



LETTRE

DU DÉPARTEMENT DROIT ÉCONOMIQUE & ÉCHANGES INTERNATIONAUX

FEVRIER 2010

Le département « *Droit Economique et Echanges Internationaux* » offre aux clients du cabinet DS Avocats une gamme complète de prestations couvrant l'ensemble des questions liées aux opérations commerciales (par opposition à celles liées à la gestion des structures), qu'elles soient réalisées en France, dans l'espace européen ou à l'échelle internationale. Son expertise concerne le droit des pratiques anticoncurrentielles, le régime des aides d'Etat, le contrôle des concentrations, les accords de coopération entre entreprises et la stratégie de développement des entreprises communes ; le droit de la consommation, les règles de mise en marché des produits, les obligations de conformité et de sécurité, la gestion des contrôles administratifs et des crises ; le droit du contrat commercial ou des contrats commerciaux spéciaux (distribution, d'agence et de commissionnaire, sous-traitance, transport, assurance, franchise) ; le contentieux commercial national et international; le contentieux douanier (dédouanement et mise en marché des produits, contrefaçon, valeur en douane, redevances et prix de transfert, contrôle export...) ; le conseil en optimisation douanière (sécurisation des opérations de dédouanement : renseignements préalables sur le classement et l'origine, assistance dans le choix des régimes suspensifs et des procédures de dédouanement ; mise en place de la certification OEA) ; la fiscalité écologique et le traitement juridique et fiscal des déchets.

Ces prestations sont rendues par une équipe d'avocats ayant à la fois l'expérience des barreaux français et étrangers et celle des administrations de contrôle (DGCCRF, DGDDI) ou des organisations professionnelles. Leurs expertises croisées sont mobilisées dans la mesure exigée par chaque dossier, afin d'apporter le meilleur service aux entreprises confrontées aux défis d'une économie globalisée et dominée par l'exigence de compétitivité.

Sommaire

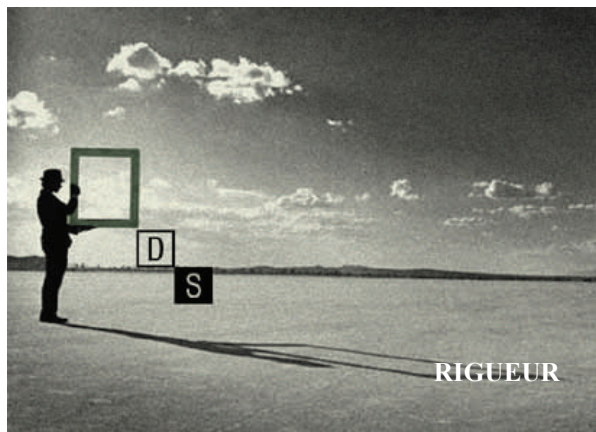
| | |
|------|--|
| P.2 | Concurrence |
| P.5 | Pratique restrictives, droit commercial |
| P.10 | Douanes et réglementation des échanges internationaux. |

CONCURRENCE

Première annulation d'une décision du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) pour durée excessive de la procédure.

Nombre d'entreprises impliquées dans des procédures contentieuses devant l'ancien Conseil de la concurrence, devenue Autorité de la concurrence, ont été par le passé confrontées à la situation suivante : elles ont fait l'objet de simples demandes de renseignement de la part de services d'enquêtes (communication de contrats de distribution, de documents de marché, voire de simples données économiques), ou de visites d'enquêteurs dans le cadre d'enquêtes simples, le plus souvent effectuées sur rendez-vous préalable, terminées par la prise en copie de tels documents. Pendant plusieurs années, aucun classement ni aucune suite d'enquête ne sont notifiés à l'entreprise, avant qu'elle reçoive, plusieurs années (parfois sept ou huit ans) après, une notification de griefs. Parfois même, les destinataires de griefs n'ont été visés par aucun acte d'enquête, les éléments produits à charge ayant été obtenus auprès de tiers.

L'organisation de la défense pose alors des problèmes insurmontables : certaines pièces couvertes par la prescription commerciale (anciennement 10 ans, cinq ans aujourd'hui) ou la prescription des obligations de conservation de documents tels que factures ont été détruites ou archivées selon d'autres plans de classement que ceux impliqués par la perspective d'une défense contentieuse. Les responsables concernés à l'époque des faits ont depuis longtemps quitté l'entreprise etc.



Il faut savoir en outre que, vu les règles de prescription de la recherche des infractions anticoncurrentielles, les faits visés peuvent être eux-mêmes antérieurs de cinq ans ou plus aux premiers actes d'enquête. En outre, les actes interruptifs de prescription dans les affaires d'entente produisent leurs effets *erga omnes*, en sorte qu'une entreprise déterminée peut n'avoir été visée par aucun acte d'enquête la concernant directement pendant le délai collectif de la prescription, tout en restant impliquée. Enfin, le droit français ignore toujours le délai de prescription absolue de dix ans prévu par le droit communautaire (impossibilité de sanctionner des faits vieux de plus de dix ans, même si des actes de recherche sont venus interrompre la prescription quinquennale).

Les entreprises doivent donc produire des moyens de défense sur des faits parfois antérieurs de dix ans ou plus. Mission impossible. Or jusqu'à présent, il n'avait été donné à cette situation, souvent dénoncée devant la cour d'appel de Paris, qu'une seule réponse : « à supposer les délais de la procédure excessifs, la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le Conseil de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure ou sa réformation, mais la réparation du

préjudice résultant du préjudice éventuellement subi ». Et pas une fois, les juridictions n'avaient admis l'existence d'un tel préjudice, au demeurant impossible à prouver, puisque, par construction, sa démonstration aurait supposé la révélation de moyens de défense probants qui n'avaient précisément pu être produits lors de la procédure devant le Conseil.

Or, à la surprise générale, la Cour d'appel de Paris a, par un arrêt rendu le 10 novembre 2009 dans un affaire importante, celle de l'entente de prix dans le secteur de la parfumerie de luxe, prononcé l'annulation d'une décision obtenue dans ces conditions. La décision du Conseil, rendue le 13 mars 2006, était la conséquence lointaine d'une enquête d'abord avortée initiée dans les années 1990, qui s'était bornée à des relevés de prix, avant d'être relancée par une autosaisine du Conseil, demeurée ignorée des entreprises en cause avant la réception des griefs, le 5 avril 2005, ou quelques auditions antérieures de quelques mois. Mais il n'avait ensuite fallu au Conseil que moins de 10 mois pour rendre sa décision, toute prorogation de délai pour la production des défenses ayant été refusée.

Tout se conjugait dans cette affaire pour rendre impossible l'organisation de la défense : 1) l'ignorance où certaines entreprises avaient été maintenues de l'enquête initiale, qui s'était bornée à relever des prix chez les distributeurs ; 2) le délai de six années écoulé entre la réalisation de cette enquête et la notification de griefs ; 3) le fait que les preuves reposaient sur des éléments statistiques (les prix conseillés pratiqués par les distributeurs dans 80 % des cas), dont la réfutation exigeait la



conservation non seulement de données parcellaires, mais de véritables bases de données ; 4) le déséquilibre entre le délai que s'étaient donné les autorités pour aboutir à la notification de griefs et la brièveté des délais laissé aux entreprises pour se défendre contre eux, alors que le rapport administratif impliquait 26 entreprises et comportait 13 000 pages.

Plusieurs affaires avaient présenté des aspects très semblables, telle que celle dite « des matériels sanitaires et de chauffage » qui avait vu la sanction en 2005 de faits remontant, pour certains d'entre eux, à 1993.

Dans l'espèce des « Parfums », la cour de Paris constate que « l'atteinte irrémédiable, effective et concrète aux droits de la défense, par le dépassement d'un délai raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où les entreprises ont su qu'elles auraient à en répondre, est démontrée ; qu'elle conduira à l'annulation, non de l'enquête, qui échappe en elle-même et en bonne part à ses exigences, mais de l'instruction et de la décision critiquée, qui n'ont pas respecté les exigences du procès équitable ».

Cette décision appelle deux observations: 1- Même si d'autres atteintes aux droits de la défense sont à l'oeuvre dans ces procédures, la décision de la cour de paris marque un progrès sensible dans leur protection.

2- cette décision pose incidemment la question du statut des enquêtes et des actes d'instruction au regard des règles de transparence et de motivation des actes de l'administration. Il est toujours apparu choquant que certaines entreprises puissent être impliquées sans jamais avoir fait l'objet de la moindre investigation, ni lors de l'enquête préliminaire, ni lors de l'instruction du Conseil avant la notification de griefs. Il est également dommageable que des entreprises visées par une enquête puissent rester des années durant dans l'ignorance du point de savoir si cette enquête est classée (et donc les pratiques étudiées non reprochables en l'état du droit) ou si une suite contentieuse reste possible. C'est surtout à la correction de ces anomalies que l'arrêt de la cour de Paris devrait inciter, si, du moins, la Cour de cassation saisie d'un pourvoi par l'autorité, confirme la décision.

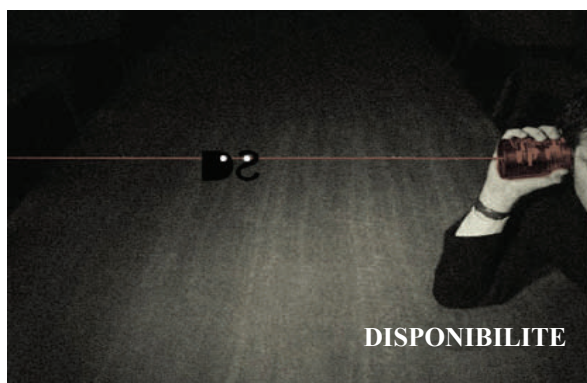
Responsabilité solidaire de la société mère détenant la filiale à 100 % en matière de pratiques anticoncurrentielles.

A l'instar de la CJCE (présomption réfragable de responsabilité d'une société mère pour les actes de sa filiale détenue à 100%), l'Autorité de la Concurrence sanctionne une société mère pour les agissements anticoncurrentiels de sa filiale (décision 09-D-36 du 9 septembre 2009).

Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence suit le principe communautaire, selon lequel il n'est pas nécessaire de démontrer l'exercice du pouvoir de direction d'une société mère pour engager sa responsabilité du fait des agissements anticoncurrentiels de sa filiale quand cette dernière est détenue à 100% (Arrêts Akzo Nobel TPICE 27 septembre 2006 T-330/01 et CJCE 10 septembre 2009 C-97/08). En effet, détenue à 100%, la filiale n'est plus réputée disposer d'une autonomie décisionnelle, ce qui suffit à faire jouer la présomption réfragable d'absence d'autonomie (points 408 à 410 et 413 à 417 de la décision). Les deux sociétés sont alors entendues comme constituant une seule et même entité. En outre l'Autorité a précisé qu'une possession à 98% suffirait à faire jouer cette présomption (point 417).

Ainsi sur base de cette présomption, simple en théorie mais irréfragable en pratique, la société mère a été sanctionnée pour des agissements intégralement imputables à sa filiale.

Importante limite au principe de la responsabilité personnelle, cette solution a également une incidence



considérable sur l'évaluation du montant des sanctions.

L'Autorité sanctionne en effet la mère et sa filiale solidairement, les considérant comme une entité économique unique, après avoir pris soin de préciser le plafond légal applicable à la sanction de chacune d'entre elles, qui se trouve être déterminé en référence au chiffre d'affaires consolidé du groupe d'appartenance.

Puis elle estime pouvoir opposer à cette entité unique la majoration des sanctions prévue en cas de réitération d'infraction, la réitération étant tirée d'agissements précédemment sanctionnés de la seule société mère. La sanction commune est donc majorée de 50 %.

Ainsi l'Autorité de la concurrence affirme son intention de tirer toutes les conséquences possibles de la jurisprudence communautaire et de sanctionner de manière particulièrement sévère les sociétés mères, laissant entrevoir la création par voie prétorienne d'une sorte de responsabilité du groupe de sociétés en matière de pratiques anticoncurrentielles.

PRATIQUES RESTRICTIVES, DROIT COMMERCIAL.

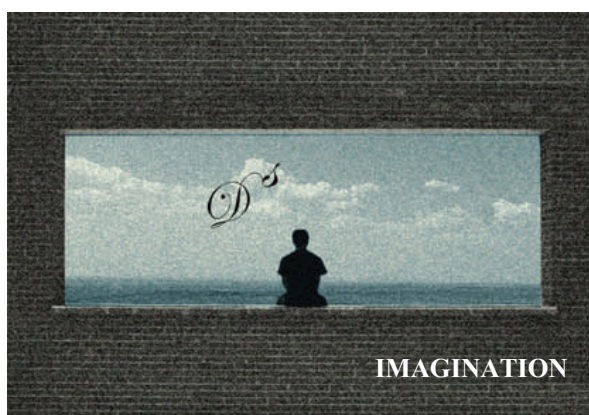
Déséquilibre significatif des obligations entre Distributeur et Fournisseur : Jugement du TC de Lille rendu sur assignation du Ministre de l'Economie.

La loi de modernisation de l'économie a entendu combattre l'inflation des marges arrières en indiquant que, mis à part les services de coopération commerciales proprement dits, tous les services assimilables à « *des obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur* » devaient « *concourir à la détermination du prix convenu* » (art. L. 441-7 du code de commerce). En clair, la rémunération de ce que l'on appelait auparavant les « *services distincts* » devait prendre la forme de réductions de prix destinées à figurer sur les factures, sauf si, l'obligation ayant un caractère conditionnel, la créance n'était pas née ou pas devenue exigible au moment de leur émission.

Par ailleurs, la loi introduisait la notion de « *déséquilibre significatif des obligations entre parties* » dans les pratiques visées par l'article L 442-6 du même code, dans le but de faciliter la détection et la sanction des abus de puissance économique dans les relations commerciales bilatérales.

Désireux de faire des exemples et d'illustrer les apports de la loi, le Ministre de l'Economie a saisi plusieurs tribunaux de commerce pour faire constater les abus de 9 grands distributeurs, alimentaires et non alimentaires. Le premier jugement vient d'être rendu, par le TC de Lille, contre l'enseigne Castorama.

Les faits de l'espèce sont les suivants:



Castorama a privilégié en 2009 comme en 2008 la négociation de réductions de prix différées avec les fournisseurs. Ce résultat était sans doute obtenu en conférant une certaine conditionnalité à la cause de l'obligation (services précis devant être rendus avant paiement, ristournes sur volumes commandés conditionnées par l'atteinte de certains seuils).

En même temps, Castorama, exigeait la versement d'« acomptes » mensuels sur les remises différées, calculés sur la base de 90 % des résultats de l'année précédente, nécessairement versés par virement bancaire. Alors que Castorama avait pourtant bénéficié des dispositions d'un accord dérogatoire en matière de délais de paiement, elle appelait les « acomptes » avec un délai de règlement (émission de l'avoir) spécialement bref (un mois), rapporté à celui dans lequel le Distributeur s'acquittait des factures de livraison de marchandises (supérieurs de 2 à 3 mois), et imposait des taux de pénalités pour retard de paiement spécialement élevés (1% par jour de retard, dans la limite de 10 %). En outre, aucune procédure de révision n'était prévue pour tenir compte de l'évolution réelle des volumes d'activité.

Le Tribunal fait droit à la plupart des demandes du Ministre. Il considère :

- * que le décalage entre le délai de paiement des acomptes et celui des marchandises traduit un abus ; qu'au surplus, ce faisant, Castorama n'a pas respecté l'engagement pris devant les autorités lors de la validation par décret de l'accord dérogatoire de branche sur les délais de paiement, de ne pas traiter



différemment le Distributeur et le Fournisseur ;

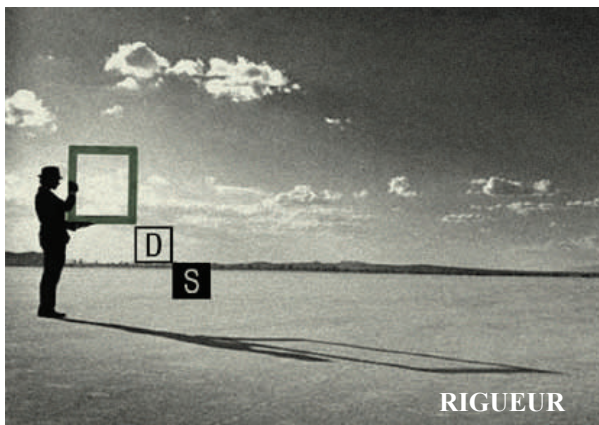
- * que la pratique d'acomptes mensuels, dans les conditions où elle fut mise en œuvre, a engendré une dégradation du fonds de roulement des fournisseurs, qui n'a pas été compensée, et traduit également un déséquilibre significatif;

- * que la demande d'avoirs mensuels sur les ristournes fixées en référence à des objectifs qui ne sont pas encore atteints retire tout caractère conditionnel aux remises et est donc privée de cause ;

- * que l'accord sur les pénalités n'a pas été véritablement négocié ;

- * que, de surcroît l'obligation de paiement par virement, sans possibilité de compensation entre factures, et alors que Castorama se laisse la liberté de régler elle-même selon d'autres modes de paiement et pratique la compensation, n'a pas été réellement négociée et constitue également un déséquilibre significatif des obligations ;

- * qu'il en va de même de l'absence de clause de modification du montant des remises si le volume d'affaires baissait de manière significative en cours d'année ; la régularisation en fin d'année ne



constituant pas une compensation suffisante du fait que, Castorama n'ayant pris aucun engagement de volume, les achats pouvaient chuter brutalement.

Pour l'ensemble de ces raisons, la pratique initiée par Castorama est considérée comme traduisant un « déséquilibre significatif » des obligations entre les parties. Le Tribunal ordonne la cessation de ces pratiques et prononce une amende civile de 300 000€, s'écartant toutefois de la demande (maximale) du ministre (2 M€).

Ce jugement comporte des obscurités, relatives au droit de négocier des avantages différés et à la possibilité d'appeler des versements provisionnels nés des créances créées sous une condition suspensive non encore réalisée.

Il faudra attendre l'instance d'appel, très vraisemblable, pour avoir plus de visibilité sur ces points.

Ce qui est certain en revanche, c'est qu'un déséquilibre significatif des obligations entre parties naît du fait que les délais de règlement (respectivement des acomptes sur remises différées et des livraisons de marchandises), le régime des pénalités, le mode de règlement, la possibilité d'opérer des compensations

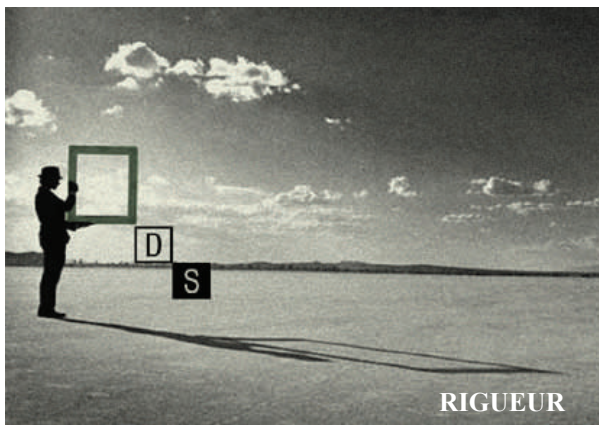
entre dettes et créances, la rémunération des efforts de trésorerie consentis de part et d'autre soient traités de manière dissymétrique selon qu'il s'agit du fournisseur ou du distributeur.

Le juge se livre à une analyse formelle, clause par clause, indifférente à toute recherche d'un équilibre contractuel global. C'est sans doute à une telle facilitation de l'analyse que visait la LME, même si elle peut conduire dans certains à des simplifications.

C'est donc sur ce point que doit s'exercer la vigilance des opérateurs, et que doit porter la révision, si besoin est, des contrats en cours, plus, semble-t-il, que sur le principe même de versement par provision des remises différées, ristournes conditionnelles ou bonifications de fin d'année.

Prescription en matière commerciale. L'avenir des intérêts moratoires après l'entrée en vigueur de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

Avant la réforme, la situation des intérêts moratoires était claire : l'exécution des décisions de justice se prescrivait par trente ans mais les créances périodiques (loyers, salaires, intérêts de sommes prêtées), quand bien même elles étaient constatées ou créées par une décision de justice, étaient soumises à la prescription quinquennale de l'ancien article 2277 du Code civil. Ainsi « Le créancier [pouvait] poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, [mais ne pouvait], obtenir le recouvrement des arriérés échus



plus de cinq ans avant la date de sa demande » (arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 10 juin 2005).

En faisant disparaître cet article 2277 du code civil, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 est venue supprimer le statut dérogatoire des créances périodiques pour les soumettre au droit commun des créances commerciales du nouvel article 2224 du Code civil.

Cet article établit désormais à cinq ans le délai par lequel se prescrivent les actions personnelles ou mobilières.

Simultanément, la prescription de l'action en exécution des décisions de justice a été réduite à 10 ans. En effet le nouvel article 3-1 nouveau de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991, inséré par la loi du 17 juin 2008 dispose que *« l'exécution [de certains] titres exécutoires [parmi lesquels les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire lorsqu'elles ont force exécutoire et les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution] ne peut être poursuivie que pendant dix ans, sauf si les actions en recouvrement des créances qui y sont constatées se prescrivent par un délai plus long »*.

Ces changements ont fait naître des incertitudes sur la prescription du

recouvrement des intérêts moratoires résultant de l'exécution de décisions de justice et la survie de la jurisprudence issue de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 juin 2005.

La question se pose de savoir si, en faisant disparaître l'article 2277 et, simultanément, en ne mentionnant pas les intérêts moratoires dans les exceptions de l'article 3-1, le législateur a entendu les soumettre au régime de droit commun des créances commerciales, également applicable aux créances périodiques de toute nature ou à la même prescription que la décision de justice qui en constate ou en fait naître le droit.

Le pouvoir judiciaire semble se réserver un temps de réflexion pour décider de l'avenir de la prescription des intérêts moratoires.

Mais la survie de la jurisprudence de 2005 n'est pas inconcevable et aurait pour elle de solides arguments. Le créancier pourrait poursuivre pendant dix ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, mais ne pourrait obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande.

Contrats de transport : substitution de la notion de faute inexcusable à la notion de faute lourde

La loi du 8 décembre 2009 *relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports* (Loi n° 2009-1503) a pour objet la transposition des dispositions communautaires relatives au domaine ferroviaire. Toutefois cette loi dite « régulation ferroviaire », contient

aussi une disposition particulièrement importante en matière de transports terrestres intérieurs : la disparition de la faute lourde.

La faute lourde, construction jurisprudentielle, est, d'après la définition constante qu'en donne la Cour de Cassation, une « *négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur, maître de son action, à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* »

Une telle faute lourde, lorsqu'elle est retenue, a pour effet d'écarter toutes les limitations d'indemnisation quelles soient conventionnelles ou prévues par les contrats types.

Les transporteurs routiers et commissionnaires étaient confrontés à un double danger: l'insécurité juridique résultant du fait que l'appréciation de la gravité de la faute peut varier d'une juridiction à une autre; le fait que cette faute est souvent retenue, notamment en cas de vol.

Pour mettre un terme, à ce régime applicable au seul transport terrestre intérieur, la faute lourde vient donc d'être remplacée par la « *faute inexcusable* » que l'on trouve dans la quasi-totalité des conventions internationales, celles en matière

aérienne (Conventions de Varsovie, Montréal, convention type voyageurs pour les bagages) maritime (Convention de Hambourg, Rotterdam, loi 18 juin 1966) .

Le législateur a donc doté le Code de commerce d'un article L133-8 disposant : « *Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite.* »

Cet article, rédigé en termes précis, délimite le pouvoir du juge dans la qualification de la faute par l'imposition de quatre conditions :

- La commission délibérée de la faute : elle résulte donc d'une décision et non pas d'une simple inadvertance ;
- La conscience du risque de survenance du dommage provoqué par cette faute,
- L'acceptation de ce risque,
- L'absence de justification valable.

Le nouvel article L 133- 8 est d'ordre public.

Ainsi, à compter de son entrée en vigueur, soit le 10 décembre 2009, toute clause contractuelle qui dérogerait à ces critères pour tenter de revenir à la faute lourde serait nulle . Quant au juge il ne pourra plus retenir de faute lourde, ou, en tout état de cause, s'il le faisait, cela n'aurait aucune incidence sur les limites d'indemnisation.

Il est à rappeler cependant que le régime de la faute lourde reste applicable aux instances en cours.



Enfin, ces nouvelles dispositions ne s'appliquent qu'aux transporteurs terrestres et commissionnaires de transport.

DOUANE & REGLEMENTATIONS ECHANGES INTERNATIONAUX

1^{ER} JANVIER 2010 : MODIFICATIONS DES REGLES DE TVA EN MATIERE DE PRESTATIONS DE SERVICES INTRACOMMUNAUTAIRES / RAPPEL DE L'OBLIGATION DE DEPOT DE LA NOUVELLE DECLARATION D'ECHANGE DE SERVICES (1^{ère} déclaration déposée avant le 11 février).

Issue de deux directives communautaires appelées le «paquet TVA », cette réforme vise à moderniser et simplifier le système actuel en renforçant notamment le principe de taxation des prestations de services intracommunautaires dans l'Etat membre de destination. Cette réforme introduit trois modifications :

- ◆ Une modification des règles de territorialité
- ◆ L'instauration d'une nouvelle obligation déclarative : **la déclaration d'échange de services (DES) qui incombe à toutes** les entreprises françaises fournissant des services à des sociétés établies dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne
- ◆ Une simplification des procédures de remboursement de la TVA

Les déclarations DES doivent être transmises via le téléservice DES sur le portail <https://pro.douane.gouv.fr> disponible depuis le 25/01/2010. Le calendrier annuel 2010 est le suivant :

Dates limites de dépôt des Déclaration Européenne de Services (DES)

| Mois de référence | Dates limites de dépôt |
|-------------------|------------------------|
| Janvier 2010 | 11 février 2010 |
| Février 2010 | 11 mars 2010 |
| Mars 2010 | 13 avril 2010 |
| Avril 2010 | 15 mai 2010 |
| Mai 2010 | 11 juin 2010 |
| Juin 2010 | 12 juillet 2010 |
| Juillet 2010 | 12 août 2010 |
| août 2010 | 11 septembre 2010 |
| Septembre 2010 | 12 octobre 2010 |
| Octobre 2010 | 13 novembre 2010 |
| Novembre 2010 | 11 décembre 2010 |
| Décembre 2010 | 13 janvier 2011 |

LOI DE FINANCES RECTIFICATIVE POUR 2009

La troisième [loi de Finances rectificative](#) pour 2009, (n°2009-1674) du 30 décembre 2009, qui scelle les comptes du budget 2009 de l'Etat, a été publiée au journal officiel du 31 décembre.

Elle a été précédée par la [loi \(n°2009-122\)](#) du 4 février 2009, dite première loi de Finances rectificative portant traduction du volet budgétaire du Plan de relance de l'économie, et par la [loi \(n°2009-431\)](#) du 20 avril 2009, dite seconde loi de Finances rectificative portant traduction du volet social du Plan de lutte contre la crise, laquelle a été adoptée en raison de la détérioration du contexte économique, de la révision à la baisse de l'ensemble des indicateurs économiques (à l'exception du chômage) et des mesures sociales décidées par le chef de l'Etat pour soutenir les ménages les plus exposés à la crise.

Sur le plan fiscal, cette loi comporte notamment une série de mesures visant à lutter contre les paradis fiscaux, à lutter contre l'économie souterraine, à moderniser les administrations fiscales et douanières ainsi que leurs relations avec les usagers, et enfin à adapter notre droit aux exigences communautaires.

PRINCIPAUX ASPECTS DOUANIERS DE LA LFR 2009 :

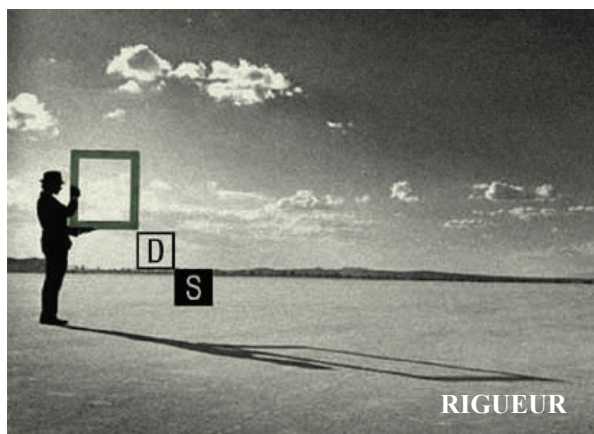
I/ Modification du calendrier déclaratif et de paiement de la TGAP :

En raison des nombreux et fréquents aménagements apportés aux règles applicables à la TGAP depuis sa création et de la parution parfois tardive, au regard de la date limite de dépôt de la déclaration annuelle, des instructions des douanes commentant les réformes, les redevables de la taxe ont éprouvé des difficultés à remplir correctement leur déclaration pour le 10 avril.

L'article 24 de la loi vise à régler cette insécurité juridique en prévoyant un délai de déclaration plus tardif afin de permettre aux redevables de prendre connaissance des éventuels aménagements apportés à la TGAP.

La date limite de dépôt de la déclaration annuelle de la taxe due au titre de l'année précédente (et paiement de la régularisation) est ainsi reportée du 10 au 30 avril. De même, la date limite de paiement des acomptes est repoussée aux 30 avril, 31 juillet et 31 octobre de l'année au titre de laquelle la taxe est due.

Une mesure identique est prévue, par un texte distinct, pour la déclaration annuelle de la TGAP sur les imprimés papiers. En revanche, aucun assouplissement n'est prévu pour la déclaration concernant la TGAP sur les



carburants. Le report de la date limite de dépôt de la déclaration et du paiement des acomptes est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

II/ Introduction d'une procédure contradictoire dans le code des douanes national :

Auparavant, les décisions de l'administration des douanes étaient notifiées aux opérateurs, sans que ceux-ci soient en mesure de se faire préalablement entendre dans le cadre d'une procédure contradictoire.

En effet, ni le code des douanes national ni le code des douanes communautaire ne prévoyaient une telle procédure avant la prise d'une décision défavorable à l'encontre d'un opérateur.

Les jurisprudences communautaires et nationales s'étaient cependant prononcées sur le respect des droits de la défense dans la phase préalable à la prise de décision.

Le code des douanes modernisé (Règlement n°450/2008 du 23 avril 2008) a instauré en son article 16-4 l'obligation faite aux autorités douanières de communiquer les motifs d'une décision défavorable à un opérateur économique en laissant aux états membres le soin de déterminer le délai dans lequel la personne concernée doit pouvoir répondre.

Ces précisions sont apportées en droit

français par la LFR 2009 qui introduit dans le Code des douanes national aux articles 67 A à 67 D **une procédure contradictoire et préalable à certaines décisions.**

Il s'agit des décisions rendues par l'administration des douanes, en application du code des douanes communautaire, qui soit, sont défavorables, soit notifient une dette douanière, *stricto sensu*, c'est-à-dire une dette due au titre des ressources propres de l'Union européenne.

La personne à l'encontre de qui cette décision est sur le point d'être prise a le droit d'être entendue par l'administration afin de faire valoir ses observations.

L'introduction du contradictoire attendue de longue date est cependant assortie de conditions qui en limitent significativement la portée :

⇒ **Des exceptions à la communication écrite** :

Conformément à l'article 67 A, la Douane fait connaître **par écrit** à la personne concernée la décision envisagée, les motifs de celle-ci et les informations la fondant. Cette personne dispose d'un délai de **trente jours pour faire valoir ses arguments.**

En pratique, toute personne pourra donc faire connaître ses observations préalablement à un acte tel que le refus de procédure simplifiée, de régime économique, de remise ou de remboursement de la dette douanière.

Cependant, l'article 67 B prévoit une exception **à la forme écrite** de la communication des motifs et des observations de l'opérateur **et surtout au délai d'un mois** de l'article 67 A. Il dispose en effet que la communication

peut être orale : « Lorsque la décision envisagée porte sur la notification d'une dette douanière à la suite d'un contrôle douanier, la communication des motifs mentionnée à l'article 67 A peut être faite oralement par tout agent des douanes ». Dans ce cas « la personne concernée est invitée à faire connaître immédiatement ses observations, de la même manière ».

La date, l'heure et le contenu de la communication orale sont « consignés » par la Douane et « cet enregistrement atteste, sauf preuve contraire, que la personne concernée a exercé son droit de faire connaître ses observations ». Ainsi, lorsque la procédure est orale, la Douane note sur un registre le fait que le droit d'être entendu a été respecté.

⇒ **Exclusion du droit d'être entendu**

L'article 67 D énumère aux points a) à g) les décisions qui ne sont pas soumises à la procédure contradictoire. Ces exclusions rendent ainsi la procédure contradictoire virtuellement inapplicable dans la plupart des cas.

Sont notamment exclues « les décisions relatives aux avis de mise en recouvrement (AMR) concernant le recouvrement de créances impayées arrivées à échéance conformément à l'article 345 du Code des douanes, à l'exception de celles qui ont été constatées à la suite d'une infraction au Code des douanes » (point e) ; ainsi que « les décisions qui interviennent à la suite de l'émission d'un AMR notifié ou d'une décision de justice » (point f) ;

Une réforme limitée aux seuls contentieux strictement communautaires :

De plus, **les décisions qui ne relèvent pas de l'application du droit communautaire** ne sont pas non plus couvertes par le

dispositif. Ainsi, la procédure ne concernera :

⇒ ni les activités de contrôle de la fiscalité nationale (telles que la taxe générale sur les activités polluantes ou la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers, ou les décisions prises en matière de contributions indirectes) ;

⇒ ni les décisions de notifier une infraction fondée sur le droit national ou un texte communautaire tel que les droits anti-dumping, les franchises douanières ou une décision d'embargo.

III/ La création d'une obligation de transmission de la DEB par voie électronique pour les grandes entreprises

Afin notamment de réduire le coût induit par la déclaration d'échanges de bien (DEB), tant pour l'entreprise que pour l'administration, l'article 26 de la loi a créé une **obligation de souscription par voie électronique** de la DEB pour les déclarants les plus importants en termes d'introductions ou d'expéditions de marchandises. Sont ainsi concernés ceux ayant réalisé sur la période du 1^{er} janvier au 31 décembre de l'année précédente des **expéditions ou des introductions** d'un montant hors taxes **supérieur à 2 300 000 €** ou ayant atteint ce seuil en cours d'année.

Le **non-respect** de l'obligation de souscrire la DEB par voie électronique sera **sanctionné** par une amende de 15 € par déclaration déposée selon un autre procédé, sans que le total des amendes mises en recouvrement puisse être inférieur à 60 € ou supérieur à 150 €.



Ces dispositions **entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2010**, c'est-à-dire à compter de la déclaration à déposer en juillet 2010 au titre des opérations réalisées en juin, étant précisé que l'administration des douanes devrait faire preuve de tolérance jusqu'à la fin de l'année 2010. Aucune sanction ne devrait ainsi être appliquée avant 2011.

IV/ Proroger le remboursement partiel de TIPP et de TICGN au profit des agriculteurs

A compter du second semestre 2004, un dispositif de remboursement partiel de TIPP et de TICGN a été mis en place afin de pallier la forte hausse du prix du fioul domestique et du fioul lourd ainsi que celle des tarifs du gaz naturel. Ce dispositif a été reconduit au titre des années 2005, 2006, 2007 et 2008.

Compte tenu de la crise économique qui impacte fortement le secteur agricole, ce remboursement a été prorogé en 2009 par l'article 76 de la loi.

Le montant du remboursement s'élève respectivement à :

- ⇒ 5 € par hectolitre pour les quantités de fioul domestique acquises entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009 ;
- ⇒ 1,665 € par 100 kilogrammes net pour les quantités de fioul lourd acquises entre le 1^{er} janvier et 31 décembre 2009 ;

⇒ 1,071 € par millier de kilowattheures pour les volumes de gaz acquis entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009.

Les conditions et délais dans lesquels les personnes concernées adressent leur demande de remboursement sont fixés par décret.

V/ Adaptation du régime de la TGAP applicable à la filière papier (art. 83 LFR)

Sont soumises à la TGAP « papiers », à compter du 1^{er} janvier 2010, outre les personnes ayant émis ou fait émettre des imprimés papier, toute personne qui, au titre d'une année civile, a mis sur le marché des **papiers à usage graphique** dans les conditions mentionnées à l'article L 541-10-1 du Code de l'environnement et qui n'a pas acquitté la contribution financière ou en nature prévue au même article.

En vertu du VI de l'article L 541-10-1 du Code de l'environnement, il faut entendre par :

- **papiers à usage graphique** destinés à être imprimés, les papiers à copier, les papiers graphiques, les enveloppes et les pochettes postales, à l'exception des papiers carbone, autocopiant et stencils ;

- **metteur sur le marché**, toute personne donneuse d'ordre qui émet ou fait émettre des papiers à usage graphique transformés, manufacturés, conditionnés et destinés à être imprimés, dont la collecte et le traitement relèvent de la compétence des collectivités territoriales et de leurs groupements ;

L'**assiette** de la taxe est constituée par la masse annuelle, exprimée en kilogrammes, des papiers à usage graphique pour lesquels la contribution prévue à ce même article n'a pas été acquittée.

Le tarif applicable aux **imprimés papiers** est actuellement fixé, pour la taxe due au titre de 2009, à déclarer en 2010, à 0,94 € par kg.

Ce tarif étant apparu trop élevé au regard de celui de la contribution volontaire (fixé à 0,037 € hors taxe par kg pour cette même année par la société Ecofolio), il a été réduit à 0,12 € par kg.

Une **entrée en vigueur rétroactive du tarif** est prévue si bien que les redevables pourront demander à l'administration des douanes le **remboursement** du trop-perçu de taxe pour des années précédentes (pour mémoire : 0,94 € en 2009, 0,91 € en 2008, 0,90 € en 2007 et 0,15 € en 2006).

Le tarif applicable aux **papiers à usage graphique** est fixé à 0,06 € par kg pour 2010 et à 0,12 € pour 2011.

Le **seuil d'assujettissement à la taxe** est fixé à 5 000 kg d'imprimés papiers ou de papiers à usage graphique.

A l'instar de ce qui est prévu pour les autres composantes de la TGAP, la **date limite de dépôt de la déclaration** concernant la TGAP « papiers » est repoussée du 10 avril au 30 avril.

CODE DES DOUANES COMMUNAUTAIRE / DISPOSITIONS D'APPLICATION / DERNIERE VERSION / DES EVOLUTIONS POSITIVES EN MATIERE DE VALEUR EN DOUANE :

Une nouvelle version du projet de dispositions d'application est disponible depuis le 6 janvier.

Le calendrier prévisionnel prévoit sa finalisation par la Commission d'ici à octobre 2010 suivie d'une discussion devant le Parlement en 2011 et d'une entrée en vigueur en 2013.

Le dernier projet comporte deux évolutions significatives sur la valeur en douane :

- vente antérieure : la possibilité₁₄ de

recourir à une vente antérieure à celle ayant précédé l'importation dans l'Union européenne semble devoir être rétablie dans le nouveau texte après une tentative de suppression de la part de la Commission (suite aux travaux de l'OMD), très décriée par les milieux professionnels ;

- **Redevances** : la référence à la notion de condition de la production contraire à l'accord OMC sur l'évaluation a été supprimée.

JURISPRUDENCE

1 / Arrêt de la Cour (troisième chambre) 10 décembre 2009 / Affaire C-260/08, Bundesfinanzdirektion West contre HEKO Industrieerzeugnisse GmbH,

Le changement de position tarifaire dans les règles dites « de liste » de la Commission n'est pas un critère exclusif pour déterminer l'origine non préférentielle d'un produit.

Conformément à l'article 24 du code des douanes communautaires, lorsque plusieurs pays sont intervenus dans la production d'une marchandise, celle-ci est considérée comme étant originaire du pays dans lequel a été effectué la dernière transformation ou ouvraison substantielle.

La Commission Européenne a élaboré des règles dites « de liste » afin de préciser la notion de dernière transformation ou ouvraison substantielle.

Pour la CJCE, si ces règles « de liste » contribuent à la détermination de l'origine non préférentielle, elles n'ont pas de force obligatoire de droit et doivent donc être conformes aux règles d'origine, telles que celle énoncée à l'article 24 précité, et ne pas en modifier la portée.



Il en résulte que si une des règles « de liste » prévoit que la transformation substantielle implique un changement de position tarifaire cela n'empêche pas qu'une transformation ou une ouvraison puisse présenter un caractère substantiel même en l'absence d'un tel changement.

2 / Ordonnance de la Cour (sixième chambre) du 1er octobre 2009 / Affaire C-552/08 Agrar-Invest-Tatschl GmbH c/ Commission des Communautés européennes

Non prise en compte a posteriori de droits à l'importation – Avis aux importateurs – Bonne foi

En application de l'article 220 paragraphe 2 b) du Code des douanes communautaire, les droits à l'importation ou à l'exportation ne sont pas pris en compte à posteriori lorsqu'il y a une erreur active des autorités douanières compétentes, erreur qui ne pouvait pas raisonnablement être décelée par le redevable qui a agi de bonne foi et qui a respecté toutes les dispositions prévues dans la réglementation en vigueur en ce qui concerne la déclaration en douane.

Selon l'arrêt de la CJCE, le redevable ne peut pas invoquer sa bonne foi lorsque la Commission a publié au

Journal Officiel un avis signalant des doutes fondés en ce qui concerne la bonne application du régime préférentiel par un pays bénéficiaire.

Les contrôles postérieurs confirmant l'authenticité de certificats ne permettent pas de « rétablir » de manière rétroactive la bonne foi de l'importateur, dans la mesure ou la démonstration de la bonne foi de l'importateur, lorsqu'une telle démonstration est admise, vise son comportement pendant la période des opérations commerciales concernées.

3/ CJCE, 14 janv. 2010, aff. C-430/08 et C-431/08, Terex Equipment Ltd et a. c/ Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs.

Dette douanière et code régime douanier incorrect perfectionnement actif.

Dans les déclarations d'exportation, l'indication du code régime douanier 10 00 désignant l'exportation des marchandises communautaires au lieu du code 31 51 - désignant la réexportation - pertinent pour les marchandises faisant l'objet d'une suspension de droits en vertu du régime de perfectionnement actif fait naître une dette douanière, conformément aux articles 203, § 1, du Code des douanes communautaire (CDC) et 865 (al. 1er) de son règlement d'application.

La CJUE se fonde en substance sur deux arguments :

- l'indication du code 10 00 fait passer les produits pour des marchandises communautaires, situation que vise l'article 865 qui contient des exemples

de soustraction à la surveillance douanière faisant naître une dette douanières que vise l'article 203 ;

- cette indication implique que les marchandises non communautaires qu'elles sont en réalité échappent à la surveillance douanière à laquelle le CDC les soumet.

4 / Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 octobre 2009, n° 08-16870

Si le principe de l'application dans le temps des textes répressifs fait disparaître une infraction, cela n'a pas d'effet sur l'action de la douane qui reste fondée quant aux droits dus.

Selon la Haute Juridiction, le principe de rétroactivité *in mitius* (rétroactivité de la loi plus douce) n'est applicable qu'aux poursuites pénales. En conséquence, il ne peut être appliqué à l'action engagée par l'administration douanière devant le juge civil en vue de recouvrer les droits et taxes éludés.

Ainsi, la Cour a pu juger que même si l'entrée de la Pologne dans l'Union Européenne a eu pour conséquence la disparition d'infractions pénales à l'égard d'un opérateur (en l'espèce la cession prohibée de certificats d'importation de veaux en provenance de ce pays), la Douane peut réclamer à bon droit le paiement de sa créance douanière, de nature civile, née des droits et taxes éludés.

DS AVOCATS

**PARIS - LYON - LA REUNION- BRUXELLES - BARCELONE - MILAN - DÜSSELDORF- TUNIS-
BUENOS AIRES - SHANGHAI
CANTON - PEKIN - HANOI - HO CHI MINH VILLE - SINGAPOUR**