

Mars – Avril 2005

### Sommaire

- Projet de loi Jacob : Premier round - *Par Jean-Christophe Grall* ..... 1
- La protection des réseaux de distribution sélective contre les reventes hors réseau - *Par Nathalia Kouchnir-Cargill*..... 8
- La protection des réseaux de distribution sélective contre les reventes hors réseau – Suite : Un jugement intéressant rendu par le Tribunal de Commerce de Lyon le 6 avril 2005 - *Par Thomas Lamy* ..... 10
- Veille jurisprudentielle - *Par Jacques Roiland*..... 11
- La Cour suprême des Etats-Unis autorise les justiciables étrangers à mettre en œuvre des moyens extensifs de recherche de preuves aux Etats-Unis - *Par Stéphane Coulaux*..... 13

### Projet de loi Jacob : Premier round

Par Jean-Christophe Grall

Le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, dont le titre VI est consacré à la modernisation des relations commerciales, a finalement été présenté au Conseil des ministres du 13 avril, après trois semaines d’aller-retour entre les différents cabinets ministériels concernés, le Conseil d’Etat et, bien entendu, les services du Premier ministre dont l’objectif déclaré, lors de sa conférence de presse donnée au Perreux, le 18 février dernier, est une « *baisse des prix d’au moins 5 %, à financer sur les marges des distributeurs, c’est-à-dire sur la coopération commerciale* », ajoutant qu’« *il fallait définir précisément la coopération commerciale, c’est-à-dire les prestations ou avantages commerciaux réclamés par les distributeurs aux industriels pour mettre en avant leurs produits dans les rayons* » [cf. *dépêche de l’AFP du 18 février 2005*].

Quels sont les principaux axes de la réforme ainsi envisagée et dont on parle depuis l’« *Accord Sarkozy* » intervenu le 17 juin 2004, qui avait alors pour objet « *un engagement pour une baisse durable des prix* » ?

Ces axes de réforme sont au nombre de six.

#### I. PREMIER AXE DE RÉFORME : LÉGALISATION DES CONDITIONS CATÉGORIELLES DE VENTE ET DES CONDITIONS PARTICULIÈRES DE VENTE (ART. 27 DU PROJET DE LOI)

##### 1. *Légitimité des conditions catégorielles de vente*

On se souvient que la « *Circulaire Dutreil* » du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs avait d’ores et déjà prévu qu’un industriel était légitimement en droit d’établir des conditions de vente tenant compte des caractéristiques propres à chaque circuit de distribution et à ce titre, des conditions de vente dédiées aux grossistes, aux commerçants détaillants, à la vente à distance, mais encore des conditions de vente davantage segmentées entre grandes surfaces spécialisées et grandes surfaces alimentaires, par exemple.

C'est ainsi que le « *Rapport Canivet* » avait lui-même prévu la possibilité d'envisager une segmentation des conditions de vente, en fonction des « *formats de distribution* ». Le projet de loi Jacob reprend ni plus ni moins que cette logique de segmentation, en renvoyant cependant à un futur texte réglementaire qui devra édicter des critères de définition des différents canaux de distribution, tels que « *notamment le chiffre d'affaires, la nature de la clientèle et le mode de distribution* ».

### 2. *Légitimité des conditions particulières de vente*

Les lecteurs assidus de « *La Lettre du Cabinet* » connaissent, depuis de nombreuses années à présent, la « *doctrine du Cabinet* » en matière de conditions dérogatoires de vente et de conditions particulières de vente, les premières ne faisant que prolonger les conditions d'ores et déjà prévues dans les conditions générales de vente de l'industriel, alors même que les secondes tiennent compte de la spécificité de la relation commerciale existant entre le fournisseur et son client, le grossiste et son revendeur, etc.

La « *Circulaire Dutreil* » s'était d'ores et déjà inscrite dans une logique de légitimité des conditions particulières de vente. Et on s'aperçoit aujourd'hui que le projet de loi Jacob ne fait ici que reprendre les écrits ministériels de 2003 [cf. **article 2.a) 2° de la Circulaire Dutreil**] et les enseignements issus de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, s'agissant des pratiques collectives anticoncurrentielles et de la jurisprudence des Cours et Tribunaux, s'agissant des pratiques restrictives de concurrence [cf. **notamment la discrimination abusive sanctionnée par l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce**].

Que ce soient des conditions catégorielles de vente ou des conditions particulières de vente, celles-ci ne sont pas soumises à une obligation de communication élargie, sauf en ce qui concerne les premières qui ne devront toutefois être communiquées - réservées pourrait-on dire - qu'aux opérateurs économiques relevant de la catégorie à laquelle ils appartiennent !

Autrement dit, un industriel qui aurait segmenté en trois circuits de distribution ses conditions de vente, à savoir les grossistes, les commerçants détaillants, qu'il s'agisse de grandes surfaces alimentaires, de grandes surfaces spécialisées ou bien encore du commerce de proximité, et enfin de la vente à distance, ne sera pas tenu de communiquer aux sociétés relevant de ce dernier canal de distribution, les conditions de vente réservées aux grossistes ou

bien encore celles qui le sont pour les commerçants détaillants et inversement.

Quant aux conditions particulières, elles sont évidemment soumises à une obligation de confidentialité, sans quoi elles n'auraient aucun intérêt ; cependant cette confidentialité est très relative, dès lors que les conditions particulières se traduisent par un avantage tarifaire sur facture, qui sera de facto immédiatement imputé sur le prix net facturé, afin d'abaisser le seuil de revente à perte.

Ceci est déjà vrai aujourd'hui, mais dès lors, et ainsi que nous le verrons ci-après, que le seuil de revente à perte devrait intégrer demain les avantages excédant un plafond de 20 % du prix unitaire net du produit, toute condition particulière qui donnerait lieu à l'octroi d'une réduction de prix, certes non portée sur facture, mais qui pourrait se retrouver, d'une manière ou d'une autre, dans le calcul du seuil de revente à perte, ne présenterait finalement que peu d'intérêt !

## II. DEUXIÈME AXE DE RÉFORME : UN ENCADREMENT QUI SE VEUT STRICT DE LA COOPÉRATION COMMERCIALE (ART. 28 DU PROJET DE LOI)

Le projet de loi donne de la coopération commerciale une définition légale et vient renforcer les exigences formelles attachées à tout contrat de coopération commerciale, en prévoyant en outre de formaliser, dans un contrat de services, tout service distinct de la coopération commerciale et rendu par le distributeur (ou le prestataire de services).

### 1. *Enfin, une définition légale de la coopération commerciale.*

Il aura tout de même fallu près de vingt ans pour que la loi donne à la coopération commerciale une définition et, autant le dire, ses lettres de noblesse que ni la « *Circulaire Delors* » du 22 mai 1984, ni même l'« *Ordonnance Ballardur* » du 1<sup>er</sup> décembre 1986, ni encore la « *Circulaire Dutreil* » du 16 mai 2003, n'avaient su y donner. Cela étant, en légalisant la coopération commerciale, la France crée, sur le plan légal, une nouvelle « *exception culturelle* » liée au mode de fonctionnement de la grande distribution. En effet, point de définition de la coopération commerciale en Allemagne, en Angleterre, en Suède ou bien encore au Etats-Unis !

Doit-on pour autant regretter une telle définition légale ?

Nous ne le pensons pas, dès lors que cette définition légale constitue l'aboutissement logique et cohérent de l'ensemble des travaux issus de la Commission Canivet et de la mission d'information présidée par Monsieur Luc-Marie Chatel, outre que sa définition ne fait que reprendre les acquis doctrinaux et jurisprudentiels en la matière.

### Alors, demain, la coopération commerciale, ce sera quoi ?

L'article L.441-6-1 du Code de commerce nouveau répond à cette question, en nous donnant la définition suivante des services de coopération commerciale : « *Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.* » ;

- ce sont donc des services rendus par un **distributeur** ou un **prestataire de services** ;
- Ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un **fournisseur** ;
- Ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la **revente de ses produits ou services** ;
- Ce sont des services rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux **consommateurs** ;
- Ce sont des services **propres** rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, destinés à **favoriser leur commercialisation** ;
- Ce sont des services **propres** rendus par un distributeur ou un prestataire de services à un fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, destinés à favoriser leur commercialisation, **qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.**

« *Exit* » en conséquence le référencement, de la communication interne d'enseigne, le contrat Politique Nationale d'Enseignes ou « *PNE* » du Galec, les abonnements statistiques divers et variés, sauf les statistiques destinées à mieux connaître le consommateur et proposés dans certains contrats actuels de coopération commerciale. « *Exit* » l'ensemble des services logistiques liés à l'utilisation de plateformes d'éclatement, de centres de traitement, de centrales diverses et variées, de services financiers, de l'aide à la gestion du compte client, etc. Les fournisseurs qui signent les différents contrats « *proposés* » par la grande distribution connaissent d'ores et déjà nombre de services qui ne rentrent pas dans le cadre de la définition actuelle de la coopération commerciale et ce, même en l'absence de définition légale, et qui ne rentreront sans nul doute pas, demain, dans le cadre du nouveau dispositif législatif à venir.

### 2. Une formalisation renforcée de la coopération commerciale

Brièvement, car nous reviendrons en détail sur ce point important de la « *Réforme Jacob* » qui permettra un renforcement des contrôles des services de la DGCCRF, même si l'article L.441-6-5° du Code de commerce prévoit d'ores et déjà une certaine formalisation de ces contrats de coopération commerciale, tout service de coopération commerciale devra prendre la forme d'un contrat cadre suivi de contrats d'application ou d'un contrat unique de coopération commerciale, détaillant parfaitement et strictement la nature des services, leur durée, les produits auxquels ils se rapportent ainsi que leur rémunération.

Et attention à la date de signature de ces contrats ; en tout état de cause, le contrat-cadre devra être conclu avant le 15 février de l'année « *n+1* » ou, si la relation commerciale est établie en cours d'année, un mois après le début des relations commerciales.

Le texte parle de « *référencement* », ce qui est critiquable, dès lors que par « *référencement* », on peut aussi déjà s'interroger sur ce qu'a voulu dire le gouvernement ; Est-ce le référencement du fournisseur, le référencement d'un produit, le référencement de plusieurs produits, le référencement d'une gamme de produits ? Quand pourra-t-on dire que le référencement est effectivement intervenu ?

On observera que le projet de loi vient entériner la pratique de la grande distribution fondée sur la signature d'un contrat-cadre annuel de coopération commerciale définissant les grandes catégories de services et une enveloppe budgétaire, donnant lieu au paiement d'acomptes mensuels, contrat-cadre suivi impérativement, nous dit le texte, de contrats d'application qui devront intervenir avant la réalisation de chaque service.

3. *Une rémunération de la coopération commerciale exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auquel le service se rapporte.*

En effet, dans toutes les situations, la rémunération du service rendu devra être exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit concerné.

A ce titre, il est prévu que tout distributeur devra adresser, au plus tard le 30 janvier de l'année « n + 1 », le montant total des rémunérations se rapportant à l'ensemble des services rendus l'année précédente, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires pour chacun des produits auquel il se rapporte. Ne doutons pas un seul instant, que si certains distributeurs ne sont pas capables de donner ce type d'information, ils se retourneront vers les fournisseurs pour obtenir ces mêmes informations.

4. *Un renversement de la charge de la preuve.*

Le texte prévoit en son article 32 un renversement théorique de la charge de la preuve, nous dit l'exposé des motifs, tendant à faire reposer la charge de la preuve de la réalité du service rendu sur le distributeur, l'administration se voyant ainsi reconnaître le droit, bien que n'étant pas partie au contrat, de se fonder sur les dispositions de l'article 1315 du Code civil pour demander au distributeur, sous le contrôle du juge commercial, de justifier de l'effectivité du ou des service(s) rendu(s) à son fournisseur.

Il est vrai que la phrase figurant sous le 5<sup>ème</sup> alinéa de l'article 32 actuel est quelque peu absconse, à savoir :

*« Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, producteur, commerçant, industriel ou artisan, qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation. »*

Les rédacteurs du Code Napoléon, qui vient de fêter son bicentenaire en 2004, n'ont pas dû rédiger disposition plus confuse que celle-ci.

En outre, viser le producteur et l'industriel, est-ce réellement renverser la charge de la preuve comme certains ont d'ores et déjà pu s'interroger ?

**III. TROISIÈME AXE DE RÉFORME : LE NOUVEAU « SRP » (ART. 31 DU PROJET DE LOI)**

Nous pourrions dire, nous y voilà enfin, après plusieurs années de tergiversations quant à la définition d'un nouveau seuil de revente à perte !

1. *Quel seuil de revente à perte et surtout est-ce le bon ?*

Ce seuil de revente à perte serait constitué par « *le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et excédant 20 %.*

*Au cours des six mois suivant la publication de la présente loi, pour l'application de l'article L.442-2 du Code de commerce, le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 50 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit. »*

Tel serait donc le nouveau prix d'achat effectif servant de référence à la détermination du seuil de revente à perte dont le franchissement à la baisse serait condamnable pénalement, ainsi que prévu par les dispositions visées par le premier alinéa de l'article L.442-2 du Code de commerce.

2. *A quoi correspondrait ce seuil de revente à perte « SRP » ?*

Prenons un exemple :

- Prix tarif d'un produit : 100 € hors taxes [soit le **prix unitaire tarif du produit**]
- Remise promotionnelle : 10 %
- Ristourne inconditionnelle : 5 %
- Ristourne conditionnelle acquise : 5 %
- 1<sup>er</sup> sous total : prix unitaire net = 80 € hors taxes [100 - 20 % (les avantages tarifaires n'ont pas été calculés en cascade dans cet exemple)]
- Marge arrière totale : 30 % [ristournes conditionnelles non acquises à la date d'émission de la facture (ristourne de volume : RFA et ristourne de progression) + coopération commerciale + autres services + t « NIP »]

## La Lettre du Cabinet

- Part minorante = taux de marge arrière supérieur à 20 %, soit 10 %.
- Ces 10 % sont donc imputables au prix unitaire net de 80 €, soit 10 % de 80 € = 8 €
- 2<sup>ème</sup> sous total = part minorante = 8 €
- Total = nouveau SRP = 72 € hors taxes [80 € - 8 €]

→ Le distributeur pourrait donc revendre légitimement, c'est-à-dire en toute légalité, demain, le produit en cause à un prix supérieur ou égal à 72 euros hors taxes au lieu et place d'un prix actuel de 80 euros hors taxes, soit une chute du « SRP » de 10 % !

Le projet de loi actuel prévoit toutefois une période transitoire de six mois suivant la publication de la future loi, en précisant que la partie minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat ne devra pas excéder 50 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur et exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit.

Dans notre exemple, deux scénarii pourraient être envisagés, soit considérer que cette part minorante est équivalente à 50 % de 30 % de marge arrière, ce correspondrait donc à 15 %, ces 15 % étant imputés au prix unitaire net de 80, impliquant donc un seuil de revente à perte s'établissant à 65 euros hors taxes versus 72 euros ; il y aurait donc un problème ici, compte tenu de ce que le calcul qui serait ainsi prévu au cours de cette période transitoire aboutirait à un seuil de revente à perte encore davantage abaissé (65 € versus 72 €) !

Ce calcul doit donc être faux !

Un second calcul devrait alors être envisagé, à savoir :

- 50 % de la masse de marge arrière excédant le plafond de 20 %,
- Soit dans notre exemple : 5 % [(30 % - 20 %) / 2]
- Soit 4 € en l'espèce [8 € / 2 ou 5 % de 80], imputés au prix unitaire net de 80 €, ce qui nous donnerait donc un nouveau seuil de revente à perte applicable au cours de la période transitoire de 76 € hors taxes versus 72 € postérieurement à cette période de six mois.

Nous nous apercevons donc que la solution retenue par le gouvernement n'est ni celle du deux fois net, ni celle du trois fois net, ce qu'auraient souhaité notamment certains industriels.

Il s'agit là d'une solution qui semblerait être de compromis, mais qui ne l'est pas en réalité, dès lors que les principales organisations professionnelles représentatives des relations industrie / commerce ont d'ores et déjà critiqué cette solution :

- L'ILEC ne souhaitait pas une telle solution, en étant a priori davantage pour un SRP dont la définition demeurerait inchangée, mais diminué de 10 % ;
- L'ANIA, dans son communiqué de presse du 13 avril rappelait la solution qu'elle avait préconisé, qui repose sur un seuil de revente à perte ramené à 90 % du net facturé et l'affectation obligatoire de tout nouvel avantage consenti au distributeur à la marge avant, en portant ipso facto cet avantage sur la facture, une telle solution « *préservant le mécanisme actuel du SRP tout en respectant la structure des rapports commerciaux* » ;
- La FNSEA et la FCD refusent le texte actuel, la FCD estimant dans un article paru dans le magazine LSA du 14 avril, « *les distributeurs craignant d'être purement et simplement criminalisés* » ;
- Certaines enseignes telles que Leclerc (voir les Echos du 8 mars notamment), et Système U (voir le Figaro du 10 mars), mais aussi Auchan et ITM se sont prononcées depuis plusieurs semaines voire plusieurs mois en faveur d'un « SRP » trois fois net majoré de 10 %.

En tout état de cause, on peut d'ores et déjà s'interroger sur les difficultés d'application d'un texte aux contours relativement flous, par un juge pénal qui risque fort de « *botter en touche* », comme au bon vieux temps des articles 31 et 32 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, c'est-à-dire à une époque où la loi Galland n'existait pas, mais où les professeurs de droit excellaient en une science nouvelle, la facturologie !

On peut en effet émettre quelques réserves sur la légalité des nouvelles dispositions envisagées par le projet de loi Jacob, au regard du principe de légalité des délits et des peines, principe qui, rappelons-le, est inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, principe repris depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994 dans le Nouveau Code pénal, sous l'article 111-3 qui précise que « *nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par un règlement.* ».

Or, on peut s'interroger légitimement sur l'absence de précision qui vient caractériser ce nouveau texte.

On rappellera à ce titre que le Conseil constitutionnel a pu dire pour droit qu'une incrimination imprécise n'était pas conforme à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme [cf. décisions des 19 janvier 1981, n°81-127 DC, 18 janvier 1985, n° 84-183 DC et 5 mai 1998, n° 98-399 DC].

Nul doute que le texte du nouvel article L.442-2 définissant le seuil de revente à perte sera l'objet d'une véritable pluie d'amendements, que ce soit devant le Sénat ou l'Assemblée nationale (nous rappellerons toutefois qu'il s'agit d'une procédure d'urgence et que le gouvernement peut toujours recourir au vote bloqué !).

Un dernier point sur lequel nous reviendrons dans un prochain « édito », celui de l'effet économique lié au mode de calcul du nouveau « SRP » ; en effet, les distributeurs, pour maintenir leur marge d'exploitation, vont devoir demander encore davantage de marge arrière afin de pouvoir en réintégrer une partie dans les prix de revente aux consommateurs ; plus la marge arrière sera importante, et plus les prix de revente pourraient en théorie diminuer, mais les industriels se trouveront dès lors confrontés à une nouvelle envolée des marges arrière ! Or ce n'est pas franchement ce que souhaite le gouvernement !

#### **IV. QUATRIÈME AXE DE RÉFORME : LES REMISES ET ACCORDS DE GAMME SONT LICITES SAUF ... (ART.26 ET 32 DU PROJET DE LOI)**

Contrairement à ce que l'on a pu entendre, voire même lire, les remises et accords de gamme ne sont pas interdits par le projet de loi Jacob.

La preuve en est d'ailleurs que l'exposé des motifs précise que si les accords de gamme peuvent, dans certains cas, conduire à l'éviction de PME du marché, le projet de loi ne vise pas à les interdire dans leur totalité mais à mieux encadrer celles de ces pratiques qui sont susceptibles de fragiliser les PME et qui présentent donc un caractère abusif.

Il n'y a donc pas d'interdiction de principe des remises ou accords de gamme.

Seules les entreprises qui seront en position dominante sur leur marché ne pourront plus – mais le pouvaient-elles déjà aujourd'hui ? – proposer des remises de gamme, voire des accords de gamme, qui pouvaient ou pourraient s'avérer « *contraignants* », pour reprendre le terme, utilisé par l'« *Accord Sarkozy* » du 17 juin 2004.

C'est le sens du renforcement des dispositions visées sous l'article L.420-2 du Code de commerce dont la dernière phrase du second alinéa est complétée par le visa exprès des accords de gamme dans le cadre des exemples susceptibles de constituer des abus de position dominante.

Il ne s'agit toutefois pas d'une nouveauté en droit de la concurrence, dès lors que nous savons tous que tant la Commission européenne, que ses autorités de recours, que le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris, en droit français, ont déjà sanctionné, pour abus de position dominante, de telles remises de gamme ou accords de gamme qui possédaient un effet fidélisant.

A titre d'exemple, citons en droit communautaire, les décisions Michelin et Irish Sugar : CJCE, 9 novembre 1983, Michelin c/ Commission ; CJCE, 7 octobre 1999, Irish Sugar c/ Commission et à nouveau TPICE, 30 septembre 2003, Michelin / Commission, et, en droit français, la d'ores et déjà célèbre décision Roquefort, prononcée par le Conseil de la concurrence le 8 avril 2004 [**décision n° 04-D-13 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée**] qui vient d'être confirmée par la Cour d'appel de Paris, qui reprend notamment les enseignements tirés de la décision Sandoz du 24 juillet 2003 [**Décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-35 du relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires SANDOZ, devenus en 1997 NOVARTIS Pharma SA, sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux**].

De même, et cette fois-ci au stade des engagements pris devant la Commission européenne, la société Coca Cola a pris l'engagement, à partir de l'année 2006, de s'abstenir d'utiliser ses marques porteuses pour vendre des produits moins populaires, à supprimer les remises ciblées, de quantité, ou d'exclusivité, pour permettre d'intensifier la concurrence et, ainsi, élargir le choix du consommateur, dans l'ensemble de l'Espace Economique Européen.

Les remises et accords de gamme sont également susceptibles d'être sanctionnés comme pratiques *per se*, dans le cadre des dispositions visées dans le corps de l'article L.442-6-I du Code de commerce, qui prévoit désormais que le fait de subordonner, au titre d'un accord de gamme, l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque peut constituer un abus de puissance de vente.

Pour autant, ce ne sont pas tous les accords de gamme qui sont systématiquement sanctionnés, mais seuls ceux qui sont susceptibles de s'inscrire dans une logique d'abus de puissance de vente et uniquement ceux-ci.

Il conviendra donc de commencer par démontrer, à titre préalable, l'existence d'un tel abus de puissance de vente et l'on sait combien le Conseil de la concurrence a pu se montrer exigeant dans le cadre d'une telle démonstration à un autre niveau, il est vrai.

Certains distributeurs, comme il fut un temps la super centrale Opéra ou, au mois de juillet dernier, le groupement Casino, ont pu demander à l'ensemble des fournisseurs dont le tarif prévoyait une remise de gamme, la suppression pure et simple d'un tel avantage tarifaire.

C'était méconnaître, peut être volontairement, le droit de la concurrence et ce n'est pas la nouvelle mouture législative qui devrait, à cet égard, permettre de subordonner la légitimité concurrentielle d'une structure tarifaire à l'absence pure et simple de toute remise de gamme. Ceci serait une erreur à ne pas commettre et les fournisseurs qui connaissent des remises de gamme, peuvent parfaitement continuer à laisser perdurer dans leur structure tarifaire une telle réduction de prix sans craindre les foudres des autorités de concurrence, pour autant, bien entendu, que l'on ne puisse pas déterminer dans leur chef une position dominante ou caractériser un abus de puissance de vente.

Ces deux réserves sont naturellement à apprécier avec toute la dangerosité qu'elles peuvent comporter si l'une ou l'autre venait à s'avérer exacte !

**V. CINQUIÈME AXE DE RÉFORME :  
INSTAURATION D'UN RÉGIME LÉGAL  
POUR LES ENCHÈRES ÉLECTRONIQUES  
(ART.33 DU PROJET DE LOI)**

Le projet de loi vise à améliorer le dispositif permettant d'appréhender certaines pratiques commerciales liées au lancement d'enchères à distance, notamment les enchères électroniques inversées. Les dispositions prévues doivent permettre aux fournisseurs qui soumissionnent de bénéficier d'un cadre juridique « *stable et clair qui les protègent de certains comportements déloyaux et qui assurent une meilleure transparence de ces enchères* ».

Préalablement à toutes enchères électroniques, la personne organisant de telles enchères devra communiquer de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats qui souhaiteront y soumissionner, tous éléments déterminant les produits ou les prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection ainsi que les règles selon lesquelles les enchères se dérouleront et ce, à peine de nullité de la procédure. Les enchères électroniques devront être enregistrées et conservées pendant un an, afin d'être présentées aux agents de la DGCCRF.

Les sanctions visées sous l'article L.442-6-III du Code de commerce, à savoir la nullité des enchères, celle du contrat passé et le prononcé d'une amende civile maximale de deux millions d'euros seront pleinement applicables au non-respect des nouvelles dispositions.

**VI. SIXIÈME AXE DE RÉFORME : UN  
RENFORCEMENT NOTABLE DES  
SANCTIONS ET UNE ACCÉLÉRATION  
DES PROCÉDURES (ART. 28, 29, 30, 35,  
36 ET 37 DU PROJET DE LOI)**

*1. Les sanctions sont augmentées*

C'est ainsi que, s'agissant du non-respect des dispositions en matière de coopération commerciale, l'amende est quintuplée, passant de 15.000 euros à 75.000 euros, avec une amende pouvant ainsi atteindre pour les personnes morales le montant maximal de 375.000 euros, avec affichage de la décision aux portes de l'entreprise condamnée.

Afin d'accélérer les procédures, le projet de loi prévoit la convocation devant le juge pénal du chef d'entreprise ou de son délégataire, en cas de délégation de pouvoirs, directement par un fonctionnaire de la DGCCRF et, avant d'en arriver là, la possibilité donnée aux services de la DGCCRF de « *transiger* », c'est-à-dire de proposer un montant maximal d'amende qui ne pourra pas, bien entendu, dépasser le montant prévu par la loi, dans le cadre d'un accord à intervenir avec l'entreprise « *poursuivie* » et ce, après intervention néanmoins du procureur de la République.

Un décret en Conseil d'Etat fixera les modalités de cette « *transaction* », sachant en effet qu'il n'y aura pas de discussion sur le montant mais que le chef de service de la DGCCRF compétente proposera un montant, à charge pour l'entreprise concernée de l'accepter ou de le refuser.

De même, le procureur de la République pourra proposer, par l'intermédiaire d'un fonctionnaire de la DGCCRF, ce que la loi Perben II du 9 mars 2004 (art.71-1) appelle la « *composition pénale* » codifiée sous l'article 41-2 du Code de procédure pénale, à savoir la possibilité de payer une amende dite de composition au Trésor public, dont le montant ne peut excéder, là également, le montant maximum de l'amende encourue, cette amende devant être fixée en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de l'intéressé.

En revanche, les autres sanctions qui avaient été prévues par l'avant projet de loi Jacob connu à la fin février dernier, et qui reprenaient l'ensemble des dispositions du Code de procédure pénale, issues de la loi Perben II, à savoir notamment la possibilité d'effectuer un stage professionnel (!) n'ont pas été reprises.

Enfin, il pourra être recouru à l'ordonnance pénale prévue par l'article 495 du Code de procédure pénale, autrement dit, et sans entrer dans le cadre du présent article dans le détail de cette procédure, la possibilité donnée au Président du Tribunal correctionnel de prononcer une ordonnance de condamnation, sans aucun débat, la partie condamnée pouvant, bien entendu, ensuite, contester ladite ordonnance dans un délai de quarante cinq jours suivant la notification de ladite ordonnance !

\* \* \*

Ce projet de loi a été déposé le 13 avril sur le bureau du Sénat et déclaré d'urgence.

La procédure parlementaire devrait débiter au début juin prochain, dès après la date du 29 mai, qui verra les français se prononcer pour ou contre l'adoption de la constitution européenne, la Présidence de la République et le Premier ministre n'ayant pas souhaité une quelconque pollution de ces élections par quelque texte que ce soit à fort retentissement médiatique potentiel !

On aura relevé que ce projet de loi ne prévoit plus de modification du rôle imparti à la Commission d'examen des pratiques commerciales qui devait se transformer en une « *Commission d'évaluation des pratiques commerciales* », cette réforme étant renvoyée à un décret qui devrait modifier les missions de cette Commission afin notamment de lui offrir la possibilité d'émettre des avis et formuler des recommandations sur les conditions dans lesquelles les avantages financiers consentis par le fournisseur à son client et qui ne sont pas portés sur la facture de vente, peuvent produire des effets sur le prix d'achat effectif et donc sur le seuil de revente à perte.

**La protection des réseaux de distribution  
sélective contre les reventes hors réseau**

**Par Nathalia Kouchnir-Cargill**

Un récent arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 11 janvier 2005, dans une affaire dans laquelle la société Auchan avait revendu dans plusieurs de ses magasins des jeans de la marque Levi Strauss, nous donne l'occasion de faire un point sur les conditions de recevabilité des actions menées contre les revendeurs hors réseau par les fournisseurs distribuant leurs produits dans le cadre de réseaux de distribution sélective.

Rappelons notamment que deux conditions sont nécessaires pour le succès d'une telle action :

→ Une condition préalable, à savoir la preuve de la licéité du réseau ainsi mis en place, qui pourra être appréciée tant par le Juge du fond que par le Juge des référés.

→ La preuve d'un comportement fautif du revendeur, le principe étant que le simple fait d'acquérir des produits sur un marché parallèle et de les commercialiser en dehors du réseau, ne constitue pas en lui-même une faute.

## La Lettre du Cabinet

A cet égard, les principaux comportements répréhensibles stigmatisés en jurisprudence sont les suivants :

- Approvisionnement illicite du revendeur : c'est en effet au distributeur hors réseau de prouver l'origine régulière des produits qu'il revend et s'il refuse de justifier de la provenance de ces produits, l'approvisionnement sera présumé illicite ; il est à noter que le revendeur n'a pas à justifier de la régularité de l'approvisionnement de son propre vendeur.
- Vente de produits assortie de la garantie contractuelle : si la garantie légale est due par le fournisseur, tel n'est pas le cas de la garantie contractuelle ; le revendeur doit, dans ce cas, soit donner la garantie lui-même, soit prévenir le client qu'il n'en a pas en retirant notamment les bons de garantie des emballages.
- Atteinte à l'image de marque du produit : c'est le cas en cas de prix d'appel, de revente à perte, de revente en solde ou encore de revente dans des conditions non conformes aux critères de sélection ce qui pose le problème de la vente sur Internet.
- Commercialisation de produits portant la mention « *ne peut être vendu que par des distributeurs agréés* » : il s'agit là d'une publicité de nature à induire en erreur ; il appartient donc au revendeur de mentionner qu'il n'est pas sélectionné mais il est à noter que le revendeur ne peut pas enlever la mention de l'emballage, sans risquer de se rendre coupable d'une contrefaçon de marque.
- Parasitisme : cas du revendeur qui bénéficie de la valeur de la marque sans en supporter les contraintes, notamment financières, qui pèsent sur le réseau agréé.

Dans l'espèce qui opposait la société Levi Strauss Continental à la société Auchan et qui avait fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 7 novembre 2001, qu'est venue confirmer la décision de la Cour de cassation du 11 janvier 2005, la société Auchan s'était refusée à révéler le nom de ses fournisseurs et donc l'origine de ses approvisionnements.

Conformément à la jurisprudence applicable, la Cour d'appel, non contredite par la Cour de

cassation, a donc estimé que cet approvisionnement était illicite, ce qui stigmatisait la faute de la société Auchan au regard de l'article 1382 du Code Civil.

C'est donc sur la licéité du réseau mis en place par Levi Strauss que s'étaient stigmatisés les débats, la société Auchan faisant feu de tout bois pour contester cette licéité.

La société Auchan faisait ainsi valoir :

- Que la nature du produit, le jean, ne justifiait pas la mise en place d'un réseau de distribution sélective,
- Que cela était démontré par le fait que le réseau litigieux avait été mis en place de façon récente, après des décennies de vente libre, laquelle perdure encore dans le pays d'origine, c'est-à-dire les Etats-Unis,
- Que le réseau mis en place constituait une entente illicite, comme ne réservant pas aux consommateurs une contrepartie suffisante, notamment au niveau des prix pratiqués.

Sur la nature du produit, la Cour d'appel de Paris, confirmée par la Cour de cassation, a repris un avis de la Commission de la concurrence du 20 octobre 1983, qui avait admis que compte tenu des caractéristiques du marché des « *jeans* », et en particulier des structures de l'offre et de la demande, l'organisation d'une distribution sélective par un petit nombre de marques représentatives du « *haut de gamme* », dont Levi Strauss, ne pouvait compromettre gravement le jeu de la concurrence.

La Cour d'Appel en a déduit que « *la mise en place d'un réseau de distribution sélective de ses produits par Levi Strauss, dont la qualité des jeans qu'il fabrique depuis plus d'un siècle est reconnue, est justifiée* », qualifiant le produit un peu plus loin dans son arrêt de « *quasiment mythique* ».

Quant à l'absence de réseau de distribution sélective du produit, notamment aux Etats-Unis, la Cour de Cassation est venue confirmer que « *la circonstance qu'un produit ait été commercialisé en dehors d'un réseau de distribution sélective et continue à être ainsi distribué dans certaines zones géographiques n'est pas de nature en elle-même à rendre illicite la commercialisation sous une telle forme de distribution dans d'autres zones géographiques du produit en cause* ».

Et, sur le problème de la licéité du réseau et l'existence d'une entente, la Cour de cassation

reprend les constatations de la Cour d'appel pour l'approuver dans sa décision, et notamment, l'existence de critères de sélection qualitatifs et objectifs qui n'ont pas pour objet ou pour effet d'exclure la grande distribution, l'absence d'obligations excessives posées par les critères de sélection et l'absence de prix imposés, pour rejeter le caractère anticoncurrentiel du réseau ainsi mis en place.

Il est à noter enfin que la société Auchan avait tenté de soulever l'irrecevabilité à agir de la société Levi Strauss Continental, laquelle se basait sur le réseau de distribution institué dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'A.E.L.E pour solliciter à l'encontre de la société Auchan une interdiction de revendre les jeans de sa marque en provenance de l'ensemble de l'Espace Economique Européen.

La société Auchan considérait que la société Levi Strauss Continental était liée uniquement aux distributeurs opérant sur le territoire français et ne pouvait donc lui opposer les réseaux de distribution mis en place par des sociétés sœurs opérant dans d'autres territoires européens.

Sur ce point, la Cour de cassation est venue confirmer la décision de la Cour d'appel de Paris en ces termes :

*« L'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle ».*

**La protection des réseaux de distribution sélective contre les reventes hors réseau – Suite :  
Un jugement intéressant rendu par le Tribunal de Commerce de Lyon le 6 avril 2005**

**Par Thomas Lamy**

Ainsi qu'en témoigne l'arrêt évoqué ci-dessus rendu par la Cour de cassation le 11 janvier 2005, dans l'affaire « *société Levi Strauss Continental contre société Auchan France* », la question de la protection des réseaux de distribution sélective se pose régulièrement devant les juridictions nationales et c'est précisément sur un cas de tentative de désorganisation interne d'un réseau de distribution mis en œuvre par un fabricant d'articles de sport que c'est prononcé le Tribunal de Commerce de

Lyon<sup>1</sup> à l'occasion d'un jugement rendu le 6 avril 2005.

Les faits soumis au Tribunal étaient les suivants :

Afin d'assurer la vente de ses produits dans des conditions conformes à l'image de qualité véhiculée par sa marque et d'améliorer les services rendus aux consommateurs, le fabricant commercialisait ses produits par l'intermédiaire de détaillants, soumis à la « *Charte de distribution sélective* » mise en place par le fournisseur.

Il va sans dire que, par leur nature même, les détaillants distributeurs des articles de sport n'ont pas vocation, à la différence des grandes surfaces ou des grossistes, à écouler des quantités très importantes de produits, la pénurie relative des articles contribuant précisément, dans une certaine mesure, à asseoir la notoriété de la marque.

Au mois d'août 2002, un des distributeurs du fabricant en cause, signataire de la charte précitée et donc distributeur sélectionné membre du réseau mis en place par le fabricant, a prétendu passer commande au fabricant de 15120 tee-shirts griffés, ce volume paraissant anormalement élevé par rapport à la superficie de vente du magasin exploité par le détaillant, qui n'excédait pas 100 m<sup>2</sup>.

Le fabricant a refusé d'honorer cette commande dont il considérait qu'elle n'avait d'autre but que d'organiser, par des moyens détournés, la diffusion de ses produits en dehors du réseau de distribution sélective qu'il avait mis en place, en considérant également qu'en l'occurrence, le distributeur avait, au préjudice du fabricant, tenté d'exercer une activité de grossiste-revendeur.

Le Tribunal confirme cette analyse : « *Attendu que le Tribunal notera que la quantité d'articles commandés par [le distributeur] ne pouvait être écoulée que dans le cadre d'une activité de gros, ce qui était contraire à la charte de distribution [du fabricant] que ne pouvait ignorer [le distributeur], puisque [il] l'avait acceptée pour pouvoir vendre en magasin les produits griffés [à la marque du fabricant], et ce, dès sa demande d'ouverture de compte au mois de mars 2001 ; attendu que le Tribunal observera que [le fabricant] avait déjà refusé, eu égard à sa politique commerciale de distribution sélective, de répondre favorablement à une tentative de prise de commande de plusieurs milliers d'articles par [le distributeur] au cours de l'été 2001 ainsi qu'en atteste un fax [du fabricant] daté du 14 septembre 2001[...].* »

<sup>1</sup> Décision non publiée et susceptible d'appel.

En conséquence de quoi, le Tribunal déboute le distributeur de sa demande, fondée sur l'allégation d'un refus de vente injustifié du fabricant.

\* \* \*

Il est de surcroît intéressant de noter que, dans cette affaire, le Tribunal a eu à se prononcer sur les conditions de prise de commande par le fabricant, le distributeur ayant prétendu que sa commande aurait été acceptée et validée par le fabricant, ce qui était précisément contesté par ce dernier.

En l'occurrence, les conditions générales de vente du fabricant prévoyaient que « *les commandes adressées aux vendeurs directement ou par l'intermédiaire d'un représentant et, notamment, au moyen d'un système de télétraitement ne sont créatrices de droits et obligations qu'après acceptation expresse du vendeur.* »

Or, en l'espèce, un courrier électronique avait été adressé par un membre du personnel du fabricant au distributeur, sans texte mais auquel était joint un exemplaire modifié de la commande passée par le distributeur, s'agissant notamment des références en cause.

L'envoi de ce courrier électronique pouvait-il valoir confirmation de commande au sens de l'article précité des conditions générales de vente du fabricant ?

Le Tribunal répond par la négative : « *Attendu que le Tribunal considérera alors que le courriel du 16 août 2002 envoyé par [le fabricant au distributeur] ne constitue en aucune façon une confirmation officielle de commande en raison de l'absence de toute mention adéquate et habituelle dans le cadre de relations commerciales standards, et encore moins en l'espèce de part le formalisme imposé par [le fabricant] à ses clients tel que cela ressort en particulier de l'article 2 des conditions générales de vente, où est stipulé qu'un accusé de réception de commande ne constitue en aucun cas une acceptation* », *clause que ne pouvait méconnaître [le distributeur] puisque l'ayant acceptée dès le début de ses relations avec [le fabricant] [...].* »

\* \* \*

Nous ignorons à l'heure où ces lignes sont écrites, s'il sera interjeté appel de cette décision qui paraît évidemment favorable au fournisseur en règle générale et aux sociétés **têtes de réseau** de distribution sélective en particulier.

## Veille jurisprudentielle

**Par Jacques Roiland**

### ➤ **Dénigrement : de l'utilité de la modération**

▪ Un opticien lance une campagne de publicité sur le thème du concept « *deux pour un* » avec des slogans tels que : « *quand on vous offre une seconde paire de lunettes, êtes vous toujours sûrs de la qualité des verres ?* » et « *pour un euro de plus, préféreriez-vous une seule paire de lunettes équipée de verres plus performants ou une deuxième paire gratuite de verres de moins bonne qualité ?* ». Les slogans sont accompagnés de visuels montrant des verres de lunettes (ceux de la deuxième paire) associés à des objets tels que carcasse de voiture, porte vitrée d'une rôtissoire, culots de bouteilles de vin, vivarium rempli de serpents, lunettes de WC, etc.

Aucun concurrent n'est cité, mais l'un d'entre eux s'estime identifié du fait de la notoriété de sa campagne « *Tchin Tchin d'Afflelou, les deux paires de lunettes pour le prix d'une* ».

En référé, le Tribunal de commerce de Paris interdit la publicité, mais la Cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance.

Au fond, elle condamne l'auteur de la campagne pour concurrence déloyale par dénigrement. Elle rejette l'argument de la défense tiré du caractère humoristique et hyperbolique de la campagne qui, selon ses auteurs, ne peut tromper personne.

La Cour estime au contraire que le *ton très agressif* du message, le contexte *sombre et menaçant* créé par les visuels, les conséquences négatives que les messages induisent sur la vue et donc *sur la santé du consommateur*, par la gravité du propos, excluent l'humour. De même, n'est pas démontré, du fait du doute *réel instillé dans l'esprit* du consommateur, le caractère hyperbolique de la campagne. L'ensemble donne « *une impression de malsain* » et génère le dégoût, voire la répugnance du spectateur, par les symboles dégradants. [T. Com. Paris 26 novembre 2004 SA Alain Afflelou c/ SA Visual]

▪ Dans une interview donnée à la presse, le dirigeant d'une entreprise de distribution de produits de parfumerie formule une appréciation peu amène de la politique commerciale et de la situation générale d'un de ses concurrents qu'il cite nommément.

## La Lettre du Cabinet

Les propos considérés évoquent l'absence de service au client, l'échec des tentatives d'implantation à l'étranger, dû à l'absence de réflexion et d'études préliminaires, la démotivation des salariés qui savent que tôt ou tard ils « *seront cédés* ». Ces propos sont diffusés dans la presse et repris sur le site Internet (à destination des consommateurs) de leur auteur.

La Cour d'appel de Paris, infirmant le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 16 mai 2003, refuse de voir là un dénigrement constitutif de concurrence déloyale aux motifs que les propos tenus, et diffusés par la presse, sont « *modérés en la forme* », « *ne sont pas outranciers* », que « *le principe de la liberté de la presse commande que puissent être divulguées des informations sur tous les sujets dans la mesure où le traitement de ceux-ci est opéré sans intention malveillante et avec la prudence nécessaire* ». [CA Paris 24 novembre 2004 Marionnaud Parfumeries c/ SA Séphora]

\* \* \*

Ces deux affaires, malgré la différence de leurs contextes, et quelques autres affaires récentes [Cassation commerciale, 15 janvier 2002 Syndicat du café c/ deWitt<sup>2</sup> ; Cou d'appel de Paris, 20 novembre 2003, Trigano c/ CIAT<sup>3</sup> ; Cour d'appel de Versailles, 2 juin 2004, Orangina Schweppes c/ CEDUS<sup>4</sup> ; Tribunal de grande instance de Paris, 9 juillet 2004, SPECA c/ Greenpeace France<sup>3</sup>], confirment la grande sensibilité des juges à l'agressivité (croissante sans doute : concurrence oblige !) des messages publicitaires quand il s'agit d'apprécier leur impact sur les concurrents de l'annonceur, ou même sur l'image d'une entreprise non concurrente.

Traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine distinguent dans les communications critiques : - la critique du produit concurrent, appréciée avec sévérité ; - la critique d'une catégorie de produits, différents du produit vanté et non concurrents de celui-ci, admise dès lors qu'elle est vraie et modérée ; - la « *libre critique* » du tiers, journaliste ou professionnel de l'appréciation des produits, critique qui participe de la liberté d'opinion et de la presse.

<sup>2</sup> Gaz. Pal. 16-17 mai 2003.

<sup>3</sup> Gaz. Pal. mars 2004.

<sup>4</sup> La Lettre du Cabinet, février 2005.

Les affaires citées aujourd'hui, et celles évoquées plus haut, se rapportent à ces trois catégories. Si on les examine du point de vue de l'âpreté de leur message, on constate que la modération permet beaucoup de choses, tandis que l'agressivité trop forte ne manque pas d'être sanctionnée :

### ▪ Affaire Syndicat du café :

La publicité d'un dentifrice faisant référence au pouvoir tachant du café (taches que le dentifrice est capable d'enlever), n'est pas constitutive de dénigrement dès lors que « *l'information, non arguée de caractère mensonger, est donnée en termes mesurés, au consommateur sur les propriétés objectives qu'il peut attendre d'un produit [...]* ».

### ▪ Affaire Marionnaud :

La **modération en la forme et le caractère jugé non outrancier** des propos, pourtant peu flatteurs, tenus par le concurrent, ne sont pas étrangers au rejet par la Cour de la demande fondée sur le dénigrement.

En revanche :

### ▪ Affaire Orangina :

Le sucre est présenté sous forme d'un **personnage ridicule, plaintif, mal rasé**, échouant dans sa tentative de se faire admettre dans la soirée, ce qui donne du sucre « *une image dévalorisante [...] qui ne saurait être excusée par la forme humoristique du film* ».

### ▪ Affaire Greenpeace :

L'agressivité, induite de **l'intention de nuire** relevée par le Tribunal, gratuite de surcroît car d'autres moyens pouvaient être utilisés, entraîne la condamnation.

### ▪ Affaire Trigano

Bien que dénués de violence, les propos tenus par le concurrent faisaient allusion à son intention de défendre ses droits par la voie judiciaire : pour la cour, il s'agit là d'une « *imputation implicite mais certaine d'agissements illicites* » constituant le dénigrement fautif.

Où l'agressivité judiciaire rejoint l'agressivité commerciale !

➤ **Publicité en faveur du tabac ...**

Même pour la bonne cause, un dessin évoquant le tabac est interdit.

Un magazine publie un reportage sur l'argent des sportifs, dénonçant le poids des sponsors et illustré par un pilote automobile portant sur son casque et sa voiture le nom d'un fabricant de tabac. Un photomontage satirique tourne en dérision les mentions légales d'information inscrites sur les paquets. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre la décision qui avait condamné le magazine, estimant que l'existence d'un acte en faveur d'un organisme, d'une activité et d'un produit, qui, par son graphisme, sa présentation et l'utilisation d'une marque, a pour effet de rappeler le tabac ou un produit du tabac, caractérise le délit de publicité indirecte en faveur du tabac. [Cass. Crim. 11 janvier 2005 Lawlex, février 2005]

➤ **... et de l'alcool**

La chambre criminelle applique la même interprétation extensive de publicité indirecte aux boissons alcooliques. Une revue spécialisée sur l'automobile qui avait publié la photo d'un célèbre pilote de course sur laquelle apparaissaient les noms de plusieurs marques de boissons alcooliques ne trouve pas grâce à ses yeux : est publicité illicite « *tout acte en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article ayant pour effet, qu'elle qu'en soit la finalité, de rappeler une boisson alcoolique sans satisfaire aux exigences relatives au contenu de la publicité* ». [Cass. Crim., 3 novembre 2004 Lettre de la Distribution. Fév. 2005]

➤ **Commission d'examen des pratiques commerciales :** [Recommandation n°05-01 sur les délais de règlement]

La CEPC a rendu sa première recommandation.

D'ordre plus général que les avis dans lesquels la Commission se prononce sur la conformité au droit de la pratique dont elle est saisie, les recommandations visent, par les préconisations générales qui y sont faites, au développement de bonnes pratiques.

La CEPC a décidé en sa séance plénière du 21 mars 2005, de publier la recommandation n° 05-01, relative aux délais de paiement et à leur application, de même que le rapport du professeur Michel Glais sur ce sujet.

La Commission rappelle d'emblée que la négociation des délais de paiement relève de la liberté contractuelle. Elle constate l'existence, dans certains secteurs, de crédits interentreprises de durées anormalement élevées au regard des spécificités des secteurs en cause. Elle rappelle que le fait pour une entreprise d'imposer des conditions de paiement non justifiées peut être considéré comme abusif (directive communautaire du 29/06/00) et que s'écarter sans raison objective du délai de l'article L.441-6 du code de commerce est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Elle suggère la généralisation des négociations entre organisations professionnelles dans chaque secteur afin de déterminer ce que sont des délais de paiement d'une durée manifestement abusive au regard de la spécificité des secteurs d'activité et des entreprises concernés et d'établir des codes de bonnes pratiques en matière de conditions de règlement. Pour s'assurer qu'une telle recommandation et de tels accords ne heurteraient pas le droit des ententes, elle préconise de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence.

La Commission constate aussi que de nombreux procédés répréhensibles sont utilisés par certains opérateurs pour retarder leurs règlements et suggère que ces procédés soient recensés et proscrits au sein de codes de bonnes pratiques.

Elle constate enfin que les pénalités de retard de l'article L.441-6 sont rarement appliquées et recommande un renforcement des contrôles de l'Administration concernant les procédés répréhensibles et l'abandon des pénalités de retard.

**La Cour suprême des Etats-Unis autorise les justiciables étrangers à mettre en œuvre des moyens extensifs de recherche de preuves**

**Par Stéphane Coulaux**

John Fellas, un de nos correspondants américains membre du Cabinet Hughes Hubbard & Reed, nous a informés de la teneur d'une décision récente de la Cour Suprême des Etats-Unis donnant une interprétation très libérale de l'article 28 USC § 1782, qui est la disposition légale permettant aux Cours fédérales américaines d'apporter une assistance aux justiciables étrangers désireux de rassembler des documents et témoignages aux Etats-Unis.

Cette disposition autorise en effet les tribunaux à apporter une assistance judiciaire à toutes personnes impliquées dans des procédures étrangères ou internationales. Historiquement, la jurisprudence avait eu tendance à restreindre l'étendue de ces pouvoirs. Or, dans l'affaire Intel / Corp vs Advanced Micro Devices inc (n°02-572, 21 juin 2004) la Cour Suprême des Etats-Unis a écarté ces restrictions, adoptant une approche large et flexible de la notion d'assistance judiciaire.

La Cour a en effet clarifié le champ d'application de la section 1782 (a) du titre 28 à plusieurs égards :

- Abandon d'une exigence imposée, par certains tribunaux de niveau inférieur, d'admissibilité à l'étranger de la preuve recherchée. Il est donc désormais clair que la question de savoir si le moyen de preuve recherché aux Etats-Unis serait ou non admissible dans la procédure pendante à l'étranger doit rester sans effet au regard de la demande d'assistance judiciaire formulée aux Etats-Unis.
- Elargissement de la notion de « *tout intéressé* » désignant la personne titulaire du droit de solliciter l'assistance judiciaire, pour dépasser les seuls demandeurs et défendeurs, dès lors que les circonstances révèlent qu'une instance judiciaire est envisageable.
- Interprétation extensive du type de procédure dans le cadre duquel une assistance peut être sollicitée. Non seulement la Cour a fait savoir que la Commission Européenne devait être considérée comme un « *Tribunal* » mais elle a également laissé entendre qu'un Tribunal arbitral pourrait entrer dans le cadre de cette définition, interprétation qui avait été rejetée par des Tribunaux de niveau inférieur.
- Rejet de l'exigence du caractère actuel ou imminent de la procédure étrangère. Contrairement à un certain nombre de Tribunaux de niveau inférieur, la Cour a estimé qu'il suffisait que la procédure étrangère soit « *raisonnablement envisageable* ».

Dans cette affaire, la société Advanced Micro Devices s'était plainte auprès de la DG compétente de la Commission Européenne de prétendues pratiques anticoncurrentielles, dont un concurrent, la société Intel, se serait rendu l'auteur. Sur le fondement de la section 1782, Advanced Micro Devices avait sollicité de la Cour de Californie qu'elle exige d'Intel la production d'un certain nombre de documents. Cette demande avait été rejetée, décision que la Cour d'Appel du 9<sup>ème</sup> circuit avait ensuite réformée.

La section 1782 autorisant un Tribunal américain à faire droit à la demande qui lui est présentée sans pour autant le lui imposer, il est en effet apparu important à la Cour Suprême de fournir un certain nombre de lignes directrices destinées à réduire le caractère nécessairement discrétionnaire donné à l'interprétation de cette disposition légale.

➤ **La notion de « tout intéressé »**

La section 1782 autorise « *tout intéressé* » à présenter une demande destinée à la production de moyens de preuve.

Dans cette affaire, Intel avait fait valoir l'interprétation que la société Advanced Micro Devices n'entraîne pas dans le champ de cette notion qui, selon Intel, ne couvrait que les parties à un procès, les Etats étrangers ou tout agent de ces Etats, mais en aucun cas l'auteur d'une plainte à caractère administratif.

La Cour Suprême a rejeté cette interprétation en faisant notamment valoir que la société Advanced Micro Devices avait certainement un intérêt légitime à obtenir les moyens de preuve. Dans cette lecture, la Cour a souligné qu'une partie à l'origine d'une enquête de la Commission européenne avait un rôle déterminant dans le processus mis en place et détenait le droit de fournir des informations à la Commission Européenne, voire de saisir le Tribunal compétent si le résultat de l'enquête ne lui donnait pas satisfaction.

➤ **La notion de « Tribunal »**

La Commission européenne a été considérée par la Cour Suprême comme étant un « *Tribunal* » au sens de la section 1782, au regard de ses pouvoirs non seulement d'enquête mais également de sanction.

Revenant sur la réforme de 1964, la Cour Suprême a en effet noté que la notion de « *procédure judiciaire* » avait été remplacée par celle de procédure devant un Tribunal étranger ou international, incluant de fait des procédures administratives, ou quasi-judiciaires. Or, des Cours d'appel du 2<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> Circuit avaient antérieurement pris la position qu'une procédure arbitrale internationale ne saurait entrer dans le champ de la section 1782 (NDC vs Bear Stearns, 165 F 3d 184, Second Circ. 1999 ; Republic of Kazakhstan vs. Biedermann international 168 F 3<sup>ème</sup> 880, 5<sup>ème</sup> Circ. 1999). Cette position est susceptible d'être largement remise en cause dans la mesure où, dans sa décision, la Cour Suprême s'est référée à un article de doctrine qui visait expressément les Tribunaux arbitraux comme devant être compris dans le champ de la section 1782.

➤ **La notion de procédure « pendante ou imminente »**

Selon des décisions antérieures, la procédure étrangère ou internationale devait être pendante ou imminente. Sur le fondement de cette jurisprudence, Intel alléguait que la plainte de Advanced Micro Devices devant la Commission européenne n'était pas allée plus loin que la phase d'instruction et qu'aucune phase de décision n'était imminente. Sur la base de l'histoire législative des amendements de 1964 à la section 1782, à l'occasion desquels le qualificatif de « *pendant* » avait été supprimé, la Cour Suprême a estimé qu'il suffisait que la procédure judiciaire soit « *raisonnablement envisageable* », pour remplir la condition d'application de la section 1732.

➤ **La notion « d'admissibilité de la preuve à l'étranger »**

Il existait une divergence de jurisprudence entre diverses Cours d'Appel aux Etats-Unis sur l'existence, ou non, de cette notion comme condition à l'application de la section 1782.

Les tenants de cette exigence estimaient que, d'une part, autoriser l'obtention de preuves non admissibles à l'étranger était de nature à porter atteinte à la juridiction souveraine étrangère et, d'autre part, à offrir au justiciable étranger la possibilité d'obtenir contre son adversaire américain des moyens de preuve auxquels il n'aurait pas accès dans sa propre juridiction, ce qui était de nature à déséquilibrer l'instance en cours.

A l'inverse, les tenants de l'interprétation libérale estimaient, d'une part, que la section 1782 ne

contenait aucune disposition pouvant laisser penser à l'existence de cette exigence et, d'autre part, qu'une telle interprétation revenait à imposer comme grille de lecture à l'application de l'article 1782 les sources de droit étranger, ce qui ne pouvait que générer des complications au stade de la mise en œuvre d'une disposition relativement simple.

C'est cette interprétation libérale qu'a retenue la Cour Suprême dans l'arrêt Intel.

Elle s'est appuyée sur une décision de la Chambre des Lords de 1987 (South Carolina Ins. Co vs Assurantie Maatschappig Dezeven provincien NV) dans le cadre de laquelle cette dernière avait refusé à une partie à l'instance le droit de faire usage de la section 1782 afin d'obtenir des éléments de preuve localisés aux Etats-Unis. Elle a ainsi fait valoir que l'éventuel déséquilibre que pouvait générer la section 1782 pouvait parfaitement être géré par la juridiction américaine saisie, par exemple en imposant au bénéficiaire de l'assistance judiciaire de fournir la même étendue de production de preuve que celle qu'il exigeait de son adversaire.

Après avoir mis en exergue le caractère discrétionnaire de la mise en œuvre de la section 1782, la Cour Suprême a identifié un certain nombre de facteurs que les juridictions saisies devraient considérer afin de faire droit, ou non, aux demandes présentées en application de cette disposition légale - la personne auprès de laquelle l'obtention de moyens de preuve est demandée est-elle ou non partie à l'instance ; la nature de la juridiction étrangère saisie ; les caractéristiques de l'instance en cours à l'étranger ; la réciprocité offerte par l'entité étrangère aux demandes d'assistance américaine, le mobile réel de la demande présentée au visa de la section 1782 -.

\* \* \*

**QUELQUES INFORMATIONS :**

**SÉMINAIRES 2005 AUXQUELS PARTICIPE LE CABINET**

- ☞ 29 et 30 mai et 1<sup>er</sup> juin 2005 – Euroforum - Journées de la concurrence

**Animation de formations dispensées à l'intérieur de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ A la négociation commerciale dans le cadre de la future « *Loi Jacob* » : **conditions générales de vente, conditions particulières, conditions catégorielles, coopération commerciale, discrimination, règles de facturation, seuil de revente à perte, NIP, etc.**
- ☞ Au contrôle des concentrations
  - Contrôle communautaire des concentrations : [avec le nouveau 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 applicable, etc.]
- ☞ A la rupture fautive des relations commerciales établies [**rupture brutale et rupture abusive**]
- ☞ A la mise en sécurité juridique des accords de distribution à la suite de **l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.
- ☞ Aux enquêtes de concurrence [**droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs**]
- ☞ Aux promotions des ventes [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]

- ☞ A la modification du contrat de travail [distinction entre modification du contrat et modification des conditions de travail ; conséquences]

**Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CPV / CCV / Accords de coopération commerciale.**

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