

Texte du mois : Communiqué de l'Autorité sur le calcul des sanctions

L'Autorité de la Concurrence (AdIC) a publié le 16 mai dernier son (premier) Communiqué sur le mode de détermination du montant des amendes en droit interne.

Ce Communiqué s'inspire beaucoup des lignes directrices publiées par la Commission Européenne en 2006 mais présente toutefois des spécificités. Il répond à un **objectif de transparence mais non de prévisibilité**, les entreprises ne devant pas pouvoir calculer ce que leur coûterait une violation du droit de la concurrence.

La méthode de calcul peut être synthétisée comme suit :

- Première étape : fixation du montant "de base" de l'amende **en pourcentage** (30 % maximum) **du montant des ventes** réalisées par l'entreprise en France, au titre des produits ou services concernés par l'infraction. Le pourcentage retenu dépend (i) de la gravité des faits, (ii) de l'importance du dommage causé à l'économie et (iii) de la durée de l'infraction (sauf le cas spécifique des appels d'offres) ;
- Deuxième étape : fixation du montant "intermédiaire" pour tenir compte le cas échéant de **circonstances atténuantes** (participation à l'entente en tant que "franc-tireur", sous la contrainte ou avec l'autorisation des autorités publiques) ou au contraire de **circonstances aggravantes** (rôle de meneur, utilisation de mesures de contrainte ou de rétorsion). D'**autres éléments d'individualisation** tenant à la situation de l'entreprise pourront être pris en compte pour diminuer l'amende ou l'augmenter (tels que la taille de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient) ;
- Troisième étape : prise en compte, le cas échéant, d'une situation de **réitération**, la période séparant les faits étant désormais fixée à **15 ans** ;
- Quatrième étape : "*ajustements finaux*" pour (i) vérifier le non dépassement du **plafond** légal (10 % du CA mondial), et le cas échéant accorder des **réductions** (ii) au titre d'une **procédure négociée** (clémence ou non contestation des griefs), (iii) ou en raison des **difficultés financières** de l'entreprise.

Poursuite d'un contrat postérieurement à son terme

Il arrive fréquemment que, sans l'avoir prévu à l'origine, les parties à un contrat à durée déterminée continuent à exécuter celui-ci **postérieurement à son terme**, et que

cette situation perdure un certain temps sans que les parties ressentent le besoin de formaliser cette situation par la signature d'un nouvel accord. C'est pourtant là une **source majeure d'insécurité** comme vient de le rappeler un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 17 mars 2011.

En l'espèce, la société Speedy avait conclu avec l'un de ses franchisés un contrat qui était venu à échéance. Les parties en avaient toutefois **poursuivi l'exécution pendant près de deux ans** après son terme, jusqu'à ce que le franchisé décide de procéder à sa résiliation. Speedy a alors demandé l'application de la clause de non réaffiliation stipulée au contrat.

C'était oublier que, sauf disposition contraire dans le contrat, la tacite reconduction « *donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres stipulations ne sont pas nécessairement identiques* » à celles du contrat initial. Cette solution, bien que souvent méconnue, est tout à fait classique : les juges apprécient, au cas par cas, si une clause est ou non tacitement reconduite.

En l'espèce, la Cour a considéré que (i) s'il incombait au franchisé d'établir que **la clause de non réaffiliation ne s'appliquait pas** au nouveau contrat, (ii) cette preuve était suffisamment rapportée en l'espèce. En effet, une telle clause étant d'interprétation restrictive - puisqu'elle limite la liberté du franchisé - elle ne pouvait s'appliquer après l'échéance du contrat **en l'absence de stipulation spécifique**.

Informations précontractuelles loi Doubin : quelles sanctions ?

Lorsqu'un commerçant bénéficie du droit d'usage d'un nom commercial, d'une marque et/ou d'une enseigne en contrepartie d'un engagement d'achat exclusif ou quasi exclusif (ce qui vise principalement la franchise et la concession d'enseigne), son cocontractant doit lui délivrer, préalablement à la conclusion du contrat, un **document d'informations précontractuel** ("DIP") lui permettant de s'engager dans le réseau en toute connaissance de cause (L.330-3 c. com).

Si la "*tête de réseau*" rédactrice du DIP délivre **des informations destinées à tromper** son partenaire (ou omet des informations dans ce même dessein), **le contrat** conclu sur la base du DIP trompeur **peut être annulé pour dol, mais ce seulement si l'erreur commise par le cocontractant du fait de ces manœuvres a été déterminante** de son engagement.

C'est ce que vient de rappeler la Cour de cassation (Cass. Com. 15 mars 2011). En l'espèce, le franchiseur

avait communiqué des comptes prévisionnels faussés (car n'intégrant pas le coût d'une maison témoin dont la construction était imposée aux franchisés). La Cour d'appel est censurée pour avoir annulé le contrat sans avoir recherché si le contenu erroné de ces comptes prévisionnels avait été déterminant pour le franchisé.

Si l'annulation du contrat reste - dans le droit fil de cette jurisprudence - une sanction exceptionnelle, la rédaction d'un DIP ne doit pas pour autant être prise à la légère. En effet, la fourniture d'informations erronées peut engager la responsabilité de la "tête de réseau" et justifier **l'octroi de dommages et intérêts** au profit du franchisé ou du concessionnaire, qui démontrerait avoir subi un préjudice de ce fait.

Le point sur les délais de paiement

Les délais de paiement sont, en France, strictement réglementés depuis la loi dite LME de 2008. Plus de 2 ans après son entrée en vigueur, la LME affiche en la matière un bilan globalement positif, salué par la majorité des entreprises, malgré les incertitudes qui demeurent.

I. Rappel des règles applicables. Dans le silence du contrat, le **délaï de paiement est de 30 jours à compter de la réception des biens ou services**. Le contrat ne peut, quant à lui, imposer un délai de paiement excédant **45 jours** fin de mois ou **60 jours** à compter de la date d'émission de la facture. Les pénalités de retard sont de droit : le taux conventionnel ne peut être inférieur à 3 fois le taux d'intérêt légal en vigueur ; le taux supplétif est le taux de la BCE majoré de 10 points.

Le non respect de ces règles est sanctionné (i) **pénalement** (amende de 15 000 €, portée à 75.000 € pour les personnes morales) pour certains manquements et/ou (ii) **civilement**, par l'octroi de dommages et intérêts, éventuellement assortis d'une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros.

Des **accords dérogatoires** temporaires ont été autorisés par la LME permettant d'organiser des délais de règlement plus souples : 39 accords dérogatoires ont ainsi été conclus – concernant environ 20% de l'économie marchande – dans des secteurs variés tels que le bricolage, le textile, le bâtiment, l'édition du livre, etc., accords qui prendront fin le **1^{er} janvier 2012**, date à laquelle **tous les opérateurs devront se conformer aux dispositions de la LME**.

II. Incertitudes sur l'application des dispositions dans la relation internationale. L'application de la loi française aux **contrats internationaux** suscite toujours de nombreuses interrogations - en raison du manque de clarté du texte qui rend complexe l'application des règles internationales de compétence et de conflit de lois - et est source d'une grande insécurité juridique pour les entreprises françaises opérant à l'international.

La DGCCRF a quant à elle adopté une solution juridiquement contestable : elle estime que le texte, qui

est d'ordre public, a vocation à s'appliquer dans les relations internationales, dès lors que l'une des parties, acheteur ou vendeur, est établie en France¹.

Dès lors, et jusqu'à ce qu'un nouveau texte ou une jurisprudence apporte une solution contraire, la prudence impose que tout acheteur situé en France respecte les dispositions françaises, même si le contrat prévoit l'application d'une **loi étrangère**.

De la même manière, le fournisseur français qui se verrait imposer des délais "*anormalement longs*" serait fondé à engager la responsabilité civile de l'acheteur étranger devant le juge français - et ce même si le contrat prévoit l'application d'une **loi étrangère**.

Seule la clause attributive de juridiction au profit d'un **juge étranger** devrait faire échapper la relation franco-étrangère à l'application des dispositions françaises, pour autant que le juge étranger ne décide pas d'appliquer les lois d'ordre public françaises (ce qu'il peut faire, même si le cas est rare) et que le Ministre de l'économie français ne décide pas de saisir le juge français en vertu de son droit d'action autonome.

III. Harmonisation à venir dans l'Union Européenne ?
Au niveau européen, les règles relatives aux délais de paiement devraient toutefois être harmonisées grâce à l'adoption de la directive 2011/7/EU qui retient un **délaï plafond unique de 60 jours**. Cette directive devra être transposée par tous les pays membres au plus tard le **1^{er} mars 2013**, étant toutefois précisé que les législations nationales pourront prévoir des règles plus favorables aux créanciers.

La nouvelle directive prévoit en outre expressément **la possibilité, pour les parties, de convenir de délais supérieurs au plafond de 60 jours**, à condition que cet allongement ne constitue pas un **abus manifeste** à l'égard du créancier. Il appartiendra donc à chaque juge national d'apprécier le caractère éventuellement abusif² du délai contractuel supérieur, une telle appréciation étant nécessairement source d'insécurité et créatrice de disparités entre les entreprises implantées dans les différents états membres.

¹ « La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales. En outre, la DGCCRF veillera à ce que les débiteurs établis en France règlent leurs créanciers résidant à l'étranger sans entraîner de distorsions de concurrence vis-à-vis d'opérateurs résidant en France » (extrait du site de la DGCCRF)

² L'abus se déduira notamment de tout comportement du débiteur s'écartant manifestement des bonnes pratiques et usages commerciaux, et qui serait contraire à la bonne foi et à la loyauté.

Alain BERTHET ■■

Bénédicte DEVEVEY ■■

Aurèle SARDA-BEAUJOUAN *

Nicolas MOREAU *

■ CONSEIL EN PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE
● CONSEIL EUROPÉEN EN MARQUES ET MODÈLES

**NOTE D'INFORMATION
NOM DE DOMAINE EN .XXX**

Une nouvelle extension fait son apparition sur le marché des noms de domaine : il s'agit du nom de domaine en .xxx.

Dès septembre 2011, cette extension correspondra aux sites de « l'industrie des plaisirs » réservés aux adultes et principalement aux sites pornographiques.

Néanmoins, une procédure est mise en place pour permettre aux propriétaires de marques protégées de tenter de bloquer cette extension afin que cette dernière ne soit pas utilisée en utilisant la notoriété de leurs marques, ou en les détournant, au profit de l'industrie pornographique.

Les pré-réservations en .xxx débiteront à partir du 7 Septembre 2011, date à laquelle s'ouvriront simultanément les Sunrise A et B, jusqu'au 6 Octobre 2011.

En cas de multiples demandes sur un même nom de domaine, l'attribution sera décidée au terme de l'analyse des droits antérieurs respectifs et/ou d'une enchère entre les requérants.

En conséquence, nous vous conseillons vivement de tenter de réserver dans cette extension votre marque principale, voire même l'ensemble de vos marques.

Les conditions de ces réservations seront les suivantes :

- Le nom de domaine sera réservé une seule fois et aucun renouvellement ne sera nécessaire dans les années à venir, tout au moins d'après les dispositions actuelles.
- Le nom de domaine sera simplement réservé mais non exploitable.
- Le coût de la pré-réservation sera de l'ordre de 600 € H.T. par nom que vous souhaitez bloquer, et encore une fois, sans nécessité de renouvellement annuel, mais hors frais de procédure et/ou d'enchère.
- La possibilité de bloquer les marques protégées dans cette extension ne sera possible que pendant les 30 jours de la période dite de « sunrise », soit **du 6 septembre au 6 octobre 2011**.

Cette note d'information est rédigée sous toutes réserves et en fonction des éléments d'information à notre disposition à ce jour.

En effet, il n'est pas exclu que les règles de réservation évoluent de nouveau les prochaines semaines.

Promark,

11 juillet 2011.