RACINE CABINET D'AVOCATS

LA LETTRE CONCURRENCE DISTRIBUTION

N°5 – FEVRIER 2011

La lutte contre le « déséquilibre significatif » relancée ?

Le 13 janvier dernier, le Conseil Constitutionnel a jugé **conformes à la Constitution les dispositions relatives au déséquilibre significatif**, introduites par la loi du 4 août 2008 dite LME pour mettre un terme à certaines pratiques considérées comme abusives de la (grande) distribution.

Le texte, qui réprime le fait *« de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*, avait, en effet, été remis en cause par la société DARTY et fils à l'occasion des procédures engagées - et largement médiatisées - par le Ministre de l'économie contre neuf enseignes de la grande distribution à la fin de l'année 2009.

Cette validation est à prendre sérieusement en considération pour les négociations annuelles qui sont en cours, d'autant que le Secrétaire d'Etat chargé du commerce a indiqué, à la suite de cette décision, son intention « **de donner systématiquement suite aux demandes d'assignations** qui seraient faites par la DGCCRF » à l'encontre des distributeurs.

Reste qu'en pratique, il est **toujours difficile de connaître a priori ce qui pourra constituer un déséquilibre significatif**.

Depuis 2008, une seule décision de condamnation est intervenue sur ce fondement, à l'encontre de la société Castorama : celle-ci imposait à ses fournisseurs le paiement d'acomptes sur remises quantitatives sans prévoir une diminution de leur montant en cas de baisse du volume ; en outre, ces acomptes étaient payables mensuellement par virement alors que Castorama bénéficiait de son côté de délais beaucoup plus longs pour le paiement des factures des fournisseurs.

La certitude est que la relation sera appréciée par les juges **dans son ensemble** au regard des droits et obligations réciproques souscrits par les parties, et que ce texte a vocation à s'appliquer **à toutes les relations commerciales**, quelque soit le secteur.

Ecoutes téléphoniques devant l'Autorité de la Concurrence, suite et fin

Il aura fallu **pas moins de 5 décisions** successives (DCC n°05-D-66, CA Paris 19 juin 2007, Cass. Com. 3 juin 2008, CA Paris 29 avril 2009, Cass. Com. 7 janvier 2011) pour mettre un point - a priori final - au débat ouvert en 2005 sur les **preuves admissibles en matière de pratiques anticoncurrentielles**.

L'assemblée plénière de la Cour de Cassation vient en effet de désavouer la Cour d'Appel de Paris qui, à la suite du Conseil de la Concurrence, avait considéré que **la production, par une entreprise, d'enregistrements téléphoniques réalisés à l'insu de ses interlocuteurs** était un mode de preuve admissible.

On se félicitera que la Cour de Cassation interdise le recours à de tels **procédés déloyaux qui peuvent être la source de manipulations en tous genres**, notamment dans le cadre des **procédures de clémence** (où les entreprises sont incitées à dénoncer des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elles ont elles-mêmes pris part pour bénéficier d'une immunité d'amende).

Au-delà, cet arrêt vient enfin **clarifier les règles de procédure applicables devant l'Autorité.** Cette dernière devra désormais faire **application des règles de la procédure civile** et ne pourra plus se réclamer d'un régime dérogatoire, sauf dispositions expresses contraires du code de commerce.

Pas de remises, rabais et ristournes pour les fruits et légumes frais

La loi dite « *LMA* » du 27 juillet 2010 aura laissé un délai de six mois aux opérateurs de la filière **fruits et légumes frais** pour s'adapter à **l'interdiction des remises, rabais et ristournes** édictée par le nouvel article L.441-2-2 du Code de commerce.

Cette interdiction est entrée en vigueur le 28 janvier 2011. Elle concerne l'ensemble des opérateurs de la filière fruits et légumes frais, tant à l'amont (achats auprès des producteurs et groupements de producteurs), qu'à l'aval (achats par les secteurs de la restauration collective ou la grande distribution). Elle concerne tant les opérateurs privés que, selon les services de la DGCCRF, les organismes publics qui organisent des appels d'offres portant sur ces produits.

Le non respect de cette interdiction engage la responsabilité civile de l'entreprise ayant **bénéficié** des remises, rabais ou ristournes et peut conduire à la cessation des pratiques, à l'annulation des clauses ou contrats illicites, au remboursement des sommes indûment perçues ainsi qu'à une amende civile (en application de l'article L.442-6-III du Code de commerce).

Valérie Ledoux, Frédérique Chaput, Sophie Pasquesoone, Laure Boiret, Benoît Laurin, Caroline Levard
Directeur de la publication : Valérie Ledoux

Echanges d'informations entre concurrents : qui ne dit mot… agit prudemment

L'un des principes fondamentaux posés par le droit de la concurrence est que chaque entreprise doit prendre ses décisions stratégiques et commerciales en toute indépendance, dans l'incertitude de ce que sera le comportement de ses concurrents. Les échanges d'informations stratégiques entre concurrents réduisent cette incertitude et peuvent inciter ces entreprises à adopter des **comportements coordonnés**, voire pire encore, des **alignements** de leurs stratégies et de leurs politiques commerciales : ils sont donc, par nature, anticoncurrentiels et constitueront dans la majorité des cas une entente prohibée, contraire aux dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce ou de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

Les principales informations dont la communication entre concurrents est strictement prohibée sont : les prix, les remises et ristournes, les coûts de revient, les parts de marché, le montant et la capacité de production, le niveau des ventes, les prévisions de vente ou de production, la stratégie de développement, les projets d'innovation, c'est à dire l'ensemble des informations personnelles aux entreprises et qui relèvent du secret des affaires.

Face à de tels échanges, les autorités de concurrence font preuve d'une grande sévérité et écartent la plupart des arguments que les entreprises développent habituellement pour leur défense : absence de coordination effective, durée réduite des échanges, passivité de l'entreprise dans le processus ou nécessité économique.

1./ Les **effets** qu'ont pu avoir les échanges d'information sur le comportement ultérieur des entreprises sont sans incidence sur la constitution de l'infraction et il y aura entente anticoncurrentielle même si les entreprises qui ont participé aux échanges ont par la suite continué à déterminer leur politique commerciale de façon autonome de telle manière qu'aucun alignement n'a pu être observé.

2./ Peu importe également la **durée** pendant laquelle les échanges ont eu lieu. Si des échanges qui se sont prolongés dans le temps constituent une circonstance aggravante, un échange ponctuel unique peut parfaitement suffire à constituer une entente prohibée. Le cas le plus fréquent d'entente par échange ponctuel d'informations concerne les échanges entre des entreprises qui envisagent de concourir à un même appel d'offres, soit que ces entreprises aient envisagé de répondre en groupement et aient échangé dans ce cadre, avant de décider de concourir de manière séparée, soit qu'elles fassent partie d'un même groupe et qu'elles aient, de ce fait, accès à des données confidentielles de leur mère ou de leur filiale : dans les deux cas, tout échange d'informations est strictement prohibé et chaque entreprise soumissionnaire doit nécessairement établir son offre isolément ou s'abstenir de concourir.

3./ Le **rôle passif** qu'une entreprise a pu avoir lors d'un échange d'informations est également le plus souvent sans aucune incidence sur la réalisation de l'infraction. On trouve une illustration de cette règle dans les affaires d'entente qui mettent en cause des réunions de type professionnel ou syndical, au cours desquelles des participants peuvent être amenés, quitte à s'éloigner de l'ordre du jour de la réunion, à échanger sur leurs politiques respectives, passées, présentes ou futures.

Les informations qui peuvent être échangées lors de telles réunions doivent demeurer des informations générales, relatives à l'ensemble du marché : informations statistiques, informations de nature règlementaire ou technique, informations générales sur l'évolution des coûts intermédiaires entrant dans le calcul du prix de vente des produits, éventuellement sur le prix d'achat des composants, prévisions concernant le marché global, etc. Lorsque les informations communiquées aux adhérents portent sur des données plus sensibles, telles que le niveau des prix, elles doivent nécessairement avoir été préalablement **agrégées**, de manière à ce qu'il ne soit pas possible d'en déduire la pratique de telle ou telle entreprise. Ces données doivent au surplus concerner des prix constatés ou des ventes réalisées dans un passé qui ne soit pas trop récent.

4./ Enfin, le **but défensif** poursuivi par les entreprises qui participent à un échange d'informations est également une circonstance inopérante. Fréquemment, les entreprises poursuivies de ce chef arguent du fait qu'elles ont été contraintes d'échanger sur leurs politiques, notamment tarifaires, pour mieux lutter contre la concurrence étrangère qui casse les prix ou contre la pression des acheteurs institutionnels qui menacent la rentabilité minimale de leurs fournisseurs. Ces arguments sont systématiquement écartés par les autorités de concurrence. Le droit de la concurrence défend le jeu de la concurrence : pas les entreprises.

On rappellera enfin que les échanges d'informations entre concurrents sont jugés, par l'ADLC, comme faisant partie des infractions les plus graves. C'est également cette incrimination qui suscite le plus grand nombre de procédures de clémence (dénonciation des participants par l'un d'entre eux, contre immunité de sanction). On ne saurait donc faire preuve d'assez de prudence en la matière.