

# LA LETTRE DU CABINET

FÉVRIER - MARS 2015

contact@grall-legal.fr - www.grall-legal.fr

## Grall & Associés distingué en France et à l'international :

- Trophée d'argent du Palmarès du Monde du Droit 2015 dans la catégorie meilleurs avocats en Droit de la concurrence
- Trophée de bronze du Palmarès du Monde du Droit 2015 dans la catégorie meilleurs avocats en Droit de la distribution
- Classement « Décideurs Stratégie Finance Droit » 2015 : Excellent dans les catégories *Contrôle des concentrations* et *Droit de la concurrence* ; Incontournable dans les catégories *Droit de la franchise* et *Droit de la distribution*
- Le cabinet Grall & Associés et Charles-Henri Calla reconnus par leurs pairs dans le *Who's Who Legal* et dans le *Legal 500 EMEA* pour la qualité des prestations en droit de la concurrence.

## Sommaire

**03** **Projet de Loi Macron et droit de la concurrence : rappel des dispositions votées et implications pratiques**  
Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy, Thibault Bussonnière et Caroline Bellone

**11** **Faute de caractériser un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, [www.vente-privee.com](http://www.vente-privee.com) n'a pas commis d'abus de position dominante**  
Aut. conc. déc. n°14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne  
par Guillaume Mallen

**16** **Le demandeur à une action en réparation devant le juge commercial est autorisé à produire directement les pièces issues du dossier de l'Autorité de la concurrence**  
par Elodie Camous-Léonard

**18** **Brèves de Jurisprudence en matière de rupture brutale de relations commerciales établies (article L.442-6, I, 5° du Code de commerce)**  
Par Jean-Christophe Grall et Nadège Pollak

**22** **Ménage de printemps pour le code civil !**  
Par Jean-Christophe Grall et Anne-Sophie Gapin

**23** **La métamorphose du régime des loteries**  
Par Jean-Christophe Grall et Elsa du Lac

**24** **De l'obligation de preuve en matière de publicité comparative**  
Par Caroline Bellone et Myriam Harir

**26** **Dans le sillage de la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence inflige des amendes que l'on peut qualifier d'exorbitantes !**  
*Condamnation des principaux fournisseurs de produits d'entretien et d'hygiène, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014*  
Par Jean-Christophe Grall et Manuela Bourdon Destrem

**Programme des interventions et des formations 2015**

**Rappel des prochaines formations**



a été distingué dans les classements

« DÉCIDEURS STRATÉGIE FINANCE DROIT » 2015

EXCELLENT :

Contrôle des concentrations  
Droit de la concurrence

INCONTOURNABLE :

Droit de la franchise  
Droit de la distribution

PALMARÈS DU MONDE DU DROIT 2015

TROPHÉE D'ARGENT :

Droit de la concurrence

TROPHÉE DE BRONZE :

Droit de la distribution

# Projet de loi Macron et droit de la concurrence : rappel des dispositions votées et implications pratiques

Par Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy, Thibault Bussonnière et Caroline Bellone

*Après une année 2014 marquée du sceau de la loi Hamon, le droit de la concurrence sera l'objet une nouvelle fois d'une réforme en 2015 avec l'adoption programmée pour la fin du printemps prochain (sous réserve d'un recours devant le Conseil Constitutionnel) du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, projet de loi dit « Macron » du nom de l'actuel Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique.*

Considéré comme adopté le 19 février dernier par l'Assemblée nationale en première lecture en application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution, le projet de loi Macron comporte de multiples dispositions ayant notamment pour objet de renforcer les prérogatives de l'Autorité de la concurrence et d'accélérer le traitement des procédures contentieuses et de contrôle confiées au gendarme français de la concurrence.

Le texte qui sera débattu devant le Sénat à la mi-avril intègre également un mécanisme d'encadrement des modalités de rattachement des magasins de commerce de détail à un réseau, lequel suscite beaucoup de réactions dans la grande distribution.

Par ailleurs, il s'avère que les députés ont profité de l'occasion pour envisager quelques ajustements à la loi Hamon du 17 mars 2014 dans sa partie concernant la négociation commerciale : modification du champ d'application des articles L. 441-7 et L. 441-8 du Code de commerce relatifs respectivement à la convention annuelle et à la clause de renégociation du prix convenu en cas de forte volatilité du cours des matières premières agricoles ou alimentaires ; énième réécriture des dispositions sur les délais de paiement de l'article L. 441-6 du Code de commerce ; augmentation majeure de la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence.

Regroupées dans le projet de loi au sein du chapitre II « Commerce » du Titre I intitulé « Libérer l'activité » ainsi qu'aux articles 59 bis, 59 ter, 59 quater et 59 quinquies du chapitre IV « Simplifier » du Titre II intitulé « Investir », l'ensemble de ces modifications font l'objet des développements ci-dessous.

## LES NOUVELLES PRÉROGATIVES DÉVOLUES À L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

À titre liminaire, il convient de préciser que les nombreuses nouvelles fonctions consultatives de l'Autorité de la concurrence envisagées par le projet de loi Macron qui ne ressortent pas de sa mission originelle qui est de sanctionner ou d'être consultée sur des

pratiques anticoncurrentielles – avis sur les organisateurs des épreuves théoriques du permis de conduire ; avis sur les tarifs réglementés ; établissement d'une carte pour la libre installation des offices de certaines professions juridiques réglementées – ne feront pas l'objet de commentaires dans ce Flash concurrence.

## Un dispositif d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail : des cessions de magasins à la clé !

L'article L. 752-26 du Code de commerce, dans sa rédaction actuelle, permet à l'Autorité de la concurrence, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, de procéder aux injonctions et aux sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 464-2 du même code. Dans ce cadre, elle peut notamment imposer à l'entreprise incriminée de procéder à la cession d'actifs, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée.

L'article 11 du projet de loi modifie substantiellement l'article L. 752-26 du Code de commerce : le pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence s'applique non plus en cas d'abus, mais dès lors qu'une entreprise exerce une position dominante, à savoir lorsque qu'elle détient plus de 50 % des parts de marché dans une zone de chalandise et qu'elle pratique des prix ou des marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné.

La Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi a introduit une précision à la faveur de laquelle l'Autorité de la concurrence sera tenue tout d'abord, lorsqu'elle envisage de faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, de préciser son estimation de la part de marché et du niveau de prix ou de marges qui justifie ces préoccupations de concurrence.

Si l'entreprise qui répond aux deux critères précités ne propose pas d'engagements de nature à répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité de la concurrence dans un délai de deux mois ou si cette dernière considère que les engagements proposés ne sont pas suffisants, l'Autorité peut lui enjoindre :

- soit de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé de trois mois maximum, tout accord et tout acte par lequel s'est constituée la « puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés constatés » ;
- soit de procéder à la cession d'actifs, y compris des murs, dans la mesure où cette « cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective ».

Les députés ont adopté l'amendement n°525 de Monsieur Patrick Hetzel qui garantit aux entreprises visées par une injonction structurelle de disposer d'une voie de recours effective à l'encontre de la décision de l'Autorité comportant une telle mesure. Le projet de loi renvoie ainsi à la procédure de « droit commun » des pratiques anticoncurrentielles : appel devant la cour d'appel de Paris dans un délai d'un mois.

Très proche du dispositif d'injonction de l'article L. 752-27 du Code de commerce réservé à l'Outre-Mer, ce nouveau mécanisme d'injonction s'inspire de celui préconisé par l'Autorité de la concurrence dans son avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

Avec cette mesure, le projet de loi Macron a pour objectif de fluidifier la concurrence et mieux répartir le foncier commercial entre les enseignes (voir interview de Jean-Christophe Grall dans le magazine « Points de vente » n°1168 du 8 décembre 2014).

Il est toutefois légitime de s'interroger sur la constitutionnalité de cette future disposition législative. Ne porterait-elle pas, en effet, une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'au droit de propriété ?

Ce dispositif n'a pourtant pas été remis en cause par le Conseil d'État dans son avis du 8 décembre 2014 sur le projet de loi Macron.

Lors de son audition par la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi croissance et activité, le Président de l'Autorité de la concurrence, Monsieur Bruno Lasserre, a défendu l'utilité de l'injonction structurelle en s'inspirant de ce qui se fait en Grande-Bretagne, où paradoxalement le mécanisme n'a toutefois jamais été utilisé.

### **La consultation de l'Autorité de la concurrence en matière d'urbanisme commercial**

L'article 10 du projet de loi prévoit qu'à la demande d'un Ministre ou d'un Préfet, l'Autorité de la concurrence pourra être consultée sur tout projet d'urbanisme commercial ou de sa révision, pour vérifier notamment

si ces derniers ne contiennent pas des clauses empêchant l'arrivée de nouveaux entrants dans une zone de chalandise, ayant pour effet de nuire à la concurrence.

Le projet de loi initial autorisait également le Rapporteur général à proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office de ces projets ou modifications de documents d'urbanisme commercial. Cette possibilité ne figure plus dans le texte adopté par l'Assemblée nationale quand bien même le rapport de la commission d'étude des effets de loi Macron, présidée par Madame Anne Perrot, souligne que cette faculté d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence constitue un élément important du dispositif et une condition de son efficacité.

### **L'information préalable obligatoire en cas de rapprochement de centrales d'achats ou de référencement**

Dans le contexte des rapprochements à l'achat, les députés ont adopté l'amendement n°1603 qui a pour objet d'introduire un mécanisme d'information préalable de l'Autorité de la concurrence sur les accords intervenant dans le secteur du commerce de détail entre les opérateurs du secteur ayant pour objet de négocier de manière groupée l'achat et/ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs.

Un nouvel article L. 462-10 serait ainsi intégré au sein du Code de commerce :

*« Art. L. 462-10. – Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs. »*

*Le premier alinéa s'applique lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties à l'accord excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État. »*

Il ne s'agit donc pas d'une notification au titre du contrôle des concentrations mais bien d'une simple information préalable de l'Autorité de la concurrence.

Il est bien évident qu'ils s'agit là d'un texte destiné à pouvoir appréhender les alliances de massification actuellement en cours d'examen par l'Autorité de la concurrence (voir communiqué de presse du 6 novembre 2014 [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=591&id\\_article=2447](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=591&id_article=2447)). Rappelons que cet avis est attendu pour fin mars.

## LES MODIFICATIONS ENVISAGÉES DES PROCÉDURES DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

### L'introduction d'une procédure de transaction

L'article 59 quinquies du projet de loi prévoit de substituer à la procédure de non-contestation des griefs, une procédure de transaction sur le modèle de celle déjà existante en droit de l'Union européenne.

L'article L. 464-2, III du Code de commerce serait ainsi modifié de la manière suivante :

*« III. – Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage à modifier son comportement, le rapporteur général peut en tenir compte dans la proposition de transaction qu'il lui soumet. Si, dans un délai fixé par le rapporteur général, l'organisme ou l'entreprise donne son accord à la proposition de transaction, le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence, qui entend l'entreprise ou l'organisme et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I dans le cadre prévu par la transaction. »*

Le Rapporteur général disposerait ainsi d'un véritable pouvoir de négociation du montant des sanctions et des engagements proposés ; nous nous inscrivons ici dans une logique très anglo-saxonne.

Cette procédure de transaction permettrait à l'entreprise qui décide de ne pas contester les manquements qui lui sont reprochés de connaître précisément le montant final de la sanction encourue, à la différence de la situation actuelle dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs. En effet, l'exposé des motifs du projet de loi souligne à juste titre que *« dans la pratique actuelle la négociation porte non pas sur un montant de réduction de la sanction en valeur absolue mais sur un pourcentage de réduction d'une sanction non connue et difficilement prévisible, les entreprises ne disposant d'aucune prévisibilité sur ce que sera le montant de la sanction prononcée »*. Le législateur attend donc de cette nouvelle procédure qu'elle incite davantage les entreprises à entrer en négociation avec l'Autorité de la concurrence qui, en retour, attend des gains procéduraux évidents.

Cependant, il convient de relever que la procédure de transaction ne conserve pas l'abaissement du plafond légal de la sanction tel qu'envisagé en cas de non-contestation des griefs.

### La simplification de la procédure de clémence

L'article 59 quinquies du projet de loi envisage de supprimer le deuxième tour de contradictoire, c'est-à-dire l'obligation d'établir un rapport, dans les procédures de clémence, à l'image de ce qui est prévu aujourd'hui pour la procédure de non-contestation des griefs.

En vertu de cette mesure de simplification procédurale, les débats devant l'Autorité de la concurrence seraient ainsi limités à un seul tour de contradictoire lorsque les parties mises en cause ont déposé une demande de clémence, et pour eux seuls, comme est venu le préciser l'amendement 2336. Le double tour de contradictoire restera indispensable pour les autres parties à la procédure qui n'ont pas engagé de procédure de clémence et entendent contester les griefs notifiés.

### L'extension des motifs de rejet de saisines contentieuses aux pratiques anticoncurrentielles locales

L'article 59 quater du projet de loi prévoit d'insérer un nouvel alinéa à l'article L. 462-8 du Code de commerce en vertu duquel l'Autorité de la concurrence pourrait rejeter une saisine contentieuse dans l'hypothèse où les pratiques invoquées seraient de dimension locale et susceptibles d'être traitées par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) dans les conditions de l'article L. 464-9 du Code de commerce.

Cette mesure a également pour objectif de simplifier et d'alléger les procédures contentieuses devant l'Autorité de la concurrence.

### Le renforcement des pouvoirs des enquêteurs : de plus en plus loin !

Les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, ou tout autre fonctionnaire habilité à procéder aux enquêtes de concurrence, pourraient à l'avenir accéder aux factures téléphoniques détaillées (couramment dénommées « fadettes ») pour mettre au jour l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.

L'article 59 ter du projet de loi prévoit en effet d'intégrer à l'article L. 450-3 du Code de commerce la disposition selon laquelle les agents mentionnés à l'article L. 450-1 du Code de commerce pourraient *« se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques »*.

en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie ».

## LES MODIFICATIONS ENVISAGÉES DES RÈGLES RELATIVES AU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : UNE CONTRÔLABILITÉ RENFORCÉE

### La modification des seuils dans les départements et régions d'outre-mer

L'article 59 bis du projet de loi modifie le troisième alinéa de l'article L. 430-2, III du Code de commerce relatif au second seuil de contrôlabilité des opérations de concentration dans les départements et régions d'outre-mer.

Désormais, il conviendrait pour apprécier ce seuil de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé individuellement par les entreprises concernées dans l'ensemble des départements et collectivités d'outre-mer et non plus dans chacun de ces départements pris isolément.

L'objectif du législateur est une nouvelle fois d'abaisser le seuil de contrôlabilité de ces opérations. Pour mémoire, ce seuil a déjà été récemment modifié, d'une part, par la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 qui avait introduit un seuil spécifique pour le commerce de détail et, d'autre part, par la loi n°2012-1270 dite « Loi Lurel » du 20 novembre 2012 qui avait abaissé le second seuil à 5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail.

### L'octroi d'une dérogation sous d'éventuelles conditions

En application de l'article L. 430-4 du Code de commerce, la réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord de l'Autorité de la concurrence (ou dans certains cas celui du Ministre chargé de l'Économie). En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de la concentration sans attendre cet accord.

L'article 59 bis du projet de loi prévoit que « l'octroi de cette dérogation peut être assorti de conditions » puis ajoute que cette dérogation « est caduque d'office si, dans un délai de trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'Autorité de la concurrence n'a pas reçu la notification complète de l'opération ».

Le projet de loi réalise ainsi sur ce point l'harmonisation du contrôle national des concentrations

avec le règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises qui prévoit également à l'article 7, paragraphe 3 que « cette dérogation peut être assortie de conditions et de charges destinées à assurer des conditions de concurrence effectives ».

### L'introduction d'un mécanisme dit « stop the clock » ou « arrêt des pendules » en phase 1

Un nouvel alinéa rédigé comme suit serait inséré après le deuxième alinéa du II de l'article L. 430-5 du Code de commerce :

*« L'Autorité de la concurrence peut suspendre le délai mentionné au I lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer d'un fait nouveau dès sa survenance ou de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié sa suspension. »*

Actuellement, l'Autorité de la concurrence a la faculté de suspendre les délais uniquement en phase 2. Elle pourrait désormais prendre l'initiative d'« arrêter les pendules » dès la phase 1. Cette mesure illustre une nouvelle fois la volonté d'harmonisation entre procédure nationale et européenne de contrôle des concentrations.

### Extension de la durée de la procédure en phase 2

Le projet de loi envisage de modifier l'article L. 430-7, II du Code de commerce de la manière suivante :

*« (...)II. - Après avoir pris connaissance de l'ouverture d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. **S'ils Lorsque des engagements, y compris toute modification apportée à ceux-ci, sont transmis à l'Autorité de la concurrence moins de vingt jours ouvrés avant la fin du délai mentionné au I, celui-ci expire vingt jours ouvrés après la date de réception des engagements leur réception, dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi.** »*

Cette modification a pour objectif de donner la possibilité à l'Autorité de la concurrence de bénéficier d'un délai supplémentaire d'examen, non seulement lorsque des engagements lui sont transmis moins de 20 jours ouvrés avant la fin du délai de 65 jours ouvrés fixé pour prendre une décision mais aussi lorsque des modifications sont apportées à ces engagements.

Toutefois, faut-il en conclure que toute modification, même non substantielle, apportée aux engagements dans le délai envisagé, est susceptible de prolonger le délai d'instruction de l'opération ? Il serait bienvenu que le Sénat apporte une précision sur ce point.

### **La sanction par l'Autorité du non-respect des engagements, injonctions ou prescriptions**

En cas de non-respect par les parties des engagements ou injonctions ou prescriptions figurant dans la décision de l'Autorité (et non plus dans celle du Ministre ayant statué sur l'opération), l'article L. 430-8 du Code de commerce, dans sa nouvelle rédaction, donnerait à l'Autorité de la concurrence la possibilité d'enjoindre aux parties de nouvelles prescriptions ou injonctions qui viendraient alors se substituer aux précédentes mesures non respectées.

En outre, un nouvel alinéa préciserait que, lorsque les mesures correctives qui n'ont pas été respectées résultent d'une décision du Ministre en application de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce, l'Autorité n'a plus compétence pour retirer sa décision en cas de décision modificative du Ministre, ce dernier pouvant alors prendre seul des injonctions ou prescriptions nouvelles.

### **La compétence élargie du Président de l'Autorité de la concurrence**

L'article 59 du projet de loi prévoit de modifier le dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce dans les termes suivants :

« [...] Le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues à l'article L. 462-8, ainsi que celles prévues aux articles L. 464-2 à L. 464-6 quand elles visent des faits dont l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en application du quatrième alinéa de l'article L. 464-9. Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues à l'article L. 430-5, **des décisions de révision des mesures mentionnées au III et IV de l'article L 430-7 ou des décisions nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures.** »

Ainsi, le Président de l'Autorité de la concurrence serait habilité à prendre seul les mesures de révision ou de mise en œuvre des engagements ou injonctions de phase 2. Actuellement, ces mesures sont adoptées à la suite d'une délibération et d'une décision collégiale.

### **L'ENCADREMENT DES CONTRATS ENTRE MAGASINS AFFILIÉS ET ENSEIGNES**

L'article 10 A du projet de loi complète le livre III du Code de commerce par un titre IV intitulé « Des réseaux

de distribution commerciale » qui a pour objet d'encadrer les modalités de rattachement des magasins de commerce de détail à un réseau.

- Le texte prévoit que tous les contrats entre les magasins et leur tête de réseau (contrats d'approvisionnement, d'enseigne, ou marketing, à l'exclusion des baux commerciaux) prennent fin à la même date et fixe à neuf années la durée maximale de tous ces contrats, lesquels sont insusceptibles de renouvellement par tacite reconduction. À cela s'ajoute la précision selon laquelle la résiliation de l'un de ces contrats entraîne la résiliation des autres.

Cet encadrement contractuel qui touche de plein fouet la franchise est le résultat de l'adoption par les députés de l'amendement n°1681 du Président de la Commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale, Monsieur François Brottes. Cet amendement fixait initialement la durée maximale des contrats à 6 ans.

Ce dispositif fait écho aux recommandations de l'Autorité de la concurrence dans son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 qui dénonçait les verrous que certaines enseignes insèrent dans leurs contrats pour empêcher un magasin, en théorie indépendant, de quitter le réseau et la centrale d'achats. L'Autorité de la concurrence avait ainsi constaté qu'il était très difficile à un opérateur d'implanter un nouveau magasin dans une zone de chalandise car les magasins affiliés étaient « *captifs de l'enseigne qui les regroupe* ». En facilitant les changements d'enseigne, la volonté des députés et de l'Autorité de la concurrence est donc de renforcer la concurrence entre les centrales d'achat, au bénéfice des prix bas.

Les indépendants craignent toutefois, à juste titre, que cette mesure fragilise le modèle coopératif en rendant risqué tout investissement dans les magasins et dans les structures centrales.

Le texte prévoit qu'un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, définira les seuils de chiffres d'affaires en deçà desquels cette nouvelle mesure ne trouvera pas à s'appliquer. Lors des débats, le Ministre de l'Économie a indiqué que ce dispositif d'encadrement des contrats entre magasins affiliés et enseignes sera limité aux magasins réalisant plus de 50 millions d'euros de chiffre d'affaires annuel.

En outre, le II de l'article 10 A indique que ce dispositif d'encadrement s'appliquera à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date de promulgation de la loi s'agissant des contrats en cours dont la durée restant à courir est supérieure à six ans à la même date et s'appliquera quatre ans après la promulgation de la loi aux contrats dont la durée restant à courir est inférieure à six ans à la date de cette promulgation.

- Par ailleurs, le projet de loi Macron envisage d'interdire dans ces mêmes contrats entre les magasins et leur tête de réseau toute clause de non-concurrence post-contractuelle.

L'article 10-A prévoit ainsi l'introduction, dans le code de commerce, d'un nouvel article L. 341-2 visant à interdire, dans les contrats liant l'exploitant d'un point de vente à un réseau de distribution commerciale, *« toute clause ayant pour effet (...) de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant (...) »*.

La formule retenue, très large, vise ainsi à ce que soit réputée non écrite toute clause de non-concurrence post-contractuelle et ses dérivés, notamment les clauses de non-réaffiliation, contenue dans tout contrat liant l'exploitant d'au moins un commerce de détail à une société tête de réseau, quel que soit le type de réseau en cause, en ce compris les réseaux de franchise.

La question de la légitimité de ces clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation n'est pas nouvelle. Dans le secteur de la distribution alimentaire, ces clauses ont d'ores et déjà été mises à mal, tant par l'Autorité de la concurrence que par la Cour d'appel de Paris.

Dans son avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et aux modalités d'acquisition du foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, l'Autorité de la concurrence annonçait ainsi clairement sa position :

*« En présence d'obstacles importants à la création de nouveaux magasins, l'une des réponses possibles à la concentration excessive des zones de chalandise réside dans la faculté que pourraient avoir des opérateurs concurrents d'attirer dans leurs réseaux des magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution concurrents. (...) »*

*De la même façon, la mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution pourrait supporter l'entrée d'un groupe de distribution étranger, à même d'intensifier la concurrence sur le marché national et d'atténuer la concentration des centrales d'achat. (...) »*

*Seuls des gains d'efficience suffisamment significatifs, en termes de transfert de savoir-faire ou d'incitation à l'investissement par exemple, pourraient alors contrebalancer ces effets restrictifs de concurrence ».*

L'Autorité de la concurrence rappelait ainsi, dans son avis, que les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation devaient être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent, à savoir notamment la protection du savoir-faire de la tête de réseau.

Or, l'Autorité de la concurrence a estimé que, dans le secteur de la distribution alimentaire, la majeure partie du savoir-faire des têtes de réseau n'avait pas à être protégé par des clauses de non-réaffiliation dans la mesure où il était soit observable en magasin (assortiment, plan d'implantation des produits...), soit commun à toutes les enseignes (gestion financière, implantation des magasins) et n'avait donc aucun caractère secret.

Quant à la part – minime – du savoir-faire constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents (la politique de promotion notamment), elle n'était pas directement transmise aux membres du réseau de distribution et n'était donc pas susceptible de faire l'objet d'un transfert de savoir-faire en cas de changement d'enseigne.

L'Autorité de la concurrence concluait donc que *« la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés ne rempliss[ai]ent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence »*.

La Cour d'appel de Paris, reprenant à son compte les développements de l'Autorité de la concurrence, a annulé, dans deux arrêts des 6 mars et 3 avril 2013 (le second ayant été confirmé par la Cour de cassation le 16 septembre 2014), les clauses de non-réaffiliation contenues dans les contrats Carrefour.

Par ailleurs, le législateur s'est également emparé de la question, comme l'y invitait d'ailleurs l'Autorité de la concurrence en conclusion de son avis n°10-A-26.

Le projet de loi Lefebvre n°3508 déposé le 1<sup>er</sup> juin 2011, finalement abandonné, prévoyait ainsi l'introduction, dans le code de commerce, d'un article très similaire à l'article L. 341-2 proposé par le projet de Loi Macron, à la différence qu'il ne visait que l'*« activité de commerce de détail non spécialisé en libre-service et dont le chiffre d'affaires hors taxes, hors carburant, provient pour plus du tiers de la vente de produits alimentaires »*.

Le projet de Loi Macron a supprimé cette référence au commerce de détail alimentaire pour étendre l'interdiction des clauses de non-concurrence post-contractuelles et de non-réaffiliation à l'ensemble des domaines d'activité.

Or, il n'est pas du tout certain que le raisonnement de l'Autorité de la concurrence s'agissant de l'absence de savoir-faire protégeable dans le secteur de la distribution alimentaire puisse s'étendre à tous les secteurs d'activité, bien au contraire !

Rappelons en effet que l'essence même du contrat de franchise est la transmission d'un savoir-faire secret, substantiel et identifié qu'il paraît légitime de protéger et ce, tant dans l'intérêt du franchiseur que des franchisés.

Interdire *per se* toute clause de non-concurrence post-contractuelle ou de non-réaffiliation dans les contrats d'affiliation à une enseigne reviendrait ainsi à remettre en cause le principe même de la franchise !

Il convient toutefois de noter que le Ministre s'est engagé à faire procéder à une étude d'impact sur cette question avant de soumettre son Projet de Loi au Sénat.

En tout état de cause, l'interdiction des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation ne devrait concerner que les têtes de réseau réalisant un certain niveau de chiffre d'affaires. Dans le cadre des débats à l'Assemblée Nationale, Monsieur Emmanuel Macron a précisé que ce seuil devrait être fixé « *aux environs de 50 millions d'euros* ». Affaire à suivre donc...

## **LES AJUSTEMENTS ENVISAGÉS À LA LOI HAMON EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION COMMERCIALE**

### **L'exclusion des grossistes de l'article L. 441-7 du Code de commerce dans leurs relations amont avec les fournisseurs : une réforme importante du Code de commerce aux enjeux sensibles dans les relations B to B !**

Deux amendements identiques (n°336 rectifié et 1104 rectifié) portés par des députés de l'opposition et Monsieur Hammadi, président de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), ont été adoptés afin d'exclure les grossistes du champ d'application de l'article L. 441-7 du Code de commerce et donc de l'obligation de formaliser chaque année dans une convention cadre ou unique les résultats de leurs négociations avec leurs fournisseurs.

Pour ce faire, toutes les occurrences des termes « *ou le prestataire de services* » sont remplacées dans le nouvel article par les termes « *de commerce de détail* ». En conséquence, le premier alinéa du futur article L. 441-7 I du Code de commerce pourrait être rédigé de la manière suivante :

« *Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services de commerce de détail indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale* ».

Les grossistes estiment, en effet, que cette obligation de formalisation annuelle des négociations commerciales ne correspond pas à leur activité qui est marquée

par des ajustements de prix et des négociations qui s'opèrent à plusieurs reprises en l'espace d'un an.

L'article L. 441-7, I du Code de commerce serait complété d'un article I bis précisant ce qu'il convient d'entendre par la notion de « distributeur de commerce de détail » :

« *Au sens du I, la notion de distributeur de commerce de détail s'entend du distributeur effectuant pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique, ou de la centrale d'achat ou de référencement d'entreprises de ce distributeur* ».

Lors de débats, le Ministre de l'Économie a estimé toutefois que cette définition est « *trop imprécise* » en ce qu'elle exclut « *les opérateurs intermédiaires, qui ne sont pas forcément de petits grossistes* », faisant référence, notamment, aux opérateurs de la consommation hors domicile. Le gouvernement a ainsi émis un avis défavorable sur cet amendement qui reviendrait, selon lui, à créer deux régimes juridiques distincts entre les grossistes et les centrales d'achat.

Une question : les opérateurs de *cash and carry* qui jouent également un rôle de négociants grossistes se retrouveraient de fait exclus de la formalisation de la négociation annuelle avec leurs fournisseurs ; est-ce logique ? Ne peut-on pas craindre des débordements à cet égard car ces opérateurs sont très proches des GSA ?

### **L'élargissement du champ d'application de l'article L. 441-8 du Code de commerce aux contrats de MDD**

Suite à l'adoption de l'amendement de Madame la députée Annick Le Loch, l'article 10 C du projet de loi prévoit que l'article L. 441-8 du Code de commerce, lequel impose une clause de renégociation du prix convenu dans les contrats de vente de plus de trois mois portant sur certains produits, « *n'est pas applicable lorsque le contrat ne comporte pas d'engagement sur le prix d'une durée d'au moins trois mois* ».

Autrement dit, pour les marchés disposant déjà de mesures compensatoires, comme le marché au cadran du porc ou la cotation régionale du bœuf cités à titre d'exemple par l'auteur de l'amendement, les opérateurs ne seraient plus dans l'obligation d'insérer une telle clause de renégociation.

En revanche, ce même amendement inclut dans le champ d'application de ce même article les contrats de marques distributeurs (MDD), définis comme les « *contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur [...]* ».

## La modification des délais de paiement prévus à l'article L. 441-6 du Code de commerce : simplification ou complexification ?

L'article 11 quinquies du projet de loi envisage de réécrire une nouvelle fois les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce relatives aux délais de paiement.

Les députés ont en effet adopté l'amendement n°2945 présenté par le gouvernement qui a pour objet d'apporter à la loi quelques ajustements afin de parfaire la transposition de la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les relations commerciales.

Les délais de droit commun du neuvième alinéa de l'article L. 441-6 du Code de commerce seraient formulés de telle manière :

*« Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Par dérogation, un délai maximal de quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture peut être convenu entre les parties, sous réserve que ce délai soit expressément stipulé par contrat et qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier. »*

Ainsi, conformément aux termes de la directive, le délai de 60 jours apparaît comme le plafond légal de principe, le délai de 45 jours fin de mois étant présenté comme une dérogation.

Cependant, une question demeure, de quelle manière computer le délai de 45 jours fin de mois ? Actuellement, il existe une option : soit 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, la limite de paiement intervenant à la fin du mois civil au cours duquel expirent ces 45 jours, soit 45 jours à compter de la fin du mois d'émission de la facture.

Faut-il en conclure que la précision apportée par le projet de loi Macron selon laquelle le délai de 45 jours fin de mois se calcule à partir « de la date d'émission de la facture » met un terme à la seconde branche de cette option ? On peut raisonnablement répondre par l'affirmative.

En outre, il convient de noter que le texte réintègre la notion d'« abus manifeste à l'égard du créancier », laquelle avait été supprimée du Code de commerce par la loi Hamon. Nous avons démontré dans un précédent article paru dans la Lettre du Cabinet que cette disparition contrevenait au droit de l'Union européenne (cf. « Loi Hamon : quelle sanction en cas de non-respect du délai de paiement convenu inférieur

aux plafonds légaux ? » – Lettre du Cabinet septembre-octobre 2014).

Par ailleurs, pour les ventes de produits ou les prestations de service relevant de secteurs dont l'activité présente un caractère saisonnier particulièrement marqué, l'article 11 quinquies du projet de loi prévoit qu'un délai maximal de paiement de 90 jours serait autorisé sous réserve que ce délai dérogatoire soit expressément stipulé dans le contrat et ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

Pour mémoire, l'article 121-III de la loi n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives avait prévu la possibilité pour certains secteurs particuliers, remplissant certaines conditions fixées par la loi, de déroger de manière temporaire au plafonnement des délais de paiement convenus défini à l'article L. 441-6 du code de commerce. Cinq secteurs bénéficient actuellement de ces dérogations par décret : le secteur du jouet, des articles de sport, de la bijouterie-horlogerie, des agroéquipements et du cuir.

## L'augmentation de la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence : une révolution de palais

L'adoption de l'amendement n°1148 présenté par Monsieur Razzy Hammadi vient modifier l'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, laquelle serait désormais fixée à 5% du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées en lieu et place de l'amende actuelle d'un montant de deux millions d'euros maximum, laquelle, rappelons-le, peut tout de même être portée au triple du montant des sommes indûment versées.

Il s'agit pour l'auteur de l'amendement de rendre pleinement dissuasive la sanction en cas de pratiques restrictives de concurrence et de traduire dans la loi une proposition du rapport « Hagelsteen » de 2008.

Sans nul doute, cet alignement sur les sanctions prévues en droit des pratiques anticoncurrentielles fera bondir significativement le montant des amendes prononcées.

Les sénateurs de l'opposition ont d'ores et déjà déclaré vouloir remettre à plat le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Qu'en sera-t-il alors notamment du dispositif d'injonction structurelle ou de l'encadrement des contrats entre magasins et tête de réseau, mesures emblématiques mais tant contestées ? Réponse fin avril / début mai !

# Faute de caractériser un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, [www.vente-privee.com](http://www.vente-privee.com) n'a pas commis d'abus de position dominante Aut. conc. déc. n°14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne

Par Guillaume Mallen

La décision n°14-D-18 rendue par l'Autorité de la concurrence est doublement intéressante. D'une part, elle est une nouvelle illustration de l'applicabilité du droit de la concurrence aux pratiques contractuelles abusives entre professionnels<sup>1</sup>. D'autre part, et c'est sans doute sur ce point qu'elle revêt son plus grand intérêt, elle apporte une analyse fouillée du secteur de la vente événementielle en ligne (dite aussi « *vente privée en ligne* »).

La vente événementielle est désormais devenue incontournable dans le cybercommerce et revêt un intérêt tant pour les grandes marques – qui parviennent ainsi à écouler leurs stocks d'invendus (on parle alors de « *déstockage* ») – que pour les consommateurs qui profitent d'offres alléchantes sur des produits de forte notoriété en bénéficiant de réductions significatives.

En l'espèce, les faits concernaient le précurseur de la vente événementielle en ligne : la société Vente-Privée.com, très active sur la toile depuis sa création en 2001. Connaissant une croissance exponentielle, le système mis en place par Vente-Privée.com a rapidement été reproduit par d'autres opérateurs concurrents proposant, peu ou prou, un système de vente analogue. Afin de protéger sa position sur le marché, Vente-Privée.com n'a pas tardé à insérer des clauses d'exclusivité et/ou de non-concurrence dans les contrats avec ses fournisseurs.

Dans cette affaire, la saisissante, la société Brandalley, opérant également dans le secteur de la vente sur internet, avait saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Vente-Privée.com qu'elle estimait contraires à l'article L. 420-2, alinéa 1 du Code de commerce et 102 TFUE lesquels prohibent l'abus de position dominante. Selon elle, Vente-privée.com aurait abusé de sa « position dominante » sur le marché français de la vente événementielle en ligne en contractant avec ses fournisseurs des clauses d'exclusivité et de non-concurrence leur interdisant, pour une durée injustifiée, de passer par un site de vente événementielle en ligne concurrent. Selon elle, une telle pratique était constitutive d'un abus

de position dominante ayant eu pour objet et pour effet de conforter la position de Vente-Privée.com en rendant artificiellement plus difficile l'entrée et le développement d'entreprises concurrentes sur ce marché **entre fin 2005 et 2011**.

Dans une décision de 25 pages, l'Autorité de la concurrence fait preuve de grande pertinence dans l'analyse du secteur concerné. Elle revient, notamment, sur la notion de déstockage, l'une des caractéristiques fondamentales de la vente événementielle en ligne, permettant aux fabricants d'écouler leurs stocks de produits neufs, issus de collections précédentes et n'ayant pas trouvé preneur lors de leur première mise en vente dans les réseaux traditionnels<sup>2</sup>. Elle insiste aussi sur le caractère récent de la vente événementielle en ligne et procède à un descriptif soigneux des différents acteurs intervenant dans ce domaine ainsi que des fournisseurs qui contractent avec eux<sup>3</sup>.

Le point crucial de la décision résidait dans la détermination du marché pertinent de la vente événementielle en ligne et d'une possible sanction des pratiques d'exclusivité insérées dans les contrats entre Vente-Privée.com et ses fournisseurs. Or, à défaut de déterminer un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, il était impossible pour l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur la possible détention par Vente-Privée.com d'une « position dominante ». Malgré cette recherche infructueuse rendant vaine toute sanction des clauses d'exclusivités litigieuses, l'Autorité de la concurrence livre néanmoins et de façon surprenante son ressenti sur ces clauses.

1. Sur la problématique des pratiques contractuelles abusives et l'application du droit de la concurrence : A. Cathiard, L'abus dans les contrats conclus entre les professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat, PUAM, 2006 ; A.-S. Choné, Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence, Economica, 2011 ; G. Mallen, L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence : Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles, Collection Logiques Juridiques, L'Harmattan, 2014.

2. Point 6.

3. V. Points 8 à 34.

## LA RECHERCHE INFRUCTUEUSE DU MARCHÉ PERTINENT DE LA VENTE ÉVÉNEMENTIELLE EN LIGNE ET L'IMPOSSIBLE DÉTENTION PAR VENTE-PRIVÉE.COM D'UNE POSITION DOMINANTE SUR CE MARCHÉ

La détention par une entreprise d'une « position dominante » sur un marché de référence est une condition impérative pour que les autorités de concurrence puissent valablement qualifier un abus de position dominante au sens des articles L. 420-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce et 102 TFUE.

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a donc suivi cette méthodologie afin de déterminer le marché de référence de la société Vente-Privée.com et la position qu'elle y occupe. De façon classique, l'Autorité de la concurrence a procédé à une recherche en deux temps en déterminant le marché géographique, d'une part, et le marché de produits, d'autre part.

Si la détermination du marché géographique (en l'espèce, le marché français métropolitain) ne suscitait pas de questionnement particulier, le marché de produits était plus délicat.

Au soutien de la thèse selon laquelle le marché de produits serait celui de la vente événementielle en ligne, la notification des griefs et le Rapport s'étaient appuyés sur les déclarations de Vente-Privée.com et sur les contrats qui la liaient à ses fournisseurs. Sur la base de ces éléments, il était mis en avant que Vente-Privée.com avait créé un nouveau mode de distribution des stocks sur la base d'un concept innovant, différent des autres canaux de déstockage habituels. Ainsi, la notification des griefs et le Rapport en concluaient que le marché de la vente événementielle en ligne se distinguait des autres canaux de déstockage, tant physiques qu'en ligne, par plusieurs spécificités :

- **Un niveau de prix très attractif** (décotes pouvant aller jusqu'à 70 % par rapport au prix du usuel du produit) ;
- **Le caractère confidentiel de la vente** (les ventes événementielles en ligne ne feraient l'objet d'aucune publicité auprès du grand public et ne seraient accessibles qu'à un club de membres, permettant ainsi de protéger les marques des risques de parasitisme et de cannibalisation qu'un déstockage pourrait générer sur leur réseau de distribution) ;

- **Une logique d'achats d'impulsion de la part des consommateurs** (la motivation des achats lors d'une vente événementielle serait bien distincte de celles des achats dans des magasins traditionnels, physiques ou virtuels, qui répondraient plus fréquemment à un besoin identifié et réfléchi) ;
- **Un positionnement haut de gamme** (la vente événementielle en ligne véhicule une image « *haut de gamme* » tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs comparativement aux ventes événementielles ou non en magasins physiques) ;
- **Un stock de produits plus large** (comparativement aux volumes et gammes de produits proposés par les magasins physiques de déstockage).

Malgré une argumentation fouillée, l'Autorité de la concurrence ne s'est pas laissée convaincre par ces différentes spécificités et a considéré que d'autres canaux de déstockage, tout aussi efficaces, présentaient des caractéristiques similaires :

- **Le niveau attractif des prix n'est pas un argument pertinent** car s'il est vrai que les décotes sont importantes dans la vente événementielle en ligne, elles se retrouvent de façon équivalente dans les magasins d'usine, les solderies, les magasins dégriffés, certaines enseignes physiques de ventes privées, les magasins traditionnels, les sites « *discount* », les catalogues VPC... Dès lors, ces autres configurations montrent que le consommateur peut trouver des produits de marque à prix discount par le biais d'autres canaux ;
- **L'argument du caractère confidentiel de la vente doit être « relativisé »**. À cet égard, l'Autorité de la concurrence relève que désormais « *les sites de ventes événementielles en lignes comptent plusieurs millions de membres*<sup>5</sup> » et qu'il n'existe plus « *de conditions de parrainage pour devenir membre et pouvoir ainsi accéder aux ventes organisées*<sup>6</sup> ». Le système n'est plus aussi fermé que par le passé, de sorte qu'une inscription est possible pour tout internaute dès lors qu'il dispose d'une adresse e-mail. En outre, le critère de la confidentialité de la vente se retrouve également dans certains canaux physiques de déstockage tels que certaines enseignes physiques de ventes privées qui restreignent l'accès de leurs ventes ;

4. Point 107.

5. Point 107.

6. Point 107

- **La logique de « l'achat d'impulsion » doit également être édulcorée.** À cet égard, l'Autorité de la concurrence note, par exemple, que le taux d'abandon des paniers est très élevé (presque 60 %). En outre, seulement 30 % des clients de Vente-Privée.com affirment ne jamais comparer les prix avec ceux d'autres sites, catalogues ou magasins. Une telle logique de comparaison se couple mal avec la notion d'achat d'impulsion !
- **Le positionnement « haut de gamme » n'est pas l'apanage exclusif de la vente événementielle en ligne.** D'autres canaux de déstockage, tels que les enseignes physiques de ventes privées, les magasins d'usine ou les centres de marques entretiennent leur image et proposent des produits de marque de forte notoriété, positionnés sur le moyen/haut de gamme et le haut de gamme/luxe ;
- **Enfin, l'argument de la profondeur et de la largeur du stock qui serait plus important dans la vente événementielle en ligne que dans les autres canaux de déstockage** est rejeté par l'Autorité de la concurrence. Elle précise, à ce sujet, que les magasins physiques de déstockage ont une grande capacité d'écoulement des stocks invendus et que les enseignes classiques avec « offre de déstockage », les réseaux de magasins de déstockage et les magasins d'usine représentent, en valeur, un important canal d'écoulement des invendus.

Sur la base de ces éléments, l'Autorité de la concurrence en a conclu que « s'il est utile de partir des caractéristiques et spécificités des produits en cause pour déterminer les contours d'un marché pertinent, **on ne peut toutefois s'arrêter à ces seuls éléments**. En effet, l'analyse des caractéristiques et spécificités des produits en cause ne permet pas d'apprécier à elle seule la substituabilité des produits et l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix<sup>7</sup> ».

De plus, d'autres canaux de distribution de produits de déstockage (magasins ou dépôts d'usine, magasins physiques avec espace « déstockage », réseaux physiques de déstockage, showrooms physiques, sites de e-commerce qui proposent une offre de produits déstockés et sites de vente par correspondance qui proposent une offre dédiée au déstockage) **sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne.**

Par conséquent, pour la période visée (2005/2011), l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne tel que délimité dans la notification des griefs n'est pas établie<sup>8</sup>.

L'évidence aurait voulu que la décision de l'Autorité de la concurrence s'arrête ici. Faute de démontrer un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, la caractérisation d'une quelconque position dominante de Vente-privée.com est impossible. L'appréhension des pratiques d'exclusivité abusives alléguées par la société Brandalley devenait alors inopérante. Or, de façon surprenante, l'Autorité de la concurrence a poursuivi sa réflexion en procédant à des développements qui – sans remettre en cause le non-lieu – ont le mérite de livrer son sentiment sur les clauses litigieuses.

### LA SURPRENANTE REFLEXION AUTOUR DES STIPULATIONS CONTRACTUELLES LITIGIEUSES

Tout d'abord, l'Autorité de la concurrence a tenu à rappeler que des clauses d'exclusivité de distribution ou d'achat **ne sont pas anticoncurrentielles en elles-mêmes** et que leur effet restrictif dépendait de nombreux facteurs : le champ et la portée de l'exclusivité, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause, ou encore celle des clients ou des fournisseurs.

Les observations émises par l'Autorité de la concurrence concernant les stipulations litigieuses doivent être reliées à ses développements précédents concernant l'analyse des relations contractuelles entre Vente-Privée.com et ses fournisseurs.

En effet, trois schémas contractuels sont utilisés par Vente-Privée.com avec ses partenaires fournisseurs :

- ➔ Les contrats de commercialisation (c'est-à-dire des contrats d'achat conditionnel avec les fournisseurs de Vente Privée.com par lesquels elle n'acquiert les produits auprès des fournisseurs que lorsqu'ils sont achetés par ses membres dans le cadre d'une vente événementielle). Ces contrats peuvent être déclinés selon plusieurs modalités et contiennent une clause d'exclusivité<sup>9</sup> ;

7. Point 112.

8. Nous noterons que l'Autorité de la concurrence (point 115) est prudente dans sa conclusion en considérant que « ce constat s'impose uniquement pour la période visée par le grief notifié (2005-2011). Les caractéristiques et les spécificités de la vente événementielle en ligne ayant évolué au cours de la période, notamment avec l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage, les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, sont susceptibles d'avoir évolué. Dès lors, il n'est plus concevable, à ce jour, d'analyser la substituabilité du côté de la demande pour la période visée par le grief notifié. En effet, la perception contemporaine qu'ont les acteurs du marché sur les possibilités de substitution qui leur étaient offertes ou qu'ils considéraient comme telles il y a près d'une décennie ne pourrait être considérée aujourd'hui comme suffisamment fiable ». Cela signifie que les éléments sur lesquels se sont basés les services de l'instruction (enquêtes et sondages réalisés avant 2011, par exemple) ne sont plus fiables pour apprécier les possibilités de substitution du côté de la demande. L'Autorité a préféré prononcer un non-lieu plutôt que de renvoyer l'affaire à l'instruction. Il en irait probablement autrement aujourd'hui !

9. Point 43.

- Les contrats Privilège (c'est-à-dire des contrats d'achat conditionnel par lesquels le fournisseur bénéficie de dix avantages commerciaux, en contrepartie de quoi il s'engage à l'égard de Vente-Privée.com au titre d'un engagement d'exclusivité et de non-concurrence).
- Les contrats Cash (c'est-à-dire des contrats d'achat ferme par lesquels Vente-privée.com acquiert la totalité des marchandises auprès du fournisseur et endosse alors la gestion des stocks et les coûts afférents. Ces contrats ne contiennent pas de clauses d'exclusivité).

Tout en précisant qu'il n'est pas « désormais nécessaire d'analyser l'effet anticoncurrentiel des clauses litigieuses au titres des articles 102 du TFUE et L.420-2 du Code de commerce<sup>10</sup> », l'Autorité a néanmoins relevé que certaines clauses d'exclusivité insérées dans les contrats (notamment, de « commercialisation ») **avaient retenu son attention**. Plus précisément, elle a considéré que la rédaction de certaines clauses était trop approximative et que leur durée pouvait s'avérer problématique.

#### → Une rédaction approximative des clauses d'exclusivité

Le premier problème relevé par l'Autorité de la concurrence dans l'analyse des contrats réside dans la rédaction ambiguë de la stipulation même d'exclusivité. Ainsi, dans les contrats de commercialisation, le fournisseur s'engage à ne pas vendre **ses produits** à d'autres sites web marchands dont la configuration serait identique ou similaire à celle de Vente-Privée.com.

Comme l'a relevé avec justesse l'Autorité de la concurrence, la portée de cette clause a laissé place à une grande disparité d'interprétation. Certains fournisseurs ont, par exemple, interprété très largement la stipulation en considérant qu'elle incluait l'ensemble de leurs produits « fin de série » **et se considéraient donc contractuellement tenus de ne pas s'adresser aux concurrents de Vente-Privée.com pour écouler d'autres lots disponibles, des produits non listés dans le contrat de commercialisation, des produits écartés de la vente par Vente-Privée.com ou même des produits invendus à l'issue de la vente événementielle**.

À l'inverse, Vente-Privée.com estimait que l'exclusivité devait s'entendre étroitement, étant strictement limitée aux produits objets de la vente répertoriés dans le contrat. Selon elle, « les offres des sites concurrents étaient accessibles aux fournisseurs pour écouler

toutes autres marchandises, dès lors que ces produits pouvaient être distingués de ceux spécifiés dans le contrat conclu avec le fournisseur au titre de l'objet de la vente, et alors même qu'ils pouvaient présenter des caractéristiques identiques<sup>11</sup> ».

#### → Ce conflit d'interprétation montre à quel point une technique contractuelle assurée est capitale pour assurer la pérennité des conventions et éviter toute altération de la volonté des parties durant l'exécution des conventions. Une exigence soutenue doit être apportée à la rédaction des clauses, qui plus est lorsqu'il s'agit d'exclusivités, stipulations contractuelles sensibles en droit de la concurrence !

Sur ce point, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'interprétation restrictive de la clause d'exclusivité prônée par Vente-Privée.com **[dite « clause de partenariat »]** avait l'inconvénient de prolonger, postérieurement à la réalisation de la vente événementielle, les effets d'une autre clause contenue dans le contrat de commercialisation **[dite de « réservation de marchandises »]** par laquelle le fournisseur s'engage à ce que les produits, objets de la vente, soient à compter de la signature du contrat, indisponibles à la vente pour tout tiers, tant que le délai durant lequel Vente-Privée.com peut les acquérir n'est pas expiré, soit jusqu'à deux jours après la réalisation effective de la vente événementielle. Dès lors, l'Autorité de la concurrence en conclut que si la clause de « réservation de marchandises » « peut apparaître justifiée pour la bonne exécution du contrat, en revanche des interrogations subsistent au sujet de la clause de partenariat qui prolonge l'interdiction faite aux fournisseurs de s'adresser à la concurrence<sup>12</sup> ».

Sans approfondir plus amplement son raisonnement, l'Autorité de la concurrence a tenu à souligner l'effet pervers que peut générer **l'application concomitante de deux stipulations contractuelles**. En l'espèce, la clause de réservation de marchandises permettait déjà à Vente-Privée.com de neutraliser toute concurrence pour les fournisseurs. Dès lors, l'application supplémentaire de la clause de partenariat – au regard, notamment, de l'interprétation large qui en était faite par les fournisseurs – avait vocation à restreindre encore plus leur possibilité d'écoulement de stocks et ce, au bénéfice de Vente-Privée.com.

#### → La durée problématique des clauses d'exclusivité

L'Autorité de la concurrence a également relevé que les clauses d'exclusivité étaient pourvues d'une durée

10. Point 118.

11. Point 121

12. Point 124

problématique. Plus précisément, il a été observé que la durée moyenne des contrats d'exclusivité souscrits par les fournisseurs était majoritairement supérieure à six mois en 2007 et 2008 et majoritairement supérieure à quatre mois pour la période 2009-2011.

→ **Quelle que soit l'année considérée, la durée des clauses est systématiquement supérieure à la période couvrant la vente et la gestion du retour des invendus, soit seize semaines !**

L'autorité interne de contrôle a donc invité à la prudence en précisant que :

*« la durée des clauses d'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur, **à plus forte raison lorsqu'il existe déjà dans le contrat une clause réservant la marchandise et interdisant au fournisseur de vendre ses produits à des tiers pendant les deux jours qui suivent la vente effective** ».*

D'ailleurs, la conclusion de l'Autorité de la concurrence sur ce point fait œuvre de recommandation aux entreprises : « Inséré dans les contrats conclus par une entreprise qui serait en situation de domination sur le marché, **ce type de clause pourrait être susceptible de constituer un abus**<sup>13</sup> ».

Si l'Autorité de la concurrence n'a pu valablement procéder à une condamnation de ces stipulations sur le fondement de l'abus de position dominante (pour les raisons évoquées précédemment), elle laisse tacitement entendre que si le marché pertinent avait pu être caractérisé, elle aurait sans doute pu envisager la position dominante de Vente-Privée.com et, en cas de détention avérée, sanctionner les clauses litigieuses. D'ailleurs, l'autorité confirme sa suspicion à l'égard des stipulations contractuelles en soulignant que Vente-Privée.com n'a pas été en mesure de justifier les clauses litigieuses au-delà d'une durée de seize semaines. Alors même que de tels développements devaient apparaître comme superfétatoires, l'Autorité de la concurrence envoie un signal fort aux entreprises de ce secteur quant à la durée des clauses d'exclusivité stipulées dans les contrats.

...

Si l'Autorité de la concurrence respecte les fondamentaux du droit de la concurrence en ce qu'elle ne peut sanctionner une pratique abusive au sens des articles 102 TFUE et L. 420-2, alinéa 1er du Code de commerce

que si un marché pertinent de référence est caractérisé, il n'en demeure pas moins que la décision envisagée donne l'occasion à l'Autorité de la concurrence de mettre en lumière un secteur économique très novateur, de plus en plus concurrentiel. Si les pratiques alléguées ne sont pas sanctionnées, elles passent néanmoins sous le crible de l'Autorité de la concurrence qui, sans procéder à leur analyse fouillée, tient à rappeler les problématiques concurrentielles que peuvent susciter la portée et la durée de ces clauses. En outre, notons que l'autorité a clairement énoncé que l'impossibilité de déterminer un marché pertinent de la vente événementielle dans cette affaire ne valait que pour la période concernée, c'est-à-dire entre 2005 et 2011. La période post-2011, qui a connu un essor des sites e-commerce proposant des offres très attractives de déstockage, a sans doute changé la donne !

13. Point 126

# Le demandeur à une action en réparation devant le juge commercial est autorisé à produire directement les pièces issues du dossier de l'Autorité de la concurrence

Par Elodie Camous-Léonard

**Dans un arrêt en date du 24 septembre 2014, la Cour d'appel de Paris a annulé – pour excès de pouvoir – le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 16 mars 2012 pour avoir ordonné, avant dire droit, à l'Autorité de la concurrence la production des pièces du dossier d'instruction, alors que lesdites pièces étaient détenues par la partie ayant initié l'action en réparation et que celle-ci aurait pu les produire directement.**

La société DKT International – entreprise de négoce de déchets plastiques en vue de leur recyclage – avait saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques d'éviction mises en œuvre par les sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques. Les sociétés défenderesses avaient alors proposé des engagements à l'Autorité de la concurrence, acceptés par cette dernière et rendus obligatoires par décision du 27 septembre 2010 (Décision n°10-D-29).

Par cette décision d'engagements, l'Autorité de la concurrence a mis fin à la procédure sans qu'aucune pratique anticoncurrentielle n'ait été constatée. En outre, n'ayant fait l'objet d'aucun recours dans les délais légaux, la décision est définitive.

La société DKT International a, par la suite, assigné les sociétés Eco-Emballages et Valorplast en réparation des dommages qu'elle considère avoir subi du fait desdites pratiques qu'elle allègue anticoncurrentielles. C'est dans le cadre de cette action que le Tribunal de commerce de Paris sera tenu, dans son jugement au fond, de qualifier le caractère anticoncurrentiel des pratiques des sociétés Eco-Emballages et Valorplast dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques, pour déterminer l'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

C'est donc en vue de la qualification desdites pratiques que la société DKT International a invoqué l'application de l'article 138 du Code de procédure civile, afin d'obtenir la communication au Tribunal de commerce des pièces du dossier, réunies ou constituées par l'Autorité de concurrence à l'occasion de la procédure clôturée par la décision d'engagements du 27 septembre 2010, et dont elle a eu connaissance en tant que partie à la procédure devant l'Autorité.

Si le Tribunal de commerce a fait droit à sa demande, la Cour d'appel de Paris a censuré les premiers juges en estimant que ceux-ci avaient commis un excès de

pouvoir en contraignant l'Autorité de la concurrence à verser aux débats les pièces du dossier couvertes par le secret de l'instruction dès lors que celles-ci étaient détenues par la société demanderesse :

**« dès lors que les pièces demandées sont détenues par la partie qui entend en faire état au soutien de ses intérêts, l'injonction de communication a pour conséquence de contraindre un tiers, en l'espèce l'Autorité, à verser aux débats sans aucun motif et en dehors de l'hypothèse dans laquelle l'article 138 du code de procédure civile le permet, des pièces couvertes par le secret de l'instruction auquel se trouvent soumis, en application de l'article L 463-6 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence et ses membres et ce, sans respecter leur empêchement légitime ».**

Cet arrêt apporte un éclairage sur le principe dégagé par la Cour de cassation dans l'arrêt Semavem et fait donc échec à l'application de l'article 138 du Code de procédure civile si le demandeur détient les pièces utiles aux débats.

- Le recours à l'article 138 du Code de procédure civile protège le demandeur du risque de violation du secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence et facilite les actions privées en réparation.

Ainsi que nous l'avons déjà commenté s'agissant d'un jugement avant dire droit du Tribunal de commerce de Paris du 24 août 2011 dans l'affaire « *Ma liste de courses* », le recours à l'article 138 du Code de procédure civile protège le demandeur du risque de violation du secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence et facilite les actions privées en réparation.

Pour mémoire, aux termes de l'article 138 du Code de procédure civile, une partie à une instance peut demander au juge saisi d'ordonner la production de toute pièce détenue par un tiers. Ainsi, une juridiction dispose du droit d'ordonner à tout tiers à la procédure la production d'une pièce dont une partie à l'instance souhaiterait faire état.

Dans cette affaire, le Tribunal de commerce de Paris avait fait droit à la demande de la société Ma liste de courses et enjoint l'Autorité de la concurrence de lui communiquer les documents – dans leurs versions non-confidentielles – réunis ou constitués à l'occasion de la procédure qui s'est achevée par une décision d'engagements et couverts par le secret d'instruction.

C'est précisément dans le même contexte que la société DKT International a engagé une action en réparation à l'encontre des sociétés Eco-Emballages et Valorplast : afin d'éviter de se voir reprocher d'avoir violé l'article L.463-6 du Code de commerce interdisant la divulgation de pièces du dossier d'instruction devant l'Autorité de la concurrence, celle-ci a demandé au Tribunal de commerce de Paris d'ordonner la production desdites pièces, en application de l'article 138 du Code de procédure civile.

En faisant droit à la demande de la société demanderesse, le Tribunal de commerce de Paris lui permettait de produire dans le cadre d'une procédure en réparation un nombre de pièces significatif qu'elle seule n'aurait pu réunir, mais que l'Autorité, grâce aux moyens d'instruction dont elle dispose, avait pu rassembler.

Néanmoins, les sociétés Eco-Emballages et Valorplast ont interjeté appel en alléguant que le Tribunal de commerce avait commis un excès de pouvoir en enjoignant à l'Autorité de la concurrence de lui communiquer ces pièces.

- Un arrêt qui apporte un éclairage sur le principe dégagé dans l'arrêt Semavem – dont la portée ambiguë a été discutée en doctrine – selon lequel il est possible de divulguer dans le cadre d'un contentieux commercial des pièces couvertes par le secret de l'instruction si la production de celles-ci est nécessaire à l'exercice des droits de la défense.

Dans l'arrêt Semavem, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que les pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité ne sont exploitables dans le cadre d'une procédure judiciaire que si elles sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la partie qui les produit.

Or, la portée de cet arrêt a été fortement discutée par la doctrine quant à la question de savoir si le « principe du respect des droits de la défense » visé par la Cour de cassation pour considérer que la divulgation des pièces n'était possible « que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est [était] nécessaire à l'exercice de ces droits » ne concernait que les défendeurs d'une instance ou pouvait également s'appliquer aux demandeurs.

Dans son arrêt du 24 septembre 2014, la Cour d'appel de Paris va jusqu'au bout du principe dégagé par la Cour de cassation en confirmant que la solution posée par l'arrêt Semavem s'applique aussi bien au défendeur qu'au demandeur.

Cette position avait également été adoptée par le Tribunal de commerce de Paris, à l'occasion d'un jugement rendu le 11 avril 2012 dans une affaire où les sociétés Primagaz et SHV Energy avaient introduit une

action faisant suite à une procédure devant l'Autorité de la concurrence dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) et à l'occasion de laquelle elles avaient demandé au Tribunal de juger recevable, avant dire droit, leur demande d'autorisation de produire des pièces du dossier de l'Autorité de la concurrence. Le Tribunal avait en effet jugé « *légitime d'autoriser les demandereses à produire les 40 pièces* » du dossier d'instruction de l'Autorité de la concurrence.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris se prononce en faveur de la communication des pièces normalement couvertes par le secret de l'instruction en application de l'article L.463-6 du Code de commerce, dès lors que la communication de ces pièces est utile, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure de l'article 138 du Code de procédure civile.

- L'existence d'une pratique anticoncurrentielle reste à établir.

Si l'action en réparation d'un dommage concurrentiel semble facilitée par cette jurisprudence, il convient de rappeler que, dans le cadre d'une décision d'engagements, aucune pratique anticoncurrentielle n'a été constatée.

C'est d'ailleurs ce que rappelle clairement la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 septembre 2014 : dans le cadre d'une procédure d'engagement, « le dossier est clos avant toute appréciation définitive des pratiques suscitant des préoccupations de concurrence, sans constat d'infraction, sans constat de l'absence d'infraction à la concurrence » : il appartient donc à la société DKT International de « rechercher et déterminer quels éléments sont constitutifs, selon elle, de faits de concurrence prohibée lui causant préjudice ».

Dès lors, si l'accès aux pièces de la procédure devant l'Autorité de la concurrence est de nature à faciliter l'analyse, il appartient toujours à la société demanderesse de démontrer le caractère anticoncurrentiel des pratiques mises en œuvre et au juge judiciaire d'opérer l'analyse des effets desdites pratiques sur le marché.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué dans notre commentaire du jugement « Ma Liste de courses », il existe néanmoins selon nous un risque manifeste que le juge, saisi d'une action en réparation suite à une décision d'engagements, se contente de déduire de l'existence de ces engagements un aveu de culpabilité de la part des entreprises mises en cause et reconnaisse, sans véritable analyse, le caractère anticoncurrentiel – et par conséquent la faute – des pratiques mises en œuvre.

Il faut donc espérer que le juge judiciaire, qui n'est pas lié par les décisions de l'Autorité, s'attache à rechercher, sans trop de précipitation, les éléments lui permettant de qualifier le caractère anticoncurrentiel ou non des pratiques.

# Brèves de Jurisprudence en matière de rupture brutale de relations commerciales établies (article L.442-6, I, 5° du Code de commerce)

Par Jean-Christophe Grall et Nadège Pollak

**Com., 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-21363, Ikea Supply AG / Green Sofa Dunkerque (cassation partielle après Cour d'appel de Paris, 23 mai 2013, RG n° 12/01166) :**

**Est conforme au principe de responsabilité d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce le fait pour des partenaires de transiger sur les modalités de la rupture de leur relation commerciale et sur l'indemnisation de leur préjudice, à la condition que cet accord n'intervienne pas par anticipation.**

Dans cette espèce, après dix-sept années de relations commerciales avec son fournisseur, le distributeur a lancé un appel d'offres en janvier 2009 aux termes duquel le fournisseur a été retenu. Toutefois, compte tenu de la crise et de la baisse des ventes du distributeur, les parties ont signé un protocole d'accord prévoyant une diminution progressive des commandes sur un an et le versement d'une indemnité pour le fournisseur.

À l'issue de ce protocole, un second accord est signé, organisant la fin des relations des parties au 31 décembre 2012 et assorti d'un engagement d'approvisionnement en diminution progressive. La durée totale du préavis accordé était ainsi de quarante-huit mois.

Le fournisseur, en situation de dépendance économique et fournissant des produits sous marque de distributeur, a alors assigné le distributeur en rupture brutale de relations commerciales, ainsi que pour lui avoir imposé un déséquilibre significatif dans leur relation.

Après avoir été débouté de ses demandes par le Tribunal de commerce de Lille, le fournisseur interjette appel du jugement et est rapidement placé en redressement puis en liquidation judiciaire.

La Cour d'appel de Paris infirme le jugement de première instance : le fournisseur a été victime d'une rupture brutale de relations commerciales et, estimant que le préavis aurait dû être de trente mois (quinze mois doublés du fait de la distribution de produits sous marque de distributeur), condamne le distributeur notamment à lui verser près de cinq millions d'euros de dommages et intérêts pour le préjudice subi du fait de la baisse de volume pendant le préavis.

La Cour d'appel indique que le volume d'échanges entre les parties pendant le préavis devait demeurer équivalent (sans pour autant être identique) à ce qu'il était avant que ce préavis ne commence. À défaut, le

préavis n'était pas correctement exécuté et la rupture était considérée comme brutale.

D'après la Cour d'appel, la convention concrétisant un accord passé entre les parties pour un dénouement progressif de leurs relations ne saurait empêcher le contrôle juridictionnel du respect de la réalité du préavis au travers des volumes d'échanges pendant sa durée.

Saisie par le distributeur, la Cour de cassation casse partiellement cette décision.

En effet, si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer **par anticipation**, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture.

Les parties peuvent par conséquent valablement convenir ensemble de l'indemnisation du préjudice subi par suite de la rupture, y compris partielle, de leur relation commerciale.

**Com., 10 février 2015, pourvoi n° 13-26414, Seco Tools France / Dorise :**

**Sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures. En l'espèce, les fautes reprochées (déclin de l'implication commerciale et désengagement de la charte de distribution), qui n'étaient pas suffisamment graves pour exclure un préavis, ne sauraient non plus justifier la fin prématurée d'une exclusivité territoriale. Dès lors, le préavis est privé d'intérêt et la rupture est considérée comme brutale.**

En l'espèce, un fournisseur décide de mettre fin à son contrat de distribution exclusive, du fait de fautes reprochées dans la commercialisation des produits qu'il fabrique, avec un préavis de douze mois. Le fournisseur décide concomitamment de lever l'exclusivité territoriale à effet immédiat sur un département et à effet différé pour les autres.

Le distributeur l'assigne en réparation de son préjudice du fait de la rupture brutale de leurs relations commerciales.

La Cour de cassation, qui confirme sur ce point la décision de la Cour d'appel de Bourges en ce qu'elle a considéré que la rupture avait été brutale, rappelle que, sauf circonstances particulières, **l'octroi d'un**

**préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures.**

Aussi, dans la mesure où le fournisseur a lui-même estimé que le distributeur avait droit à un préavis, ce qui excluait l'existence de manquements graves de la part de ce dernier, les fautes du distributeur ne sauraient justifier la fin prématurée de l'exclusivité territoriale dont il bénéficiait.

Dans ces conditions, le délai de préavis de douze mois accordé a été privé de son intérêt par la décision concomitante de retrait partiel et immédiat de l'exclusivité territoriale, plaçant le distributeur dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser.

Notons que cette décision rappelle également que **seuls sont indemnisables les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même**, à l'instar notamment de frais de modification de la base éditoriale du distributeur ou de frais de déplacement et de formation de salariés occasionnés par la recherche de nouveaux fournisseurs.

**Cour d'appel de Paris, 10 septembre 2014, Strikoptic / Afflelou et autres, RG n°12/08993**

**Les relations commerciales poursuivies tacitement après la fin du préavis de rupture marquant également le terme du contrat ont pu devenir précaires, de sorte que le nouveau préavis de rupture peut être réduit au regard de la durée de la relation commerciale des parties.**

En l'espèce, un franchiseur entretenait une relation commerciale avec son franchisé depuis 1985 lorsqu'il lui notifie en mars 2006 sa décision de ne pas renouveler le contrat à son terme en décembre 2006. Pourtant, à la fin du préavis, la relation se poursuit pendant encore trois années.

Lorsque la relation prend fin, le franchisé reproche au franchiseur d'avoir commis une faute dans la rupture du contrat de franchise, reprochant notamment une violation de l'exclusivité territoriale qui lui était consentie et réclamant un préavis de dix-huit mois.

La Cour d'appel de Paris constate que la relation pouvait être rompue en respectant un préavis de six mois, dès lors que la poursuite du contrat après son terme avait pris la forme d'un contrat à durée indéterminée « sans forme ni durée », empreint de précarité.

Suivant un nouveau courant jurisprudentiel sur la précarité de la relation contractuelle, cette solution peut toutefois paraître étonnante et nécessite d'être replacée dans son contexte.

En effet, le contexte de l'espèce démontrait que la volonté du franchiseur de mettre un terme à la relation annoncée dans sa lettre de rupture datant de mars 2006 avait perduré en dépit de la continuation de la relation commerciale.

À cet égard, un projet de rachat des parts de la société franchisée avec la participation du franchiseur n'avait pas abouti, ce qui avait détérioré les relations des parties, de même que le franchiseur avait formulé des reproches relatifs à des manquements contractuels, adressant notamment au franchisé une mise en demeure sur des redevances dues en rappelant la clause résolutoire du contrat de franchise.

Dans ces conditions, les juges ont considéré que le franchisé ne pouvait raisonnablement espérer le maintien des relations commerciales des parties.

La différence s'est faite car le franchiseur, après avoir notifié sa décision de rompre le contrat, n'a pas poursuivi la relation sans changement, mais a au contraire entretenu sa volonté de rompre vis-à-vis du franchisé.

Ces éléments caractérisaient la permanence de l'intention de rompre le contrat dans l'esprit du franchiseur et créaient ainsi une précarité certaine dans la relation commerciale poursuivie après le terme du contrat de franchise.

**Aussi, celui qui désire rompre une relation commerciale aura donc un conseil à retenir lorsque la relation se poursuit de facto après expiration du préavis : conserver la preuve que sa volonté de rompre reste bien réelle, nonobstant la poursuite temporaire de la relation.**

**Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 4, 18 février 2015, RG n°12/20590**

**Réseau de franchise, l'arroseur arrosé. Alors qu'un franchisé avait assigné son franchiseur pour obtenir la résiliation du contrat de franchise pour fautes du franchiseur, aux torts exclusifs de celui-ci, le contrat de franchise est résilié, mais aux torts du franchisé qui n'avait pas réglé ses redevances.**

Dans cette espèce, le franchiseur Centrale Distri Cycle avait reproché à son franchisé, dans deux lettres de mises en demeure successives et à un mois d'intervalle, le non-paiement de factures de redevances et de matériels. Dans la seconde mise en demeure datant du 15 février 2011, le franchiseur visait expressément la clause résolutoire du contrat de franchise de plein droit applicable à l'expiration d'un délai de trente jours.

Après que le franchiseur a obtenu en référé une ordonnance condamnant son franchiseur à payer ces factures, le franchisé décide d'assigner le franchiseur aux fins d'obtenir la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur et sa condamnation à lui rembourser des redevances indûment payées, outre 50000 euros de dommages et intérêts pour un préjudice lié à l'atteinte à son image de marque.

Par jugement du 9 octobre 2012, le Tribunal de commerce de Paris déboute le franchisé de ses demandes. Le Tribunal constate la résiliation du contrat de franchise, à la date du 15 mars 2011, aux torts du franchisé, et le condamne à payer au franchiseur les factures de redevances et de matériels avec intérêts à compter de la première mise en demeure ainsi que des dommages et intérêts pour le manque à gagner subi par le franchiseur.

La Cour d'appel, confirmant que le franchisé est bien l'arroseur arrosé, précise que **le défaut de paiement des redevances par le franchisé et le défaut de paiement des factures de matériel livré peuvent justifier la résiliation de plein droit du contrat aux torts du franchisé**, de sorte que le franchiseur était fondé à faire jouer la clause résolutoire du contrat.

Les juges d'appel reconnaissent également que le franchiseur a subi un **manque à gagner** en raison de la perte de redevances qu'il pouvait percevoir jusqu'à l'expiration du contrat de franchise à son terme normal. Ce dommage était prévisible puisqu'il est la suite immédiate de l'inexécution par le franchisé de son obligation de payer les sommes dues en vertu du contrat. Quant à son quantum, il correspond au montant moyen des redevances que le franchiseur aurait dû percevoir.

Enfin, alors que le franchisé tentait d'invoquer des fautes qu'aurait commises le franchiseur (alors même qu'aucune critique n'avait été émise avant l'assignation en référé), la Cour d'appel précise que le **site Internet du réseau Distri-Cycle qui permet la vente en ligne de produits n'est pas assimilable à l'implantation d'un nouveau point de vente** dans le secteur consenti au franchisé, de sorte qu'il ne peut être reproché au franchiseur d'avoir développé une activité de vente concurrentielle au détriment de son franchisé.

**Cour d'appel de Limoges, 18 février 2015, RG n°13/01488, BMW France (sur renvoi après cassation, Com., 14 mai 2013, n°12-15390)**

**Distribution automobile. La rupture des relations commerciales d'une durée d'au moins quarante-quatre années avec une dépendance économique du concessionnaire à hauteur de 60% de son chiffre d'affaires et 50% de sa marge brute imposait au constructeur automobile de respecter un préavis de trente-six mois.**

En l'espèce, le constructeur automobile BMW et le concessionnaire étaient en relation commerciale depuis 1977 et avaient formalisé leur relation par un contrat de concession en 2003 d'une durée de cinq années.

Par lettre du 31 mai 2007, BMW demandait à son concessionnaire s'il entendait faire acte de candidature en vue de la proposition d'un nouveau contrat à l'échéance, lui précisant qu'elle se réservait d'examiner toute autre candidature. Par lettre du 27 septembre 2007, BMW confirmait à son concessionnaire qu'elle n'avait pas l'intention de lui proposer le renouvellement du contrat à son terme mais qu'elle examinerait sa candidature de manière concomitante à toute autre candidature.

Cassant la décision d'appel qui avait suivi les premiers juges, la Cour de cassation a estimé que la lettre du 31 mai 2007, confirmée par la lettre du 27 septembre 2007, **manifestait de manière claire et précise l'intention de BMW de ne pas poursuivre ses relations commerciales aux conditions antérieures**, de sorte qu'elle valait point de départ du préavis.

Saisie sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Limoges fixe alors à trente-six mois le délai de préavis qui aurait dû être respecté par BMW à l'endroit de son concessionnaire depuis quarante-quatre ans et en état de dépendance économique, qui ouvre droit à des dommages et intérêts pour la période de préavis non respectée (20 mois).

Ainsi, **non seulement la perte de marge brute sur la vente de véhicules neufs pendant cette période est indemnisée, mais également la perte de marge brute sur l'activité après-vente**, nécessairement induite par la perte de la vente de véhicules neufs.

Notons enfin que la Cour d'appel rappelle que le règlement européen d'exemption CE n°1400/2002 du 31 juillet 2002 applicable dans le secteur automobile et qui prévoit un préavis d'au moins six mois n'est pas contraire à l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce qui impose ou permet d'exiger un délai de préavis supérieur.

**Cour d'appel d'Angers, 17 février 2015, RG n°12/013020, Norauto France Franchise**

**Réseau de franchise. Ne peut prétendre à une indemnité de clientèle le franchisé qui a été délié par le franchiseur de ses obligations de non-affiliation et de non concurrence.**

En l'espèce, dans le cadre de son obligation précontractuelle d'information, le franchiseur Norauto annonçait fin 2008 à son futur franchisé l'ouverture prochaine

d'un nouveau centre Norauto à proximité du sien, dans la région de Vannes.

Or, en juin 2011, ce nouveau centre est ouvert, mais dans une zone commerciale différente de celle initialement annoncée et à proximité immédiate du centre du franchisé.

Le franchisé a alors assigné le franchiseur pour voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur et demander le paiement de diverses sommes.

En première instance, les juges prononcent la résiliation du contrat et condamnent le franchiseur à lui payer la somme de 50.000 euros au titre de l'indemnisation de la clientèle, et à reprendre et rembourser son entier stock.

Constatant que le franchiseur a **manqué de façon grave à son obligation d'information précontractuelle**, la Cour d'appel confirme le jugement sur la résiliation du contrat et la reprise des stocks, mais le réforme s'agissant de l'indemnité de clientèle.

En effet, les juges relèvent que la clientèle du fonds de commerce exploité par le franchisé était en partie attachée à la marque Norauto, mais également pour partie propre au fonds de commerce.

Aussi, **dans la mesure où le franchiseur a libéré le franchisé de la clause de non affiliation et de non concurrence stipulée au contrat en cours de procédure, et avant le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat, le franchisé a pu garder sa propre clientèle. En conséquence, le franchisé ne peut réclamer aucune somme à ce titre.**

La Cour d'appel condamne également le franchiseur à indemniser le franchisé au titre des **frais de dépose/repose des enseignes** et au titre de ses **pertes d'exploitation** depuis l'ouverture du point de vente concurrent.

Par Jean-Christophe Grall et Anne-Sophie Gapin

Bien que la nécessité de dépoussiérer le droit commun des contrats, pour l'essentiel issu du Code Napoléon de 1804, fasse consensus en elle-même, la « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* » est un vaste et ancien débat, plus que jamais d'actualité en cette veille de printemps.

Pour ce qu'il a de récent, c'est la méthode qui est stigmatisée, avec la publication au Journal officiel du 16 février dernier de la « *loi n°2015-177 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* », celle-ci autorisant, aux termes de son article 8, le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à ladite réforme. À l'instar de l'Assemblée Nationale et du Sénat, les commentateurs s'opposent, certains considérant que la procédure parlementaire aurait été inadaptée en la matière, d'autres regrettant au contraire son absence sur des questions aussi fondamentales. Pour mémoire, le Conseil constitutionnel a donc fait prévaloir le point de vue des députés en refusant de censurer, le 12 février dernier, la loi en question, considérant comme suffisamment précise l'habilitation conférée au Gouvernement.

Qu'importe aujourd'hui les opinions des uns ou des autres, le fait est que la réforme est lancée et qu'elle doit maintenant aller vite, puisque l'article 27 de la loi n°2015-177 laisse un an au Gouvernement pour prendre l'ordonnance. Ceci étant et dans l'espoir peut être de faire taire les « *qu'en dira-t-on* », le texte du projet d'ordonnance, qui a été présenté en conseil des ministres le 25 février 2015, a été mis en ligne le jour même, annonce faite qu'il était l'objet d'une consultation publique jusqu'au 30 avril prochain.

Partant, chacun peut ainsi y aller de ses « *mots/maux* ». La substance même du projet d'ordonnance fera en effet sans surprise l'objet des mêmes discussions – à défaut de véritable débat parlementaire – que celui publié il y a de cela plus d'un an sur le site des Echos, les termes du débat étant par ailleurs et en majeure partie posés depuis près de dix ans maintenant, sur la base des projets académiques « *Catala* » et « *Terré* ».

Alors que l'objet de la réforme se veut résolument tourné vers la « *compétitivité du droit français, concurrencé par des droits étrangers plus modernes* », ainsi que l'expose le compte rendu du conseil des ministres du 25 février dernier, certains choix opérés peuvent apparaître contreproductifs.

On relèvera ici, à titre d'exemple intéressant tout particulièrement notre matière, que le code civil, en quelque sorte cerné par le code de commerce et le

code de la consommation, devrait à son tour voir ses pages équipées d'un dispositif de déséquilibre significatif aux termes d'un nouvel article 1169 précisant que, « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

Il est permis de douter que l'extension de la sanction des clauses abusives à l'ensemble des contrats, aujourd'hui limitée à des circonstances de relations déséquilibrées (dans les relations B to C comme B to B), soit un facteur d'attractivité pour les entreprises, qui plus est en raison du risque d'application concurrente de ces textes...

Par Jean-Christophe Grall et Elsa du Lac

La loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises a substantiellement modifié la législation concernant les loteries commerciales.

En effet, les dispositions des articles L. 121-36-1 à L. 121-41 du Code de la consommation, relatives aux modalités d'organisation de ces loteries, ont toutes été abrogées.

Désormais, la validité d'une opération de loterie ne sera plus appréciée qu'au regard de l'article L. 121-36 du Code de la consommation qui prévoit que **« les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l'égard des consommateurs, sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire, sont licites dès lors qu'elles ne sont pas déloyales au sens de l'article L. 120-1 »**.

Il s'agissait pour le gouvernement de tenir compte de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 10 juill.2014, aff. C-421/12) qui a estimé que toute législation nationale interdisant ou encadrant des pratiques commerciales ne figurant pas dans l'annexe de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs devait être considérée comme non conforme à cette directive.

Toutes les loteries commerciales sont donc autorisées dès lors qu'elles ne sont pas déloyales, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elles n'altèrent pas, ou ne sont pas susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Rappelons par ailleurs que la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, avait également modifié de façon importante le régime légal des loteries *« non commerciales »*.

En effet, si l'article L. 322-1 du Code de la sécurité intérieure disposait déjà que les loteries de toute espèce étaient prohibées, l'article L. 322-2 est venu préciser que *« sont réputées loteries et interdites comme telles : les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles ont été réunies des primes ou autres bénéfices dus, même partiellement, au hasard et, d'une manière générale, toutes opérations offertes au public, sous quelque*

*dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait dû, même partiellement, au hasard et pour lesquelles un sacrifice financier est exigé par l'opérateur de la part des participants »*.

Un sacrifice financier est établi dans tous les cas où l'organisateur exige une avance financière de la part des participants, même si un remboursement ultérieur est rendu possible par le règlement du jeu.

Il convient de noter que l'interdiction posée à l'article L. 322-2 recouvre également les jeux dont le fonctionnement repose sur le savoir-faire du joueur.

En revanche, conformément aux articles L. 322-2-2, L. 322-3, L. 322-4, L. 322-5 et L. 322-6 du Code de la sécurité intérieure, sont exclus du champ de l'interdiction : les opérations publicitaires (loteries commerciales) visées à l'article L. 121-36 du Code de la consommation ; les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinés à des actes de bienfaisance, à l'encouragement des arts ou au financement d'activités sportives à but non lucratif (lorsqu'elles ont été autorisées par le maire) ; les lotos traditionnels (tels que définis à l'article L. 322-4 du Code de la sécurité intérieure) ; les loteries et appareils de jeux proposés dans le cadre des fêtes foraines.

La cohabitation entre les deux régimes et les nombreuses exceptions appelleront donc à une certaine vigilance !

Par Caroline Bellone et Myriam Harir

**Dans un arrêt du 29 janvier 2015 (CA Douai, 29 janvier 2015, n°14/03171), la Cour d'appel de Douai est venue préciser les conditions de licéité d'une publicité comparative portant sur les prix pratiqués par des drives, nouveau format de distribution qui connaît un franc succès.**

Dans cette espèce, la société Watrelos Distribution – qui exploite un hypermarché sous enseigne « E. Leclerc » et trois « E. Leclerc drive » – a distribué, à deux reprises et successivement, des prospectus comparant les prix de certains drives Auchan et Chronodrive avec les prix de trois drives E. Leclerc et concluant ainsi : « E. Leclerc drive est le moins cher ».

La société Watrelos Distribution précisait en outre sur ces prospectus que les produits comparés avaient été sélectionnés « parmi les meilleures ventes ».

Les sociétés Chronodrive et Auchan France, qui exploient les drives concurrents visés par cette publicité comparative, soutenaient que cette dernière était illicite et trompeuse au motif notamment que, malgré leur demande en ce sens, la société Watrelos Distribution n'avait pas rapporté la preuve de son exactitude matérielle. Elles ont donc assigné la société Watrelos Distribution pour demander réparation de leur préjudice du fait de la diffusion d'une telle publicité illicite.

Le Tribunal de commerce de Lille Métropole a, dans un premier temps, débouté ces dernières de leurs demandes au motif que la publicité comparative ne revêtait aucun caractère trompeur.

La Cour d'appel de Douai a, au contraire, jugé que cette publicité comparative était illicite et trompeuse pour trois raisons :

- le premier prospectus comparait les prix d'un E. Leclerc Drive non encore ouvert au moment de la diffusion de la publicité litigieuse, s'appuyant sur le fait que les prix pratiqués par le drive en question étaient identiques à ceux du magasin E. Leclerc auquel il était rattaché. Or, selon la Cour, une telle publicité est nécessairement dépourvue d'objectivité dans la mesure où les drives concurrents ont pu modifier leurs prix entre la date de la comparaison et la date d'ouverture du E. Leclerc Drive ;
- la preuve de l'exactitude matérielle de la seconde publicité n'a pas été rapportée par Watrelos Distribution ;

- cette dernière n'a pas davantage été en mesure de prouver que les produits comparés faisaient partie de ses « meilleures ventes ».

La Cour d'appel de Douai a ainsi condamné la société Watrelos Distribution à payer à chacune des sociétés Auchan France et Chronodrive la somme de 10000 euros de dommages et intérêts, outre la publication d'un communiqué judiciaire dans la presse régionale.

Rappelons que l'article L. 121-8 du Code de la consommation exige, pour qu'une publicité comparative soit licite, qu'elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens ou services comparés. L'article L. 121-12 du même Code exige quant à lui que l'annonceur soit en mesure de prouver à bref délai « l'exactitude matérielle » de ses allégations.

Dans le cadre de son analyse de la publicité litigieuse, la Cour d'appel fait une nette distinction entre la condition de vérifiabilité de toute publicité comparative (en application de l'article L. 121-8 du Code de la consommation), d'une part, et la preuve de l'exactitude matérielle de la comparaison qui doit être apportée par l'annonceur sur demande notamment d'un concurrent (en application de l'article L. 121-12 du même code), d'autre part.

S'agissant de la condition de vérifiabilité, la Cour d'appel a relevé que les consommateurs étaient invités à se rendre sur un site internet pour accéder au détail de la comparaison (liste des produits comparés et prix pratiqués par chacun des drives objets de la comparaison), notamment via un flashcode. La Cour d'appel conclut ainsi, selon une jurisprudence constante, que l'obligation de vérifiabilité posée par l'article L. 121-8 du Code de la consommation était bien respectée.

S'agissant de la preuve de l'exactitude matérielle de la comparaison, la Cour considère que la société Watrelos Distribution a bien rapporté la preuve de la première comparaison mais pas de la seconde.

En effet, pour la première comparaison, la société Watrelos Distribution avait versé au débat des tickets de caisse attestant de ce que les prix E. Leclerc Drive annoncés dans la publicité étaient effectivement pratiqués au jour de la comparaison.

Watrelos Distribution n'a, en revanche, versé aucun ticket de caisse pour justifier de l'exactitude de la seconde comparaison, ce qui lui est reproché par la Cour.

Cet arrêt nous apporte ainsi plusieurs précisions intéressantes :

- en matière de comparaison de prix, nul besoin d'apporter la preuve de ce que les concurrents comparés pratiquaient effectivement les prix annoncés à la date de la comparaison. Ceci s'explique aisément par le fait que les concurrents comparés connaissent en principe leurs propres prix et sont donc en mesure de relever les éventuelles erreurs que pourrait contenir la publicité comparative dès lors que celle-ci répond à l'exigence de vérifiabilité posée par l'article L. 121-8 du code de la consommation ;
- nul besoin de faire relever les prix des produits comparés (qu'ils s'agissent de ceux de l'annonceur ou de ceux de ses concurrents) par un tiers, l'annonceur peut parfaitement relever ces prix lui-même ;
- même si une publicité se décompose en plusieurs comparaisons successives, il ne suffit pas que l'annonceur démontre sa bonne foi en apportant des éléments justificatifs seulement pour la première comparaison ; la réalité de chaque prix annoncé comme ayant été pratiqué par l'annonceur doit être prouvée, sans exception ;
- toute allégation accessoire à la comparaison doit également être prouvée (en l'espèce notamment le fait que les produits comparés avaient été sélectionnés « *parmi les meilleures ventes* ») ;
- la vérifiabilité de la comparaison ne suffit pas à rendre la publicité licite : encore faut-il que l'annonceur puisse prouver la réalité des prix qu'il met à la disposition des consommateurs.

**La preuve de l'exactitude matérielle d'une publicité comparative portant sur les prix apparaît dès lors comme une condition de licéité de toute publicité comparative : même si l'ensemble des prix indiqués par l'annonceur dans sa publicité comparative sont exacts, celle-ci pourrait néanmoins être jugée illicite du simple fait que l'annonceur ne soit pas en mesure de prouver l'exactitude matérielle de ses propres prix.**

**Il apparaît donc indispensable, pour l'annonceur, de se pré-constituer une telle preuve, en conservant des tickets de caisse ou en faisant procéder à des constats d'huissier !**

On retiendra enfin que, bien que les prix pratiqués sur internet soient plus aisément vérifiables que les prix pratiqués par les enseignes en magasin - tant par les consommateurs que par les concurrents -, l'obligation pour l'annonceur de se pré-constituer une preuve de l'exactitude matérielle de la comparaison reste la même, quel que soit le support de vente (internet ou magasin physique).

# Dans le sillage de la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence inflige des amendes que l'on peut qualifier d'exorbitantes !

## Condamnation des principaux fournisseurs de produits d'entretien et d'hygiène, décision n° 14-D-19 du 18 décembre 2014

Par Jean-Christophe Grall et Manuela Bourdon Destrem

**Dans une décision du 18 décembre 2014, l'Autorité française de la concurrence a prononcé des sanctions significatives pour des pratiques anticoncurrentielles – ententes horizontales – figurant parmi les plus importantes prononcées à ce jour.**

La première concerne les principaux fournisseurs du marché français des produits d'entretien (Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble, Reckitt Benckiser, Sara Lee, SC Johnson et Bolton Solitaire) et s'élève à **345,2 millions d'euros**. La seconde amende, d'un montant de **605,9 millions d'euros**, sanctionne quant à elle les principaux fournisseurs du marché français des produits d'hygiène (Colgate-Palmolive, Henkel, Unilever, Procter & Gamble, Reckitt Benckiser, Sara Lee, Laboratoires Vendôme, Gillette, L'Oréal, Beiersdorf et Vania).

Ces deux ententes ont vu le jour lorsque le Gouvernement français a voulu remettre en cause la « spirale inflationniste » issue de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 dite « loi Galland ». On se souvient que cette loi avait conduit à une hausse des tarifs bruts, à l'accroissement des marges arrière et à une hausse des prix de détail. En 2003, la succession de réformes du cadre juridique - circulaire Dutreil du 16 mai 2003, « Engagement pour une baisse durable des prix à la consommation » du 17 juin 2004 et loi Dutreil du 2 août 2005 - a introduit une incertitude de plus en plus forte dans la relation entre fournisseurs et distributeurs.

Dans ce contexte, le besoin d'information des fournisseurs de produits d'entretien et d'hygiène s'est considérablement accru. C'est la raison pour laquelle les fournisseurs ont organisé un système de concertation implicite. **Les pratiques concertées ont consisté en une entente sur la politique des prix, sous la forme d'échanges d'informations commercialement sensibles, qui portaient notamment sur les politiques commerciales et visaient à améliorer la position des fournisseurs dans le déroulement des négociations avec les enseignes de la grande distribution.**

Les pratiques se sont principalement structurées dans le cadre de réunions, le plus souvent organisées au restaurant le Royal Villiers. Ces réunions regroupaient les directeurs commerciaux « Team », ou les responsables des ventes « Amis », des entreprises visées.

Ces ententes ont été portées à la connaissance de l'Autorité par SC Johnson, Colgate-Palmolive

et Henkel qui ont sollicité à tour de rôle le bénéfice de la clémence. Le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence a alors décidé de joindre les deux affaires par une décision du 23 octobre 2006. Dans chacun des deux secteurs, l'Autorité arrive à la conclusion que les différentes pratiques organisées, ainsi que les contacts bilatéraux et multilatéraux complémentaires, ont un objet anticoncurrentiel au sens des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Les effets anticoncurrentiels ne seront, quant à eux, étudiés qu'au stade de la détermination du montant de la sanction (Pts. 926 à 930).

### • S'agissant de la demande de clémence des parties aux ententes

Rappelons tout d'abord que la procédure de clémence permet aux entreprises qui participent ou ont participé à une entente d'en révéler l'existence à l'Autorité et d'obtenir, sous certaines conditions, le bénéfice d'une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire, en fonction notamment de leur rang d'arrivée à l'Autorité et de la valeur ajoutée de leur coopération à l'enquête.

En l'espèce, SC Johnson, Colgate Palmolive et Henkel ont sollicité le bénéfice du programme de clémence auprès de l'Autorité de la concurrence entre janvier 2006 et juillet 2008, à l'heure où celle-ci a décidé de réviser son programme de clémence.

Cette révision intervient afin de prendre en compte les évolutions de la pratique décisionnelle de l'Autorité et notamment expliciter les modalités et le moment du dépôt d'un marqueur par des entreprises, dans l'hypothèse où des opérations de visites et saisies sont en cours. La question de l'usage des marqueurs a également été abordée lors de la table ronde du 15-18 décembre 2014 du Comité de concurrence de l'OCDE.

L'entreprise SC Johnson a bénéficié de l'immunité totale au titre de la clémence en ce qui concerne sa participation à l'entente sur les produits d'entretien.

De même, Colgate-Palmolive a été totalement exonérée de sanction pour sa participation à l'entente sur le marché des produits d'hygiène et a été exonérée à hauteur de 50% pour sa participation à l'entente sur le marché des produits d'entretien.

(clémence de rang 2). Henkel a également bénéficié d'une exonération de 30% (clémence de rang 2) au titre de la clémence pour sa participation à l'entente sur le marché de l'hygiène et de 25% (clémence de rang 3) pour sa participation à celle sur le marché des produits d'entretien.

Cette décision est la huitième rendue dans des affaires de clémence (à ce jour, une neuvième décision, 14-D-20, a été rendue le 22 décembre 2014 « *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France* » et une toute dernière dans le cartel dit de « *l'ultrafrais* » – cf. décision du 11 mars 2015). **Cette nouvelle affaire est donc l'illustration du bilan positif du programme de clémence français, les acteurs étant fortement motivés par la réduction d'amende.**

Toutefois, bien que certaines entreprises aient bénéficié d'une réduction sensible d'amende au titre de la procédure de clémence et/ou de la non contestation des griefs, il n'en reste pas moins que l'Autorité a été particulièrement cinglante dans la détermination des amendes à l'égard des fournisseurs des produits d'entretien et d'hygiène.

#### • S'agissant des sanctions record infligées par l'Autorité

Plusieurs facteurs avancés par l'Autorité lui permettent de justifier un tel montant :

- **l'ampleur de l'infraction** qui a affecté l'ensemble des distributeurs sur le territoire national, soulignant le fait que les entreprises mises en cause représentaient les deux tiers de l'offre sur le territoire français dans les deux secteurs concernés ;
- **l'analyse des caractéristiques économiques** des secteurs en cause en relevant « *l'existence de fortes barrières à l'entrée dans le secteur des produits d'hygiène et dans celui des produits d'entretien est démontrée* » (Pt. 1340), en insistant sur le fait que « *la demande de produits d'hygiène et celle de produits d'entretien sont faiblement élastiques au prix ce qui est de nature à accroître le dommage à l'économie causé par les pratiques* ». (Pt. 1349), et que par ailleurs cette « *situation leur permettait de contrebalancer, dans une certaine mesure appréciable, le pouvoir des distributeurs* ». (Pt. 1363)

#### Enfin, et surtout,

- les **conséquences conjoncturelles** des pratiques. L'Autorité retient que « *l'analyse du dommage à l'économie sur la seule base des prix de détail ne permet pas d'identifier le surpris lié aux pratiques dénoncées, dont les effets se produisent aux niveaux des prix pratiqués par les fabricants, soit les prix sur facture et les prix triple net (...) les estimations*

*économétriques du surpris, ne présentent pas un degré de fiabilité suffisant pour être prises en compte dans l'appréciation du dommage à l'économie* ».

Compte tenu de l'appréciation faite de la gravité des faits, et de l'importance du dommage causé à l'économie dans les deux secteurs sous examen, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée aux entreprises en cause, une proportion de la valeur de leurs ventes de 15%.

L'amende la plus importante a été infligée à l'Oréal (189 millions d'euros), seule entreprise française condamnée. Cette dernière, qui n'a demandé ni le bénéfice de la clémence, ni celui de la non contestation des griefs, n'a pourtant et en aucun cas joué un rôle de meneur ou d'instigateur dans la seule entente à laquelle elle a participé (secteur de l'hygiène).

Au vu de tels éléments, il convient donc de s'interroger sur la pertinence d'une telle sévérité dans la fixation des amendes infligées aux fournisseurs de produits d'entretien et d'hygiène. Il convient en effet d'observer que la preuve du surpris - d'un point de vue quantitatif et qualitatif - pierre angulaire du dommage à l'économie, n'a pas été qualifiée de « *probante* » par l'Autorité.

L'Oréal et Unilever ont qualifié ces amendes de « *disproportionnées* » et ont bien entendu relevé appel de cette décision. L'Autorité n'obtient pas toujours confirmation du montant de ses amendes et voit parfois sa décision contestée, comme c'est le cas en partie dans l'affaire des farines. Pourtant, dans le cartel des lessives, la Cour d'appel de Paris avait confirmé l'amende de 367,9 millions d'euros.

Affaire à suivre donc car le dossier n'est pas terminé !

Un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur notre site [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2015 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2015 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation :**

Les futures négociations commerciales interviendront dans un cadre évolutif fortement marqué par la volonté du gouvernement de faire appliquer strictement la LME et ce, dans toutes ses dispositions, outre toutes les nouvelles dispositions issues de la loi sur la consommation du 17 mars 2014 (« loi Hamon ») qui vont dans le sens de la fermeté et dont certaines s'appliquent immédiatement :

- Des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
  - Un plan d'affaires annuel qui devra prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
  - Des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne pourra pas rétroagir à une date antérieure à celle de l'application du nouveau tarif du fournisseur ;
  - Les nouveaux instruments promotionnels (« NIP ») qui sont désormais contractualisés ;
  - L'instauration de la règle de la concomitance entre la date de prise d'effet du tarif et celle des avantages financiers consentis au distributeur ;
  - L'interdiction des demandes d'alignement et des compensations de marge ;
  - L'impossibilité de modifier son tarif en cours d'année par l'industriel, sauf accord ou clause autorisée de renégociation ;
  - Un mécanisme de facturation périodique mensuelle institutionnalisé ;
  - L'instauration de sanctions administratives et d'un pouvoir de sanction donné aux services de la DGCCRF, sans oublier désormais un pouvoir d'injonction.
- **La mise en place de Programmes de «compliance»** pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;

- **Le contrôle des concentrations :**

- Contrôle européen des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;
- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC ;

- **La rupture fautive des relations commerciales établies** [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés à la rupture et conséquences financières ;

- **L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

- **La définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;

- **Les enquêtes de concurrence françaises et européennes** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'**Autorité de la concurrence et à la Commission européenne** ;

- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et européen de la concurrence] ;

- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**

- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi Hamon sur la consommation du 17 mars 2014 et

**de la jurisprudence européenne** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.] ;

- **Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité ;
- **À la Loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010 (modifiée par la loi sur l'avenir de l'agriculture du 11 septembre 2014)** : domaine spécifique des fruits & légumes notamment (contractualisation, rédaction des contrats de vente, durée des contrats, détermination du prix et clause d'indexation, responsabilité de l'acheteur, médiation, sanctions, etc.).
- **L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés** : maîtriser le cadre juridique des relations B to B dans le cadre des stratégies de distribution du fournisseur ; Maîtriser le cadre juridique des relations B to C lié à la création et au développement d'un site de commerce en ligne.
- **La relation achat-vente** : obligation d'information du vendeur, contrat de vente, règles de facturation, problématiques liées à la livraison, rupture de la relation.
- • •
- **Proposition d'audit de structures tarifaires** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / Services de coopération commerciale et autres obligations SRP / Prix de vente conseillés et limites / NIP ;
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441 7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**

- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle** ;
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site**  
**[www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)**

### **L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés**

---

**9 avril 2015**

**Intervenantes : Nathalia Kouchnir-Cargill et Eléonore Camilleri**

**Formule 1 demi-journée\* - 650 € HT**

#### Objectifs principaux

- Identifier les problématiques juridiques du commerce en ligne en fonction de vos objectifs
- Maîtriser le cadre juridique des relations B to B dans le cadre des stratégies de distribution du fournisseur
- Maîtriser le cadre juridique des relations B to C lié à la création et au développement d'un site de commerce en ligne
- Connaître les conditions de la validité de la vente à distance en ligne depuis la loi « consommation » (Hamon) du 17 mars 2014
- Bien rédiger les mentions légales, les conditions générales d'utilisation et les conditions générales de vente de votre site de commerce en ligne
- Anticiper les contrôles des agents de la CNIL et de la DGCCRF au regard de la loi « informatique et libertés » (données personnelles, cookies...)

### **Les systèmes de distribution**

---

**14 avril 2015**

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill**

**Formule 1 journée\* - 850 € HT**

#### Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des contrats de distribution dans le cadre de l'architecture contractuelle européenne
- Connaître la qualification des différents statuts de distributeurs existants
- Savoir mettre en place un réseau de distribution exclusive ou sélective au niveau français et européen
- S'assurer de la pertinence de son réseau en termes d'étanchéité lorsqu'il s'agit d'un réseau de distribution sélective
- Savoir rédiger les différents contrats de distribution ; quelles sont les clauses sensibles (les « clauses noires ») ?
- Savoir intégrer des clauses relatives à la communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Savoir appréhender la distribution sur Internet (e-commerce)
- Savoir maîtriser le « dual pricing »
- Appréhender les importations parallèles et savoir réagir efficacement
- Comment réagir judiciairement dans chaque État membre de l'Union Européenne ?
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale ayant comme support un contrat de distribution
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Auto-évaluer son contrat de distribution dans le cadre du règlement 1/2003
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables et le rôle des autorités de concurrence en matière d'entente verticale

---

\* par participant(e)

## **Bien gérer vos relations d'achat-vente : l'obligation d'information due par le vendeur et ses conséquences, la négociation commerciale, les conditions de validité du contrat de vente, les règles de facturation, les problématiques liées aux livraisons, la rupture de la relation commerciale établie**

**16 avril 2015**

**Intervenants : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Thomas Lamy**

**Formule 1 demi-journée\* - 750 € HT**

### **Objectifs principaux**

- Appréhender les différentes étapes de la négociation commerciale
- Connaître les règles juridiques qui encadrent la négociation commerciale dans le contexte de la loi « consommation » du 17 mars 2014
- S'assurer de la régularité de ses factures
- Connaître les conditions de la validité du contrat de vente
- Connaître l'obligation d'information pesant sur le vendeur et ses conséquences
- Gérer les problématiques liées à la livraison
- Analyser et gérer le risque lié à la fin des relations commerciales

## **Droit de la consommation, publicité / mailing et opérations promotionnelles** à jour des modifications prévues par la loi consommation

**2 juin 2015**

**Intervenants : Jean-Christophe Grall et Martine Béhar-Touchais**

**Formule 1 journée\* - 850 € HT**

### **Objectifs principaux**

- Appréhender les modifications issues de la loi Hamon du 17 mars 2014 relatives à la consommation
- Maîtriser les aspects juridiques des promotions des ventes dans le cadre de la loi Hamon du 17 mars 2014
- Connaître les règles applicables à chaque type d'opération promotionnelle
- Savoir appréhender l'impact européen sur l'organisation d'opérations promotionnelles
- Identifier les opérations promotionnelles à risques
- Bien connaître la notion de pratique commerciale déloyale dans le cadre de la Directive du 11 mai 2005
- Savoir accompagner les services marketing et attirer leur attention sur les risques encourus
- S'assurer de la pertinence de sa communication au regard du droit de la consommation
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des Tribunaux

\* par participant(e)

---

63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40 - T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40  
contact@grall-legal.fr - [www.grall-legal.fr](http://www.grall-legal.fr)

---

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, la Lettre du Cabinet ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.