

ÉCHOS DE LA PRATIQUE

CONCURRENCE

553

3 QUESTIONS

L'interprétation de la notion de déséquilibre significatif dans les relations fabricant-distributeur



Benoît Laurin, avocat à la Cour, RACINE Avocats

1 Quelle est l'origine de cette notion de déséquilibre significatif ?

La notion figure à l'article L. 442-6-I du Code de commerce qui sanctionne par la responsabilité civile certaines pratiques (dites restrictives de concurrence) dont la plupart sont applicables aux relations fabricants-distributeurs (« I. Engage la responsabilité de son auteur [...], le fait de [...] 2° Soumettre ou de denter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un **déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des parties. »).

Cette notion a été introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite « LME », en contrepartie de la suppression de l'interdiction de discrimination, dont elle était sensée constituer un garde-fou. Rappelons que le III de cet article permet au ministre de l'économie (DGCCRF), d'engager une action contre l'auteur de la pratique pour demander à la juridiction saisie - *tribunaux spécialisés depuis un décret du 15 novembre 2009* - la répétition de l'indu, ainsi que le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, pouvant être porté au triple du montant des sommes indûment versées.

2 Comment peut se concevoir cette notion ?

La notion de portée générale est imprécise et semble proche d'autres dispositions de l'article L. 442-6 - *avantage manifestement disproportionné (1°), mais également conditions*

manifestement abusives (4°) - ; elle a été pour cette raison très discutée par la doctrine -.

La DGCCRF écrivait à ce propos : « *La notion nouvelle de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties a vocation à appréhender toute situation, qu'elle comporte ou non des pratiques décrites par un autre alinéa de l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle pourra être appréhendée au regard des effets de l'application de la convention sur les parties. Démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat ou de vente* ». Les travaux parlementaires ont donné quelques exemples de ce qui pouvait constituer un déséquilibre significatif. La DGCCRF en a donné quelques exemples liés essentiellement aux autres pratiques restrictives, ainsi que la CEPC.

Cette définition laisse sur sa faim... Au point que plusieurs grands distributeurs n'ont pas hésité à saisir le Conseil constitutionnel d'une QPC, aux termes de laquelle ils soutenaient que cette disposition, passible d'une amende civile, portait atteinte au principe de légalité des délits et des peines consacré par la déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel a refusé de suivre les requérants en affirmant - *de manière discutable* - que la notion était définie en des termes suffisamment clairs et précis, car inspirée du droit de

Suite page 6

En mouvement

James Butters, associé, rejoint l'équipe



Financement d'Acquisition du bureau de Paris de **Clifford Chance**. Il exerçait auparavant au sein du bureau de Londres du cabinet Clifford Chance. James

Butters est un spécialiste reconnu en matière de financements d'acquisitions et de restructuration de dettes. Il intervient fréquemment dans le cadre de financements d'opérations de LBO, tant du côté des sponsors que du côté des prêteurs seniors ou mezzanine. Son expertise dans le domaine du PE couvre également les financements comprenant un composant high yield.

Herbert Smith Paris LLP annonce

la promotion de Clément Dupoirier et Jonathan Mattout en qualité de *Of Counsel* à compter du 1^{er} octobre 2011 :

Clément Dupoirier, 33 ans, est spé-



cialisé en contentieux des affaires. Sa pratique couvre le contentieux commercial (y compris les litiges contractuels complexes, les restructurations, les problématiques de responsabilité en matière de produits, l'assurance et les risques industriels, surtout dans les domaines de l'aviation et de la marine) mais aussi le contentieux bancaire et financier et le contentieux commercial en Afrique Francophone.

Jonathan Mattout, 32 ans, est



spécialisé en droit pénal et principalement en droit pénal des affaires. Sa pratique recouvre le conseil en matière de risque pénal ainsi que le contentieux

pénal à tous les stades de la procédure. Il conseille et représente des entreprises françaises et étrangères aussi bien en France que devant certaines juridictions d'Afrique francophone. Il intervient souvent dans le cadre de problématiques liées à la corruption internationale, au blanchiment d'argent, aux abus de marché ainsi qu'à la conformité. Sa pratique recouvre également le contentieux commercial général.

la consommation, donc déjà précisée dans la jurisprudence, et que la juridiction saisie pouvait consulter la CEPC. L'interprétation des Tribunaux était donc très attendue.

3 Comment la définit la jurisprudence dans les premières décisions rendues ?

Ces décisions sont encore rares. Le ministre de l'économie avait lancé dès le début du mois de novembre 2009 une série de neuf assignations à l'encontre des principales enseignes de la grande distribution française, le ministre ayant déclaré souhaiter « *construire une jurisprudence* ». La QPC a entraîné le sur-sis à statuer de plusieurs instances en cours.

Un premier jugement a été rapidement rendu le 12 novembre 2010 - *avant la QPC* - par le Tribunal de commerce de Lille à l'encontre de Castorama, suivi d'un deuxième très récent du même tribunal du 7 septembre 2011 contre Auchan.

La première espèce portait sur le paiement d'acomptes mensuels par le fournisseur au titre

des ristournes conditionnelles convenues avec le distributeur (amende civile de 300 000 €) :

- clause prévoyant le paiement de ces acomptes en fin de mois, révélant un écart de 2 à 3 mois défavorable pour le fournisseur et assorti de pénalités de retard compensables à un taux exorbitant de 1 % par jour.

- Fait d'imposer unilatéralement le virement comme moyen de paiement pour ces acomptes, sans négociation et sans possibilité de compensation pour le fournisseur avec ses propres règlements.

- Absence de clause permettant d'envisager une modification du montant des acomptes, en cas de baisse du chiffre d'affaires réalisé, entraînant une surestimation anormale des acomptes réclamés, le distributeur ne prenant pour sa part aucun engagement de volume d'achat.

Dans la deuxième espèce (amende civile de 1 000 000 €) :

- Fait d'imposer des conditions restrictives en cas de demande d'augmentation de ses

tarifs par le fournisseur, alors que le distributeur peut, en cas de baisse des prix des matières premières, contraindre le fournisseur à renégocier à la baisse ses tarifs et dénoncer le contrat.

- Fait d'imposer unilatéralement un taux de service minimum de 98,5 % - *général et imprécis, et manifestement très élevé* - et des pénalités calculées à hauteur de 10 %, voire 20 % du chiffre d'affaires manquant, sans rapport avec le préjudice réel subi.

À noter que le montant des pénalités facturées a servi - *curieusement* - d'assiette au Tribunal, non pour calculer le montant de la répétition de l'indu non demandée par le ministre de l'économie, mais pour calculer le montant de l'amende civile !

Il ressort ainsi clairement de ces deux jurisprudences que le caractère non négocié des contrats, l'absence de réciprocité dans les obligations, ainsi que l'absence de contrepartie à un engagement peuvent être conduire à un « *déséquilibre significatif* ».

Focus

Statistiques des défaillances (3^e trim. 2011)

Les défaillances d'entreprises restent orientées à la baisse au 3^e trimestre, mais le rythme de baisse ralentit (- 3,5 %). Sur les 9 premiers mois de 2011 les défaillances diminuent deux fois moins vite qu'en 2010.

- **Redressement et liquidation judiciaire.** - Les tribunaux ont prononcé 11 468 jugements de redressement ou liquidation judiciaire directe sur le 3^e trimestre, portant à 43 210 le nombre total de défaillances prononcées depuis le début de l'année (- 1,6 %).

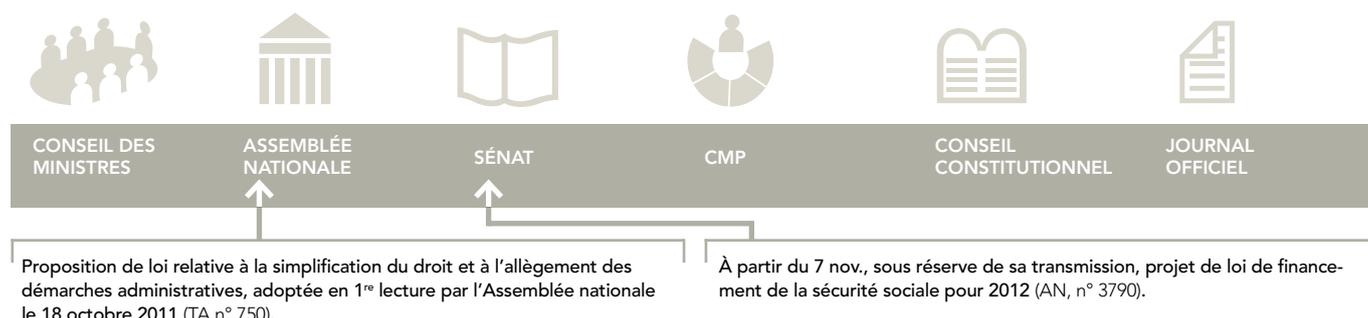
Sur le 3^e trimestre de 2009, on avait pu observer plus d'un millier de défaillances sur les entreprises de plus de 10 salariés. En 2010, la période d'été avait déjà montré une amélioration pour ces entreprises qui portent une grande partie de l'emploi et de la croissance : avec 905 défaillances enregistrées sur le 3^e trimestre de l'année dernière, la baisse atteignait quasiment 10 %. Le 3^e trimestre de 2011 confirme une tendance baissière pour l'ensemble des entreprises de plus de 10 salariés : le nombre

de défaillances diminue de 4,8 % (862). La situation reste cependant tendue pour celles de plus de 50 salariés ; le nombre de défaillances reste quantitative-ment faible (85 sur le 3^e trim.e et 288 sur les 9 premiers mois de 2011, soit moins de 1 % des jugements), mais peine à redescendre en dessous du niveau de 2010.

- **Sauvegarde.** - Après 24 % d'augmentation au 2^e trimestre (324 demandes), on observe 321 ouvertures de procédures de sauvegarde au 3^e trimestre (+ 22 %). On retrouve le niveau atteint

au 3^e trimestre 2009, après une baisse en 2010, et au total depuis le début 2011 ce dispositif a été utilisé 1 026 entreprises (+ 12,5 % sur la même période de 2010). Près des trois quarts des ouvertures concernent des entreprises de moins de 10 salariés, et un tiers des micro-entreprises sans salarié, confirmant la bonne adaptation de ce dispositif de sauvegarde aux situations spécifiques des micro-entreprises et des TPE (*source : Altares, communiqué 18 oct. 2011*).

AVANCEMENT DES TEXTES



En mouvement

Norton Rose LLP annonce que **Poupak Bahamin** rejoint l'équipe Corporate du bureau de Paris. Poupak Bahamin conseille régulièrement des entreprises canadiennes, européennes et africaines, lors de leurs opérations en Afrique sub-saharienne et francophone. Elle intervient plus particulièrement dans plusieurs pays d'Afrique francophone, dont la République Démocratique du Congo, dans le cadre de projets liés aux secteurs des mines, du pétrole, du gaz et de l'environnement.

Dechert LLP annonce que **Bruno Leroy** rejoint le bureau parisien de Dechert en qualité d'associé en charge du département droit fiscal. Il est accompagné de **Pierre Bouron**, senior counsel, et de leur équipe.

Moisand Boutin & Associés poursuit son expansion et annonce le recrutement de **Fabio Pires**, de 27 ans, en qualité de collaborateur de l'équipe Corporate, codirigée par Jean-Philippe Jacob et Jean-Pierre Langlais.

Échos

Prix juridique & fiscal Allen & Overy / HEC

La cérémonie de remise des prix de la 8^e édition du Prix Juridique et Fiscal créé par Allen & Overy et HEC en 2004 à la suite de l'adhésion d'Allen & Overy à la Fondation HEC, s'est déroulée au théâtre de l'Athénée à Paris le 17 octobre dernier ; elle était présidée cette année par Jacques Attali, président de PlanNet Finance. Ce Prix récompense les trois meilleurs mémoires de recherche des étudiants HEC de la Majeure Stratégie Fiscale et Juridique Internationale et du Mastère Droit et Management International. Les lauréats se voient attribuer les prix suivants : 1^{er} prix : 5 000 euros et un stage rémunéré de 3 mois minimum dans l'un des départements du bureau parisien d'Allen & Overy ; 2^e prix : 3 500 euros ; 3^e prix : 1 500 euros.

1^{er} prix : Margot Sève (Mastère Droit et Management International) : « Regulatory Law's response to the financial crisis : from De-regulation to Re-regulation » ;
2^e prix : Dimitrie Ramniceanu (Majeure Stratégie Fiscale et Juridique Internationale) : "Offres publiques et théorie de l'agence : obligation d'information et responsabilité du management de la cible" ;
3^e prix : Diana Philippova (Majeure Stratégie Fiscale et Juridique Internationale) : "Le contrôle des investissements étrangers par les États membres face à l'Union européenne : quatrième pilier ou cinquième colonne".

À LIRE

Travaux dirigés de droit bancaire

par Jean Stoufflet, professeur émérite à l'université d'Auvergne, Nicolas Mathey, professeur à l'université Paris V, Hervé Causse, professeur à l'université d'Auvergne, Jean-François Riffard, maître de conférences HDR à l'université d'Auvergne, LexisNexis, coll. Objectif droit TD, 206 p., 25 €, ISBN 978-2-7110-1424-8.

Fidèle aux précédents de la collection, l'ouvrage propose vingt-et-une séances de travaux dirigés qui couvrent par-delà la semestrialisation des enseignements l'ensemble du droit bancaire (statut des établissements de crédit, opérations de banques pour le compte de professionnels ou de consommateurs, opérations d'investissement). Les principaux types d'exercice sont déclinés : commentaire d'arrêt(s), cas pratique, dissertation, commentaire d'article.



Pour chaque thème traité, un exercice est proposé ; une correction entièrement rédigée est suggérée ; une bibliographie d'appui est conseillée ; des documents sont, le cas échéant, annexés.

Destiné en priorité aux étudiants de master 1 droit, l'ouvrage peut également servir à ceux qui préparent un examen ou un concours où le droit bancaire figure au programme.

Les contrats informatiques

par Jérôme Huet, professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas), directeur du CJEM, Nicolas Bouche, maître de conférences à l'université Jean Moulin - Lyon 3, avec la collaboration de Oswald Seidowsky, docteur en droit, informatique CDC - Groupe Caisse des dépôts et consignations, LexisNexis, 114 p., 35 €, ISBN 978-2-7110-146-2.

Cet ouvrage vise à donner au lecteur une vision synthétique des règles qui régissent les contrats passés pour l'informatisation des particuliers, entreprises ou administrations.

Après une présentation, en préambule, des traits caractéristiques des contrats informatiques, l'ouvrage entend d'abord montrer combien ces contrats restent soumis



aux règles du droit commun des contrats (chap. 1), même s'ils subissent également nécessairement l'interférence des règles du droit spécial des contrats et de la propriété intellectuelle (chap. 2), avant d'envisager les questions particulières que posent certaines formules contractuelles nouvelles (chap. 3) ainsi que la circulation des équipements informatiques (chap. 4).

70%

LE CHIFFRE DE LA SEMAINE

70 % DES DIRECTEURS JURIDIQUES ÉVALUENT LA PERFORMANCE DE LEUR DIRECTION JURIDIQUE OU VONT L'ÉVALUER (SOURCE : ÉTUDE DII 17 OCT. 2011).

Fonds de commerce

Ventes de fonds de commerce (1^{er} sem. 2011)

Sur le premier semestre 2011, le prix moyen de cession s'établit à 179 033 € (+ 1,7 %). Le baromètre BODACC, en partenariat avec Altares, apporte un éclairage sur les ventes et cessions de fonds de commerce en France (bâtiment, commerce, industrie ou services) sur le premier semestre 2011.

Le prix moyen des ventes et cessions de fonds de commerce augmente de 1,7 % par rapport à 2010 et 2008 (176 K€). Il s'établit à 179 033 €. Les fonds cédés sur ce début d'année

2011, fonds d'entreprises qui ont su résister à la crise, se sont négociés plus favorablement. Cette valorisation masque, toutefois, un prix médian très inférieur et stable à 80 000 €.

Autre signal positif, les ventes de fonds de commerce s'accroissent sur le premier semestre 2011 après un fort recul en 2009 (- 19 %) et une timide reprise en 2010 (+ 0,9 %) ; leur nombre progresse de 2,4 %. 23 276 commerces ou industries ont changé de main sur les six premiers mois de l'année. Les acti-

INDICES ET TAUX

INDICES MENSUELS DES PRIX À LA CONSOMMATION (hors tabac).

	Août 2011	Sept. 2011		Août 2011	Sept. 2011
A - Ensemble des ménages			B - Ménages urbains dont le chef est ouvrier ou employé		
Variation sur 1 mois : - 0,5 %			Variation sur 1 mois : 0,0 %		
Variation sur 1 an : + 2,2 %			Variation sur 1 an : + 2,2 %		
Ensemble hors tabac	122,59	122,49	Ensemble hors tabac	122,42	122,38
Ensemble hors tabac et alcools.....	122,60	122,51	Produits alimentaires et boissons non alcoolisés	127,94	128,25
Ensemble hors énergie.....	120,78	120,60	Articles d'habillement et chaussures	102,42	107,56
Ensemble y.c. loyers fictifs	124,96	124,89	Logement, eau, gaz, électricité et autres combustibles	137,90	137,80
Ensemble hors produits frais	124,07	123,92	Loyers d'habitation effectifs	132,98	132,47
Ensemble non alimentaire	123,34	123,18	Ameublement, équipement ménager et entretien courant de la maison	112,53	112,78
Alimentation plus restaurants, cantines, cafés.....	128,43	128,69	Santé	104,23	104,13
Produits manufacturés y compris énergie	111,55	112,66	Transports	139,92	139,88
Services y compris loyers et eau.....	131,34	129,86	Communications	80,37	80,02
Transports, communications et hôtellerie (TCH).....	131,14	131,20	Hôtellerie, cafés, restauration	138,45	134,01
			Autres biens et services	131,78	131,64
			Assurances.....	124,38	122,93
			Services financiers	116,58	116,63

SMIC (à compter du 1^{er} janv. 2011) :

Horaire : 9,00 €
Mensuel (151,67 h) : 1 365,03 €

MINIMUM GARANTI (au 1^{er} janv. 2011) : 3,36 €

PLAFOND MENSUEL SÉCURITÉ SOCIALE : 2011 : 2 946 €

EONIA (ancien T4M) [European Over Night Interest Average] : Sept. 2011 : 0,9963

EURIBOR (Ancien TIOP) : Sept. 2011 : 1 mois : 1,347 ; 3 mois : 1,536 ; 6 mois : 1,736 ; 9 mois : 1,896 ; 12 mois : 2,067

TAUX DE L'INTERÊT LÉGAL : 2011 : 0,38 % (D. n° 2011-137, 1^{er} févr. 2011 : JO 3 févr. 2011)

PAIEMENT DIFFÉRÉ OU FRACTIONNÉ : 2011 : 0,3 %

INDEX BT 01 (base 100 en janv. 1974)

	Janv.	Févr.	Mars	Avril	Mai	Juin	Juill.	Août	Sept.	Oct.	Nov.	Déc.
2010	807,2	809,7	814,3	822,5	826,1	825,6	827,8	827,2	828,3	829,7	830,6	834,6
2011	845,8	851	853,1	854,7	854,4	855,6						

COÛT DE LA CONSTRUCTION (base 100 au 4^e trimestre 1953)

	1 ^{er} trim.	2 ^e trim.	3 ^e trim.	4 ^e trim.
2010	1508	1517	1520	1533
2011	1554	1593		

INDICE DES LOYERS COMMERCIAUX

2 ^e trim. 2010 : 101,83	- 0,22 % * (parution : 8 oct. 2010)
3 ^e trim. 2010 : 102,36	+ 1,14 % * (parution : 7 janv. 2011)
4 ^e trim. 2010 : 102,92	+ 1,83 % * (parution : 8 avr. 2011)
1 ^{er} trim. 2011 : 103,64	+ 2,25 % * (parution : 8 juill. 2011)
2 ^e trim. 2011 : 104,44	+ 2,56 % * (parution : 7 oct. 2011)
* variation annuelle	

INDICE DE RÉFÉRENCE DES LOYERS (1) (référence 100 au 4^e trim. 1998)

3 ^e trim. 2010 : 118,70	+ 1,10 % (parution : 14 oct. 2010)
4 ^e trim. 2010 : 119,17	+ 1,45 % (parution : 14 janv. 2011)
1 ^{er} trim. 2011 : 119,69	+ 1,60 % (parution : 14 avr. 2011)
2 ^e trim. 2011 : 120,31	+ 1,73 % (parution : 12 juill. 2011)
3 ^e trim. 2011 : 120,95	+ 1,90 % (parution : 13 oct. 2011)

USURE - Prêts aux particuliers n'entrant pas dans le champ d'application des art. L. 312-1 à L. 312-36 C. consom. (crédits de trésorerie) (à compter du 1^{er} oct. 2011) (Avis 21 sept. 2011)

Prêts d'un montant inférieur ou égal à 1 524 €*	21,03 %
Découverts en compte, crédits renouvelables, financements d'achats ou de ventes à tempérament d'un montant supérieur à 1 524 € et inférieur à 3 000 € et prêts viagers hypothécaires*	19,27 %
Prêts personnels et autres prêts d'un montant supérieur à 1 524 € et inférieur ou égal à 3 000 €	12,76 %
Découverts en compte, crédits renouvelables, financements d'achats ou de ventes à tempérament d'un montant supérieur à 3 000 € et inférieur ou égal à 6 000 € et prêts viagers hypothécaires*	18,16 %
Prêts personnels et autres prêts d'un montant supérieur à 3 000 € et inférieur ou égal à 6 000 €	11,65 %
Découverts en compte, crédits renouvelables, financements d'achats ou de ventes à tempérament d'un montant supérieur à 6 000 € et prêts viagers hypothécaires*	16,62 %
Prêts personnels et autres prêts d'un montant supérieur à 6 000 €	10,10 %

USURE - Prêts aux particuliers entrant dans le champ d'application des art. L. 312-1 à L. 312-36 C. consom. (prêts immobiliers) (à compter du 1^{er} oct. 2011) :

Prêts à taux fixe	6,23 %
Prêts à taux variable	5,61 %
Prêts-relais	6,28 %

USURE - Prêts aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels et aux personnes morales ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale (à compter du 1^{er} oct. 2011) :

Découverts en compte	13,84 %
USURE - Prêts aux personnes morales n'ayant pas d'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale (à compter du 1 ^{er} oct. 2011) :	
Prêts consentis en vue d'achats ou de ventes à tempérament.....	9,61 %
Prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable.....	5,52 %
Prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux fixe.....	6,36 %
Découverts en compte	13,84 %
Autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans.....	6,36 %

Taux moyen pratiqué (TMP) : Le taux moyen pratiqué (TMP) est le taux effectif des prêts aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable, d'un montant inférieur ou égal à 152 449 € (utilisé pour le calcul du taux minimum des intérêts déductibles sur les comptes courants d'associés). Le taux effectif moyen pratiqué par les établissements de crédit au cours du 3^e trim. de 2011 pour cette catégorie de prêts est de 4,14 %.

* Montant du crédit effectivement utilisé pour apprécier le caractère usuraire du TEG d'un découvert en compte ou d'un prêt permanent.

(1) V. Tableau pour 4^e trim. 2002 au 4^e trim. 2007 : www.insee.fr.