séance du jeudi 1er juillet 2010, p.65.

<sup>(3)</sup> Article L.632-12 du Code rural: « Les accords nationaux ou régionaux conclus dans le cadre de l'organisation interprofessionnelle constituée entre les producteurs de lait, les groupements coopératifs agricoles laitiers et les industries de transformation du lait par les organisations les plus représentatives de ces professions peuvent être **homologués par arrêtés conjoints du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de l'économie**.

## 2) Sur les parties concernées :

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

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

Le Rapport n° 436 de MM. César et Revet, rendu au nom de la Commission de l'économie et enregistré par la présidence du Sénat le 6 mai 2010, fournit, quant au champ d'application de l'article L.631-24 du Code rural, les précisions suivantes :

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

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

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

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

« *Le présent article définit tout d'abord, au premier alinéa du I, le champ d'application de la contractualisation, qui doit être compris de manière extensive. Ainsi, lorsqu'à l'alinéa 11, est prévue la conclusion de contrats **entre producteurs et acheteurs**, il convient d'entendre par le terme d'« **acheteur** » non seulement les grossistes, transformateurs ou distributeurs avec lesquels les producteurs pourraient être directement en relation, mais également la coopérative dont ils sont membres et qui leur achète leur production ou encore l'organisation de producteurs commerciale (OPC avec transfert de propriété) à laquelle ils appartiennent. En outre, dans ces derniers cas de figure, la contractualisation peut non seulement être rendue obligatoire à ce premier stade mais également au stade ultérieur de la commercialisation par la coopérative ou l'OPC, l'alinéa 11 visant également la conclusion de contrats entre « **opérateurs économiques visés au premier alinéa de l'article L.551-1, propriétaires de la marchandise** » et acheteurs ».*

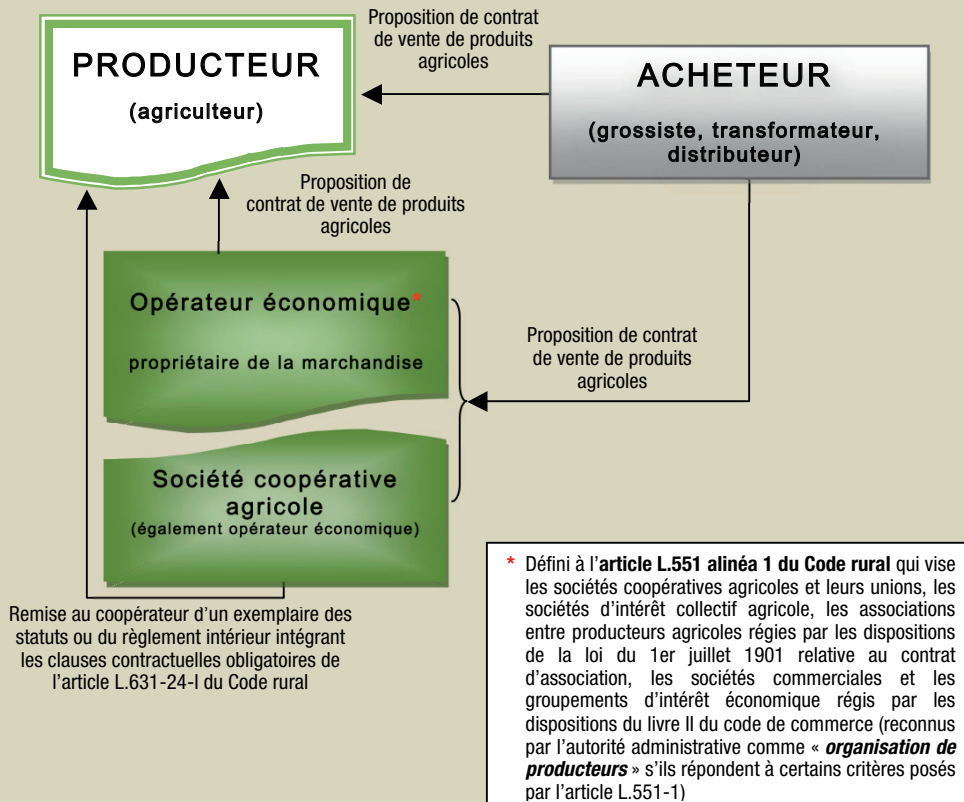
Ainsi, selon ce second rapport destiné à l'Assemblée Nationale et contrairement au premier rapport destiné au Sénat, lorsque la conclusion d'un contrat de vente écrit est rendue obligatoire par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel ou par décret en Conseil d'Etat, **celle-ci concernerait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

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

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

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

**Contrats de vente de produits agricoles susceptibles d'être rendus obligatoires par extension ou homologation d'un accord interprofessionnel ou par décret en Conseil d'Etat**



Sont concernés tant les contrats conclus avec des grossistes, centrales, distributeurs, qui achètent seulement pour revendre aux consommateurs, que les contrats passés avec des industriels qui transforment les produits avant de les mettre sur le marché. Tous les types de revendeurs sont donc potentiellement touchés par le nouveau cadre légal, même ceux qui, en raison de la faiblesse des volumes d'achat, avaient conservé une tradition essentiellement orale.

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

Enfin, les dispositions de l'article L.631-24 sont applicables **aux ventes de produits agricoles livrés sur le territoire français, quelle que soit la loi applicable au contrat.** Le critère étant le lieu de livraison, une opération conclue en France mais exécutée à l'étranger n'entre pas dans le domaine de la loi, à moins que les parties n'aient retenu la loi française comme loi du contrat. A l'inverse, les approvisionnements auprès de producteurs étran-

gers, s'ils sont exécutés en France, doivent obéir au dispositif législatif selon notre compréhension et interprétation des textes.

### 3) Sur les produits concernés :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- la durée du contrat
- les volumes des produits à livrer
- les caractéristiques des produits à livrer
- les modalités de collecte ou de livraison des produits
- les critères et modalités de détermination du prix<sup>5</sup>
- les modalités de paiement
- les modalités de révision et de résiliation du contrat ou préavis de rupture.
- l'interdiction, pour les acheteurs, de retourner aux producteurs ou opérateurs économiques mentionnés au premier alinéa de l'article L.631-24, les produits qu'ils ont acceptés lors de la livraison excepté en cas de non-conformité des produits à des normes légales ou réglementaires.

### **2) La durée du contrat :**

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

Il est également prévu que sauf stipulations contraires, les contrats rendus obligatoires sont renouvelables par tacite reconduction pour une

<sup>(5)</sup> Le Rapport précité n° 2636 de MM. Raison et Guédon en date du 17 juin 2010 précise à ce sujet :

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

période équivalente à celle pour laquelle ils ont été conclus.

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

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

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

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

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

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

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

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

**« Les deuxième et troisième alinéas [relatifs aux clauses obligatoires du contrat visé par l'article L.441-2-1 alinéa 1 et à l'obligation de se conformer à ce contrat si celui-ci est**

*étendu] ne sont pas applicables aux produits pour lesquels la conclusion de contrats écrits a été rendue obligatoire en application de l'article L.631-24 du code rural et de la pêche maritime ».*

**Une exception a toutefois été introduite en matière de fruits et légumes.** La LMA a en effet créé un nouvel article **L.441-2-2** du Code de commerce supprimant, pour l'achat de ces produits (par tout acheteur, distributeur ou prestataire de services) le droit de bénéficier de remises ou ristournes et autres rémunérations de services. Cette interdiction entrera en vigueur le 28 janvier 2011 seulement. Ainsi, le fait pour un distributeur de bénéficier de tels avantages financiers constituera un comportement fautif sanctionnable car la LMA a introduit un article **L.442-6-I-13°** dans le Code de commerce qui dispose que :

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

### C. Sanctions :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainsi que le souligne fort justement Benoît Grimonprez<sup>6</sup>, « **la nullité du contrat est à exclure, faute de texte érigeant l'instrumentum en condition de validité de l'acte. En revanche, rien n'empêche de tenir la violation de la loi comme une faute susceptible d'engager la responsabilité civile de l'acheteur indélicat. Mais pour engager une telle action, il faudra s'adresser au juge civil, ce qui risque d'enchevêtrer les procédures** ».

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





## Réduction du seuil de contrôle des concentrations pour certaines opérations intervenant dans les départements et collectivités d'outre-mer

Par Thomas Lamy

Comme on le sait, la loi « LME » du 4 août 2008 a introduit des seuils spécifiques de contrôle des concentrations, s'agissant des opérations intervenant dans les DOM-COM ; à ce propos, l'article L.430-2-III du Code de commerce prévoit que :

« Lorsqu'au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'outre-mer ou dans les collectivités d'outre-mer de Mayotte, Saint-Pierre et Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, [les règles du contrôle des concentrations s'appliquent si] :

- le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 75 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé individuellement dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés par deux au moins des entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 15 millions d'euros [...]. »

Ce dispositif, d'ores et déjà dérogatoire par rapport aux dispositions « métropolitaines » de droit commun, qui prévoient des seuils de chiffre d'affaires de déclenchement de 150 et 50 millions d'euros, a récemment été complété, à l'occasion de la publication de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, « relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services » : il est ainsi désormais précisé que le seuil de contrôle de 15 millions d'euros applicable quand deux au moins des entreprises concernées sont actives dans les départements et collectivités d'outre-mer est abaissé à **7,5 millions d'euros**, lorsque cette activité ultramarine intervient « dans le secteur du commerce de détail »<sup>7</sup>.

Ce nouveau dispositif constitue donc le pendant des dispositions spécifiques issues de la loi « LME » destinées à renforcer le contrôle des opérations de concentration intervenant dans le commerce de détail : en effet, les dispositions applicables en métropole prévoient des critères de contrôle différenciés, fondés sur la prise en considération de deux seuils de chiffre d'affaires de 75 millions d'euros et 15 millions d'euros « lorsque deux au moins des par-

ties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail »<sup>8</sup>.

Au regard des principes issus du droit de la concurrence, la raison d'être du nouveau dispositif issu de la loi du 23 juillet 2010 est à rechercher dans l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, « relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer », dont il est une conséquence directe.

A cette occasion en effet, l'Autorité de la concurrence, après avoir dressé un bilan somme toute assez calamiteux de l'état de concurrence dans les départements et collectivités d'outre-mer, avait cité au rang des actions souhaitables le fait de « favoriser l'entrée de nouveaux acteurs » sur le marché, l'Autorité de la concurrence considérant en effet « la possibilité d'entrer sur un marché [comme de nature à constituer] une source de pression concurrentielle majeure pour les opérateurs en place et contribue ainsi à diminuer les prix pour les consommateurs ».<sup>9</sup>

De prime abord, le fait d'accroître les obligations pesant sur les entreprises au titre du contrôle préalable des opérations de concentration pourrait ne pas apparaître comme susceptible de favoriser l'entrée de nouveaux acteurs sur les territoires concernés, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'aux termes de la loi, et de manière assez paradoxale, le contrôle a vocation à s'appliquer aux opérations de concentration comme aux opérations de déconcentration, dès lors que les seuils précités de chiffre d'affaires sont franchis.

Cela dit, l'analyse opérée par l'Autorité de la concurrence à l'occasion de l'avis précité du 8 septembre 2009 permet de comprendre la raison de l'abaissement des seuils de contrôle opérés par la loi.

De fait, l'Autorité de la concurrence n'avait pas manqué d'évoquer, dans son étude économique de la structure concurrentielle locale, l'existence dans les territoires ultramarins de barrières économiques à l'entrée susceptibles de faciliter la mise en œuvre de blocages stratégiques par les opérateurs en place : ainsi, entre autres pratiques anticoncurrentielles, il ne pouvait être exclu que les opérateurs présents sur les territoires en cause viennent à mettre en œuvre une politique de rachat des enseignes de petite taille,

<sup>(7)</sup> Article 41 de la loi du 23 juillet 2010.

<sup>(8)</sup> Code de commerce, article L.430-2-II.

<sup>(9)</sup> Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, paragraphe 123.

renforçant ainsi graduellement leur pouvoir de marché tout en diminuant le stock d'enseignes disponibles sur un marché, où le foncier commercial demeure, de manière générale, rare et onéreux.

De tels comportements, soulignait l'Autorité de la concurrence, qui n'auraient que peu de prise sur un territoire doté d'un secteur amont concurrentiel, d'un foncier commercial suffisant et/ou, de surcroît, les seuils de notification des concentrations ont été abaissés, emportent plus d'effet dans les DOM où les intermédiaires – grossistes disposent, pour certaines catégories de produits, d'un pouvoir de marché certain, où le foncier commercial est rare et où les magasins sont, en moyenne, plus petits qu'en métropole.

A ce sujet, l'Autorité de la concurrence évoquait notamment le fait que le chiffre d'affaires moyen d'un supermarché situé à la Réunion se situait entre 8.000 à 11.000 euros par m<sup>2</sup> pour un magasin de 1.000 m<sup>2</sup> alors qu'en métropole, le chiffre d'affaires

moyen au m<sup>2</sup> d'un hypermarché s'établit à 12.600 euros.

De même, le chiffre d'affaires moyen d'un supermarché d'une surface de vente comprise entre 300 et 400 m<sup>2</sup> à la Martinique en 2008 peut être estimé, selon l'Autorité de la concurrence, à environ 3,8 millions d'euros alors qu'en métropole, le chiffre d'affaires d'un magasin d'une surface de vente inférieure à 400 m<sup>2</sup> s'élève à 4.767 millions d'euros (en 2004)<sup>10</sup>.

Sur la base de ces considérations, l'abaissement à 7,5 millions d'euros du seuil de notification des opérations de concentration impliquant une entreprise du secteur du commerce de détail dans les DOM et les collectivités d'outre-mer paraît justifié ; demeure posée en revanche, sur le plan pratique, la question de l'encombrement du service des concentrations de l'Autorité de la concurrence que pourrait susciter cette réforme.

---

<sup>(10)</sup> Autorité de la concurrence, avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, paragraphe 132.





## Décision sur les banques : Rappel des conditions de participation à une entente

Par Philippe Juvet

L'Autorité de la concurrence a rendu le 20 septembre<sup>(1)</sup> une décision très médiatisée aux termes de laquelle elle a sanctionné 11 banques à hauteur de 384,9 millions d'euros pour avoir mis en place des commissions interbancaires non justifiées lors du passage à la dématérialisation du traitement des chèques.

Cette décision de près de 150 pages est intéressante à plus d'un titre. Elle apporte notamment des précisions utiles sur la participation individuelle des entreprises mises en cause à l'entente.

Comme le rappelle l'Autorité au point 277 de la décision « *Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 81 CE et de l'article L.420-1 du code de commerce, il suffit que deux entreprises au moins aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »

Selon l'Autorité, les douze banques mises en cause n'ont pas contesté avoir participé aux réunions de la Commission Inter-Réseaux (« CIR ») au cours desquelles elles se sont entendues pour instaurer la commission d'échange image-chèque (« CEIC ») et les commissions pour services connexes (« CSC »).

Néanmoins le Crédit du Nord a estimé que, dans la mesure où il n'avait été présent **qu'à une seule réunion de la CIR, dont il ne pouvait connaître l'objet anticoncurrentiel**, sa participation à l'entente ne pouvait être établie !

Le fait pour une entreprise d'être mise en cause dans une pratique concertée par sa participation à une seule réunion n'est pas nouveau et on se souvient à ce sujet de l'apport médiatisé de la décision T-Mobile de la Cour de Justice de l'Union européenne du 4 juin 2009<sup>(2)</sup> (voir à ce sujet l'article intitulé « **Objet ou effets anticoncurrentiel ?** » par Jean-Christophe Grall dans la **Lettre du Cabinet de juin/juillet 2009**).

En droit communautaire, ce qui importe n'est pas tant le nombre de réunions entre les entreprises concernées que le fait de savoir si le ou les contacts qui ont eu lieu ont offert à ces dernières la possibilité de tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché considéré et de substituer sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de fausser la concurrence. En consé-

quence, pour autant que l'entreprise participant à la concertation demeure active sur le marché considéré, **la présomption du lien de causalité entre la concertation et le comportement de cette entreprise sur ce marché est applicable même si la concertation n'est fondée que sur une seule réunion des entreprises concernées**. Il est à noter que dans la décision T-Mobile, la Cour avait imposé aux juges nationaux d'appliquer une telle présomption de lien de causalité.

Les standards de preuve de la participation d'une entreprise à une entente horizontale, au niveau de la pratique de l'Autorité de concurrence, sont plus exigeants.

Selon l'Autorité, il faut distinguer les situations dans lesquelles la concertation anticoncurrentielle se déroule au cours de **réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle** et celles dans lesquelles l'entente est mise au point au cours de réunions informelles, de nature le plus souvent occulte ou secrète, auxquelles participent de leur propre initiative les entreprises concurrentes (décision n° 07-D-48 du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, point 178 et s., confirmée par les arrêts de la cour d'appel de Paris du 25 février 2009, société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations SAS, et de la Cour de cassation du 7 avril 2010).

Dans la décision du 20 septembre 2010, l'ADLC rappelle, en se fondant sur sa décision de 2007, ses standards de preuve :

« *Dans le premier cas, auquel correspond la présente espèce, il est considéré que **le seul fait d'avoir participé à une réunion tenue dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle** dont l'ordre du jour aurait dans les faits évolué vers un objet anticoncurrentiel **ne suffit pas à caractériser l'adhésion des entreprises à l'entente**, puisque l'entreprise régulièrement convoquée n'est pas en mesure de connaître l'objet anticoncurrentiel de cette réunion. **La preuve de l'adhésion à l'entente nécessite alors une preuve additionnelle, comme la diffusion de consignes arrêtées lors de la réunion, l'application de mesures concrètes décidées lors de celle-ci ou la participation à une réunion ultérieure ayant le même objet anticoncurrentiel (...)**. » (point 285)*

Quelle preuve additionnelle a donc été apportée en l'espèce à l'encontre du Crédit du Nord ?

L'Autorité retient trois types d'éléments pour étayer cette preuve additionnelle (point 286) :

- Tout d'abord, il apparaît que le Crédit du Nord a été destinataire des documents concernant les réunions auxquelles il n'a pas participé ;

(1) Décision n°10-d-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement.

(2) CJUE, *T-Mobile Netherlands BV e.a. / Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, affaire C-8/08 en date du 4 juin 2009.

- Ensuite, le Crédit du Nord ne s'est pas opposé à la décision des autres membres de la CIR d'instaurer les neuf commissions interbancaires en cause ;
- Enfin, il ressort de l'instruction de l'ADLC que le Crédit du Nord a mis en œuvre l'accord litigieux pendant près de six années.

Parmi ces trois éléments, le second nous semble particulièrement intéressant en ce que l'ADLC encourage indirectement les participants potentiels à une entente à se démarquer de façon concrète, par des déclarations, des autres participants à l'entente.

En conclusion, l'ADLC a retenu la participation du Crédit du Nord à l'entente et l'a condamné à une amende de 6 980 000 euros.

La décision du 20 septembre souligne ainsi une certaine différence entre l'ADLC et la Cour de Justice de l'Union européenne.

**Pour l'Autorité nationale, une seule participation d'une entreprise à une réunion ne pourrait suffire à appliquer la présomption de lien de causalité entre concertation et comportement de cette entreprise sur un marché !**





## Décision n° 10-D-20 du 25 juin 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction

Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Bodin

Dans cette décision, l'Autorité de la concurrence pose les bases du marché de l'émission, de la diffusion et du traitement des coupons de réduction sur Internet :

Entre la mise en place d'un processus de standardisation, lié à un impératif de sécurité, et l'abus de position dominante, l'Autorité de la concurrence s'appuie sur la procédure des engagements pour trouver un équilibre.

L'ADLC vient limiter la mise en place du processus de standardisation sur le marché des e-coupons (les coupons de réduction sur Internet). D'ailleurs, cette normalisation est une étape quasiment incontournable lorsqu'apparaît un nouveau marché, a fortiori dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, comme c'est le cas en l'espèce. C'est pourquoi, mues par un désir de sécurité, les sociétés en cause ont mis en place la norme « *webcoupons* ». Cette initiative est approuvée par l'ADLC qui, toutefois, exige la prise d'engagements de la part des acteurs principaux afin de veiller à ce que le marché reste ouvert à une concurrence effective.

Cette décision fait suite à une autre en date du 10 juin 2002<sup>13</sup>, qui traitait aussi des coupons de réduction mais sous forme papier. Les acteurs sont quasiment les mêmes mais la finalité est toute autre. Là où dans la première décision, il s'agissait de sanctionner un abus, la décision d'espèce a vocation à poser les bases d'un marché émergent.

**Ainsi, entre les différents engagements, les limites légales rappelées par l'Autorité de la concurrence et les observations des tiers intéressés, c'est un véritable dialogue qui s'est instauré entre les différents acteurs et qui permet aujourd'hui l'émergence du marché des e-coupons.**

A l'origine de cette décision, « *L'Institut de liaisons et d'étude des industries de consommation* » (ILEC) et la société « *Ma liste de Course* » (MLDC) ont respectivement saisi l'Autorité de la concurrence pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des coupons de réduction, par les sociétés du groupe HighCo et celles du groupe Sogec, avant de voir les instructions des deux affaires se rejoindre au sein d'une même affaire. L'association Perifem qui recherche des solutions techniques pour répondre

aux besoins de ses adhérents a aussi été mise en cause pour avoir participé à l'élaboration de la norme. Les deux parties saisissantes dénoncent les pratiques des sociétés HighCo et Sogec qui auraient abusé de leur pouvoir de marché afin « *d'évincer tout opérateur concurrent existant et potentiel des marchés de l'émission et de la diffusion des coupons électroniques de réduction [...]* ».

*(Voir ci-après schéma de présentation de la structure du marché).*

L'analyse des marchés concernés par l'ADLC est très intéressante. Dans un premier temps, elle s'appuie sur la première décision relative aux coupons de réduction pour distinguer l'étape de traitement des coupons de réduction, où e-coupons et coupons papiers ne sont pas distingués, des activités d'émission et de diffusion des e-coupons (qui cette fois sont distincts des coupons de réduction papier). Toutefois, l'Autorité note que la connexité entre les deux marchés et la position de Sogec et HighCo sur le marché du traitement des coupons leur permettrait, le cas échéant, de verrouiller le marché des e-coupons, dans sa globalité, assez facilement.

La principale préoccupation de l'espèce est l'accord de partenariat entre Sogec et HighCo sur le standard « *Webcoupon* ». En effet, si les accords de normalisation ont la faveur des autorités de la concurrence, il est nécessaire qu'ils respectent certaines conditions, pour ne pas tomber sous le coup des dispositions de l'article 101 du TFUE<sup>14</sup> sur les ententes illicites et pour bénéficier de l'exemption prévue au paragraphe 3 de l'article 101 TFUE. Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale<sup>15</sup> reprennent ces conditions et donnent donc une grille d'analyse, que suit l'Autorité de la concurrence<sup>16</sup>.

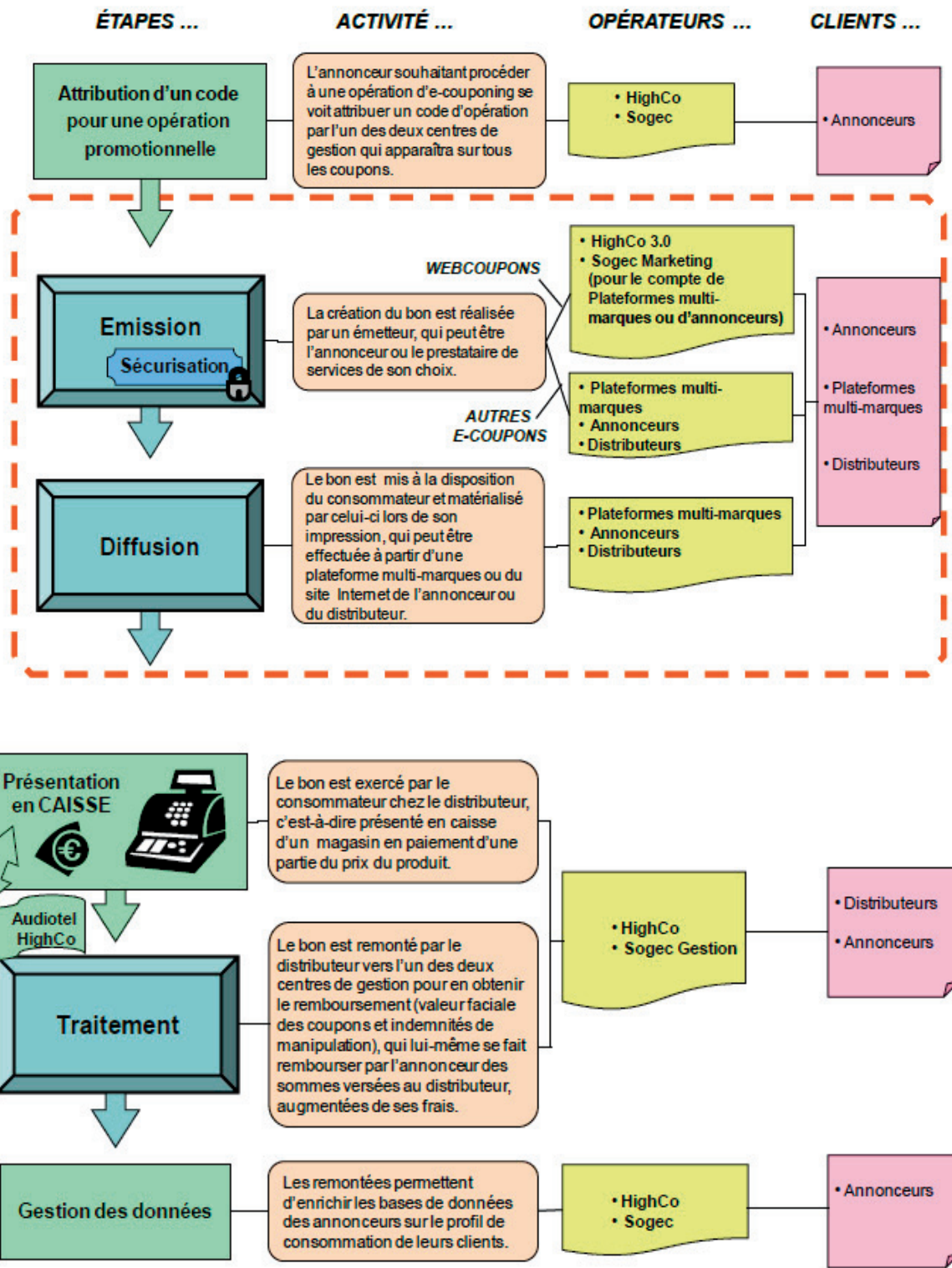
Cependant, face à ces conditions, il apparaît clairement que Sogec et HighCo ont voulu garder une mainmise exclusive sur la norme en place. Notamment par le biais d'un droit de propriété intellectuelle sur le visuel de la main, détenu par HighCo, qui a concédé une licence exclusive à Sogec. De plus, la tarification de l'émission mise en place par les deux parties à l'accord aurait pour effet de placer leurs concurrents dans une situation de ciseau tarifaire, les empêchant de se montrer compétitifs.

<sup>(13)</sup> Conseil de la concurrence, décision n°02-D-33, « *relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction* » - BOCCRF n°14 du 30 septembre 2002, confirmé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 février 2003 - BOCCRF du 31 mars 2003.

<sup>(14)</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne – JOUE 2008 C115 p.47

<sup>(15)</sup> Communication de la Commission Européenne du 6 janvier 2001 : lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontales – JO C3 du 06 janvier 2001

<sup>(16)</sup> Voir les points 169 à 175 des lignes directrices préc. citées.



D'autant plus que HighCo, compte tenu de sa position sur le marché des traitements d'e-coupons, avait mis en place un surcoût sur tous les e-coupons qui n'étaient pas de norme « *webcoupon* ».

Le constat est sans appel : les parties en cause, loin de se conformer aux conditions de validité d'un accord de normalisation, se préparent à installer un véritable duopole sur les marchés en cause : « **Les effets de ces comportements sont susceptibles de conduire, sur un marché naissant, à l'éviction d'opérateurs proposant d'autres formats d'e-coupons et pourraient être difficilement réversibles** ».

In fine, les annonceurs n'ont pas pu participer aux débats et aux réunions sur la mise en place d'une norme qui leur aurait été sinon imposée du moins fortement recommandée (**de par son caractère incontournable** !).

Sogec, HighCo et Perifems ont alors pris leurs premiers engagements qui ont été mis en ligne (à l'attention des tiers potentiellement intéressés) sur le site de l'ADLC le 24 mars 2010. Ces premiers engagements consistaient, notamment via un cahier des charges, à rassurer les opérateurs quant à leur possibilité de choisir la solution qui leur conviendrait. « *Webcoupon* » ne serait qu'une solution applicative de ce cahier des charges. Loin de s'en satisfaire, dix

sociétés se sont alors manifestées, jugeant que les engagements pris par Sogec, HighCo et Perifem, étaient insuffisants. Le 14 mai 2010 ces dernières ont alors complété leurs propositions d'engagements.

L'ADLC a tenté alors de trouver un équilibre entre les demandes des tiers et les propositions des sociétés mises en cause.

En substance, Sogec HighCo et Perifem s'engagent à laisser la possibilité aux opérateurs d'accéder aux « *éléments propriétaires* » relatifs aux « *webcoupons* » gratuitement, ainsi qu'à les faire participer aux discussions sur une éventuelle évolution du cahier des charges et à leur offrir des garanties de compensation. Ainsi, l'Autorité retient qu'aux termes des engagements, le « *webcoupon* » n'est plus la norme unique applicable aux e-coupons, du fait de l'ouverture et de l'accessibilité au cahier des charges que proposent les sociétés. De plus, du fait de la future participation des annonceurs aux débats, l'ADLC repousse l'idée d'un tiers certificateur : « *cette proposition excédant ce qui est nécessaire pour dissiper les préoccupations de concurrence exprimées sur ce point [...]* ». L'Autorité rejette aussi le risque de ciseau tarifaire au motif que

celui-ci disparaît du fait de l'ouverture du cahier des charges.

\* \* \*

Il est vrai que les accords de normalisation ont un statut quelque peu à part dans les accords de coopération horizontale. Ayant les faveurs des autorités de concurrence car ils favorisent l'interpénétration économique et/ou le développement de nouveaux marchés, ils sont au cœur du dernier projet de lignes directrices en faveur des accords de coopération horizontale<sup>17</sup>.

Compte tenu des réalités économiques, on ne peut apprécier de la même façon les comportements sur un marché émergent que sur un marché arrivé à maturité ; c'est un fait. Il faut tenir compte et composer avec des impératifs antinomiques. Ainsi le régulateur de la concurrence devra accepter une position favorable des premiers acteurs à pénétrer le marché, sans que ceux-ci ne prévoient toutefois un cadre totalement étanche !

---

<sup>(17)</sup> Communication de la Commission « *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale* » publiée le 4 mai 2010.





## Brève :

# Sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles

---

Par Peggy Turret

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

Il ressort de ces travaux les principales recommandations suivantes :

### S'agissant de la procédure :

- Le Rapport préconise, tout d'abord, qu'un débat contradictoire sur la sanction ait lieu plus tôt dans la procédure. Le rapporteur pourrait ainsi faire connaître, au stade du rapport, outre son appréciation du dommage à l'économie, la nature de la sanction qu'il préconise et s'il s'agit d'une amende pécuniaire, une fourchette de son montant.
- La Mission estime qu'il conviendrait de mettre en place une commission des sanctions séparée du collège de l'Autorité de la concurrence qui permettrait de mieux garantir l'indépendance entre les phases de poursuite et d'instruction d'une part, et la décision quant à la fixation des sanctions d'autre part.

### S'agissant du mode de calcul de la sanction :

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

centage de la valeur des ventes des produits ou services concernés par la pratique incriminée (par exemple 5 à 15% de la valeur des ventes).

- La durée des pratiques constitue également un élément déterminant du calcul de l'amende. Le Rapport recommande de suivre le modèle espagnol, à savoir de multiplier la base de l'amende par un coefficient annuel dégressif.
- S'agissant des circonstances atténuantes et aggravantes venant pondérer le montant de base de l'amende, la mission suggère des pondérations classiques telles que l'existence d'une coopération, la situation économique et financière de l'entreprise concernée, la réitération. Mais d'autres types de pondérations sont également mis en avant telles que la marge moyenne du secteur concerné, les indemnités des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence, ainsi que le dommage à l'économie.
- Enfin, la Mission recommande que le plafond légal de l'amende prévu par l'article L.464-2 du Code de commerce, qui fait référence au chiffre d'affaires du groupe consolidé au niveau mondial lorsque la société reconnue responsable fait partie d'un tel groupe, agisse en tant que limite à ne pas dépasser et non en tant que point de départ du calcul du montant de l'amende.

Ce Rapport constitue, selon Madame Christine Lagarde, une base solide pour l'élaboration de lignes directrices et la Ministre de l'Economie invite l'Autorité de la concurrence à lancer sans tarder l'élaboration de ce texte afin qu'il soit disponible pour la fin de l'année 2010.





Brève :

## Droit des marques et moteur de recherche : les solutions sont confirmées et enrichies

---

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

Dans le précédent numéro de la « Lettre du Cabinet », il avait été évoqué un arrêt de la CJUE du 23 mars 2010 rendu dans trois affaires jointes ayant opposé les sociétés Google France et Google Inc. à Louis Vuitton Malletier, Google France à Viaticum et Luteciel, et Google France au CNRRH, Monsieur Thonet, Monsieur Raboin et Tiger et venant répondre à des questions préjudicielles posées par la Cour de cassation.

Dans trois arrêts du 13 juillet 2010, rendus dans ces mêmes affaires, la Cour de cassation applique les solutions dégagées par la CJUE.

S'agissant du prestataire de service de référencement, la Cour de cassation confirme que « *le prestataire d'un service de référencement sur internet qui stocke en tant que mot-clé un signe identique à une marque et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci ne fait pas un usage* » de la marque d'un tiers dans la vie des affaires.

Les conditions dans lesquelles la responsabilité du prestataire de service de référencement peut être engagée sont également confirmées : il convient de démontrer l'existence d'un rôle actif du prestataire « *de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* ». <sup>18</sup>

En l'absence d'une telle démonstration, le prestataire de service de référencement ne peut voir sa responsabilité engagée pour contrefaçon de marque.

S'agissant de l'annonceur qui utilise la marque d'un tiers comme mot-clé pour afficher un lien commercial, il ne pourra échapper à une action en

contrefaçon que s'il n'existe pas de risque de confusion avec la marque du tiers.

De façon contemporaine à ces trois décisions de la Cour de cassation, la CJUE a complété son étude de la question de l'articulation du droit des marques et du fonctionnement des moteurs de recherche.

Ainsi dans une décision C-558/08 Portakabin Ltd, Portakabin BV c/ Primakabin BV, du 8 juillet 2010, la CJUE est venue préciser :

- D'une part la possibilité pour l'annonceur de bénéficier de l'exception dite de référence nécessaire qui consiste à permettre l'usage de la marque d'un tiers pour indiquer la destination d'un produit ou service notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée.

La CJUE autorise un tel usage de la marque d'un tiers par un annonceur dans le cadre d'une procédure de référencement mais de façon restrictive puisque cela ne sera possible que s'il s'agit du seul moyen pour fournir au public une information complète et compréhensible et si cette référence à la marque d'autrui est conforme « *aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale* ».

- D'autre part, la possibilité pour l'annonceur de bénéficier de l'épuisement du droit de marque dans l'hypothèse, en l'espèce, de revente par ce dernier de produits d'occasion licitement mis dans le commerce sous la marque par son titulaire.

La CJUE autorise, dans de telles circonstances, l'annonceur à faire un usage de la marque d'un tiers dans le cadre de sa démarche de référencement, c'est-à-dire à la choisir comme mot-clé, à condition que les produits soient revendus licitement.

---

<sup>18</sup> Le régime spécial des hébergeurs n'a pas été reconnu au bénéfice de la plate forme de vente en ligne eBay compte tenu de son rôle actif en termes d'assistance, de suivi et de promotion des ventes, ce qui lui a valu d'être qualifié de courtier. (CA Paris 3 septembre 2010, 3 arrêts eBay/LVMH)



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

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

■ **Au contrôle des concentrations**

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

■ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;

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

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

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

■ **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;

■ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**

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

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

