RACINE
CABINET D'AVOCATS

LA LETTRE
CONCURRENCE DISTRIBUTION

N°2 - DECEMBRE 2009

Contrôle des concentrations

L'Autorité de la concurrence a publié le 16 décembre dernier ses lignes directrices applicables au contrôle des concentrations, qui se substituent aux dernières lignes directrices établies par le ministre de l'économie. De ce long document de 165 pages, on retiendra trois nouveautés importantes, qui s'inspirent de la pratique communautaire.

1. Les parties pourront interroger l'Autorité en phase de pré-notification, lorsqu'elles auront des doutes sur le caractère contrôlable de leur opération. Si l'Autorité considère, au vu des informations transmises à ce stade, que l'opération n'est pas contrôlable, elle pourra le leur confirmer en leur adressant une **lettre de confort**. Cette procédure est de nature à apporter une sécurité juridique appréciable. Son champ d'application demeurera toutefois limité. En effet, si l'Autorité considère qu'il existe des doutes sur la contrôlabilité de l'opération qui lui est soumise, ou si l'opération pose une question de principe non encore tranchée, l'Autorité invitera les parties à procéder à sa notification.

2. Les nouvelles lignes directrices ouvrent la possibilité de déposer un **dossier simplifié** dans certaines hypothèses. Sont notamment visées : les opérations n'emportant pas de chevauchement de marchés et les "*petites*" opérations réalisées dans le secteur du commerce de détail. Pour ce type d'opérations, les parties notifiantes pourront ainsi faire l'économie de certaines informations dans leur formulaire de notification.

3. L'Autorité de la concurrence reconnaît expressément qu'elle examinera les **restrictions accessoires** aux opérations de concentrations, selon les critères déterminés par la communication de la Commission sur ce sujet. En d'autres termes, l'Autorité accepte que ses décisions d'autorisation de concentration couvrent les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration – tels que, par exemple, les accords de non concurrence ou accords de licence conclus dans le cadre de l'opération -, pour autant qu'elles remplissent certaines conditions.

Le sous-traitant doit être garanti par un cautionnement bancaire

Le recours à la sous-traitance est très fréquent. Pour autant, les obligations qui entourent ce mécanisme restent méconnues et souvent peu mises en œuvre.

Un arrêt rendu le 18 novembre 2009 par la Cour de cassation est l'occasion de rappeler qu'une entreprise intervenant dans le cadre d'un marché privé (dite « entreprise principale ») est **tenue de fournir** à son sous-traitant une caution bancaire pour le règlement des sommes dues en application de son contrat de sous-traitance ou d'obtenir la délégation du paiement de ces sommes par le maître de l'ouvrage (art. 14 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance).

Cette obligation est sanctionnée par la **nullité du contrat** de sous-traitance. La Cour de cassation vient de préciser les conséquences de cette nullité qui peut être soulevée par le seul sous-traitant : ce dernier pourra obtenir le paiement des travaux qu'il aura éventuellement exécutés, tandis que l'entreprise principale, elle, ne pourra pas engager la responsabilité de son sous-traitant pour avoir rompu unilatéralement et de manière anticipée le contrat de sous-traitance.

Cela signifie qu'un sous-traitant qui ne bénéficie ni d'un cautionnement, ni d'une délégation – situation fréquente en pratique –, peut refuser, à tout moment, de poursuivre l'exécution de son contrat, sans risque d'engager sa responsabilité au titre de cette rupture à l'égard de l'entreprise principale.

Rappelons que la loi de 1975 vise principalement les sous-traitants intervenant dans le cadre de la réalisation de chantiers, mais également, du fait de la généralité de ses termes, tous les autres sous-traitants prestataires de services qui interviennent sur ordre et sous la responsabilité d'un entrepreneur principal, lui-même prestataire de services.

La réforme du droit des contrats à venir sera peut-être l'occasion de préciser ce dernier point, voire de réviser les obligations prévues par ce texte peu adaptées à la variété des situations de sous-traitance, et très largement ignorées par la pratique.

Valérie Ledoux, Frédérique Chaput, Sophie Pasquesoone, Laure Boiret, Clément Tournaire, Benoît Laurin, Axelle Rochet
Directeur de la publication : Valérie Ledoux

Nouvelles dispositions relatives aux annonces de réduction de prix

Tout message publicitaire doit délivrer une information véridique et ne pas constituer une publicité trompeuse susceptible d'induire le consommateur en erreur. Pour les annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, ce principe général se double de règles spécifiques, issues de l'ancien arrêté de 1977. Ces règles ont été récemment modifiées afin, notamment, de prendre en compte l'essor du commerce en ligne ainsi que la possibilité offerte par la loi LME de réaliser des opérations de déstockage en dehors des soldes (arrêté du 31 décembre 2008 abrogeant l'arrêté de 1977 et circulaire du 7 juillet 2009).

Ces dispositions ne s'appliquent pas à certaines publicités telles que les annonces de réduction de prix purement **littéraires** (« *X écrase les prix* »), relatives à des **ventes par lots** ou réservées à une **catégorie de clientèle** (détenteurs de carte de fidélité, familles nombreuses, moins de 16 ans, etc.). Néanmoins, l'opérateur désirant réserver des avantages (paiement en plusieurs fois sans frais, livraison gratuite, etc.) à des groupes particuliers de clients a désormais l'obligation d'en faire la **publicité** à l'intérieur de son point de vente. Ainsi, par exemple, tous les avantages attachés à la possession d'une carte de fidélité devront faire l'objet d'un affichage en boutique et, bien évidemment, être accordés à tous les clients répondant aux conditions annoncées.

Les règles diffèrent, par ailleurs, selon que les annonces sont réalisées hors ou sur les lieux de vente, la nouvelle réglementation assimilant aux lieux de vente les « sites électroniques marchands ».

Pour la publicité faite hors des lieux de vente (en ce compris les vitrines et parkings) ou sur des sites non marchands, trois types de mentions sont obligatoires :

(i) L'importance de la réduction (en valeur absolue ou en pourcentage). Ceci n'interdit pas les annonces de rabais d'importance variable (ex : « *de 30 à 60% de réduction* ») à condition que les articles offerts à prix réduit représentent « *une proportion très importante des articles exposés à la vente* » et que les articles bénéficiant des rabais les plus élevés soient en nombre au moins égal aux articles bénéficiant de rabais moins importants.

(ii) L'identification des produits concernés. Ceci n'empêche (i) ni les annonces du type « *moins 30% sur tout le magasin sauf articles marqués d'un point rouge* » si ces derniers sont l'exception, (ii) ni les annonces du type « *moins 30% sur les articles marqués d'un point bleu* » si la publicité indique le nombre ou la proportion d'articles à prix réduit par rapport à l'ensemble du magasin ou du rayon ou si les articles concernés représentent « *une proportion très importante* » des articles de la catégorie concernée par cette offre.

(iii) Les modalités de l'opération. Doit notamment être indiquée la période de réduction. Cette indication peut être remplacée par la mention de la date de début de l'opération accompagnée de l'importance des quantités offertes ou de la mention « *jusqu'à épuisement des stocks* ». La publicité doit alors cesser dès que les stocks sont épuisés sachant que son ampleur doit, en tout état de cause, être proportionnée aux stocks disponibles. Dans un réseau, on considère cette limite atteinte quand le stock est épuisé chez la quasi-totalité des membres.

Pour la publicité sur les lieux de vente ou les sites marchands (ie les sites sur lesquels sont directement vendus les produits), l'affichage doit indiquer **l'ancien prix (dit « prix de référence ») barré et le prix réduit.** Toutefois, lorsque le rabais est d'un **taux uniforme** et que les produits sont **parfaitement identifiés**, la réduction peut être faite par **escompte de caisse** si cette modalité a fait l'objet d'une mention dans la publicité de réduction de prix. On pourra alors se contenter de coller une gommette de couleur sur l'étiquette sans faire apparaître le prix réduit (cf ci-dessus).

Le prix de référence est en principe le **prix le plus bas** effectivement pratiqué, pour un produit similaire, à l'égard de la clientèle courante (hors rabais consentis aux clients privilégiés), dans le même établissement ou site, au cours des **trente derniers jours** précédant le début de l'opération de réduction. Nouveauté importante, ce prix peut désormais être conservé au cours des **démarques successives** réalisées lors d'une même opération commerciale dans la limite d'un mois, étant précisé qu'une promotion, une liquidation et un solde constituent trois opérations commerciales distinctes.

Le prix de référence peut également être **le prix conseillé** par le fabricant ou par la tête de réseau. Si l'article concerné n'a pas été précédemment vendu dans l'établissement et ne fait plus l'objet d'un prix conseillé (ce qui vise notamment le cas des magasins d'usine), le prix de référence peut être un **ancien prix conseillé** sous trois conditions : (i) que ce prix ne date pas de plus de trois ans, (ii) qu'apparaisse la mention « *prix conseillé* » et l'année à laquelle il se rapporte et (iii) que l'annonceur puisse « *justifier de la réalité de ce prix conseillé et du fait qu'il a été pratiqué* ».

De manière générale, quelle que soit la modalité de fixation du prix de référence qu'il choisit, l'annonceur doit pouvoir en justifier, ce qui implique qu'il conserve : journal des ventes, captures d'écran pour les sites internet, documents attestant des prix conseillés ou tout autre **document justificatif**.

Rappelons enfin que ces obligations (passibles, pour chaque infraction constatée, d'une amende de 7.500 € pour les personnes morales) visent l'**annonceur** et donc, potentiellement, la tête de réseau qui, même si elle ne vend pas directement les produits au consommateur, doit veiller à la cohérence de ses annonces par rapport aux prix pratiqués par ses distributeurs.