

Revue Lamy de la concurrence

Produits à marque de distributeur (MDD) et transparence des coûts du fournisseur

Jean-Michel VERTUT

– Sanction par l'Autorité de la concurrence des ententes dans le secteur du gros électroménager :
du caractère novateur des décisions de transaction et de l'attractivité préservée de la clémence
Yelena TRIFOUNOVITCH

– Modification des aides d'État préalablement autorisées par la Commission – Quelle marge
de manœuvre pour l'État ?
Benjamin CHEYNEL

– Le groupe SNCF face à l'ouverture à la concurrence dans le secteur du transport ferroviaire
de voyageurs
Annabella SABINE

– Aides d'État : l'avenir des EPIC en clair-obscur
Sébastien BRAMERET

Éclairage

RLC 3510

Produits à marque de distributeur (MDD) et transparence des coûts du fournisseur

La Commission d'examen des pratiques commerciales pose des conditions aux demandes de communication des coûts de revient adressées par un distributeur à son fournisseur de produits MDD. Bien que données dans le cadre de l'examen d'une pratique au sein de l'univers spécifique de la MDD, les orientations qui ressortent de cet avis, qui appelle certains commentaires, ouvrent des perspectives au-delà cet univers.

CEPC, avis n° 18-9, 12 nov. 2018



Par Jean-Michel VERTUT⁽¹⁾

Avocat à la Cour

Chargé
d'enseignement
à l'Université de
Montpellier

Quelle est la marge de manœuvre dont disposent les distributeurs pour obtenir de leur fournisseur de MDD une analyse des coûts de revient par postes et sous-postes (décomposition des coûts, en pourcentage et en valeur, pour chacun des postes, mais aussi par sous-postes, en ce compris pour les différentes matières premières, l'outil de production et le packaging) ? L'obtention de ces informations est-elle déjà licite et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ? Se refuser à les divulguer pour le fournisseur, afin de protéger son savoir-faire, est-il un motif de rupture du contrat avec son distributeur, alors que ce dernier, titulaire de la marque « MDD », engage sa notoriété sur les produits dont il a confié la confection et/ou la fabrication au fournisseur⁽²⁾ ?

La CEPC tente de répondre à ces questions au plan de l'articulation des règles relatives à la protection du secret des affaires issu de la loi du 30 juillet 2018⁽³⁾ et de certaines règles en matière de pratiques restrictives de concurrence. En arrière-plan des différentes problématiques abordées par la saisine de la CEPC, l'on devine celle, aussi préoccupante pour le fournisseur que la

cette recommandation, la CEPC avait déjà indiqué « *qu'en sa qualité de professionnel spécialiste de son marché, le fournisseur doit permettre au distributeur de s'assurer de la parfaite conformité des produits en cause au regard de la réglementation, de la protection de la sécurité et de la santé des consommateurs* », estimant que « *la responsabilité qui incombe ainsi au distributeur justifie la réalisation d'audits de qualité chez le fournisseur* ». Toutefois et comme souligné par la CEPC dans l'avis ici commenté, « *la question de la protection du savoir-faire, au centre du présent avis, n'avait pas été abordée* ». À rapp. L'accès au marché des fournisseurs face au développement des marques de distributeurs, P. Reis, Contrats conc. consom. 2014, étude 6.

- (1) La thématique abordée par cet avis a fait l'objet, à quelques variantes ou rajouts ici opérés, notamment au plan des références citées, d'une publication au sein de la Lettre de la distribution du mois de décembre 2018, éditée par le Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier.
- (2) V. la recommandation de la CEPC n° 10-01 relative à l'élaboration des contrats de marques de distributeurs (RLDA 2010/53, n° 3079). Dans

- (3) L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires ; D. n° 2018-1126, 11 déc. 2018, relatif à la protection du secret des affaires.

protection de son savoir-faire, d'une hyper transparence de ses coûts de production et de la construction de son prix. Nul n'ignore qu'en pratique, les fournisseurs de produits MDD sont très souvent sélectionnés par appels d'offres, dans lesquels la composante du prix se veut déterminante comme le rappelle la CEPC, notamment pour les produits conçus « sur mesure » : « le prix d'achat fait l'objet d'une analyse complète et précise destinée à approcher le meilleur prix de vente possible, qui sera ensuite défini selon les objectifs commerciaux de l'acheteur ». Ces fournisseurs qui, de surcroît, commercialisent fréquemment aussi des produits sous leurs marques propres, peuvent être réticents à devoir travailler à « livre ouvert », lorsqu'il est question de produire en MDD. Une transparence trop poussée peut les priver de la part de secret indispensable à la défense de leurs positions tarifaires dans la négociation et de leurs marges.

La CEPC aborde donc ici ce qui est présenté comme une « pratique », un comportement, sans que l'on sache si celle-ci repose sur des clauses liant le fournisseur à son distributeur⁽⁴⁾. Quels sont les apports de cet avis, selon que l'on aborde tantôt l'hypothèse d'une communication de ces informations, tantôt celle d'un refus à pareille communication ?

I. – Sur la communication dans le cadre de la relation commerciale

A. – Articulation de la communication avec le secret des affaires

→ Une protection affirmée sous conditions, pour une communication cantonnée

Lorsqu'il est question de produits « sur mesure », la CEPC indique que, dans le cadre d'une approche du meilleur prix de vente possible, qui sera ensuite défini selon les objectifs commerciaux de l'acheteur, ce dernier « pourrait avoir besoin (...) d'être en possession d'informations légitimes au regard du cahier des charges (ex. prix des matières, des emballages, des coûts de fabrication, du transport) »⁽⁵⁾.

(4) Par ex., le contenu d'un appel d'offres auquel il a été répondu, d'un contrat, etc.

(5) Comme dans la recommandation n° 10-01, la CEPC fait ici aussi référence à la réglementation lorsqu'il s'agit de justifier la demande d'information : « S'agissant d'un produit conçu "sur mesure", l'acheteur doit également disposer de toutes les informations lui permettant de s'assurer de la parfaite conformité du produit en cause au regard tant de son cahier des charges que de la réglementation ». En revanche, à la différence du contenu de la recommandation précitée, la référence à « la protection de la sécurité et de la santé des consommateurs », bien que rappelée dans les paragraphes introductifs de l'avis, n'est pas expressément visée comme une justification de la demande de communication. Tant en raison de la présence de cette référence dans la recommandation, que de la finalité de la demande de communication, il nous semblerait logique qu'il faille aussi considérer cet objectif de sécurité et de santé comme une justification.

Mais elle vient aussitôt tempérer l'expression d'un tel besoin et sa concrétisation par la réserve « sans pour autant que la limite tenant au secret des affaires disparaisse ». Ainsi, « les informations sollicitées ne doivent pas, en principe, lui permettre de rentrer dans le détail du savoir-faire du fournisseur, notamment ses méthodes, processus et coûts de conception et fabrication, par exemple en disposant d'une décomposition trop précise des différents postes ».

Sont donc combinés un droit à la connaissance du distributeur des éléments de détermination du prix, et un droit au secret des affaires du fournisseur. Deux droits donc, à hiérarchiser, si l'on veut les voir conciliables en pratique. Au vu de l'avis, le principe serait ainsi celui de la non-accessibilité à une information trop détaillée (respect du secret des affaires), la nécessité de détenir des informations légitimes au regard du cahier des charges (droit à l'information), l'exception.

Nous regretterons toutefois la porosité des contours de l'exception puisque, à titre d'illustration des informations légitimes, la CEPC vise par exemple le prix des matières premières ou celui des coûts de fabrication. En outre, la référence au cahier des charges, établi par l'acheteur, pour apprécier la légitimité de la demande de communication des informations, laisse craindre une certaine subjectivité à cet égard. Néanmoins, il semble, comme rappelé par l'avis, que les coûts de conception et de fabrication, relèvent du savoir-faire du fournisseur et que leur décomposition « trop précise » aille à l'encontre du secret des affaires.

Partant de l'hypothèse selon laquelle les informations sollicitées, à savoir le coût de revient en lui-même et la décomposition détaillée de celui-ci, constituent des informations pouvant être protégées au titre du secret des affaires, la CEPC rappelle alors les trois conditions légales d'une telle protection à savoir en synthèse : (i) la présence d'une information objectivement secrète, (ii) ayant une valeur commerciale effective ou potentielle du fait de son caractère secret, (iii) et ayant fait l'objet de mesures de protection raisonnable par son détenteur. Cette dernière condition doit être vérifiée : « Si de telles mesures de protection ont effectivement été instituées par le fournisseur afin de protéger spécifiquement le secret des informations en cause, les données dont la transmission est demandée par le distributeur constituent des informations protégées au titre du secret des affaires ». La limite du secret des affaires au sens entendu par la nouvelle loi, à opposer au distributeur, suppose donc que le fournisseur soutienne et soit en mesure d'établir qu'il a pris les mesures de protection raisonnable pour l'information en cause. La loi ne protège le fournisseur que si lui-même a entendu effectivement se protéger.

→ Mais une protection aux effets amoindris en la circonstance

Sous les réserves précitées et dans l'affirmative de la mise en œuvre de moyens de protection, l'obtention par le distributeur des informations demandées ne sera toutefois

pas illicite si le fournisseur a consenti à la demande de communication.

Mais à nouveau, une exception : cette obtention sera illicite si son consentement a été vicié ou, ce qui s'en rapproche, obtenu sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, en vue de l'octroi « *des conditions manifestement abusives concernant (...) les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* ». Pour la CEPC, les « *conditions de protection des données* » peuvent constituer des « *modalités de vente* » ou de service fixées par les parties, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente⁽⁶⁾.

Nous observerons que si la menace d'une rupture brutale peut conduire à l'obtention illicite par le distributeur des informations secrètes, l'incrimination qui s'y rapporte suppose l'existence, au préalable, d'une relation commerciale. Par conséquent, le fournisseur entrant, venant à la succession de celui jusqu'à présent en place, ne pourra se prévaloir de ce texte. Celui-ci pourrait alors toujours invoquer un vice du consentement, avec les difficultés probatoires que cela suppose pour une sanction *in fine* purement civiliste, donc dénuée des effets dissuasifs attachés au dispositif de lutte contre les pratiques restrictives. Il pourrait aussi, le cas échéant et même si l'avis ne le précise pas, songer à invoquer l'article L. 442-6, I, 1^o du code de commerce traitant des avantages sans contrepartie, dont le champ d'application est large au plan des avantages « *quelconque* » contrôlables⁽⁷⁾.

Enfin, nous regretterons le silence conservé par l'avis sur la situation de la communication des informations considérées comme secrètes, alors que celles-ci n'auraient pas, au préalable, fait l'objet de mesures de protection par leur détenteur. Bien que ne bénéficiant pas de la protection du secret des affaires au sens fixé par la loi nouvelle sur le secret des affaires, le fournisseur ne devrait pas pour autant se voir privé de la possibilité d'invoquer un vice du consentement ou la menace de rupture brutale dont il a fait l'objet, voir l'article L. 442-6, I, 1^o précité, puisque ces différents fondements sont autonomes du régime de protection du secret des affaires.

(6) Au sens entendu par l'article L. 442-6, I, 4^o du code de commerce.

(7) En ce sens, CEPC, avis n° 15-24, Lettre distr., N. E ; CEPC, avis n° 15-21 et avis n° 15-22, Lettre distr. sept. 2015, N. E ; CEPC, avis n° 15-12 et n° 15-22, Lettre distr. juill./août 2015, N. E ; CA Paris, 13 sept. 2017, n° 15/24117, Lettre distr. nov. 2017, N. E ; Lettre distr. juill./août 2018, nos obs.; Cass. com., 26 sept. 2018, n° 17-10.173, Lettre distr. oct 2018, nos obs., ou encore CEPC, avis n° 18-08. Pour l'application de l'article L. 442-6, I, 1^o du code de commerce à des pratiques n'ayant pas donné lieu à des mouvements de fonds, en l'espèce des pratiques d'inventaire : Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-15.296, Bull. civ. IV, n° 161, Lettre distr. nov. 2011. V. aussi, RLDA 2011/66, n° 3373, ainsi que D. 2011, p. 2590 ou D. actualité, 27 oct. 2011, L'action en répétition de l'indu du ministre de l'économie, É. Chevrier.

À l'issue de ces observations, nous estimons qu'en elle-même, la nouvelle réglementation sur le secret des affaires apparaît comme d'une efficacité limitée pour le fournisseur MDD lorsque ce dernier, bien que peu enclin à faire droit à des demandes de communication d'informations secrètes portant sur les coûts, y consent néanmoins. D'où l'intérêt d'un examen de ces demandes sur d'autres fondements, en vue d'un cantonnement à la communication des informations sollicitées.

B. – Articulation de la communication avec le déséquilibre significatif

Le consentement à la communication et l'acceptation de s'obliger, ne sont plus ici les critères pour apprécier la licéité de la pratique. En effet, l'article L. 442-6, I, 2^o du code de commerce vise la sanction, notamment de clauses, de prime abord convenues, conduisant pourtant à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations, lorsque certaines conditions sont réunies⁽⁸⁾. Admettant en l'espèce satisfaite la condition de « *partenariat commercial* », tel qu'interprété par la jurisprudence⁽⁹⁾, la CEPC examine alors les autres conditions d'application du dispositif.

S'agissant du premier élément constitutif, elle indique que celui-ci « *a été identifié par la Cour de cassation comme le fait d'imposer ou tenter d'imposer [un déséquilibre] sans possibilité de négociation. Tel pourrait être le cas, par exemple, si le distributeur menaçait son fournisseur de rompre brutalement le contrat, ou de ne pas contracter, si les informations sollicitées ne lui étaient pas communiquées* ». Mais encore faut-il que de véritables négociations n'aient pas été envisageables, notamment en raison du rapport de force déséquilibré au détriment du fournisseur. Rappel est fait que la position d'acteur majeur du secteur, dont bénéficie le distributeur, peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, mais que cette seule considération ne peut suffire à démontrer que le client a soumis ou tenté de soumettre son fournisseur⁽¹⁰⁾.

S'agissant du second élément, la CEPC rappelant la « *grille d'appréciation concrète* » de la jurisprudence, indique qu'« *il y a lieu de rechercher (...) si l'obligation en cause est réciproque ou assortie d'une contrepartie ou pourvue d'une justification* ». Réciprocité ou contrepartie ou justification. Tels sont les facteurs du diagnostic alors mené pour l'ap-

(8) S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, dir. N. Ferrier, thèse Montpellier, 2018. Thèse soutenue à Montpellier, le 26 novembre 2018, devant un jury composé de Mme le Pr. C. Aubert-de-Vincelles (Présidente du jury), M. le Pr. R. Cabrillac (Examinateur), Mme le Pr. M. Chagny (Rapporteur), M. le Pr. G. Chantepie (Rapporteur), M. le Pr. N. Ferrier (Directeur de thèse).

(9) CA Paris, 27 sept. 2017, n° 16/00671, Lettre distr. oct. 2017, S.C ; Cass. com., 31 janv. 2018, n°16-24.063, Lettre distr. févr. 2018, S.C.

(10) Rappr. CA Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879, Lettre distr. nov. 2018, nos obs. ; CA Paris, 16 mai 2018, n°17/11187, Lettre distr. juin 2018, nos obs.

préciation d'un éventuel « rééquilibrage » dans les droits et obligations des parties.

Écartant *de facto* la réciprocité de l'obligation de communication concernée, la CEPC indique que ladite communication de ces informations sensibles par le fournisseur « peut répondre à une justification légitime, notamment au regard de la responsabilité civile du distributeur vendant les produits sous sa marque », mais « dans une certaine mesure ». La corrélation des exigences du distributeur avec les risques qu'il encourt, du fait de l'identification du produit sous sa marque, conditionnera la légitimité de ses demandes. Mais la CEPC ne s'en tient pas là et précise au plan de la justification légitime, que « cela dépend cependant, non seulement du type de produits MDD et du secteur d'activités, mais aussi du contenu précis des informations demandées ». La CEPC érige les trois éléments que sont le type de produit, le secteur et le contenu précis des informations, en paramètres d'appréciation de la légitimité de la demande de communication. Il semble, au vu de l'emploi de la conjonction « et », que les deux premiers paramètres doivent être approchés de manière cumulative. Pour ce qui est du troisième, l'usage de la locution « non seulement », invite à une coordination avec les deux premiers. Quoi qu'il en soit, l'analyse doit être menée *in concreto*.

Par conséquent et sous prétexte de fabrication MDD, les démarches effrénées de demande de communication, celles en « *open book* » ou *a fortiori* de « *fishing* », ne semblent pas répondre à la grille d'analyse proposée par la CEPC : *ex ante*, les exigences du distributeur doivent être en lien – proportionnées pourrait-on dire – avec le degré de responsabilité qu'il encourt et/ou plus généralement, évaluées à un triple niveau dont l'un d'entre eux, à savoir le contenu des informations demandées, sera de notre point de vue étalonné sur les deux autres, à savoir le type de produits et le secteur concerné.

De plus et sans qu'il s'agisse à proprement parler de contrepartie, au sens où l'entend la jurisprudence, la « *mesure* » doit se traduire dans le recours nécessaire à des précautions accompagnant la transmission des informations sensibles « *quant à l'utilisation dont elles peuvent faire l'objet* » par le distributeur. Il conviendrait en effet que des « *garanties soient données en termes d'utilisation* », par exemple par la stipulation d'une clause de confidentialité visant à protéger les données fournies par le fournisseur au distributeur. L'utilisation de ces données, obtenues au regard de l'objectif légitime ayant justifié leur demande (ex. : éviter l'utilisation de matières premières ou d'emballages non fiables), doit alors être sécurisée *ex post*.

La CEPC instaure donc un double cadrage : un cadrage amont pour le bienfondé de la demande, l'autre aval pour ce qui est de la protection et l'utilisation de la donnée transmise. Afin que soit assurée l'efficacité de ces mesures, il nous semble que les conditions précitées aient à

être vérifiées, si ce n'est au moment de la demande de communication, au plus tard au moment de leur communication effective.

En pratique, la demande d'information sur les coûts de revient par postes et sous-postes pourrait ainsi apparaître excessive, donc non légitime, au regard des objectifs poursuivis et/ou des suites qui pourraient y être incidemment données par l'acheteur. Si le coût des consommations intermédiaires pourrait, éventuellement, constituer un indice de leur fiabilité, il est en effet bien d'autres méthodes plus objectives et sérieuses, pour juger de celle-ci.

Une transparence unilatérale et sans borne, avec l'asymétrie d'information qui en découle, peut de surcroît accentuer le rapport de force en faveur du distributeur dans les négociations tarifaires⁽¹¹⁾. Un certain degré d'opacité dans l'information due par le fournisseur, de même qu'une destination précise et exclusive de celle-ci, sont donc nécessaires pour le préserver d'une ingérence dans ses sources d'approvisionnement, voire de leur prise de contrôle, de même que d'une négociation multiniveaux, s'étendant au prix de ses intrants ou à sa marge bénéficiaire. Certains fournisseurs, après avoir longtemps cédé au chant des sirènes sur les volumes, n'hésitent d'ailleurs plus à exclure de leur stratégie les marchés MDD, à raison de ce qu'ils ne génèrent pas de marge⁽¹²⁾.

II. – Sur le refus de communication et l'arrêt de la relation commerciale

La situation est examinée en tant qu'éventuel fait générateur d'une rupture de la relation commerciale établie.

→ La recherche du caractère fautif de la rupture par l'identification de son fait générateur

Dans la mesure où la relation est stable, suivie et significative, c'est-à-dire « *établie* », l'avis nous rappelle que la partie qui prend l'initiative de la rupture doit veiller à notifier à son partenaire un préavis écrit, dont le délai doit être suffisant au regard de la durée de la relation, ainsi qu'au vu de différents paramètres de nature à influencer le délai nécessaire à la reconversion du partenaire évincé. Une fois estimée, la durée du préavis devra être doublée du fait de la nature de produit sous MDD (v. C. com., art. L. 442-6, I, 5°).

Pour la CEPC, « *si une telle rupture trouvait son origine dans la demande de communication des coûts de revient et*

(11) Rappr. CA Paris, 19 janv. 2018, n° 16/11167, Lettre distr. févr. 2018, nos obs.

(12) LSA n° 2501, 5 avr. 2018, p. 24, M. Cadoux. À rappr. note 2 sur l'étude de P. Reis, « *La concurrence des MDD couplée à des exigences tarifaires démesurées de la part des distributeurs a eu pour conséquence majeure un mouvement de concentration de l'offre qui a facilité l'intégration d'une multitude de petites et moyennes entreprises dans le réseau de production des MDD* ».

si celle-ci était contraire à la législation nouvelle sur le secret des affaires et/ou au droit des pratiques restrictives de concurrence, elle serait imputable au distributeur ».

La solution conditionnelle ainsi donnée, qui vise à sanctionner la rupture en considération d'un fait générateur à savoir la demande de communication non satisfaite, lui-même soumis à contrôle, nous conduit à formuler quelques observations relatives à l'efficacité de cette solution.

→ Les limites de la solution proposée

Tout d'abord, nous nous interrogeons sur la question savoir si, dans ce contexte, c'est la demande de communication ou bien la rupture, voire les deux par association, qui est ou sont contraire(s) à la législation nouvelle sur le secret des affaires. Rajoutons à cela qu'au plan de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la rupture est brutale à raison d'un préavis insuffisant, non de son seul fait ou en considération de son mobile, ce dernier pouvant le cas échéant donner lieu à responsabilité eu égard aux circonstances de la rupture, abusives par exemple⁽¹³⁾.

Telle que formulée, la position de la CEPC pourrait conduire à ce que le distributeur, même prévenant au sens où l'exige l'article précité, ne serait pas en droit de rompre la relation sans engager sa responsabilité, s'il s'avérait que la rupture est liée à un refus, en la circonstance légitime, de communication qui lui a été opposé. De la sorte, ce mobile du refus de communication priverait le distributeur de son droit de rompre la relation, indirectement rappelé dans l'article L. 442-6, I, 5°. Sous toutes réserves, le point de vue nous paraît discutable.

Ensuite, le recours au processus d'appels d'offres, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un simulacre de mise en concurrence, est de nature à rendre précaire, donc non établie, la relation commerciale. Toujours en lien avec le caractère non établi de la relation au sens où l'entend la jurisprudence rendue sous l'article L. 442-6, I, 5°, et quand bien même la relation ne serait-elle pas consécutive à un authentique appel d'offres, l'arrivée à terme d'une relation contractuelle initiale à durée déterminée – autrement dit l'arrivée du terme d'un premier contrat – ne sera pas passible de l'article précité. Il en résulte que, dans le contexte de la rupture consécutive à un refus de communication, le fournisseur éconduit ne sera pas toujours en droit d'invoquer la rupture brutale de la relation commerciale établie.

Enfin et même si la solution donnée dans les circonstances de l'avis tend à la protection du fournisseur se refusant à communiquer des informations qu'il estime au premier plan de son appréciation, non communicables car

trop sensibles et/ou, à un deuxième plan, insuffisamment protégées, la formule utilisée par la CEPC pourrait s'avérer d'une application délicate pour le fournisseur évincé.

En effet, tenant la précision selon laquelle, si la rupture trouve son origine dans la demande de communication des coûts de revient « et » si celle-ci est contraire à la législation nouvelle sur le secret des affaires, elle est imputable au distributeur, nous nous interrogeons une nouvelle fois sur les conséquences du défaut de mise en place par le fournisseur des mesures de protection requises, pour bénéficié de la protection du secret des affaires, quant aux données de coûts qu'il se refuse à communiquer.

Cet avis (...) contribue à encadrer le droit de regard du distributeur sur les coûts de son fournisseur de MDD, tout en conciliant, au vu de la nature particulière de la relation, les intérêts respectifs des deux partenaires.

Moyennant une interprétation *a contrario* de la formule employée, la rupture sans préavis de la relation commerciale établie à l'initiative du distributeur, à raison du refus de communication par le fournisseur d'une information objectivement secrète mais non visée par des mesures de protection, pourrait-elle être imputable à ce dernier ? Si tel devait être le cas, le nouveau dispositif légal ne conduirait-il pas à préjudicier à la partie qu'il est pourtant question de protéger ? Ne conviendrait-il pas, en outre, de nuancer la solution en fonction de la nature des informations sollicitées et de leur légitime nécessité pour l'acheteur ? Plus opportunément, vu du côté fournisseur, l'imputabilité de la rupture en cas de refus de satisfaire à une demande de communication des coûts de revient reviendra au distributeur, si pareille demande s'avère contraire au droit des pratiques restrictives, dont la prohibition des déséquilibres significatifs pour cause de caractère non légitime de la demande. Mais encore faudra-t-il que les autres conditions d'application d'un tel dispositif soient réunies.

Remarques conclusives

Même si, parfois, cet avis peut nous laisser au milieu du gué, il contribue à encadrer le droit de regard du distributeur sur les coûts de son fournisseur de MDD, tout en conciliant, au vu de la nature particulière de la relation, les intérêts respectifs des deux partenaires. Il les invite au demeurant à se questionner sur leurs pratiques au plan de la protection du secret des affaires et de l'exigence de

(13) Rappr. CA Paris, 4 juill. 2018, n° 16/05518, La liberté de rompre balaie le caractère fallacieux des motifs de rupture invoqués, par A. Bories, JCP E, 11 oct. 2018, 1515.

transparence⁽¹⁴⁾ dans les négociations commerciales d'accords MDD.

Mais la portée pratique de cet avis dépasse, de notre point de vue, le strict périmètre de ces accords et les réflexions qu'il suscite nous transportent dans d'autres lieux de la transparence. La question de la légitimité d'un droit de regard d'une partie sur les coûts supportés par son partenaire peut se poser par ailleurs. Les réserves émises par la CEPC dans l'avis rapporté, à l'effet de limiter le caractère intrusif de certaines demandes, nous semblent alors transposables à de multiples relations d'affaires, allant de la sous-traitance de fabrication à des modes d'approvisionnement plus communs, *a fortiori* d'ailleurs dans ces derniers cas.

À titre d'illustration, la question des coûts de production lors des négociations commerciales, notamment dans la chaîne d'approvisionnement en produits agricoles et alimentaires, est au centre des débats de ces derniers mois. Elle a conduit à certaines nouvelles mesures au sein de la loi EGalim⁽¹⁵⁾, qu'il va maintenant être question d'appliquer⁽¹⁶⁾. Selon une formule empruntée à deux co-auteurs

qui, à l'occasion du dernier numéro de cette revue pour 2018, nous ont fait part de leur éclairage sur la nouvelle réglementation, « *c'est le droit de la transparence et des pratiques restrictives que le législateur a choisi de mobiliser* »⁽¹⁷⁾, pour lutter contre les déséquilibres au sein des filières.

Même si leur mise en œuvre pratique ne va pas sans poser de difficultés⁽¹⁸⁾, de nouveaux instruments ont été arrêtés par la loi⁽¹⁹⁾. On songe, de premier chef, à la démarche d'inversion de la construction des prix par l'amont de la filière à partir de ses coûts et au mécanisme de « cascade » aval qui l'accompagne⁽²⁰⁾, ou encore à la révision du régime de la clause de renégociation⁽²¹⁾. La mise en œuvre de ces mécanismes aux différents niveaux de la filière ne devra pas servir d'alibi à des demandes d'informations sur les coûts, pour l'atteinte d'objectifs étrangers à ceux de la création et du partage de la valeur ajoutée. En pareille situation, les orientations données par la CEPC dans l'avis ici rapporté procurent déjà quelques points de repères pour alimenter la réflexion sur la légitimité de certaines demandes. ■

(14) Rappr. Précision et transparence : une relation aux multiples enjeux dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence et des relations commerciales en général, nos obs. in RLC 2017/63, n° 3226.

(15) L. n° 2018-938, 30 oct. 2018, pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

(16) Communiqué de presse du ministère de l'Agriculture et de l'alimentation et du secrétariat d'Etat auprès du ministre de l'Économie et des Finances, 14 déc. 2018, n° 920, Réunions de suivi de l'application des mesures issues des États généraux de l'alimentation (Egalim) : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2018/920-cp-reunions-application-egalim.pdf.

(17) Équilibre des relations commerciales dans le secteur agro-alimentaire : la nouvelle donne « EGalim » applicable aux négociations commerciales 2019, P. Vanni et A.-C. Martin, RLC 2018/78, n° 3495

(18) Notamment sur la détermination des prix de revient des productions agricoles, des valeurs repères ou de référence, soumises d'ailleurs à variation, ainsi que celle des indicateurs reflétant les coûts de production.

(19) V. note précitée ainsi que Réforme du droit des relations commerciales agricoles : la « contractualisation », acte 2, F. Buy, AJ Contrat 2018 p.504 ; Le projet de loi EGalim sera-t-il à la hauteur de son ambition d'améliorer l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole, A. Riéra, RLC 2018/75, n° 3446.

(20) C. rur., art. L. 631-24 et s.

(21) C. com., art. L. 441-8.