

Décembre 2018

La lettre de l'actualité en droit économique

La Lettre de l'actualité en droit économique est une contribution du Cabinet Grall & Associés permettant une information quasi en temps réel des principales évolutions en droit économique, plus particulièrement celles de la jurisprudence des juridictions judiciaires et de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

Par Jean-Christophe Grall et Guillaume Mallen

NUMERO SPECIAL : LE CABINET GRALL & ASSOCIÉS A FÊTE SES 20 ANS EN 2018

Depuis 20 ans, le Cabinet Grall & Associés est aux côtés des entreprises pour les conseiller et les accompagner au quotidien face aux problématiques de droit économique, qu'il s'agisse du droit de la concurrence, droit de la distribution, droit de la consommation ou encore du droit de la propriété intellectuelle.

Depuis 20 ans, le Cabinet Grall & Associés a développé des expertises de pointe reconnues en la matière, mettant un point d'honneur à délivrer à ses clients un conseil précis, pragmatique et opérationnel tenant systématiquement

compte de l'environnement commercial et des particularités économiques, réglementaires et culturelles de leur secteur d'activité.

Au cours de ces 20 années, le droit économique a connu des évolutions fulgurantes. Le Cabinet Grall & Associés a en a été le témoin privilégié. Au fil d'interventions législatives et réglementaires nombreuses – nous pensons par exemple aux lois « NRE », « Dutreil », « Châtel », « LME », « Hamon », « Macron », « Sapin II » ou encore, très récemment, « Egalim » – le droit économique a été modifié, précisé,

parfois même bouleversé, plus particulièrement les règles intéressant la négociation commerciale ou les pratiques restrictives de concurrence, domaines de prédilection notamment du Cabinet.

Ces mutations ont été sources d'interrogations pour les opérateurs économiques. Notre Cabinet a ainsi été confronté au fil des années à des problématiques toujours plus complexes et techniques.

Au cours de ces 20 années, le droit de la concurrence est également devenu une véritable préoccupation des entreprises, lesquelles mettent un point d'honneur à s'inscrire dans une véritable « *culture de la concurrence* », en s'engageant par exemple dans des programmes de conformité au travers d'engagements concrets et de formations de leurs salariés.

Là encore, le Cabinet Grall & Associés a eu l'occasion d'accompagner de nombreuses entreprises et organisations professionnelles dans cette démarche vertueuse.

Nous avons également voulu que le Cabinet Grall & Associés soit un vecteur d'information et de transmission du savoir juridique au travers de la mise en place

de formations en droit économique à destination des entreprises et des organisations professionnelles (« *Grall Institute* ») et d'une participation active dans la doctrine juridique. Cette voie nous paraît indispensable pour les entreprises afin qu'elles puissent acquérir des réflexes, notamment sur les bonnes et mauvaises pratiques, qu'elles peuvent mettre en application au quotidien.

Il serait bien évidemment trop long de relater ces vingt années de pratique professionnelle tant elles ont été riches et passionnantes.

Nous tenons à vous remercier pour la confiance que vous témoignez au Cabinet Grall & Associés depuis 1998, voire même avant sa constitution sous cette forme.

Nous souhaitons que les années suivantes soient toutes aussi fortes. Cet avenir ne se fera pas sans vous et soyez assuré que le Cabinet Grall & Associés sera à vos côtés pour vous apporter l'aide et le conseil nécessaires dans le cadre de vos activités économiques.

Bonne lecture !

Jean-Christophe Grall

I – TRANSPARENCE TARIFAIRE / PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Déséquilibre significatif (art. L.442-6, I, 2° du Code de commerce)

- Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-749 QPC, 30 novembre 2018

Dans le cadre d'un contentieux opposant Carrefour / Interdis et le Ministre de l'économie, le Tribunal de commerce de Paris avait fait droit à la demande du distributeur de transmettre deux QPC portant sur les articles L.441-7 et L.442-6 du Code de commerce (**Trib. com. Paris 2 juill. 2018, n° 201671676**).

Par un arrêt du 27 septembre 2018, la Cour de cassation (**Com. 27 septembre 2018, n°18-40.028**) avait décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel une partie de la seule QPC portant sur le déséquilibre significatif, en l'occurrence la question suivante : « *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garantis par les articles 8, 9, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1^{er} de la Constitution ?* ».

Selon la Cour de cassation, si l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce a déjà été déclaré conforme à la Constitution (**QPC, déc. n°2010-85, 13 janvier 2011**), il est intervenu depuis cette décision un

« *changement de circonstance de droit* » résultant de l'arrêt « *Galec* » de 2017 qui, en énonçant que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, confère une « *portée nouvelle à cette disposition* ».

Cette nouvelle interprétation du texte faisait que la QPC posée par Carrefour présentait bien un « *caractère nouveau* », ce qui est une des conditions impératives pour que toute QPC soit transmise au Conseil constitutionnel.

Le contrôle judiciaire du prix au travers de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce était donc sur la sellette et la décision du Conseil constitutionnel était très attendue.

Dans sa décision du 30 novembre 2018, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi l'argumentation de Carrefour et a considéré que l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, dans sa version « *nouvelle* », ne porte pas atteinte aux différents principes soulevés par la requérante :

S'agissant tout d'abord de la **méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines**, le Conseil constitutionnel rappelle que conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au rang

desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement.

Sur ce point, le Conseil constitutionnel renvoie à sa décision du 13 janvier 2011 dans laquelle il avait déjà écarté ce grief. Pour mémoire, le considérant 4 de la décision du 13 janvier 2011 indique que « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, **le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 (...)** ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, **l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire** ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la CEPC composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

En ce qui concerne ensuite les griefs tirés de la **méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle**, ils sont également écartés. Le Conseil constitutionnel rappelle en effet qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. En l'espèce, il est noté, d'une part, qu'en adoptant l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, le législateur a entendu rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux de sorte qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. D'autre part, les dispositions contestées permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux. Dès lors, selon le Conseil constitutionnel, le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales. L'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

En conséquence, le Conseil constitutionnel considère que le texte, tel que nouvellement interprété par la Cour de cassation, est parfaitement conforme à la Constitution.

Pour consulter la décision : [cliquez ici](#).

Rupture brutale de relations commerciales établies (article L.442-6, I, 5° du Code de commerce)

- Cour d'appel, Paris, 6 décembre 2018, n°15/23879

Thématiques : Prévisibilité de la rupture (non) – notification écrite (oui) – absence de préavis (oui)

En 2007, une société a concédé à une autre société de droit russe une licence exclusive pour la publication et la distribution en Russie d'un magazine. Plusieurs contrats avaient été conclus entre les parties. Le dernier contrat de licence conclu en 2011 concédait à la société russe une licence exclusive de publication et de distribution en Russie notamment et

moyennant le versement d'une redevance calculée selon les résultats de vente. En exécution de ce contrat, la société russe avait alors versé à son partenaire une avance sur redevances publicitaires de 200.000 euros.

Constatant que les ventes du magazine étaient insuffisantes, la société russe a alors pris la décision, par courrier du 29 juin 2012, de mettre fin au contrat qui la liait à son partenaire et de lui offrir une compensation au tarif de trois mois de redevance moyenne. La société russe réclamait en revanche le remboursement du solde de l'avance et le paiement d'une facture de 20.000 euros.

Si le partenaire éconduit a confirmé avoir pris bonne note de la résiliation, il a refusé d'accéder aux demandes de paiement de la société russe, invoquant le préjudice important subi du fait de cette rupture des relations commerciales.

La société russe a alors assigné son partenaire devant les juridictions françaises aux fins de la voir condamner au paiement des sommes réclamées. Le partenaire en alors profité pour formuler une demande reconventionnelle notamment sur le fondement de la rupture brutale des relations commerciales établies.

Sur ce point, la Cour d'appel de Paris confirme l'interprétation des juges consulaires. En l'espèce, la société russe n'avait en effet notifié aucun préavis de rupture. Toutefois, la Cour d'appel de Paris relève qu'en offrant une compensation pour dommage au tarif de trois mois de redevance moyenne, la société russe avait admis « le principe d'une *« indemnisation au titre de la rupture de la relation »* ». Par ailleurs, afin de faire échec à sa responsabilité, la société russe invoquait le caractère prévisible d'une telle rupture en raison de la crise mondiale de la presse papier, notamment. Or, selon la Cour d'appel, la société russe ne saurait soutenir *« l'absence de caractère soudain de la rupture en invoquant son caractère prévisible par suite de la crise mondiale de la presse papier, de la concurrence des supports numériques et de la baisse des ventes de magazine (...), alors que la crise*

structurelle de la diffusion de la presse papier ne présente aucun caractère imprévisible ni soudain, et que, par la convention du 1^{er} janvier 2011, [la société russe] avait fait état d'une perspective de chiffre d'affaires permettant de générer, au profit de [son partenaire], des redevances d'un montant annuel de 200.000 euros ».

Les relations commerciales ayant duré 5 ans, la Cour d'appel de Paris estime, compte tenu de la nature des relations, qu'un préavis de 6 mois aurait dû être accordé au partenaire.

S'agissant de l'indemnisation, la Cour d'appel de Paris rappelle que *« lorsqu'en cas de rupture d'une relation commerciale établie, le préavis est insuffisant ou inexistant, le préjudice en résultant pour la victime est évalué en fonction de la durée du préavis qu'aurait dû respecter le cocontractant et en considération de la marge perdue par la victime durant le préavis non exécuté »*. En l'espèce, la détermination du gain perdu au titre du préavis non exécuté doit reposer sur le montant de la redevance effectivement perçue par le partenaire commercial, et non sur l'avance versée à ce dernier qui ne relevait que d'une estimation !

- Cour d'appel, Paris, 5 décembre 2018, n°16/07447

Thématiques : Caractère établi des relations commerciales (oui) – Faute (oui)

Un torréfacteur de café et une société d'injection plastique spécialisée dans le moulage des produits en grande série à qui il avait confié le soin de réaliser des moules de production.

Un torréfacteur de café souhaitait investir dans la conception de capsules destinées aux machines à café type Nespresso. Après avoir chargé une société à laquelle elle avait confié le soin de réaliser les plans techniques de ce projet. Après réalisation par cette société des différents prototypes de moules et de capsules, le torréfacteur a alors pris attache avec une autre société pour réaliser les moules de production et pour injecter la matière plastique. Il a alors

fait appel à une société spécialisée dans le moulage des produits en grande série. Un accord de confidentialité a alors été conclu entre les parties le 3 février 2011.

Au mois de février 2011, le torréfacteur a alors passé commande auprès de cette société de différents moules destinés au moulage des capsules. Une nouvelle commande est également intervenue en octobre 2011.

Le 17 avril 2012, le torréfacteur a rompu les relations commerciales en se prévalant notamment d'une violation de l'accord de confidentialité du 3 février 2011 par la société d'injection plastique. Il a également mis en demeure la société partenaire de lui restituer sans délai toutes les informations confidentielles ainsi que les moules, les prototypes et les capsules. De son côté, la société d'injection plastique a réclamé le paiement de nombreuses factures correspondant à l'exécution de ses prestations.

Dans le cadre du contentieux qui s'ouvrait entre les parties sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, deux questions se posaient.

Tout d'abord, les relations commerciales pouvaient-elles être qualifiées « d'établies » ? En effet, les relations avaient duré seulement un peu plus d'un an. Le torréfacteur niait l'existence d'un tel caractère en se fondant notamment sur le fait que le contrat industriel exclusif qui devait être signé entre les parties était en cours d'élaboration. Sur ce point, la Cour d'appel procède à une interprétation (trop ?) large du caractère établi puisqu'elle juge que même si le contrat entre les parties n'avait pas été formellement conclu, « leurs rapports contractuels ont été formalisés par l'accord de confidentialité du 3 février 2011, les deux commandes des 4 février et 19 octobre 2011 pour un coût respectif de 244.000 euros et 201.800 euros, par la réalisation d'un ensemble d'essais jusqu'en mars 2012 sous l'égide de la société ETR, de sorte que l'on peut considérer que leurs relations commerciales étaient établies ».

En outre, se posait en l'espèce la question de la faute de la société d'injection plastique, laquelle pouvant, tel que le prévoit l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, justifier une rupture sans préavis. En l'espèce, les fautes commises par la société d'injection plastique ont été considérées comme suffisamment graves. En effet, la Cour d'appel de Paris relève que ladite société avait violé effectivement l'accord de confidentialité, qu'elle n'avait pas respecté les délais et avait éprouvé des insuffisances techniques.

• Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 octobre 2018, n°17-25.672

Thématiques : non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle

Par un arrêt du 24 octobre 2018, la Cour de cassation s'est positionnée sur l'application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle en jugeant que ce principe n'interdit pas à celui qui invoque un manquement contractuel de présenter une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce, qui tend à réparer un préjudice distinct.

En l'espèce, la société d'édition CRG souhaitait participer à un congrès annuel organisée par l'association dentaire française (ADF) avec laquelle elle entretenait des relations commerciales établies depuis 1997. Après avoir formulé sa demande d'admission à ce congrès et réglé un acompte, l'accès lui avait été refusé par l'association.

La société d'édition reprochait à l'ADF d'avoir manqué à son engagement contractuel en lui refusant la fourniture du stand, d'une part, et rompu les relations commerciales établies, d'autre part.

La Cour d'appel avait rejeté la demande fondée sur l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce considérant que les demandes de la société CRG avaient été partiellement accueillies et qu'elle ne pouvait pas agir sur le terrain délictuel pour

les mêmes faits en application du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

Dans son arrêt du 24 octobre 2018, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel au visa de l'article 1147 ancien du Code civil et l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce en jugeant que le principe de non-cumul *«interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle **et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° (...), qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie**»*.

Il en résulte que pour un même fait générateur, il est possible de caractériser deux dommages distincts : le dommage résultant d'une inexécution contractuelle et le dommage consécutif à la rupture brutale des relations commerciales **à condition toutefois, et l'arrêt ne le dit pas, que la rupture brutale cause un préjudice distinct du premier.**

Pour consulter l'arrêt : [cliquez ici](#)

- Cour d'appel, Paris, 19 septembre 2018 (n°16/05579) et 7 novembre 2018 (n°16/14312)

Thématiques : Litige international – Loi de police (oui)

Dans deux litiges internationaux de rupture des relations commerciales, la Cour d'appel de Paris, dans deux arrêts rendus respectivement les 19 septembre et 7 novembre 2018 et faisant application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 applicable aux obligations contractuelles (et non le Règlement « Rome I » qui lui succède), a indiqué que l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce était constitutif d'une loi de police dans l'ordre public international et qu'il s'imposait au juge français.

Dans la 1^{ère} espèce (n°16/05579), la Cour d'appel de Paris procède tout d'abord à une application de la jurisprudence «*Granarolo*» de 2016 de la CJUE en indiquant que, que compte tenu du fait que les relations commerciales étaient établies de longue date entre les parties sur une base contractuelle tacite, l'action en rupture brutale alléguée des liens commerciaux, devait nécessairement se rattacher à la matière contractuelle.

Mais la qualification de la nature de l'action en rupture brutale n'est pas déterminante s'agissant de l'application ou non d'une loi de police. En effet que l'action soit délictuelle ou contractuelle, les conventions internationales prévoient systématiquement le mécanisme de «*loi de police*» qui permet de faire échec à tout conflit de loi.

La Cour d'appel de Paris poursuit d'ailleurs qu'à supposer même que la règle de conflit de loi de la Convention de Rome aboutirait à la désignation d'une loi étrangère, à partir du moment où l'action est portée devant une juridiction française, les lois de police françaises s'appliquent, selon l'article 7.2 de ladite Convention qui dispose notamment que «*les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat*»

Selon la Cour d'appel, l'article L.442-6, I, 5 du Code de commerce relève d'une loi de police au sens du texte précité, en ce qu'il s'agit de dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensable pour l'organisation économique et sociale. Les juridictions françaises étant compétentes pour statuer sur ce litige, il en résulte que les dispositions de l'article L442-6, I, 5° du Code de commerce s'appliquent nécessairement pour trancher les demandes formées sur ce fondement.

C'est un raisonnement analogue que la Cour d'appel de Paris a adopté dans l'arrêt

rendu le 7 novembre 2018 dans le cadre d'un litige franco-sénégalais.

Dans cette affaire, les parties étaient liées par un contrat de coopération par lequel la société française confiait à une société sénégalaise des missions d'expertises maritimes au Sénégal et dans les pays limitrophes. La société de droit sénégalais, s'estimant victime d'une rupture brutale d'un contrat « *exclusif* », avait assigné son partenaire français devant les juridictions françaises. En première instance, le Tribunal de commerce de Marseille avait fait application du droit sénégalais en se référant à la Convention de Rome du 19 juin 1980 et débouté la société sénégalaise, laquelle a interjeté appel.

Au soutien de son argumentation devant la Cour d'appel, la société sénégalaise faisait valoir que la Convention de Rome ne pouvait pas s'appliquer car la rupture des relations commerciales engage la responsabilité délictuelle de son auteur et non contractuelle et qu'en l'espèce, le lieu du fait dommageable, c'est-à-dire la décision de rompre unilatéralement et de manière brutale la relation commerciale, était bien situé en France et que le seul lien étroit et permanent avec un état, dans la relation contractuelle liant les deux sociétés, se situait en France.

A l'inverse, la société française répondait que la Convention de Rome du 19 juin 1980 était parfaitement applicable, celle-ci prévoyant, que « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* » et qu'« *il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a [...] s'il s'agit d'une société [...] son administration centrale* ». En l'espèce, selon la société française, le Sénégal était donc le pays le plus en lien avec le contrat.

Au titre d'une analyse circonstanciée, la Cour d'appel fait droit à l'argumentation de la société française en rappelant que c'est bien la loi sénégalaise qui est applicable. Partant du principe que l'action en cause est de nature contractuelle, la Cour d'appel juge la Convention de Rome du 19 juin 1980

applicable en l'espèce et se réfère donc aux règles qu'elle prévoit pour déterminer la loi applicable. En l'espèce, elle relève que le contrat ne prévoyait pas de clause de loi applicable. Il convient alors d'appliquer l'article 4 de ladite Convention qui prévoit qu'en l'absence de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits et qu'est présumé présenter de tels liens celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, mais que cette présomption est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

En l'espèce, il ressortait que : (i) les prestations contractuelles que la société française devait confier à la société sénégalaise devaient avoir lieu principalement au Sénégal, cette dernière ne démontrant pas que des prestations lui aient été confiées dans d'autres pays par la société française ; (ii) la société sénégalaise est implantée au Sénégal, et exerce son activité au Sénégal.

Dès lors, « *le seul lien avec la France est la nationalité de la société [française], alors que la société [sénégalaise], partie qui doit fournir la prestation caractéristique, a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle au Sénégal. Dès lors, la loi sénégalaise est la loi applicable au contrat ayant lié la société [française] à la société [sénégalaise]* ».

Le débat aurait pu en rester là ... Pourtant, de son propre chef, la Cour d'appel de Paris complète, à titre surabondant, sa démonstration en indiquant que « *si la loi sénégalaise s'applique en principe au litige opposant les parties au contrat, **en revanche, la loi française peut trouver également à s'appliquer si une loi de police est invoquée.** Or, lorsque la règle de conflit de loi de la Convention dite Rome I, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, aboutit, comme en l'espèce, à la désignation d'une loi étrangère, à partir du moment où l'action est portée devant une juridiction française, les lois de police françaises s'appliquent, selon l'article 7.2, intitulé « Lois de police »*

qui dispose notamment : « Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

La Cour d'appel de Paris reprend alors la formule de la première espèce en indiquant qu'il « est constant que les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce relèvent d'une loi de police au sens du texte précité, en ce qu'il s'agit de dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensable pour l'organisation économique et sociale ».

La décision est comparable à celle rendue le 19 septembre dernier bien qu'en l'espèce, et c'est un point important à noter, il s'agissait d'une société étrangère qui demandait l'application à son endroit du droit français de la rupture brutale (V. en ce sens, la jurisprudence « Guerlain » de 2014 de la Cour de cassation faisant application du droit français à une société chilienne). Parmi les décisions recensées sur

le sujet, cette décision est la 17^{ème} qui reconnaît à l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce la nature de « loi de police ».

Il sera toutefois relevé que la Cour d'appel de Paris, à l'instar de l'arrêt rendu le 19 septembre dernier, se réfère, dans son appréciation de la « loi de police » à la Convention de Rome et non au Règlement « Rome I » dont l'article 9 donne une définition plus exigeante de la loi de police. Pourtant, de façon paradoxale, la définition qu'elle donne de la « loi de police » dans ses deux espèces correspond en tout point non à l'article 7.2 de la Convention de Rome mais à l'article 9 du Règlement « Rome I » !

La Cour d'appel de Paris doit prochainement se prononcer dans le cadre d'un litige franco-allemand au sujet de la nature de loi de police de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce au regard, cette fois ci, de l'article 9 du Règlement « Rome I ». Il sera alors utile de voir si la Cour d'appel de Paris confirme sa jurisprudence sur le fondement du Règlement « Rome I » et non plus de la Convention de Rome.

Publication de l'ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires

Pour une durée de deux ans à compter de son entrée en vigueur, l'ordonnance prévoit deux dispositifs distincts :

- le relèvement de 10 % du seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état aux consommateurs ;
- et l'encadrement des promotions en valeur et en volume pour les mêmes produits alimentaires.

Un Rapport remis au Président de la République a d'ores et déjà été publié et vient expliciter les contours de ces deux nouveaux dispositifs :

- le seuil de revente à perte portant sur les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, revendus en l'état au consommateur, en affectant leur prix d'achat effectif (tel que défini à l'article L. 442-2 du code de commerce) d'un coefficient de 1,10 (article 2) ;

- S'agissant de l'encadrement des promotions (article 3), en valeur et en volume :
 - L'encadrement des promotions porte sur tous les avantages promotionnels, « *immédiats ou différés, ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur de denrées alimentaires ou de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie* ». Cet encadrement est applicable par dérogation à celui prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-7 du code de commerce, qui limite pour certains produits agricoles et pour les produits laitiers les promotions à 30 % de la valeur du barème des prix unitaires. Par conséquent, pendant les deux années d'application de l'ordonnance, cet encadrement prévu au neuvième alinéa de l'article L.441-7 sera inapplicable.
 - l'encadrement des promotions « *en valeur* », au sens de la loi d'habilitation, sera de 34 % du prix de vente au consommateur ou d'une augmentation équivalente de la quantité vendue.
 - l'encadrement des promotions « *en volume* », au sens de la loi d'habilitation, sera de 25 %, que

les avantages promotionnels soient accordés par le distributeur ou le fournisseur, l'application de ce taux étant précisée en fonction des catégories de produits vendus.

Deux types de sanctions sont prévus en cas de non-respect des dispositions permettant l'encadrement des promotions : soit une amende administrative de 75 000 € pour une personne physique et de 375 000 € pour une personne morale, soit une amende administrative correspondant à la moitié des dépenses de publicité au titre de l'avantage promotionnel. Ces sanctions pourront être doublées en cas de réitération du manquement.

Notons que pour le relèvement du seuil de revente à perte, l'entrée en vigueur sera fixée par décret et interviendra au plus tard le 1^{er} juin 2019. L'encadrement des promotions en valeur, entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2019, notamment afin de permettre aux professionnels de réaliser les campagnes promotionnelles déjà organisées, notamment celles prévues pour la période des fêtes de fin d'année. S'agissant des promotions en volume, les conditions d'entrée en vigueur dépendent des catégories de contrats et tiennent compte des contraintes liées à leurs caractéristiques.

Pour consulter l'ordonnance : [cliquez ici](#)

FOCUS LOI EGALIM

Loi Egalim : une cascade d'indicateurs qui suscite de nombreuses interrogations

Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone-Closset
Avocats à la Cour

La **loi Egalim**¹ est venue considérablement modifier les règles applicables en matière de contractualisation au sein de la filière agro-alimentaire, que ce soit à l'amont, entre producteur agricole et premier acheteur, ou à l'aval, entre transformateur et distributeur notamment.

Sur le papier, cela paraît simple mais en pratique de nombreuses questions se posent.

1. Une refonte totale de la contractualisation amont

L'adoption de la loi Egalim a entraîné une réécriture totale de l'article [L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime](#) (CRPM) qui encadre les contrats conclus entre un producteur agricole et son premier acheteur et dont le non-respect est désormais sanctionné par des amendes administratives dont le montant peut atteindre 2% du chiffre d'affaires hors taxes du dernier exercice clos².

Le champ d'application de cet article, qui avait été introduit dans le CRPM en 2010³ par la loi dite « LMAP », a ainsi été considérablement élargi par la loi Egalim.

En effet, jusqu'à présent, l'article L. 631-24 du CRPM n'avait vocation à s'appliquer qu'à certaines filières pour lesquelles un décret ou un accord interprofessionnel avait rendu l'application de ce texte obligatoire. Ne se trouvaient ainsi concernées que les seules filières du lait de vache⁴, du lait de chèvre⁵ et des fruits et légumes destinés à la revente à l'état frais⁶.

¹ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

² [Article L. 631-25 du CRPM](#).

³ [Loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche \(LMAP\)](#).

⁴ [Décret n°2010-1753](#) du 30 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur laitier.

⁵ Accord interprofessionnel ANICAP du 16 mai 2017 étendu par [arrêté du 14 juin 2017](#).

⁶ [Décret n°2010-1754](#) du 30 décembre 2010 pris pour l'application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dans le secteur des fruits et légumes.

A compter du 1^{er} février 2019⁷, tout contrat écrit conclu entre un producteur agricole et son acheteur devra désormais être strictement conforme aux nouvelles dispositions de l'article L. 631-24 du CRPM dès lors que les produits agricoles sont livrés sur le territoire français et ce, quels que soient les produits agricoles en cause, qu'ils soient destinés à la transformation ou à la revente en l'état.

En pratique, qu'est-ce que cela implique ?

En premier lieu, le nouvel article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime prévoit une inversion de la construction du prix. Cela signifie que la proposition de contrat écrit doit en principe venir du producteur agricole, sauf application du paragraphe 1 bis des articles 148 et 168 du [règlement OCM](#)⁸ tel que modifié par le [règlement Omnibus](#)⁹ du 13 décembre 2017.

L'article L. 631-24 du CRPM précise en outre que la proposition de contrat du producteur agricole devra constituer, à l'image des conditions générales de vente, « le socle unique de la négociation commerciale »¹⁰.

En second lieu, les contrats écrits conclus entre un producteur agricole et son acheteur devront désormais, sauf à prévoir un prix ferme, prendre en compte, dans les modalités de détermination et de révision du prix, trois types d'indicateurs :

- un ou plusieurs indicateurs relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution de ces coûts,
- un ou plusieurs indicateurs relatifs aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur le ou les marchés sur lesquels opère l'acheteur¹¹ et à l'évolution de ces prix ;
- un ou plusieurs indicateurs relatifs aux quantités, à la composition, à la qualité, à l'origine et à la traçabilité des produits ou au respect d'un cahier des charges,

à charge pour les interprofessions d'élaborer et de diffuser de tels indicateurs.

Le nouvel article L. 631-24 du CRPM précise, s'agissant des indicateurs élaborés et diffusés par les interprofessions, qu'ils servent d'« *indicateurs de référence* ». Faut-il dès lors considérer que la prise en compte des indicateurs élaborés par les interprofessions sera obligatoire ? Nous ne le pensons pas, une telle lecture nous apparaissant contraire au droit de la concurrence.

Les parties devraient, selon nous, demeurer libres de choisir les indicateurs de leur choix, dès lors que ceux-ci sont pertinents au regard des produits en cause et qu'ils correspondent bien aux différentes catégories d'indicateurs visées à l'article L. 631-24 du CRPM.

⁷ Sous réserve des dispositions transitoires prévues par l'article 96 de la loi Egalim pour les contrats en cours.

⁸ Règlement (UE) n°1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles.

⁹ Règlement (UE) 2017/2393 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2017.

¹⁰ L'article L. 631-24 du CRPM renvoie ainsi directement à [l'article L. 441-6 du Code de commerce](#).

¹¹ La question se pose de savoir s'il l'on parle ici des marchés sur lesquels l'acheteur achète ou des marchés sur lesquels il vend.

Ce sont ces indicateurs dits « amont » qui devront ensuite se retrouver, en cascade, dans tous les contrats successifs jusqu'au détaillant ou au restaurateur.

2. Des indicateurs qui devront se retrouver également dans les contrats aval

Deux articles prévoient le principe d'une « cascade » d'indicateurs, l'un dans le CRPM ([article L. 631-24-1](#)), l'autre dans le Code de commerce ([article L. 441-8](#)).

Le nouvel article L. 631-24-1 du CRPM prévoit que :

« Lorsque l'acheteur revend des produits agricoles ou des produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, le contrat de vente prend en compte les indicateurs [amont] figurant dans le contrat d'achat conclu pour l'acquisition de ces produits.

Dans l'hypothèse où le contrat conclu pour l'acquisition de ces produits comporte un prix déterminé, le contrat de vente mentionné au premier alinéa du présent article prend en compte un ou plusieurs indicateurs relatifs aux prix des produits agricoles concernés. (...) ».

Il existe toutefois aujourd'hui de vraies divergences d'interprétation s'agissant de la portée de cette disposition.

Une lecture globale des articles L. 631-24 et L. 631-24-1 du CRPM laisse penser que l'acheteur visé à l'article L. 631-24-1 du CRPM serait le même que celui visé à l'article L. 631-24, à savoir celui qui se trouve en relation contractuelle directe avec le producteur agricole.

La DGCCRF semble, pour sa part, considérer que le nouvel article L. 631-24-1 du CRPM a vocation à s'appliquer à tous les acheteurs successifs d'une filière donnée¹², les premiers acheteurs comme les acheteurs situés plus en aval. Il est vrai que les amendements qui sont venus modifier le projet de loi initial sur ce point¹³ étaient rédigés en ces termes :

*« cet amendement rectifie la rédaction et permet de préciser que ces indicateurs **circuleront en toute transparence d'un bout à l'autre de la chaîne des contrats** »¹⁴.*

Il existe également une incertitude quant aux sanctions applicables en cas de non-respect de ces nouvelles obligations.

¹² [Proposition de modification de l'article L. 442-9 du Code de Commerce](#) diffusé par la DGCCRF au mois d'octobre 2018.

¹³ Le [projet de loi initial](#) ne visait bien que le premier acheteur, sans aucun doute possible.

¹⁴ Amendements [CE187](#), [CE156](#), [CE286](#), [CE296](#), [CE410](#), [CE549](#), [CE759](#), [CE1327](#), [CE1635](#), [CE1696](#) et [CE1727](#) déposés à l'Assemblée nationale au mois d'avril 2018 (Commission des affaires économiques, Assemblée nationale, 1^{ère} lecture).

L'article L. 631-25 (nouveau) du CRPM sanctionne en effet le fait, pour un acheteur, de ne pas transmettre les informations prévues à l'article L. 631-24-1, ce qui ne semble viser que les manquements au troisième alinéa de l'article L. 631-24-1¹⁵ et non les manquements aux deux alinéas précités.

En tout état de cause, la question de la prise en compte des indicateurs amont dans les contrats aval ne semble pas véritablement se poser pour les produits visés par l'article L. 441-8 du Code de commerce¹⁶.

En effet, cet article, qui impose de prévoir, dans les contrats de vente de plus de trois mois, une clause de renégociation, oblige désormais¹⁷ les parties à prendre en compte, dans les modalités de déclenchement de ladite clause de renégociation, les indicateurs visés à l'article L. 631-24-1 du CRPM ou, à défaut, un ou plusieurs indicateurs des prix des produits agricoles ou alimentaires constatés sur le marché sur lequel opère le vendeur.

Par conséquent, pour les produits en cause, les obligations prévues par les articles L. 631-24-1 du CRPM et L. 441-8 du Code de commerce semblent se confondre, à une différence près : les sanctions encourues en cas de non-respect des dispositions de l'article L. 441-8 du Code de commerce sont plafonnées à 75.000 euros pour une personne physique et 375.000 euros pour une personne morale.

On le voit, de nombreuses questions demeurent encore sur les contours exacts de cette cascade d'indicateurs qui pourrait bien concerner l'ensemble des fabricants français de produits alimentaires ainsi que l'ensemble des distributeurs de produits agricoles et alimentaires produits et/ou fabriqués en France.

Au-delà du périmètre de cette cascade d'indicateurs, se pose également la question de sa faisabilité opérationnelle, en particulier dans des filières où les produits agricoles peuvent subir plusieurs transformations successives, en étant parfois associés à d'autres produits agricoles ou encore pour les transformateurs qui ont une multitude de sources d'approvisionnement (en France et à l'étranger, auprès de coopératives, d'organisations de producteurs, de producteurs indépendants, de négociants, etc.) et/ou pour lesquels seule une partie des produits agricoles qu'ils acquièrent font l'objet de contrats écrits en amont.

On peut espérer que l'ordonnance prévue par l'article 17 de la loi Egalim apportera des réponses à ces différentes interrogations. Le 3^e de cet article prévoit en effet qu'une ordonnance, attendue au plus tard le 1^{er} mai 2019, vienne « *mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, **notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix**, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime et modifier les sanctions relatives aux manquements à ces règles pour prévoir des sanctions administratives*¹⁸ ».

¹⁵ qui oblige l'acheteur à communiquer à son fournisseur l'évolution des indicateurs relatifs aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur les marchés sur lesquels il opère.

¹⁶ Produits listés aux articles [D. 441-6](#) et [D. 442-7](#) du Code de commerce, étant précisé que la liste des produits concernés par cette disposition pourrait être étendue prochainement par décret.

¹⁷ Depuis le 2 novembre 2018.

¹⁸ L'article L. 441-2-1 du Code de commerce, pendant de l'article L. 441-7 pour certains produits agricoles et alimentaires listés à l'article D. 441-2 du même Code, demeure à ce jour sanctionné pénalement.

Enfin, il convient de souligner que, quels que soient les produits en cause et quel que soit le niveau auquel on se situe au sein de la filière agro-alimentaire, les indicateurs amont devraient également être pris en compte dans le cadre de l'application de l'article L. 442-9 du Code de commerce relatif aux prix de cession abusivement bas, qui devrait être intégralement réécrit par voie d'ordonnance en application de l'article 17 de la loi Egalim susvisé.

Le 7° de cet article prévoit en effet que l'ordonnance susvisée vienne « *modifier les dispositions de l'article L. 442-9 pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, **et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture*** ».

A date, la rédaction proposée par la DGCCRF serait la suivante :

« I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait de faire pratiquer par son fournisseur un prix abusivement bas pour un produit agricole ou une denrée alimentaire.

*II. – **Le prix d'achat mentionné au I est apprécié en référence aux indicateurs prévus aux articles L. 631-24, L. 631-24-1, L. 631-24-3 et L. 632-2-1 du code rural et de la pêche maritime. (...)*** ».

* * *

Compte tenu de l'importance des indicateurs amont, qui se trouvent au cœur même du dispositif créé par la loi Egalim, on comprend la lourde tâche qui attend les interprofessions et les tensions que ne va pas manquer de générer l'élaboration de ces indicateurs qui, à ce jour, sont bien souvent inexistantes.

II – ANTITRUST

- ADLC, décision n°18-D-24 du 5 décembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits électroménagers

Thématiques : Entente anticoncurrentielle (oui) – réunions anticoncurrentielles secrètes – pratiques tarifaires

A la suite d'indices transmis par la DGCCRF et d'éléments recueillis lors d'opérations de visites et saisie réalisées par l'Autorité de la concurrence aux sièges des entreprises (notes manuscrites, diaporamas, documents, tableaux), l'Autorité de la concurrence sanctionne 6 fabricants d'électroménager, parmi les principaux en France, BSH, Candy Hoover, Electrolux, Indesit, Whirlpool et Eberhardt Frères (distributeur de la marque Liebherr) pour s'être concertés à deux reprises, entre 2006 et 2009 (avec une période de suspension entre janvier 2007 et mai 2008), lors de réunions secrètes, sur les hausses des prix de vente conseillés. Elle sanctionne également les fabricants pour s'être mis d'accord entre mai et septembre 2009 sur une modification des conditions commerciales appliquées aux cuisinistes pour les modèles d'exposition.

Les entreprises en cause n'ont pas contesté les faits et ont bénéficié à ce titre d'une réduction de sanction dans le cadre d'une procédure de transaction. Par ailleurs, BSH, qui a sollicité la procédure de clémence et apporté des éléments complémentaires à l'Autorité, a bénéficié, en tant que demandeur de clémence, d'une réduction d'amende supplémentaire au titre de sa contribution à l'instruction.

Le montant total des amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence s'élève à 189 000 000 €.

Pour accéder à la décision : [cliquez ici](#)

- ADLC, décision n°18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture

Thématiques : Vente en ligne – Restriction (oui) – Distribution sélective

Le fabricant Stihl a été condamné à hauteur de 7 millions d'euros pour avoir interdit, en pratique, entre 2006 et 2017, la vente en ligne de certains de ses produits de motoculture (tronçonneuses, débroussailleuses, élagueuses ou sécateurs à batterie) à partir des sites Internet de ses distributeurs sélectifs. Il lui a été fait injonction de procéder dans un délai de 3 mois à la modification des contrats de distribution sélective.

En l'espèce, deux griefs avaient été notifiés à Stihl :

- L'un portant sur l'interdiction faite par Stihl à ses distributeurs de vendre ses produits sur internet ;
- L'autre portant sur l'interdiction faite par Stihl à ses distributeurs de vendre ses produits sur des plateformes en ligne tierces.

⇒ **Sur le grief n°1 : Interdiction faite aux distributeurs de vendre les produits sur Internet**

En l'espèce, le recours à la distribution sélective n'est pas remis en cause, l'Autorité de la concurrence prenant acte du fait qu'il s'agissait de produits dangereux qui requièrent la mise en place de services d'assistance et de conseil dans leur commercialisation afin d'en préserver la qualité, d'en assurer le bon usage et de garantir la sécurité des utilisateurs (points 149 à 153).

Toutefois, entre 2006 et 2013, le contrat de distribution sélective « Stihl » enjoignait aux distributeurs d'assurer « une mise en main complète de la machine » pour le consommateur en cas de vente à distance, ce qui impliquait nécessairement (i) un retrait du produit par le consommateur dans le magasin du revendeur (ii) ou une livraison par le revendeur en personne au domicile du consommateur.

Une telle obligation excluait la possibilité d'une livraison à distance par un tiers au réseau ou par un distributeur autre que celui qui avait procédé à la vente. Applicable à tous les produits Stihl avant 2014, cette obligation de « mise en main » avait perduré pour les produits dits « dangereux » après 2014. Si le client final pouvait acheter ou réserver le produit dit « dangereux » en ligne, il devait dans tous les cas soit se déplacer jusqu'au point de vente physique du distributeur pour en prendre possession, soit convenir d'une livraison à son domicile par le distributeur lui-même !

L'Autorité de la concurrence considère que « *quelle que soit la période concernée, l'obligation de « mise en main » prévue par le contrat de distribution sélective, qui conduit à proscrire toute livraison par des tiers, supprime de facto les avantages essentiels de la vente sur Internet et revient, toujours de facto, à interdire cette modalité de vente* » (point 166). En l'espèce, cette interdiction était corroborée par la politique commerciale de Stihl (rappel à l'ordre à ses distributeurs, circulaire portant sur sa politique commerciale et insistant sur ce point, etc.) mais également par les distributeurs qui avaient, dans leur grande majorité, interprété l'obligation de « prise en main » comme une interdiction de vente sur Internet.

En l'espèce, une telle interdiction, qui n'était pas exigée par la réglementation relative à la commercialisation des produits concernés, ni appliquée par les concurrents de Stihl ou par nombre de GSB, allait au-delà de ce qui était nécessaire pour préserver la santé du consommateur et constituait, de ce fait, une restriction de concurrence.

Cette restriction, qui réduisait la possibilité des distributeurs de vendre des produits hors de

leur zone de chalandise physique et limitait le choix des clients désireux d'acheter sans se déplacer, revêtait un degré particulier de nocivité pour la concurrence et constituait donc une restriction anticoncurrentielle par objet.

En l'espèce, il a été considéré qu'une telle interdiction :

- ne pouvait pas bénéficier du règlement d'exemption catégorielle n°330/2010 applicable aux restrictions verticales, dans la mesure où elle s'apparente à une restriction caractérisée des ventes passives (article 4, c) dudit Règlement, « clause noire ») ;
- ne remplissait pas les conditions requises pour l'octroi d'une exemption individuelle (articles L.420-4 du Code de commerce / 101, paragraphe 3 TFUE).

⇒ **Sur le grief n°2 : Interdiction faite aux distributeurs de vendre sur des plateformes tierces**

L'Autorité de la concurrence n'a pas donné suite au grief portant sur l'interdiction faite par Stihl à ses distributeurs de vendre ses produits sur des plateformes en ligne tierces estimant, en l'espèce, que cette pratique permettait au fournisseur, qui n'a aucun lien contractuel avec ces plateformes, de s'assurer, de manière à la fois appropriée et proportionnée, que ses produits sont vendus dans des conditions qui préservent la sécurité du consommateur et à garantir l'image de marque et la qualité des produits.

La décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

Pour accéder à la décision : [cliquez ici](#)

- ADLC, décision n°18-D-20 du 5 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de solutions informatiques de gestion à destination de la profession agricole
- Décision de la Commission européenne du 24 juillet 2018 - aff. AT-40465, Asus, aff. AT-40469, Denon & Marantz, aff. AT-40181, Philips, aff. AT-40182, Pioneer

Thématiques : Abus de position dominante – Établissements publics à caractère administratif – subventions croisées – rejet (oui)

L'Association Nationale des Editeurs de Logiciels Agricoles (ANELA) qui regroupe les acteurs privés du secteur a initié une action devant l'Autorité de la concurrence à l'encontre de l'Assemblée Plénière des Chambres d'agriculture (APCA) et des Chambres d'agriculture pour des pratiques abusives mises en œuvre par ces dernières sur le marché de l'édition et de la commercialisation des solutions informatiques de gestion destinées aux agriculteurs.

Il était notamment reproché à l'APCA et aux Chambres d'agriculture d'utiliser indûment les ressources matérielles et financières qu'elles détiennent au titre de leurs missions de service public pour financer leur activité lucrative sur le marché concurrentiel des logiciels agricoles, faisant ainsi une concurrence illégitime aux acteurs privés du secteur.

Par une décision du 5 octobre 2018, l'Autorité de la concurrence a rejeté la saisine de l'ANELA considérant que celle-ci ne fournissait pas d'éléments suffisamment probants s'agissant du marché sur lequel l'APCA et des Chambres d'agriculture pouvaient détenir une position dominante.

Cette décision ne fait pas consensus et une doctrine autorisée a d'ores et déjà considéré que ce rejet était regrettable au regard du vif intérêt du dossier ([Alain Ronzano, Hebdo n°41/2018, 29 octobre 2018](#)).

Pour accéder à la décision : [cliquez ici](#)

Thématiques : Prix imposés (oui) – Vente en ligne

Le 24 juillet 2018, la Commission européenne a sanctionné par des décisions distinctes quatre fabricants de produits électroniques « *grand public* » pour avoir imposé des prix de revente fixes ou minimaux à leurs détaillants en ligne, entre 2011 et 2015, selon les fabricants. Le montant total des amendes s'élève à plus de 111 millions d'euros.

Ces décisions s'inscrivent dans le sillage de l'enquête sectorielle menée par la Commission sur le commerce électronique, dont le rapport a été publié en mai 2017, et au cours de laquelle avaient été mis en lumière certains dysfonctionnements du marché du commerce électronique, tels que la propension de nombreux fabricants à restreindre les prix des détaillants en ligne.

Ces constatations et mises en garde ne furent pas sans conséquence puisqu'il a été précisément reproché aux fabricants Asus, Denon & Marantz, Philips et Pioneer d'avoir imposé des prix de revente aux détaillants en ligne pour des produits électroniques de grande consommation, tels que du matériel informatique et HI-FI ou des équipements et appareils de cuisine. Ces pratiques avaient en effet pour objectif d'assurer un prix de revente stable et conforme à leur politique tarifaire (Asus et D&M), de ralentir l'érosion des prix en ligne (Philips et Pioneer) ou d'interdire le commerce parallèle des produits dans l'EEE (Pioneer).

Ainsi, il peut déjà être noté que les enquêtes sectorielles, qu'elles soient menées par la Commission européenne ou l'Autorité de la concurrence, peuvent très bien amorcer des enquêtes plus approfondies sur les marchés visés, pouvant déboucher sur des décisions de sanctions.

S'agissant des infractions relevées, un schéma similaire a été suivi par les fabricants voulant s'assurer du respect des prix qu'ils avaient fixés ou recommandés, bien que chaque fabricant fût sanctionné pour des pratiques et périodes infractionnelles distinctes.

Ainsi, l'imposition d'un prix de revente ne peut être possible que si les fournisseurs sont à même de connaître les prix au détail pratiqués en ligne.

A cet égard, si certains furent informés par leurs propres agents commerciaux (D&M) ou notamment par le biais des plaintes émanant de détaillants (Pioneer), d'autres furent plus actifs dans la surveillance des prix pratiqués par leurs détaillants.

Philips, par exemple, a été amené à mettre en place des « veilles de prix » quotidiennes afin de pouvoir surveiller le prix de certains produits les plus pertinents.

Quant à Asus, la surveillance des prix des produits se faisait de façon proactive, systématique et continue par le biais de sites de comparaison de prix en ligne. Pis, pour une catégorie de produit, ce même fournisseur avait instauré un programme de partenaire privilégié aux termes duquel le détaillant recevait un bonus s'il respectait les prix de revente recommandés. A cette fin, les prix des partenaires étaient contrôlés via un logiciel interne en ligne, permettant à Asus de surveiller, probablement en temps réel, les prix pratiqués par les détaillants en ligne.

Ainsi, lorsqu'il était constaté par les fabricants que les prix ne correspondaient pas à ceux fixés par ces derniers, les détaillants fautifs furent rapidement contactés afin qu'ils se conforment aux prix imposés.

Aussi, grâce à ces techniques de surveillance basées sur le « *monitoring* » en ligne des prix et des prises de contacts immédiates des détaillants, un réajustement extrêmement rapide pouvait par conséquent être effectué sur les prix affichés sur les sites internet des détaillants (voir par exemple la décision Philips, § 37 à 40, décision Asus, §57 à 60).

Par ailleurs, le fabricant Pioneer a de son côté développé une stratégie paneuropéenne concernant 12 pays de l'EEE (Allemagne,

France, Italie, Royaume-Uni, Espagne, Portugal, Suède, Finlande, Danemark, Belgique, Pays-Bas et Norvège), permettant à Pioneer Europe de jouer un rôle important de coordination dans la surveillance et d'imposition de prix de revente des détaillants en ligne, notamment par le biais des filiales implantées dans chacun de ces pays.

Il est en outre intéressant de noter que certains distributeurs en ligne ont eu recours à des algorithmes de fixation de prix pouvant rapidement s'adapter aux prix pratiqués par les concurrents, augmentant ainsi l'impact de la pratique de fixation des prix par les fabricants sur le marché du commerce électronique (§95 de la décision D&M et §64 de la décision Pioneer). Cela n'échappera probablement pas aux autorités française et allemande dans le cadre de leur étude conjointe à venir sur les algorithmes, qui les percevront peut-être comme un catalyseur des effets d'une pratique anticoncurrentielle.

Enfin, afin que ces recommandations et fixation de prix ne restent pas lettre morte, les fabricants ont exercé des pressions, des menaces voir des mesures de rétorsion à l'égard des détaillants récalcitrants.

Ainsi, les fabricants ont été amenés à réduire ou cesser l'approvisionnement de produits, suspendre des comptes de détaillants, interdire l'utilisation de logo, pour les enjoindre à adhérer aux prix fixés par les fabricants.

Compte tenu de ces pratiques, la Commission a considéré que les fabricants avaient restreint la capacité des détaillants en ligne de fixer leurs propres prix de détail. Ces faits constituant des restrictions caractérisées, celles-ci ne peuvent être exemptées en vertu de l'article 4 du Règlement d'exemption des accords verticaux n°330/2010, et ne peuvent non plus satisfaire aux conditions d'exemption individuelle prévue par l'article 101§3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

Bien que ces pratiques soient considérées comme particulièrement graves par la Commission, cette dernière a consenti de réduire significativement le montant des amendes. Les fabricants avaient en effet

coopéré avec la Commission, notamment en reconnaissant les faits, en apportant des éléments de preuve à grande valeur ajoutée, en facilitant la procédure administrative par l'abandon de certains droits procéduraux.

Ainsi, cette coopération a permis des réductions du montant des amendes allant de 40% (pour Asus, Denon & Marantz et Philips) à 50% (Pionner). Le montant des amendes s'élève, respectivement à 63,5 millions d'euros pour Asus, 29,8 millions d'euros pour Philips, 10,2 millions d'euros pour Pionner, et 7,7 millions d'euros pour Denon & Marantz.

A l'aune de ces décisions, il peut être recommandé aux fournisseurs ayant développé un réseau de détaillants en ligne de s'abstenir d'une part d'imposer à ces derniers un prix de revente de leurs produits et de laisser libre cours à la fixation des prix des produits par les détaillants en ligne.

Après l'enquête sectorielle sur le commerce en ligne et les décisions de sanctions groupées commentées, c'est donc la fin des fins de sommations de la part de la Commission qui cherchera à sanctionner toute restriction tarifaire sur le marché, aujourd'hui prépondérant, du commerce électronique.

- **Transposition de la Directive « ECN+ » : Le projet de loi PACTE adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale (Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 9 octobre 2018)**

Le 22 mars 2017, la Commission Européenne a élaboré et adopté une proposition de Directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (nommée « *European Competition Network* » dite ECN+), qu'elle a ensuite soumise au

Conseil de l'Union Européenne et au Parlement européen. Cette proposition de Directive a fait l'objet d'un accord politique entre le Conseil et le Parlement européen et a été adoptée le 4 décembre 2018 par le Conseil.

L'article 71 du projet de loi PACTE prévoit que le Gouvernement sera autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de 9 mois à compter de la promulgation de la loi, toute mesure nécessaire pour rendre compatibles les dispositions du livre IV du code de commerce avec la Directive « ECN+ ».

Pour rappel, la Directive prévoit, notamment, la possibilité pour une autorité nationale de concurrence de prononcer des injonctions structurelles dans le cadre des procédures contentieuses concernant des pratiques anticoncurrentielles ou encore de se saisir d'office afin d'imposer des mesures conservatoires. Il est également question de supprimer la notion d'importance du dommage à l'économie.

Notons en outre que l'article 71 du projet de loi PACTE prévoit également pour le gouvernement la possibilité de prendre, dans les conditions exposées ci-avant, les mesures permettant de renforcer l'efficacité des procédures mises en œuvre par l'Autorité de la concurrence et des enquêtes conduites par les agents de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, à savoir :

- renforcer l'efficacité des enquêtes en simplifiant les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention ainsi que le recours aux officiers de police judiciaire, s'agissant du déroulement des opérations de visite et saisie ;
- simplifier la procédure relative à la clémence et élargir les cas de recours à un seul membre du collège de l'Autorité de la concurrence pour les affaires les plus simples ;
- prévoir la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de rejeter certaines saisines pouvant être traitées par le ministère de l'économie et des finances ;

- élargir les cas de recours à la procédure simplifiée devant l'Autorité de la concurrence ;
 - clarifier les critères de détermination de la sanction par l'Autorité de la concurrence par référence à la durée et à la gravité de l'infraction ;
 - élargir les cas où le ministre chargé de l'économie peut imposer des injonctions ou transiger avec les entreprises en supprimant la condition tenant à la dimension locale du marché ;
 - mettre en cohérence avec le Code de commerce les dispositions du Code de la consommation relatives aux pouvoirs d'enquête des agents de l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation et aux opérations de visite ou de saisie.
- **Pour consulter le projet de loi PACTE :** [Cliquez ici](#)
 - **Pour consulter la Directive :** [Cliquez ici](#).

III – DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

- Conseil d'Etat, Ordonnance de référé, 27 septembre 2018, n° 423722, Syndicat français du bois et autres et Conseil d'Etat, 3 octobre 2018, n° 410946, Sonorbois et autres

Au début des années 2010, une grave crise de l'approvisionnement en chêne débutait en France, liée à la protection de leurs ressources par les plus grands pays producteurs mondiaux, à savoir la Chine, les Etats-Unis et la Russie. Près d'un tiers de la récolte française de chêne brut partait ainsi à l'étranger pour y être transformé, tandis que les scieries de chêne en France ne fonctionnaient qu'à 60 % de leurs capacités par manque de matière première.

Par une résolution de son Conseil d'administration du 14 septembre 2015, l'Office national des forêts (ONF) a mis en place de nouvelles conditions d'accès à ses ventes publiques de bois d'œuvre de chêne prévoyant que les acquéreurs devraient disposer d'un label (dénommé « *Transformation UE* ») ou souscrire un engagement garantissant que les lots acquis alimenteraient la filière européenne de

première transformation du bois. En cas de non-respect de ces conditions, l'acquéreur s'exposerait à une exclusion, pour une durée de cinq ans maximum, des ventes publiques de bois d'œuvre de chêne de l'ONF.

Depuis 2015, ces conditions d'accès ont évolué et, en particulier, l'engagement demandé a été renforcé, afin de contrer les contournements qui devenaient de plus en plus nombreux (notamment des exportations de bois brut non transformé en direction de la Chine, en violation des engagements).

Par une résolution du 28 juin 2018, le Conseil d'administration de l'ONF a adopté un nouveau formulaire d'engagement devant être souscrit par l'acquéreur potentiel à défaut de disposer du label « *Transformation UE* ».

Ce faisant, ce dispositif instauré par la résolution de 2015 a été remis en cause par une poignée de sociétés, majoritairement des négociants de bois regroupés en un collectif, qui en a demandé l'annulation, se fondant tant sur un vice de forme dans la procédure d'adoption de la résolution que sur une illégalité de fond tirée à la fois d'une violation de l'article 35 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (en ce que le dispositif constituerait

une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'exportation qui sont interdites entre les Etats membres) et une violation du Règlement n° 2015/479 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations.

Entre autres choses, les requérants se prévalaient du fait que le Règlement n° 2015/479 prévoit que « *les exportations de l'Union à destination des pays tiers sont libres, c'est-à-dire non soumises à des restrictions quantitatives, à l'exception de celles qui sont appliquées conformément au présent règlement* ». Ils soutenaient que la résolution litigieuse introduit, si ce n'est une restriction quantitative aux exportations hors Union européenne, au moins une mesure d'effet équivalent, sans pour autant entrer dans le champ des dérogations autorisées par le Règlement.

Saisi en premier et dernier ressort après que le Tribunal administratif a décliné sa compétence, le Conseil d'Etat a, dans son arrêt du 3 octobre 2018, annulé la résolution du 14 septembre 2015 en ce qu'elle a été prise aux termes d'une procédure de consultation écrite à distance, n'ayant pas permis au Conseil d'administration de débattre collégalement. Ce faisant, par une résolution postérieure de mars 2016, le conseil d'administration a voté en faveur du dispositif de 2015, ayant cette fois été valablement adopté.

Les motifs d'illégalité interne n'ont quant à eux pas été examinés par le Conseil d'Etat qui n'a pas davantage souhaité poser de question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Parallèlement, à la suite de l'adoption de la résolution du 28 juin 2018, un autre groupe de sociétés (dont un certain nombre en commun avec le collectif créé à l'encontre de la résolution de 2015) a formé un recours à l'encontre de cette nouvelle résolution, à la fois au fond aux fins d'annulation et en référé aux fins de suspension.

Souhaitant défendre la filière bois qui était en danger du fait de cette nouvelle attaque, la Fédération nationale du bois est intervenue dans la procédure aux côtés de l'ONF.

Par ordonnance du 27 septembre 2018, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension de la résolution, en l'absence d'urgence démontrée par les requérants : la résolution 2018 n'est pas de nature à préjudicier de manière grave et immédiate aux intérêts que le syndicat requérant entend défendre, ni à ceux de ses membres par ailleurs requérants.

La résolution 2018 fait quant à elle toujours l'objet d'un recours pendant au fond devant le Conseil d'Etat. Affaire à suivre donc ...

- **Pour consulter l'ordonnance de référé : [CE, 27 septembre 2018, n° 423722](#)**
- **Pour consulter l'arrêt du CE, 3 octobre 2018 : [CE, 3 octobre 2018, n° 410946, Sonorbois et autres](#)**

Êtes-vous inscrit à la prochaine formation

GRALL INSTITUTE

FORMATIONS 2019

NÉGOCIATIONS COMMERCIALES ANNUELLES

- Le 17 janvier 2019

[Voir le détail de cette formation](#)

POSITIONNEMENT DU PRIX DE VENTE / REVENTE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

- Le 1 février 2019

[Voir le détail de cette formation](#)

LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE DILIGENTES PAR LES SERVICES DE LA DGCCRF, DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, ET PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

- Le 06 février 2019

[Voir le détail de cette formation](#)

Contact

63, avenue de Villiers
75017 Paris - Palais P 40

+33 (0)1 53 57 31 70

contact@grall-legal.fr

www.grall-legal.fr