



LETTRE

DU DÉPARTEMENT DROIT ÉCONOMIQUE & ÉCHANGES INTERNATIONAUX

MAI 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 I. LA REVISION DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIES DES RESTRICTIONS VERTICALES**
- P.5 II. ACTUALITE DOUANIERE REGLEMENTAIRE ET LEGISLATIVE**
- P.7 III. ACTUALITE JURISPRUDENCIELLE EN MATIERE DOUANIERE**

I. LA REVISION DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIES DES RESTRICTIONS VERTICALES

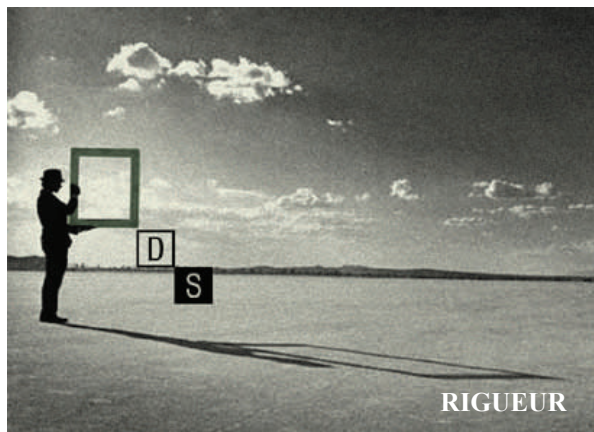
L'actuel règlement d'exemption n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, § 3 CE (devenu l'article 101, § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne) aux accords verticaux et pratiques concertés ainsi que les lignes directrices y afférentes arrivent à expiration le 31 mai prochain.

La Commission européenne a adopté, le 20 avril dernier, **un nouveau règlement d'exemption** (n°330/2010, 20 avril 2010) **ainsi que de nouvelles lignes directrices** qui **entreront en vigueur le 1er juin 2010** et s'appliqueront aux accords verticaux jusqu'au 31 mai 2022 (avec une période transitoire d'un an).

Le règlement n°330/2010 conserve, pour une large part, les dispositions qui figuraient déjà dans le règlement n° 2790/1999. **Le principe de base reste donc inchangé** : les entreprises sont libres d'opter pour le mode de distribution de leur choix, sous réserve que leurs accords n'incluent pas de restrictions caractérisées.

Le nouveau règlement s'inscrit donc, dans la continuité du règlement de 1999, en tenant compte, cependant, des évolutions intervenues au cours de cette dernière décennie, à savoir ; l'augmentation de la puissance d'achat de la grande distribution et l'intérêt grandissant pour le marché de l'Internet.

Une troisième innovation mérite également d'être soulignée, il s'agit de la possibilité pour le fournisseur de justifier l'existence de prix de revente imposés.



1. L'introduction d'un double seuil de part de marché

Jusqu'à présent, seule la part de marché détenue par le fournisseur était prise en compte. Désormais, pour qu'un accord vertical puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, ni la part de marché du fournisseur, **ni celle du distributeur, ne devra être supérieure à 30% du marché** susceptible d'être affecté par l'accord (article 2).

Cela ne signifie pas, cependant, que les accords entre entreprises détenant des parts de marché supérieures à ce seuil soient illégaux, mais simplement qu'ils ne bénéficient de l'exemption par catégorie. Dès lors les entreprises qui les ont signés doivent se soumettre à une analyse individuelle afin de déterminer si leurs accords incluent des clauses restrictives et si ces dernières pourraient se justifier au regard de l'article 101, § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

Si les entreprises ne parviennent pas à prouver l'existence d'effets proconcurrentiels ou de contributions au progrès économique de nature à l'emporter sur les effets anticoncurrentiels produits par l'accord, alors celui-ci (ou certaines de ses dispositions qui sont à l'origine d'effets anticoncurrentiels) sera inopérant et pourra être déclaré nul.

L'introduction de ce double seuil de part de marché est **source d'insécurité juridique**, dans la mesure où un nombre croissant d'entreprises devront se soumettre à une appréciation complexe afin d'examiner si leur accord est compatible avec les règles de concurrence.

En outre, les entreprises ne disposent souvent pas des informations nécessaires pour être à même de définir le marché pertinent sur lequel elles opèrent (c'est parfois un marché local) et pour évaluer leur propre part de marché ou celle de leur partenaire.

2. La libéralisation encadrée de la vente en ligne

A titre liminaire, il convient de souligner que le nouveau règlement d'exemption ne comporte aucune mention relative à l'évolution des ventes en ligne. Cette problématique continue à n'être envisagée que dans les lignes directrices, document dénué de force contraignante.

Les nouvelles lignes confirment en premier lieu la liberté du distributeur exclusif ou électif de **recourir à Internet pour vendre ses produits** (point 52) en affirmant que toute restriction à la vente en ligne constitue une restriction caractérisée, qui, par ce qu'elle est considérée comme une restriction par objet, dispense l'autorité de concurrence d'avoir à démontrer l'effet de la pratique.

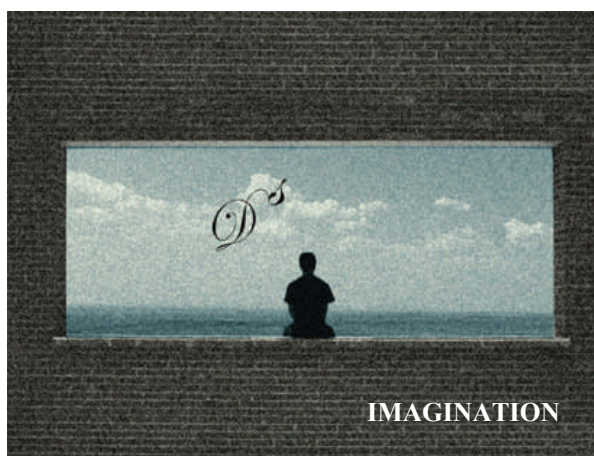
Certains comportements sont ainsi expressément interdits au fournisseur, tels que l'obligation faite à un distributeur de renvoyer automatiquement ses clients en ligne vers le site web d'un autre distributeur ou la limitation de la part des ventes réalisées sur Internet par un distributeur (point 52).

On sait que, dans le cadre de la distribution exclusive, le fournisseur peut interdire les ventes actives, mais non les ventes passives. Dans le cas de contrats de franchise, il ne peut interdire ni les unes ni les autres, le cocontractant étant seulement assuré de l'exclusivité d'établissement dans la zone.

Les lignes directrices clarifient **les notions de « ventes actives » et de « ventes passives » dans le contexte de l'irruption de la vente en ligne** et illustrent par de nouveaux exemples la définition de « ventes actives » (point 53).

La Commission indique, en insistant davantage encore que par le passé, qu'en général « le recours à Internet n'est pas considéré comme une forme de vente active » (point 52) sauf si le site Internet « vise spécifiquement » une clientèle donnée (point 53). Les lignes directrices précisent notamment qu'est considérée comme une forme de vente active la publicité en ligne adressée spécifiquement à certains clients (point 53).

Il en résulte, qu'en matière de distribution exclusive, si le fournisseur a la possibilité de restreindre les ventes actives dès lors que celles-ci visent spécifiquement la clientèle ou le territoire concédé exclusivement à un autre distributeur, il ne saurait limiter ou interdire la vente en ligne par ses





distributeurs sur des territoires déterminés ou à une clientèle donnée dès lors que celle-ci ne fait pas l'objet d'une sollicitation spécifique.

Néanmoins, le principe de liberté de recourir à Internet ne saurait être absolu.

En effet, l'affirmation d'une telle règle doit nécessairement être conciliable avec les particularités de chaque réseau de distribution, dont l'essence même est d'organiser, contrôler et donc limiter les moyens de commercialisation.

Les lignes directrices prévoient, ainsi, la possibilité pour le fournisseur d'exiger du distributeur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne et de s'assurer que l'activité sur Internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (point 52).

Les lignes directrices offrent enfin, au fournisseur la faculté d'imposer des normes de qualité du site internet (point 54) et valide, par conséquent, l'exigence du « *brick and mortar* ». Est ainsi expressément prévue, la possibilité pour le fournisseur d'imposer au distributeur la préexistence d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition (point 54), ce qui rend licite l'exclusion des « *purs players* ». Il est cependant, précisé que, le fournisseur ne peut imposer des conditions qui ne soient pas équivalentes à celles imposées aux points de vente physiques.

3. La possibilité de justifier des prix de vente imposés par des effets proconcurrentiels

Le règlement maintient la restriction caractérisée visée à l'article 4 a) visant l'imposition directe ou indirecte, par le fournisseur, des prix de revente.

Les lignes directrices sont, en revanche, modifiées et insistent sur le fait que la présomption que fait naître la présence d'une restriction caractérisée peut être combattue, les opérateurs concernés disposant de « *la possibilité de démontrer la présence d'effets proconcurrentiels au sens de l'article 101, § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne* » (point 47).

La Commission n'exclut donc pas que, dans des cas individuels, les parties puissent démontrer que l'introduction de prix de vente imposés dans leur accord produit des gains d'efficacité. Si cette efficacité compense les effets négatifs sur la concurrence et les consommateurs résultant de la pratique des prix de vente imposés, alors cette pratique sera acceptable.

Il reste à voir si ce revirement théorique va conduire en pratique à un assouplissement réel de la politique mise en œuvre jusqu'alors.

Le nouveau règlement d'exemption est disponible à l'adresse suivante de même que les lignes directrices (pour le moment, disponibles uniquement en version anglaise « *Guidelines on Vertical Restraints* ») :

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/vertical.html>

II. ACTUALITE DOUANIERE REGLEMENTAIRE ET LEGISLATIVE

A/ Réglementation nationale

1/ Exonération de TVA à l'export/ Réforme très attendue des modes de preuve/

Avec le décret n°2010-233 du 5 mars 2010 relatif aux formalités requises en matière de preuve des exportations de biens bénéficiant de l'exonération de la taxe sur la valeur ajoutée, les exportateurs français bénéficient, désormais, pour l'exonération de TVA, de deux filières possibles de preuves de sortie :

- ◆ la documentation douanière, ou
- ◆ la documentation fiscale.
- ◆ Le document administratif unique (DAU) n'est plus la preuve de sortie exclusive et obligatoire.

2/ Entrepôts fiscaux : simplification au service des entreprises;

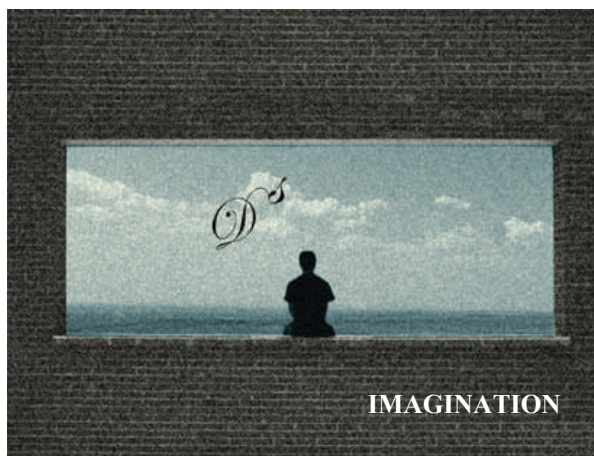
La loi n°2010-237 du 9 mars 2010 de finances rectificative pour 2010 remplace les trois régimes d'entrepôt fiscal régis par la douane à savoir l'entrepôt national d'exportation, l'entrepôt national d'importation et le perfectionnement actif national par un seul régime : le régime fiscal suspensif assurant les trois fonctions propres à chacun des régimes précédents (stockage à l'importation, à l'exportation et transformation).

Un régime suspensif est également créé pour les importations de biens en provenance d'un territoire assimilé à un pays tiers ou d'un DOM.

Ces mesures entrent en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2011.

3/ Biens double usage : après la refonte du règlement de base communautaire en 2009, celle du dispositif français

Sept décrets et arrêtés du 18 mars 2010 relatifs aux transferts des biens double



usage ont transféré au « Service des biens à double usage », rattaché à la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services, la compétence que la douane détenait en matière de délivrance d'autorisations d'exportation, de transit et de courtage, de certificat international d'exportation (CIE) et de certificat de vérification de livraison (CVL). Ces décrets créent également une « Commission interministérielle des biens à double usage », rattachée au Ministre des Affaires étrangères et européennes, chargée de rendre un avis sur la soumission d'un bien à autorisation d'exportation, de courtage ou de transit. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} avril dernier.

4/ Rescrit fiscal : Extension aux douanes

Le décret n°2010-399 du 22 avril 2010 modifiant l'article R.* 80 B-12 du livre des procédures fiscales autorise désormais les contribuables à saisir également la Direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI) d'une demande de position sur l'application d'un texte fiscal.

L'article R.* 80 B-12 LPF prévoyait que seule la Direction générale des finances publiques (DGFIP) pouvait répondre de cette demande.

Cette nouvelle possibilité est d'application immédiate.

5/ CCED : suites de la réforme introduite par la LME / La montagne accouche d'une souris...

Le décret n° 2010-428 du 28 avril 2010 relatif aux modalités de prélèvement des échantillons et aux conditions de fonctionnement de la commission de conciliation et d'expertise douanière dans les cas de contestation sur l'espèce, l'origine et la valeur des marchandises abroge et remplace le décret n°71-209 du 18 mars 1971.

Un événement important et attendu par tous les utilisateurs de la CCED qui en seront cependant pour leurs frais : la montagne a accouché d'une souris !

Cette institution française très controversée notamment sur le terrain des droits des opérateurs est depuis toujours très décriée comme un objet juridique non identifié, organe semi juridictionnel dépourvu des principaux attributs d'une juridiction.

Elle est un peu à la procédure douanière ce que Churchill disait de la démocratie « le pire de tous les régimes à l'exception de tous les autres » ... Elle est en effet très critiquable par certains aspects mais a au moins le mérite d'exister.

Or, la LME du 4 out 2008 a introduit la possibilité d'une publication des avis rendus par la CCED, permettant ainsi la constitution d'une doctrine administrative dans un domaine du droit qui reste singulièrement pauvre.

La réforme codifiée à l'article 445-5 du code est cependant très prudente : l'initiative de la publication doit revenir à la Commission qui doit recueillir l'accord des parties. Le décret sus visé a rajouté à ce qui reste une option un formalisme (la publication au Journal Officiel) qui risque de la condamner définitivement.

Encore une occasion manquée de réformer le contentieux douanier français. Dommage !

B/ Réglementation communautaire

1/ Code des douanes communautaires : EORI & ICS

Le Règlement d'application n°169/2010 du 1 er mars 2010 introduit les changements suivants :

- ◆ le numéro d'enregistrement et d'identification des opérateurs économiques (EORI) la déclaration sommaire d'entrée
- ◆ la notice d'utilisation du document administratif unique et la liste des codes de ce DAU.
- ◆ L'application de ces modifications est prévue pour le 1 er juillet 2010.

L'Import Control System (ICS) (amendement sûreté/sécurité du CDC) : Cette nouvelle réglementation, à vocation sécuritaire et antiterroriste, visant à contrôler les marchandises destinées au territoire européen avant leur arrivée réglementation doit entrer en vigueur dès le 1 er janvier 2011. A compter de cette date les opérateurs devront établir une nouvelle déclaration à la douane appelée ENS. Cette réforme importante tarde pourtant à se mettre en place et beaucoup doutent aujourd'hui du respect du calendrier annoncé.



2/Circulation intracommunautaire des produits soumis à accises:

Le nouveau système électronique destiné à assurer le suivi et le contrôle des mouvements de produits soumis à accise au sein de l'UE introduit par la directive n°2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 et transposé en droit français par l'article 36 de la troisième loi de finance rectificative pour 2009 est devenu opérationnel le 1^{er} avril 2010.

Ce système s'inscrit dans le cadre du projet européen EMCS (Excise Movement and Control System) qui vise à simplifier la procédure de circulation des produits soumis à accises circulant en suspension de droits à l'intérieur de l'Union Européenne.

L'EMCS est une structure informatisée qui permet d'enregistrer en temps réel les mouvements des produits pour lesquels les droits d'accise sont dus. Il rend ainsi les échanges à l'intérieur de l'UE plus simples et moins coûteux pour les opérateurs.

III. ACTUALITE JURISPRUDENCIELLE

1/ Règles d'origine/ Transformation substantielle

CJUE, 11 février 2010, C-373/08, Hoesch Metals and Alloys GmbH

Les règles de « liste » élaborées par la Commission n'ont pas d'effet contraignant et doivent être conformes aux règles d'origine de l'article 24 du Code des douanes Communautaire et ne pas en modifier la portée (CJCE, 10 déc. 2009, off. C-260/08, HEKO Industrieerzeugnisse - cf . lettre DEEI février 2010).

S'il est exact que le changement de position tarifaire d'une marchandise, causé par l'opération de transformation de celle-ci, constitue une indication du caractère substantiel de sa transformation ou de son ouvraison, il

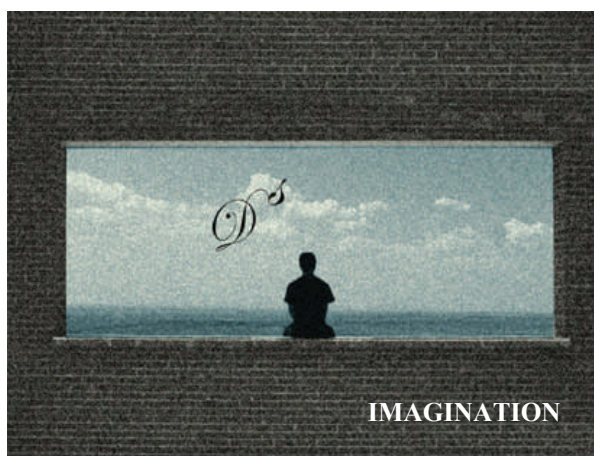
n'en demeure pas moins qu'une transformation ou une ouvraison peut présenter un caractère substantiel même en l'absence d'un tel changement de position.

La dernière transformation ou ouvraison n'est «substantielle», au sens de l'article 24 du code des douanes, que si le produit qui en résulte présente des propriétés et une composition spécifiques propres qu'il ne possédait pas avant cette transformation ou ouvraison. Des opérations affectant la présentation d'un produit aux fins de son utilisation, mais n'entraînant pas une modification qualitative importante de ses propriétés, ne sont pas susceptibles de déterminer l'origine dudit produit.

Il en résulte que le triage, le broyage et la purification des blocs de silicium ainsi que le tamisage, le criblage et le conditionnement consécutifs des cristaux de silicium résultant du broyage ne constituent pas une transformation ou une ouvraison conférant l'origine au sens de l'article 24 du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire.

2/Commissionnaire en douane et contrat de mandat

Cour d'appel de Paris, Pôle 5, chambre 5, 21 Janvier 2010 (N° 08/21266)



Celui qui a agi en qualité de commissionnaire en douane et non d'entrepositaire est lié à son client par un contrat de mandat. Il est donc nécessaire de prouver sa faute personnelle pour engager sa responsabilité.

En l'espèce, le commissionnaire en douane ne pouvait ignorer que les machines litigieuses qui ont subi des dégâts lors de leur entreposage en raison d'une "mouille" devaient être bâchées ainsi que le stipulait le contrat la liant à son client.

Le non respect délibéré de cette obligation constitue une faute personnelle engageant la responsabilité du commissionnaire en douane.

Sont également disponibles sur notre site:

www.dsavocats.com

- La lettre du droit des affaires en Chine.
- La lettre des départements droit public des affaires, droit de l'immobilier et droit de la construction
- La lettre du département droit social
- La lettre du département Sociétés
- La lettre du département droit fiscal
- La lettre du département droit de la propriété intellectuelle et des technologies de l'information.

Vous pouvez les recevoir de façon régulière sur simple demande à:

astorg@dsavocats.com

DS AVOCATS

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

