

N° 1-2019

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales rend un avis sur la demande de communication détaillée des coûts de revient formulée par un distributeur, auprès de son fournisseur de produits à marque de distributeur (MDD)

FRANCE, PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ, RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES, DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

CEPC, Avis 18-9 relatif à une demande d'avis d'un professionnel portant sur la légalité d'une pratique mise en œuvre dans le cadre de l'achat de produits MDD

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 1-2019 | Alertes

La problématique de l'avis. 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) c'est-à-dire des informations susceptibles d'être protégées par le secret des affaires du fournisseur ? L'obtention d'une telle information est-elle licite et dans l'affirmative dans quelle mesure ? Se refuser à divulguer ces informations 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 et 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 (Cf. recommandation 10-01) ?

La CEPC tente de répondre à cette question au plan de l'articulation de certaines règles en matière de PRC avec celles de la protection du secret des affaires issu de la Loi du 30 juillet 2018. En arrière-plan des différentes problématiques abordées par la saisine de la CEPC, on devine celle, aussi préoccupante pour le fournisseur que la 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 « 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 parfois commercialisent aussi des produits sous leurs marques propres, peuvent alors être réticents à devoir travailler à « livre ouvert », lorsqu'il est question de produire en MDD et ainsi se priver de la part de secret indispensable pour la défense de leurs positions tarifaires dans la négociation et de leurs marges.

La CEPC aborde dans l'avis ce qui est ici présenté comme une « *pratique* », sans que l'on sache si cette dernière repose sur des clauses liant le fournisseur à son distributeur, d'abord dans l'hypothèse de la demande de communication de l'information demandée, puis dans celle d'un refus de communication sous l'angle de la rupture brutale des relations commerciales établies.

Les apports de l'avis.

I. Sur la communication des coûts

1. Articulation de la communication avec le secret des affaires

Une protection affirmée sous conditions. Lorsqu'il est question de produits « *sur mesure* », la CEPC indique que le distributeur « *pourrait avoir besoin par conséquent 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)* », mais tempère immédiatement l'expression de ce besoin par la réserve « *sans pour autant que la limite tenant au secret des affaires disparaisse* ». Concrètement « *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* ». Sur cette base, le principe serait donc celui de la non accessibilité à une information trop détaillée, la nécessité de détenir des informations légitimes au regard du cahier des charges, l'exception. On regrettera néanmoins 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. 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, s'il veut se prévaloir du régime protecteur, 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. Dans l'affirmative de la mise en œuvre de moyens de protection, l'obtention par le distributeur des informations demandées, ne sera pas toutefois pas illicite si le fournisseur a consenti à la demande de communication. Mais à nouveau, une exception : l'obtention sera illicite si le consentement du fournisseur a été vicié ou, ce qui s'en rapproche, obtenu « *sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant (...) les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente* », les « *conditions de protection des données* » pouvant constituer selon la CEPC, des « *modalités de vente* » ou de service fixées par les parties, ne relevant pas des obligations d'achat et de vente au sens de ce texte (art. L.442-6 I 4° C. Com). Soulignons toutefois que si l'interdiction de la menace d'une rupture brutale peut conduire à l'obtention illicite par le distributeur des informations secrètes, l'incrimination prévue par le dispositif précité suppose l'existence préalable d'une relation commerciale, en sorte que les candidats à la succession du fournisseur sortant ne pourront se prévaloir de ce texte. Ces derniers pourront alors toujours invoquer un vice du consentement, avec les difficultés de mise en pratique que cela suppose sans parler de l'efficacité de ce moyen, ou encore songer à invoquer l'article L. 442-6 I 1° traitant des avantages sans contrepartie, dont le champ d'application est large au plan des avantages contrôlables (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 15-12 et 15-22, Lettre

distr. juill./août 2015, N.E ; Paris, 13 sept. 2017, n°15/24117, Lettre distr. nov. 2017, N.E ; Lettre distr. juill./août 2018, J-M.V ; Com., 26 sept. 2018, Lettre distr. oct 2018, J-M.V, ou encore CEPC 18-08). Enfin, l'on regrettera le silence de la CEPC sur la situation, qui risque d'être plus fréquente qu'on ne le croit, de la communication des informations considérées comme secrètes, alors que celles-ci n'auront pas fait au préalable, l'objet de mesures de protection par leur détenteur. Ne bénéficiant pas de la protection du secret des affaires au sens fixé par la nouvelle réglementation, le fournisseur ne se verra pas pour autant 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° précités, puisque ces différents régimes sont autonomes. Ces réserves énoncées, nous estimons qu'en tant que telle, la nouvelle réglementation sur le secret des affaires est d'une efficacité limitée pour le fournisseur MDD qui, bien que chagriné par la demande de communication d'informations secrètes, y consent néanmoins à contre-cœur. D'où l'intérêt d'un questionnement sur d'autres fondements, en vue d'opposer un cantonnement à la communication sollicitée.

2. Articulation de la communication avec le déséquilibre significatif. Le constat d'un consentement à la communication et l'acceptation de s'obliger, ne sont plus ici les critères pertinents pour la licéité de la pratique, puisque précisément l'article L. 442-6 I 2° poursuit la censure de pareille situation en cas de déséquilibre significatif, pour autant que certaines conditions soient réunies. Admettant en l'espèce satisfaite la condition de « partenariat commercial », tel qu'interprété par la jurisprudence (Paris, 27 sept. 2017, n°16-00671, Lettre distr. oct. 2017, S.C ; Com., 31 janv. 2018, n°16-24063, Lettre distr. févr. 2018, S.C), la CEPC en examine les autres conditions d'application. 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 (rapp. Paris 20 déc. 2017, n°13/04879, Lette distr. nov. 2018, nos obs. ; Paris, 16 mai 2018, n°17/11187, Lette distr. juin 2018, nos obs.). 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 ». Écartant de facto la réciprocité de l'obligation de communication concernée, la CEPC indique que la communication de ces informations sensibles par le fournisseur « peut répondre à une justification légitime, notamment au regard de la responsabilité civile du distributeur vendant le produits sous sa marque », mais « dans une certaine mesure ». Et pour la CEPC de préciser que « Cela dépend cependant, non seulement du type de produits MDD et du secteur d'activités, mais aussi du contenu précis des informations demandées. ». On comprend que les pratiques d'« open book » et a fortiori de « fishing » ne sont donc pas les bienvenues. La proportionnalité des exigences du distributeur sous-tend la légitimité de ses demandes. Enfin et sans qu'il s'agisse à proprement parler de contrepartie, au sens où l'entend la jurisprudence, l'appel à « 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 doit donc être cantonnée, au regard de l'objectif légitime ayant justifié leur demande (ex. éviter l'utilisation de matières premières ou d'emballage non fiables). 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. Si le coût des consommations intermédiaires peut constituer un indice de leur degré de fiabilité, il est bien d'autres méthodes, qui plus est plus objectives, pour apprécier cette dernière. Un certain degré d'opacité dans l'information communiquée par le fournisseur est nécessaire pour le préserver d'une prise de contrôle de ses sources d'approvisionnement par le distributeur, ou d'une négociation sur le prix des intrants ou de sa marge bénéficiaire, quand elle existe encore. Certains fournisseurs, après avoir longtemps cédé au chant des sirènes sur les volumes, n'hésitent d'ailleurs plus à exclure de leur stratégie ce type de marchés à raison de ce qu'ils ne génèrent pas de marge (LSA n° 2501, 5 avril 2018, p. 24,

M. Cadoux). Une transparence unilatérale et sans borne, avec l'asymétrie d'information qui en découle, peut alors accentuer le rapport de force en faveur du distributeur dans les négociations tarifaires (rappr. Paris, 19 janv. 2018, n°16/11167, Lettre distr. févr. 2018, nos obs.).

II. Sur le refus de communication des coûts.

La situation est examinée en tant que fait générateur d'une rupture de la relation commerciale établie. 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 (cf. 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 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* ». On peut ici formuler quelques observations.

1. On éprouve d'abord un certain malaise sur le point de 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. Pourtant, au plan de l'article L. 442-6 I 5°, la rupture est brutale à raison d'un préavis insuffisant, non par elle-même ou en considération de son mobile, ce dernier pouvant le cas échéant donner lieu à une discussion sur l'abus. Telle que formulée, la position de la CEPC rendrait imputable au distributeur la rupture, quand bien même cette dernière serait assortie d'un préavis écrit suffisant, même en l'absence de toute autre pratique restrictive de concurrence. Le distributeur, même prévenant, ne serait donc pas en droit de rompre la relation sans engager sa responsabilité, s'il avérait que la rupture est liée au refus de communication qui lui a été opposé. De la sorte, le mobile du refus de communication, priverait le distributeur de son droit de rompre la relation, proclamé en creux dans l'article L. 442-6 I 5°. Nous ne partageons pas ce point de vue.

2. Ensuite, le recours aux techniques d'appels d'offres, pour autant qu'il ne s'agisse pas de simulacres de mise en concurrence, est de nature à rendre précaire, donc non établie, la relation. Dans le même ordre d'idée et quand bien même la relation ne serait pas consécutive à un véritable 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. Ainsi et dans le contexte de la rupture consécutive à un refus de communication, tous les fournisseurs ne pourront se prévaloir de cette disposition protectrice.

3. Enfin et même si la solution donnée par la CEPC dans les circonstances de l'avis sous-tend la protection du fournisseur se refusant à communiquer des informations qu'il estime non communicables car trop sensibles, la formule employée peut s'avérer délicate pour le fournisseur évincé. En effet, à raison de 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, on s'interroge à nouveau sur les conséquences du défaut de mise en place par le fournisseur des mesures de protection requises pour bénéficier de la protection du secret des affaires sur les données qu'il se refuse à communiquer. A l'extrême et 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 raisonnablement imputable à celui-ci ? Si tel devait être le cas, le nouveau dispositif légal risquerait de préjudicier celui qu'il est question de protéger. Ne conviendrait-il pas, en outre, de nuancer la solution en fonction de la nature des informations sollicitées. Fort heureusement, si l'on est fournisseur, l'imputabilité de la rupture en cas de refus de satisfaire à une demande communication des coûts de revient reviendra au distributeur, si pareille demande est contraire au droit des PRC, dont la prohibition des déséquilibre significatifs pour cause de caractère non légitime de la demande.

En conclusion, cet avis encadre le droit de regard du distributeur sur son fournisseur au plan de la comptabilité de gestion, et vise à concilier les intérêts de chacun. Il est, peut-être, une invitation à repenser la problématique de la transparence dans les négociations de commerciales de contrats MDD et même au-delà. La nécessité de préserver le secret des affaires se rencontre en effet dans d'autres types de négociations commerciales. On songe notamment aux renégociations de prix visées à l'article L. 441-8 du Code de commerce, pour certains produits agricoles ou alimentaires (y compris d'ailleurs en MDD), lequel dispose que « *la renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret des affaires* ». On pense aussi aux contrats partenariats visant, au sein de la chaîne d'approvisionnement alimentaire, à une création et une répartition plus équilibrée de la valeur ajoutée, que la loi EGALIM appelle de ses vœux.