

LA LETTRE DU CABINET

MAI - JUIN 2015

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

Le Cabinet Grall & Associés a représenté avec succès devant l'Autorité de la concurrence le groupe Doux – qui n'a pas été sanctionné – dans la procédure du « cartel de la volaille » :

« Le Cabinet Grall & Associés (Charles-Henri Calla, Associé et Elodie Camous-Léonard, Collaboratrice) a assisté avec succès le groupe volailler Doux devant l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'affaire du « cartel de la volaille ». Le groupe Doux a été totalement exonéré d'amende, la décision n°15-D-08 du 5 mai 2015 de l'Autorité de la concurrence ayant par ailleurs condamné à des amendes 21 industriels de la volaille et deux organisations professionnelles du secteur pour avoir mis en œuvre des pratiques concertées entre 2000 et 2007. »

Sommaire

- 02 **Rapprochements à l'achat dans le secteur de la grande distribution**
Avis du 1^{er} avril 2015 de l'Autorité de la concurrence
Par Jean-Christophe Grall
- 08 **TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE**
Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C
Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière
- 13 **Modification de la réglementation des annonces de réductions de prix vis-à-vis des consommateurs :**
Un nouveau vent de liberté pour les annonceurs
Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri
- 15 **Regroupement de l'offre et droit de la concurrence : jusqu'où peut-on aller ?**
Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone
- 16 **La transposition annoncée de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive « RELC »)**
Par Irène Huille
- 17 **Le Conseil d'État est désormais compétent en matière de recours contre les décisions de refus ou de levée de la protection au titre du secret des affaires**
Par Elodie Camous et Elsa du Lac
- 19 **La Cour d'appel de Paris apporte d'intéressantes précisions en matière de publicité comparative**
Par Caroline Bellone et Bénédicte Perez
- 21 **Confirmation de la quasi-impossibilité de renverser la présomption du comportement anticoncurrentiel du fait de la seule présence d'une entreprise à une réunion**
Tribunal de l'UE. Aff. T-558/08 du 12 décembre 2014, Eni c/Commission
Par Jean-Christophe Grall et Manuela Bourdon Destrem
- 23 **Contrat d'agent commercial : Précisions sur l'indemnisation des sous-agents commerciaux à l'occasion de la cessation des relations**
Obs : Paris, 26 mars 2015, JurisData n°2015-007319
Par Guillaume Mallen
- 30 **Quel avenir pour les soldes après l'adoption du nouvel arrêté relatif aux annonces de réduction de prix ?**
Par Caroline Bellone et Anne-Sophie Gapin
- 33 **La Commission Européenne lance une enquête sectorielle sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique dans l'Union Européenne**
Par Clémence Ducros

Programme des interventions et des formations 2015-2016

Rappel des prochaines formations

Rapprochements à l'achat dans le secteur de la grande distribution Avis du 1^{er} avril 2015 de l'Autorité de la concurrence

Par Jean-Christophe Grall

On se souvient qu'à la suite des rapprochements opérés dans la grande distribution alimentaire entre les groupes Système U et Auchan, puis en second lieu, EMC Casino et ITM et enfin entre Carrefour et Cora, l'Autorité de la concurrence (« ADLC ») avait été saisie pour avis par le Ministre de l'économie et par la Commission des Affaires économiques du Sénat concernant l'impact concurrentiel de ces rapprochements entre centrales d'achat et/ou de référencement.

L'objectif du présent article n'est pas d'analyser en détail chacune de ces alliances, mais de présenter de manière synthétique les enseignements que l'on doit tirer de cet avis de l'ADLC qui a donc porté un regard critique sur ces différents rapprochements.

À titre de simple rappel, quelles sont les parts de marché des principaux acteurs de la distribution à dominante alimentaire sur le marché aval ?

PARTS DE MARCHÉ DES PRINCIPAUX ACTEURS DE LA DISTRIBUTION À DOMINANTE ALIMENTAIRE SUR LE MARCHÉ AVAL

Avant	Parts de marché 2014 selon Kantar	Après	Parts de marché suite aux accords (estimations)
Carrefour	21,8 %	ITM Entreprise/Groupe Casino	25,9 %
E.Leclerc	19,9 %	Carrefour/Cora	25,1 %
ITM Entreprises	14,4 %	Auchan/Système U	21,6 %
Groupe Casino	11,5 %	Leclerc	19,9 %
Groupe Auchan	11,3 %	Lidl	4,7 %
Système U	10,3 %	Aldi	2,2 %
Lidl	4,7 %		
Cora	3,3 %		
Aldi	2,2 %		

Source : étude Kantar Worldpanel données 2014

On se souviendra également que ces accords sont intervenus juste avant le début des négociations commerciales annuelles pour 2015 qui auront également été marquées par l'entrée en vigueur de la loi Hamon du 17 mars 2014 qui a, somme toute, apporté son lot de modifications substantielles.

Les négociations commerciales 2015 demeureront donc marquées par l'application, pour la première année, de la loi Hamon et des différents rapprochements qui, pour de très nombreux produits, font désormais passer les points de négociation de 9 à 6, avec trois groupements de distribution représentant à eux seuls près de **75 %** du marché aval de la distribution à dominante alimentaire ; ce n'est pas rien !

L'avis qui a été rendu n'est nullement une décision intervenue à titre contentieux, s'agissant en effet d'un état des lieux matérialisé par ces différentes alliances et des limites à ne pas franchir en termes d'application des règles de concurrence.

Ce qui est certain, c'est que l'ADLC a désormais fourni une grille d'analyse – qui peut être critiquable par ailleurs mais qui existe bel et bien – permettant d'analyser aujourd'hui comme demain, toutes formes d'alliance entre plusieurs distributeurs, que

ce soit dans le cadre de la constitution d'une structure commune telle qu'INCAA (« Intermarché Casino Achats ») ou d'un simple mandat de négociation donné par l'un à l'autre, ce qui est le cas du mandat de négociation donné par Système U à Eurauchan ou bien encore d'une simple adhésion à une centrale de référencement existant d'ores et déjà, ce qui est le cas du rapprochement entre Carrefour et Provera (Cora).

→ **Quels sont les risques concurrentiels qui émergent au fil de la lecture de l'avis de l'ADLC ?**

Ces risques sont fédérés dans un tableau qui va désormais servir de « *Guidelines* » lors d'un rapprochement entre distributeurs :

- Un point a tout particulièrement été analysé par l'ADLC, à savoir les limites des mécanismes d'étanchéité mis en place par les différents groupements de distribution concernés ; en effet, nous savons que deux concurrents ne peuvent pas s'échanger, de manière très générale, des informations sensibles, sauf à affecter le libre jeu de la concurrence sur le marché.

CARTOGRAPHIE DES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE RISQUES PAR TYPE D'ACCORD

	Auchan / Système U	Intermarché / Casino	Carrefour / Provera
Risques sur les marchés (aval) de la distribution			
<i>Échanges d'informations sensibles</i>	Risques significatifs concernant l'ensemble des informations faisant l'objet des négociations (risques accrus du fait de l'absence de garantie structurelle et des difficultés liées à la distinction des négociations du triple net et des contreparties).	Risques significatifs concernant notamment les contreparties.	
<i>Collusion liée à la symétrie accrue des coûts</i>	Risques significatifs dans la mesure où les accords portent sur des coûts variables, et où ils représentent une part significative des coûts des distributeurs.		
<i>Limitation de la mobilité inter-enseignes</i>	Risques qui ne peuvent être exclus (et dont le niveau est lié à des considérations comportementales).		

Risques sur les marchés (amont) d'approvisionnement

Limitation de l'offre, de réduction de la qualité ou de l'incitation de certains fournisseurs à innover ou investir et risques d'éviction	Risques qui ne peuvent être exclus, en particulier concernant les catégories de produits suivantes, pour lesquelles la grande distribution représente le principal débouché :	
	Droguerie Épicerie sèche Parfumerie / hygiène	Droguerie Épicerie sèche Liquides Parfumerie / hygiène Produits périssables en libre service

Sur ce point extrêmement sensible, on ressent un certain inconfort de l'ADLC hésitant à conclure sur le meilleur schéma ; en effet, tout en semblant donner au début de son analyse une sorte de préférence au mandat de négociation :

« 143 - Afin de limiter les échanges d'informations entre eux au seul prix d'achat, certains distributeurs ont fait le choix de ne négocier en commun que le prix triple net, et d'isoler ainsi la négociation du prix triple net de celle des contreparties. Dans la mesure où la définition des contreparties dans l'ossature du plan d'affaires et les modalités d'application de ces contreparties sont contractualisées individuellement par chaque enseigne, **il n'existerait aucun risque d'échange d'informations sensibles entre les deux distributeurs concernant les contreparties ou leurs modalités d'application.** Ces distributeurs n'ont donc pas jugé utile de mettre en place une structure juridique distincte pour assurer l'étanchéité des informations. », elle semble ensuite préférer la création d'une véritable entité structurée comme INCAA :

« 145 - Afin de limiter les informations échangées entre les deux groupes de distribution tout en permettant une négociation conjointe du prix et des contreparties, d'autres distributeurs ont quant à eux choisi de créer une structure juridique distincte. Cette structure, présentée comme la garante de l'étanchéité des informations entre ses maisons-mères négocie ainsi pour leur compte à la fois la dégradation tarifaire et les contreparties, lesquelles seront formalisées dans le contrat-cadre. **Lorsque certaines précautions sont prises, un tel**

dispositif permettrait d'éviter tout risque d'échange d'informations sensibles, que ce soit en termes de prix, ou de plan d'affaires, dans la mesure où d'une part chaque enseigne n'a connaissance que de la partie du contrat la concernant, et où d'autre part, à l'instar du premier cas, l'intégralité des modalités des opérations commerciales continuera d'être négociée individuellement par chaque distributeur.

146 - **Si la création d'une structure juridique distincte, au sein de laquelle seraient contenues les informations potentiellement sensibles d'un point de vue concurrentiel, peut être de nature à assurer une meilleure étanchéité, elle ne constitue pas pour autant une garantie absolue. »**

et de conclure finalement ce qui suit :

« En réalité, le risque de coordination peut même être accru en cas d'échange dans la mesure où le champ des informations échangées via cette structure est plus large. »

Autrement dit, on ne sait pas ou plutôt si, tous ces schémas sont licites au regard du droit de la concurrence à la condition que des mécanismes d'étanchéité/confidentialité assurant que les informations ne remontent pas vers les maisons mères, soient conçus et fonctionnent effectivement.

C'est ainsi que l'ADLC stigmatise l'éventuel échange d'informations qui pourrait avoir lieu lorsqu'aucune structure juridique distincte de celle des groupes de distribution concernés n'existe :

« 149 - En premier lieu, les acheteurs des deux groupes de distribution peuvent se trouver simultanément dans le même box de négociation. Dans le cadre de deux accords, les deux acheteurs de chaque groupe de distribution étaient initialement présents pour la première phase de négociation portant sur le prix triple net. En second lieu, l'acheteur négociant le prix triple net et celui négociant les contreparties peut être identique. »

D'un autre côté, le seul fait de mettre en place une structure *ad hoc* telle qu'INCAA ne suffit pas en lui-même à garantir une étanchéité suffisante et des risques d'échanges d'informations sur la politique promotionnelle des distributeurs concernés peuvent clairement exister.

C'est donc bien à un mouvement de va et vient entre les deux schémas auquel le lecteur de cet avis assiste : un véritable coucou suisse !

On peut cependant s'interroger en toute objectivité au regard d'une simple constatation : le schéma du mandat de négociation qui était déjà connu dans le domaine de la distribution, ne serait-il pas finalement plus protecteur que la création d'une structure type super centrale de référencement, compte tenu de la séparation entre **i**) la négociation amont d'un triple net ou d'un objectif indiciaire de triple net et **ii**) la négociation aval par chaque enseigne avec chaque fournisseur concerné des contreparties permettant de répondre effectivement à l'accord intervenu sur ce triple net ?

- Il convient également de relever le risque de « *Hub and Spoke* » évoqué par l'ADLC lorsqu'elle indique que dans une telle configuration, « *il existe également un risque d'échange d'informations au niveau des fournisseurs, lesquels devront, suivant les cas, aborder lors des rendez-vous de négociation soit uniquement le plan d'affaires, soit uniquement le prix. Compte-tenu du fait que la dichotomie opérée entre prix et contreparties paraît complexe à mettre en œuvre, et en l'absence de tout cadre contractuel contraignant et précis vis-à-vis des fournisseurs, il n'est pas exclu que ces derniers puissent constituer le vecteur de la communication d'informations sensibles - Point 150.* »
- Par ailleurs et cette fois-ci en termes plus pratiques de réalité de la négociation commerciale, l'ADLC relève qu'un mécanisme exigeant qu'un acheteur négocie uniquement le prix triple net, ou se limite aux contreparties, peut poser des dif-

ficultés, compte tenu du fait notamment qu'une telle dissociation pourrait être non seulement incompatible avec les autres obligations réglementaires auxquelles les opérateurs sont soumis mais aussi non réalisables en pratique ; c'est là une vraie incursion de l'ADLC sur le terrain des pratiques restrictives de concurrence !

et d'ajouter ce qui suit :

« 148 - D'un point de vue commercial, il paraît logique de négocier un prix en fonction des contreparties qui seront proposées par le distributeur, afin que le fournisseur dispose d'une certaine visibilité quant aux investissements qu'il consent à travers les conditions commerciales accordées à son client distributeur. De surcroît, la plupart des fournisseurs considèrent qu'une telle dichotomie entre prix et contreparties n'est absolument pas réaliste. C'est notamment pour permettre une négociation conjointe du prix et des contreparties, que d'autres distributeurs ont fait le choix de créer une structure de négociation commune juridiquement distincte. »

- Un autre point est mis en relief par l'ADLC à plusieurs reprises, à savoir l'existence de **contreparties** proposées par les distributeurs.

Nous sommes là, à la limite de l'exercice de ce que pouvait faire l'ADLC puisqu'elle n'est pas compétente au titre des pratiques restrictives de concurrence, c'est-à-dire au titre de la négociation commerciale en elle-même, autrement dit la négociation de la convention annuelle avec les contreparties qui doivent accompagner les efforts financiers consentis par le fournisseur.

L'ADLC estime que « 157 - La mise en œuvre d'un accord de coopération à l'achat peut nécessiter, indépendamment de ce qui sera éventuellement contractualisé, l'échange d'informations relatives aux **contreparties** proposées par les distributeurs et à leur niveau de rémunération, et ce, quelles que soient les contreparties. En effet, les assortiments peuvent être communiqués directement par l'un des deux partenaires, à l'acheteur commun dans le but de servir de base de discussion pour la future négociation commerciale, listant ainsi les références par strate de magasin, en distinguant les produits permanents des produits promotionnels, voire en prévoyant la part d'offre du fournisseur dans les linéaires du distributeur, ou encore les lancements d'innovations prévus par le distributeur au cours de l'année à venir. De la même manière,

l'acheteur commun pourrait avoir connaissance des opérations commerciales prévues par chaque distributeur à travers le plan publi-promotionnel prévisionnel (nombre de catalogues, voire produits concernés et période). »

et d'ajouter ce qui suit :

*« 158 - En premier lieu, dans le cadre d'une négociation commune portant à la fois sur le plan d'affaires et sur les **contreparties**, il ne peut être exclu que l'acheteur commun utilise les informations relatives aux **contreparties** afin d'optimiser ses conditions d'achat, notamment en réduisant, à l'issue de leur comparaison, les **contreparties** concédées au fournisseur. En second lieu, la dichotomie opérée dans le processus de négociation entre le prix et l'ossature du plan d'affaires, si elle semble théoriquement présenter davantage de garanties quant à l'absence d'échanges d'informations portant sur les **contreparties**, comporte néanmoins plusieurs limites dans la mesure où d'une part elle pourrait être difficilement réalisable en pratique et où d'autre part elle n'est pas accompagnée par la mise en place d'une structure juridique distincte chargée de négocier le prix (voir supra § 148). »*

- Un point mérite également attention, à savoir celui du critère de sélection des fournisseurs ; l'ADLC s'est en effet interrogée sur la définition des critères ayant permis de sélectionner les fournisseurs éligibles à ces différentes alliances dès lors que de tels accords de coopération à l'achat peuvent entraîner des avantages conséquents ou des désavantages concurrentiels, ce type d'accord pouvant alors affecter le développement sur le marché de certains fournisseurs :

« 218 - Dans de nombreuses décisions, l'Autorité a été amenée à examiner le processus et les critères mis en œuvre pour opérer la sélection d'entreprises en vue de leur conférer un avantage concurrentiel. Dans le prolongement de cette pratique décisionnelle, l'Autorité attire l'attention des opérateurs, dans le cas où le fait d'être inclus ou non dans les accords serait susceptible de procurer un avantage concurrentiel à certains fournisseurs, sur la nécessité d'une sélection des fournisseurs fondée sur des critères précis et objectifs. »

- **L'ADLC en conclut que certains des accords en cause reposeraient sur un processus de sélection dont les critères n'ont pas nécessairement été définis de manière très précise.**

- **L'ADLC conclut donc très prudemment sur le fait que l'analyse des accords qui ont été communiqués, sous l'angle du droit des ententes, ne permet pas d'exclure complètement certains des risques potentiels qu'elle a identifiés et notamment des risques de coordination entre distributeurs ou certains risques concurrentiels susceptibles de peser sur certains fournisseurs.**

Ce sont ces risques qui sont synthétisés dans le tableau supra.

- L'ADLC a dû, bien entendu, conduire également une analyse qui va dans le sens de la recherche des effets favorables à la concurrence issus de telles alliances.

L'ADLC constate que les accords en cause ont conduit à la négociation à la baisse des indices trois fois net des opérateurs concernés, ce qui représente un gain d'efficacité en termes de réduction du coût des distributeurs qui peut être pris en compte dans l'analyse, mais pour autant qu'une partie de ces gains soit répercutée à l'aval au bénéfice des consommateurs.

- **Il ressort de l'avis que l'ADLC est très prudente à cet égard et qu'elle demande à voir !**

- Un autre point est important, à savoir celui de la caractérisation de l'état de dépendance économique qui peut être sanctionné par le droit français des pratiques anticoncurrentielles (cf. article L.420-2-2° du Code de commerce).

On aurait pu attendre beaucoup plus de l'ADLC sur une meilleure définition de l'état de dépendance économique, sachant cependant qu'il était difficile d'aller au-delà de la pratique décisionnelle connue en la matière et qui n'a jamais donné lieu à sanction dès lors que les quatre critères, considérés comme cumulatifs, pour caractériser l'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur, sont extrêmement difficiles à réunir :

« 239 - La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont progressivement établi des conditions strictes à la caractérisation de l'état de dépendance économique. Quatre critères, considérés comme cumulatifs, sont retenus pour caractériser l'état de dépendance économique d'un fournisseur vis-à-vis d'un distributeur :

- l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur ;

- l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés ;
- l'absence de choix délibéré du fournisseur de concentrer ses ventes auprès du distributeur (l'Autorité examine si la concentration des ventes résulte d'un choix stratégique ou d'une nécessité technique), et ;
- l'absence de solutions alternatives pour le fournisseur. »

Comme le dit l'ADLC, ces critères sont difficiles à hiérarchiser dans la mesure où la répartition des pouvoirs de négociation dépend très largement de la structure des marchés de chaque famille de produits concernés.

À cet égard, le poids moyen des principaux distributeurs ou regroupements de distributeurs dans le chiffre d'affaires des fournisseurs est intéressant :

- L'ADLC termine sur les adaptations envisageables du cadre juridique, conformément à la demande d'avis. Deux propositions sont ainsi exposées par l'ADLC : d'une part, l'introduction dans le Code de commerce d'un nouvel article L. 462-10 visant à créer une obligation de notification préalable à l'ADLC des regroupements à l'achat les plus importants et, d'autre part,

l'assouplissement des conditions de qualification de la situation de dépendance économique en accordant dans l'analyse une place centrale à l'appréciation de la capacité de l'opérateur en situation de dépendance alléguée, de mettre en œuvre une solution de remplacement dans un délai raisonnable. Ces propositions ont été retenues dans le cadre du projet de loi Macron à l'issue de son examen par l'Assemblée nationale et le Sénat. Rappelons que ce projet de loi prévoit également l'introduction d'une procédure d'injonction structurelle permettant aux autorités françaises de concurrence d'ordonner des cessions de magasins dans certaines zones de chalandise déterminées où le niveau de concurrence existant serait insuffisant.

POIDS MOYEN DES PRINCIPAUX DISTRIBUTEURS OU REGROUPEMENTS DE DISTRIBUTEURS DANS LE CHIFFRE D'AFFAIRES DES FOURNISSEURS¹

	Poids moyen	Écart	Proportion de fournisseurs pour lesquels le poids est inclus dans la fourchette			
			[0 - 10%]	[10 - 20 %]	[20 - 30 %]	[30 - 40 %]
Carrefour/Cora	23,4 %	[14 % ; 31,1 %]	0 %	29 %	62,5 %	8,5 %
Intermarché/Casino	20,2 %	[4,9 % ; 34,7 %]	8,5 %	33,5 %	54 %	4 %
Auchan/Système U	19,3 %	[12,4 % ; 27,6 %]	0 %	50 %	50 %	0 %
E.Leclerc	15,6 %	[4 % ; 28,3 %]	16,5 %	66,5 %	16,5 %	0 %

Source : données communiquées par les fournisseurs, traitement par l'Autorité.

¹ Le dénominateur utilisé pour le calcul de cette part est le chiffre d'affaires total réalisé par les fournisseurs interrogés, tous canaux confondus, et les chiffres ont été calculés sur la base des données relatives à 24 fournisseurs ou filiales.

TRANSPARENCE ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Déséquilibre significatif : convergence et divergence entre le B to B et le B to C

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Il y a un peu plus de quatre ans, le Conseil constitutionnel était invité à se prononcer sur la conformité à la Constitution de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce, en vertu duquel « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Devant le Conseil constitutionnel, la société requérante estimait que ces nouvelles dispositions issues de la loi de modernisation du 4 août 2008 manquaient aux exigences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 « *Établissements Darty et Fils* », le Conseil constitutionnel a rejeté ce grief. Après avoir admis que l'amende civile prévue par l'article L.442-6 du code de commerce est une sanction ayant le caractère d'une punition, ce qui imposait de la soumettre au principe de légalité des délits et des peines, les sages ont jugé que l'infraction définie par le 2° du paragraphe I de l'article L.442-6 est conforme à ce principe.

Pour valider les dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce, le Conseil constitutionnel indique notamment que la jurisprudence déjà rendue sur le fondement de l'article L.132-1 du code de la consommation est suffisamment précise pour expliquer le contenu de la notion de déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels.

En effet, le droit français connaît la notion de déséquilibre significatif depuis la transposition par la loi du 1^{er} février 1995 de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

L'article L.132-1 du code de la consommation dispose ainsi que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Cette disposition ne peut, bien entendu, être détachée de la liste des clauses présumées abusives présente dans le partie réglementaire du même code aux articles R. 132-1 et R. 132-2.

La Cour d'appel de Paris a réitéré l'analogie formulée par le Conseil constitutionnel entre le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives au sujet de la notion de déséquilibre significatif dans un arrêt du 1^{er} octobre 2014 dans une affaire Carrefour, et ce dans les termes suivants : « même si l'article L.132-1 du code de la consommation concerne les rapports entre consommateurs et professionnels et l'article L.442-6-I-2° du code de commerce les rapports entre professionnels, dans les deux cas le législateur a confié au juge le pouvoir d'apprécier si les obligations prévues au contrat sont justifiées et équilibrées et si certaines obligations ne créent pas un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, en se référant à une notion dont le contenu a déjà été précisé par la jurisprudence » (CA Paris, pôle 5, ch.4, 1^{er} oct. 2014, n° RG : 13/16336, Min. Éco c/ Groupe Carrefour).

Cependant, dès le considérant suivant, une limite est posée à ce rapprochement dans les termes suivants : « si le juge peut s'inspirer des solutions dégagées sur le fondement de l'article L.132-1 du code de la consommation pour interpréter les dispositions de l'article L.442-6-I-2° du code de commerce, il n'en résulte pas que son raisonnement procède par analogie, dès lors que le champ d'application des deux textes est distinct, l'article L.442-6 précité ayant vocation à s'appliquer dans les rapports entre professionnels ou les rapports de force sont différents de ceux existants entre professionnels et consommateurs ».

Autrement dit, le juge « ne peut se contenter de raisonner par analogie » comme l'a affirmé à nouveau la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 octobre 2014 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 oct. 2014, n° RG : 13/11059, Radio Nova).

Ce tempérament à la prescription des juges constitutionnels visant à rapprocher la notion de déséquilibre significatif entre le code de la consommation et le code de commerce suggère que la jurisprudence récente des juridictions du fond sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce offre une lecture différente à celle des sages. Sur certains points, l'approche du déséquilibre significatif dans les relations entre professionnels et consommateurs ne peut être effectivement « copiée-collée » à celle qui prévaut dans les relations entre professionnels.

Afin de mettre en exergue les points de convergence et de divergence dans l'appréhension du déséquilibre significatif entre B to B et B to C, il convient, tout d'abord, de lister les critères permettant d'identifier un

déséquilibre significatif. Sont-ils identiques en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives ? (I). En outre, le cadre d'analyse du déséquilibre significatif doit également être examiné. Autrement dit, convient-il de se référer à la clause uniquement ou au contrat dans son ensemble pour apprécier un déséquilibre significatif ? (II). Enfin, la détermination du périmètre du déséquilibre significatif et plus particulièrement le sort réservé aux clauses lésionnaires permet également de questionner le rapprochement entre approche consumériste et approche commercialiste (III).

I. LA DÉFINITION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF : QUELS CRITÈRES D'IDENTIFICATION ?

Pour découvrir le contenu de la notion de déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce, le Conseil constitutionnel, dans l'affaire Darty précitée, renvoie les opérateurs économiques et leurs conseils à la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L.132-1 du code de la consommation.

Une synthèse de la jurisprudence en la matière, autorise, selon la doctrine (voir notamment Lagarde X., *Qu'est-ce qu'une clause abusive ? Étude pratique JCP E 2006, n° 1663*), une distinction entre deux sortes de clauses susceptibles d'être déclarées abusives : d'un côté, les clauses qui menacent l'économie de la convention et, de l'autre, les clauses qui, abstraction faite de leur effet sur l'économie de la convention, octroient un avantage au professionnel.

En ce qui concerne, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de détruire partiellement ou totalement l'économie des contrats dans lesquels elles s'insèrent, celles-ci se traduisent par la maîtrise unilatérale de l'évolution du contrat. Ainsi en est-il de la clause réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques ou le prix du bien à livrer ou du service à rendre (3° de l'article R. 132-1 du code de la consommation).

Les clauses qui menacent l'économie du contrat peuvent également être identifiées lorsqu'elles assurent une répartition inégale des risques du contrat. C'est par exemple le cas des clauses évasives ou limitatives de responsabilité (6° de l'article R. 132-1 du code de la consommation).

Concernant les clauses qui, abstraction faite de leur effet sur l'économie de la convention, octroient un avantage au professionnel, celles-ci supposent la réunion de plusieurs éléments : l'avantage doit profiter au seul professionnel et cet avantage ne doit comporter aucune contrepartie. Les clauses renversant la charge de la preuve sont l'illustration même de ce type de clause offrant un avantage sans contrepartie (12° de l'article R. 132-1 du code de la consommation).

Les clauses qui n'ont pas de caractère réciproque rentrent également dans cette catégorie. On peut citer, à ce titre, la clause reconnaissant au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur (8° de l'article R. 132-1 du Code de la consommation).

Pouvoir discrétionnaire unilatéral, répartition inégale des risques, avantage sans contrepartie ou encore absence de réciprocité sont autant de critères mobilisés en B to C pour identifier une clause abusive créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Les critères précités du droit de la consommation se retrouvent-ils dans l'appréhension du déséquilibre significatif concernant les relations entre professionnels ?

La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 18 septembre 2013 opposant le Galec au ministère de l'Économie, a rappelé que le juge commercial peut prendre appui sur ces critères pour appréhender le déséquilibre significatif entre professionnels. Dans le droit fil de la décision du Conseil constitutionnel de 2011, les juges ont, en effet, indiqué que « ces règles peuvent inspirer l'application de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce » (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 sept. 2013, n° 12/03177, Galec).

La décision de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Ikea du 23 mai 2013 reprend cette même formule et poursuit en donnant, et ce pour la première fois, une définition de la notion de déséquilibre significatif. L'arrêt précise ainsi que « cette notion de déséquilibre significatif, inspirée du droit de la consommation, conduit à sanctionner par la responsabilité de son auteur, le fait pour un opérateur économique d'imposer à un partenaire des conditions commerciales telles que celui-ci ne reçoit qu'une contrepartie dont la valeur est disproportionnée de manière importante à ce qu'il donne » (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° RG : 12/01166, Ikea Supply Chain [l'arrêt de cassation du 16 décembre 2014 concerne uniquement la question de la rupture brutale des relations commerciales : Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21363, à paraître au Bulletin]).

Dans les affaires Carrefour et Radio Nova précitées, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de préciser une nouvelle fois le contenu de la notion de déséquilibre significatif et les critères permettant de l'appréhender. Les juges ont ainsi affirmé d'une part, que « le déséquilibre significatif peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties » (CA Paris, 29 oct. 2014, Radio Nova, préc. ; CA Paris, 1^{er} oct. 2014, Groupe Carrefour, préc.) et d'autre part que « des clauses prévoyant des obligations ou des avantages injustifiés, sans contrepartie ou sans motif légitime, » peuvent entraîner un déséquilibre

significatif (CA Paris, pôle 5, ch.4, 1^{er} oct. 2014, n° RG : 13/16336, Min. Éco c/ Groupe Carrefour).

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a également, dans un avis n° 14-06 du 30 septembre dernier, apporté sa pierre à la construction de la notion de déséquilibre significatif en B to B. Pour la CEPC, l'« obligation défavorable, sans réciprocité ni contrepartie véritable ou justification objective » est assimilée à une clause entraînant un déséquilibre au même titre que la clause qui confère à l'un des contractants, et à lui seul, un pouvoir unilatéral laissé à la discrétion de cette même partie.

Par conséquent, au regard des arrêts les plus récents et de cet avis de la CEPC, l'absence de contrepartie ou la contrepartie disproportionnée et l'absence de réciprocité des dispositions contestées semblent être les critères décisifs qui se détachent pour appréhender la notion de déséquilibre significatif.

Peu ou prou, ces critères correspondent à ceux développés par la jurisprudence en matière de droit de la consommation. En ce sens, l'analogie réalisée par le Conseil constitutionnel entre B to C et B to B n'est pas restée lettre morte et trouve écho dans la définition du déséquilibre significatif entre professionnels.

Qu'en est-il maintenant en ce qui concerne le cadre d'analyse du déséquilibre significatif ?

II. LE CADRE D'ANALYSE DU DÉSEQUILIBRE SIGNIFICATIF : APPROCHE CLAUSE PAR CLAUSE OU APPROCHE GLOBALE ?

Contrairement au droit des pratiques restrictives de concurrence, en droit de la consommation, le cadre d'analyse du déséquilibre significatif est précisé dans le texte même de l'article L.132-1 du code de la consommation, précisément à l'alinéa 5, lequel prévoit que : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

L'arrêt sur question préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 février 2013 (CJUE, 21 févr. 2013, aff. C-472/11, Banif Plus Bank Zrt c/ Csaba Csipai, Viktória Csipai, EU:C:2013:88) qui précisait l'interprétation de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, a clarifié le point de savoir si, lors de l'appréciation du caractère abusif de la clause sur laquelle est fondée la demande, le juge national peut ou doit tenir compte des autres clauses

du contrat : « en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive, une clause est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la même directive, cette appréciation doit être portée en tenant compte de la nature des services qui font l'objet du contrat et en se référant à toutes les circonstances qui ont entouré sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. Il y a donc lieu de répondre à la troisième question que le juge national doit, afin de porter une appréciation sur le caractère éventuellement abusif de la clause contractuelle qui sert de base à la demande dont il est saisi, tenir compte de toutes les autres clauses du contrat ».

L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 16 janvier 2014 (CJUE, 16 janv. 2014, aff. C-226/12 - Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez, EU:C:2014:10) (qui reprend les conclusions de l'arrêt Banif), précise par ailleurs que l'article 3, paragraphe 1, de la directive précitée doit être interprété de la manière suivante : « il incombe à la juridiction de renvoi, afin d'apprécier l'existence éventuelle d'un déséquilibre significatif, de tenir compte de la nature du bien ou du service qui fait l'objet du contrat, en se référant à toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion de ce contrat, de même qu'à toutes les autres clauses de celui-ci ».

Toutefois, la Cour de justice reconnaît par ailleurs que la clause doit s'apprécier « dans le cadre du droit applicable à un tel contrat, ce qui implique un examen du système juridique national ». En France, cette approche globale doit donc se conjuguer avec la liste des clauses présumées abusives mentionnées aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du code de la consommation. En raison de cette énumération, il s'avère que l'analyse clause par clause du déséquilibre significatif apparaît privilégiée en B to C.

À défaut d'indication textuelle de la sorte dans le Code de commerce, quelle est l'approche retenue par les juridictions dans les relations entre professionnels ?

Certains jugements de première instance avaient retenu une approche clause par clause. Cependant, il semblerait que les décisions les plus récentes de la Cour d'appel de Paris retiennent une approche globale, à l'aune de l'économie générale du contrat. L'arrêt du 11 septembre 2013 dans l'affaire Eurauchan indiquait ainsi que « (...) l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce vise le déséquilibre dans les droits et obligations des parties, qu'il invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et l'économie du contrat » (CA Paris, pôle 5, ch. 2, 11 sept. 2013, n° RG : 11/17941, Min. éco. c/ Eurauchan).

Deux arguments plaident en la faveur d'une telle analyse : en employant les termes de « *entre les droits et obligations des parties* », le législateur a démontré une volonté de prendre en compte l'économie générale du contrat, et non une simple clause placée hors de tout contexte ; d'autre part, en B to B, les parties envisagent leur relation commerciale comme un ensemble d'engagements dont l'analyse doit s'effectuer globalement. Selon cette approche, la mise au ban d'une clause sans étudier son environnement n'est pas souhaitable (Luc I., L'application judiciaire du déséquilibre significatif aux contrats d'affaires AJCA 2014, p. 109 ; Gicquiaud É., Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif, RTD Com. 2014, p. 267).

En conséquence de cette approche globale, le rééquilibrage des clauses entre elles est donc envisageable. La Cour d'appel de Paris l'a affirmé dans plusieurs affaires dont l'affaire EMC Casino du 4 juillet 2013 : « *il peut être admis que le déséquilibre (...) instauré par une clause puisse être corrigé par l'effet d'une autre, mais encore faut-il que cette situation de rééquilibrage soit démontré* » (CA Paris, 4 juil. 2013, n° RG : 12/07651, EMC Distribution c/ Min. éco.).

Tout réside, en effet, dans la preuve de cette compensation. À ce titre, l'arrêt du 1^{er} octobre 2014 dans l'affaire Carrefour, tente de livrer un cadre d'analyse cohérent. La Cour d'appel de Paris indique que l'approche globale à l'aune du contexte et de l'économie de contrat peut être prise en compte par le juge à deux conditions : d'une part, s'il est invoqué en défense par la partie qui se voit reprocher une violation de l'article et, d'autre part, si la preuve est rapportée par cette partie que « *l'économie globale du contrat rend licite une clause qui pourrait être sanctionné* » en temps normal (CA Paris, 1^{er} oct. 2014, Groupe Carrefour, préc.).

III. LE PÉRIMÈTRE DU DÉSEQUILIBRE SIGNIFICATIF : LE CONTRÔLE DES PRESTATIONS FINANCIÈRES ?

Alors que le périmètre du déséquilibre significatif en B to C est strictement délimité par la lettre du texte du code de la consommation, le déséquilibre significatif entre professionnels jouit d'un champ application non délimité, qui laisse envisager un possible contrôle des prestations financières (Lajnef N., Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce, RLC 2014/39, n° 2553).

En B to C, seuls les déséquilibres juridiques sont visés par le texte. Le droit de la consommation, qui a pour vocation de protéger une partie présumée faible, ne va pas jusqu'à sanctionner les déséquilibres financiers dans les contrats. L'alinéa 7 de l'article L.132-1 précise ainsi que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la*

rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ».

L'article L.132-1 du code de la consommation cantonne donc la notion de déséquilibre significatif aux déséquilibres accessoires contenus dans les stipulations du contrat qui ne portent pas sur l'adéquation du prix à la prestation.

Contrairement au droit de la consommation qui écarte donc toute vérification de l'adéquation du prix ou de la rémunération du bien vendu ou au service offert, l'article du code de commerce ne comporte pas une telle restriction et est susceptible d'être appliqué à n'importe quel type d'obligation, sans distinction de nature.

La formulation générale de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce ne semble pas exclure l'appréhension des clauses lésionnaires. Cet article contient ainsi en son sein une potentialité remarquable : celle de l'exercice par le juge d'un contrôle des prestations financières pour rétablir l'équilibre financier du contrat.

Pour le moment, la jurisprudence, sur ce point, ne fait état que de décisions de rejet. Dans une décision du Tribunal de commerce de Paris du 24 septembre 2013, les juges consulaires ont refusé d'admettre un déséquilibre significatif dès lors que le ministre n'apportait pas la preuve d'une absence de négociation, de l'existence de pression, contrainte ou menace. En se référant à l'analogie entre droit de la consommation et droit des pratiques restrictives de concurrence du Conseil constitutionnel dans sa décision de 2011, les juges ont précisé que « *La notion de déséquilibre significatif visée par le Conseil constitutionnel ne saurait être entendue comme pouvant porter sur l'adéquation du prix au bien, dès lors que l'article L.132-1 du code de la consommation exclut expressément celui-ci de son domaine* » (T. com. Paris, 24 sept. 2013, n° RG : 2011/058615, Min. éco. c/ Galec).

Le tribunal a, dès lors, considéré que les réductions de prix sont des composantes de la détermination du prix, qui ne peuvent être modifiées par le juge.

Cependant, la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Ikea du 23 mai 2013 semble, *a contrario*, ne pas exclure un tel contrôle des clauses purement tarifaires : « *Si, ainsi que le soutient la société Ikea, il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif.* » (CA Paris, 23 mai 2013, Ikea Supply Chain, préc.).

Aux termes de cette confrontation en trois points entre approche consumériste et approche commercialiste,

il s'avère que l'apparence de similitude entre l'article L.132-1 du code de la consommation et l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce s'estompe quelque peu à l'analyse de la jurisprudence récente. Là où les sages y avaient vu des « vrais » jumeaux se cacheraient plutôt en réalité des « faux » jumeaux !

Notons enfin que le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats présenté le 25 février 2015 par Madame la Garde des Sceaux, Christiane Taubira, prévoit d'introduire la notion de déséquilibre significatif au sein du Code civil. Plus proche de l'article L.132-6 du code de la consommation en ce qu'elle soustrait au contrôle du juge les clauses principales et les clauses financières, la rédaction envisagée dans ce projet est la suivante : « Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. 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 ».

Plusieurs questions peuvent se poser quant à l'opportunité d'insérer une telle disposition dans le Code civil. S'agit-il d'une contrepartie à la suppression de la notion de cause envisagée par le projet de réforme ? Et surtout quid de l'articulation avec le déséquilibre significatif du Code de commerce et du Code de la consommation ? (voir not. Amaro R., Le déséquilibre significatif en droit commun des contrats ou les incertitudes d'une double filiation, Contrats conc. consom. 2014, étude 8).

Ainsi, en lieu et place de l'analogie entre les approches consumériste et commercialiste, il conviendra peut-être de composer à l'avenir avec une interprétation civiliste de la notion de déséquilibre significatif.

Modification de la réglementation des annonces de réductions de prix vis-à-vis des consommateurs : un nouveau vent de liberté pour les annonceurs

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

La réglementation relative aux annonces de réduction de prix vient d'être profondément modifiée par un arrêté ministériel du 11 mars 2015, en raison de sa non-conformité avec le droit communautaire. Cette réforme, entrée en vigueur le 25 mars 2015, engendre d'importantes conséquences pour les commerçants.

Les prix doivent pouvoir être fixés librement par les professionnels qu'ils soient producteurs, fabricants ou distributeurs. Dès lors, tout commerçant peut décider d'augmenter ou de réduire ses prix comme il le souhaite.

Toutefois, les annonces de réduction de prix ont toujours été encadrées très strictement en France.

À cet égard, les textes de référence furent longtemps l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 « *relatif à la publicité des prix à l'égard du consommateur* » et ses trois circulaires d'interprétation, leur objectif proclamé étant de faciliter l'annonce des rabais réels tout en accroissant la protection des consommateurs contre les annonces de prix fictives ou trompeuses. Par la suite, l'arrêté du 31 décembre 2008 « *relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur* », a abrogé et remplacé l'arrêté n° 77-105/P, afin – tout en reprenant les principales règles – de l'adapter à certaines évolutions commerciales, telles que l'essor du commerce en ligne ou le développement des magasins d'usine et de déstockage.

En vertu de ce dispositif réglementaire, les annonces de réduction de prix étaient encadrées par un grand nombre de limites et d'interdictions. En particulier, la remise annoncée ne pouvait être établie que par rapport à un « *prix de référence* » défini de manière très stricte. L'arrêté du 31 décembre 2008 fixait en effet seulement quatre prix de référence possibles :

- Le prix le plus bas pratiqué dans les 30 jours précédant l'opération ;
- Le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit ;
- Le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique ;
- Le dernier prix conseillé par le fabricant ou l'importateur lorsque le produit annoncé à prix réduit n'a pas été vendu ou proposé à la vente dans l'établissement ou sur le site de vente à distance.

Toutefois, la validité de cette réglementation au regard de la directive n°2005/29 du 11 mai 2005 « *relative aux pratiques commerciales déloyales* » a été très sérieusement remise en question par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en date du 10 juillet 2014 (affaire n° C-421/12).

Interrogée quant à la validité de la réglementation belge relative aux annonces de réduction de prix, la CJUE a jugé que cette réglementation, imposant que toute annonce de réduction de prix fasse référence au prix le plus bas appliqué durant le mois précédant l'annonce, était **contraire** à la directive n°2005/29 précitée, car elle avait pour effet d'interdire toute réduction de prix qui n'était pas conforme à cette obligation.

Rappelons que la directive 2005/29 comporte à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques réputées déloyales en toutes circonstances pouvant être interdites en tant que telles par les législations nationales. Les autres pratiques ne peuvent être interdites sans analyse au préalable de leur caractère déloyal au sens de la directive. Parmi ces 31 pratiques ainsi énumérées, ne figure pas l'encadrement des annonces de réductions de prix de sorte qu'une telle annonce devrait, en principe, seulement faire l'objet d'un examen au cas par cas pour déterminer si elle est déloyale ou non.

Précisons à cet égard qu'il ressortait déjà clairement de plusieurs décisions de la CJUE que certaines pratiques, à savoir en particulier les ventes liées, les ventes avec prime et les loteries publicitaires payantes, n'étant pas énumérées dans la « *liste noire* » des 31 pratiques déloyales *per se* de l'annexe I de la directive, elles ne pouvaient être interdites, qu'à la condition qu'une analyse *in concreto* permette d'en démontrer le caractère déloyal au sens de la directive, laquelle est d'harmonisation maximale ce qui signifie que les États membres ne peuvent ni maintenir ni adopter de dispositions plus sévères que celles de la directive.

Ces décisions de la CJUE avaient entraîné une importante modification du Code français de la consommation. La France n'avait en revanche pas encore pris la peine de modifier la réglementation nationale relative aux annonces de réduction de prix. Elle a dû s'y résoudre suite à l'arrêt du 10 juillet 2014 de la CJUE, compte tenu de la similarité entre les réglementations française et belge.

C'est dans ce contexte qu'a été adopté l'arrêté du 11 mars 2015 « *relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur* » qui abroge et remplace

l'arrêté du 31 décembre 2008 à compter du 25 mars 2015.

Ce texte précise que « toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L.120-1 du code de la consommation » et qu'elle soit conforme aux exigences suivantes :

- lorsqu'une annonce de réduction de prix est faite dans un établissement commercial, l'étiquetage, le marquage ou l'affichage des prix réalisés conformément aux dispositions en vigueur doivent préciser, outre le prix réduit annoncé, **le prix de référence qui est déterminé par l'annonceur** et à partir duquel la réduction de prix est annoncée ;
- lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés, cette réduction peut être faite par escompte de caisse. Dans ce cas, cette modalité doit faire l'objet d'une information, l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence ;
- l'annonceur doit pouvoir justifier de **la réalité du prix de référence** à partir duquel la réduction de prix est annoncée.

Ce nouvel arrêté a ainsi pour effet de permettre aux commerçants de choisir le prix de référence de son choix, sans que celui-ci ne soit encadré par la loi, à condition qu'il puisse en justifier.

L'annonce de réduction ne pourra être sanctionnée qu'à la condition que soit démontré qu'elle constitue une « pratique commerciale déloyale » au sens de l'article L.120-1-I du Code de la consommation, à savoir une pratique :

- contraire aux exigences de la diligence professionnelle,
- et qui altère, ou est 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.

L'abrogation de l'arrêté du 31 décembre 2008 entraîne également la suppression des autres règles de publicité de prix prévues par ce texte (à savoir : l'obligation de fournir les produits et services au prix indiqué ; la disponibilité obligatoire des produits ou services dont le prix est publié ; l'interdiction de l'indication dans la publicité de réductions de prix ou d'avantages quelconques qui ne sont pas effectivement accordés à tout acheteur de produits ou à tout demandeur de prestation de services dans les conditions annoncées ;

l'obligation pour tout vendeur de produits ou prestataire de services accordant des conditions de vente ou des conditions tarifaires préférentielles à des groupes particuliers de consommateurs d'en faire la publicité à l'intérieur de son point de vente ou sur son site marchand électronique).

L'ensemble de ces pratiques pourront cependant être sanctionnées si elles s'avèrent correspondre, au cas par cas, à des « pratiques commerciales déloyales », au sens des articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation.

Or, le non-respect des articles L.120-1 et suivants est sévèrement et pénalement puni. En effet, la personne physique responsable (représentant légal de l'entreprise ou délégataire en cas de délégation de pouvoirs en la matière) encourt une peine d'emprisonnement de deux ans au plus et/ou une amende dont le montant maximal est de 300.000 euros, étant précisé que le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits.

La responsabilité pénale des personnes morales peut être également mise en jeu et l'amende maximum est alors portée au quintuple de celle prévue pour les personnes physiques, soit 1 500 000 euros.

...

L'arrêté du 11 mars 2015 devrait permettre d'accorder davantage de souplesse aux commerçants pour dynamiser leurs ventes, toutefois ils devront veiller avec attention à ce que leurs pratiques demeurent loyales vis-à-vis du consommateur afin de ne pas tomber sous le coup des articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation sanctionnant pénalement les « pratiques commerciales déloyales ».

Regroupement de l'offre et droit de la concurrence : jusqu'où peut-on aller ?

Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone

La confrontation des spécificités du monde agricole au droit de la concurrence est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années : deux avis et une étude thématique de l'Autorité de la concurrence (2008, 2012 et 2014), un rapport du Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux (2012), un rapport d'information du Sénat (2013) et bientôt des lignes directrices de la Commission européenne.

Le moins que l'on puisse dire est que la question n'est pas simple et les règles applicables en la matière sujettes à interprétation, comme l'illustre l'arrêt rendu le 15 mai 2014 par la Cour d'appel de Paris, venu réformer en toutes ses dispositions la décision rendue par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire des endives, actuellement pendante devant la Cour de cassation.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'Autorité de la concurrence n'avait pas suffisamment tenu compte de la particularité du secteur agricole et des règles spécifiques qui y sont applicables alors que l'Autorité de la concurrence estime quant à elle que le principe d'applicabilité des règles de concurrence au secteur agricole, sous réserve de certaines dérogations qui sont d'interprétation stricte, demeure intangibles.

Les producteurs qui souhaiteraient se regrouper se trouvent ainsi aujourd'hui face à une grande incertitude juridique. En effet, qui dit regroupement de l'offre dit en principe fixation des prix en commun et donc potentiellement entente anticoncurrentielle.

Pour autant, le regroupement de l'offre des producteurs de fruits et légumes apparaît comme une nécessité, notamment pour renforcer leur position dans le cadre des négociations avec la grande distribution alimentaire, comme l'a d'ailleurs régulièrement souligné l'Autorité de la concurrence. Aussi devient-il indispensable de mieux définir les limites entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Le prochain arrêt attendu de la Cour de cassation dans l'affaire des endives ainsi que les lignes directrices de la Commission européenne devraient nous y aider...

Dans cette attente, il convient de souligner que l'Autorité de la concurrence semble admettre la fixation en commun du prix de première mise sur le marché des produits agricoles **dès lors que la structure commune constituée par les producteurs devient propriétaire de la production**.

En effet, dans l'affaire dite des endives, l'Autorité de la concurrence a implicitement validé le schéma dit d'AOP de commercialisation avec transfert de propriété mis en place par la société Groupe Perle du Nord.

De même, dans ses deux avis de 2008 et 2014, l'Autorité de la concurrence préconise clairement la création d'OP et AOP avec transfert de propriété plutôt que de structures ne permettant pas un tel transfert.

Aussi, sous réserve de respecter cette règle élémentaire du transfert de propriété, le regroupement des producteurs apparaît tout à fait possible et même encouragé dans la mesure où il est seul de nature à permettre aux producteurs une meilleure organisation de leur offre et ainsi un renforcement de leur position dans le cadre de leurs négociations avec la grande distribution notamment.

La transposition annoncée de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive « RELC »)

Par Irène Huille

La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE¹ (ci-après, la « directive RELC »), qui doit être effective au plus tard le 9 juillet 2015, est à l'ordre du jour, avec la parution, le 19 mai 2015, sur le site Internet des Ministères économiques et financiers, d'un communiqué de presse de Carole Delga, secrétaire d'Etat chargée du commerce, de l'artisanat, de la consommation et de l'économie sociale et solidaire, auprès du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique (ci-après, « le communiqué de presse »).

Il ressort ainsi de ce communiqué de presse qu'une **ordonnance et un décret de transposition seront publiés au mois de juillet**. En effet, la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière² a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance aux fins de la transposition de la directive « RELC ».

Cette directive étant d'harmonisation minimale, le Gouvernement pourrait donc, s'il l'entendait, aller au-delà des dispositions prescrites par ladite directive ; le Gouvernement a cependant fait savoir dans l'exposé des motifs de la loi n° 2014-1662 susvisée qu'il n'irait pas en ce sens, et qu'il se contenterait d'une interprétation stricte des dispositions de la directive :

« Il [le Gouvernement] souhaite reprendre strictement les dispositions de la directive tant concernant son champ d'application, l'objectif de généralisation des mécanismes de médiation à tous les secteurs professionnels, les exigences de qualité du médiateur, les exigences de qualité de la procédure de médiation, l'information du consommateur et la mise en place d'une ou de plusieurs autorités publiques d'évaluation ».

La **directive « RELC » couvre la résolution des litiges contractuels entre professionnels et consommateurs relatifs à la vente de marchandises ou à la fourniture d'une prestation de services** (litige initié par un consommateur à l'encontre d'un professionnel).

Elle prévoit la généralisation des mécanismes de résolution amiable des litiges entre professionnels et consom-

mateurs – connus en France sous le terme « médiation » – dans tous les secteurs d'activité, à l'exclusion des secteurs de l'éducation, de la santé, et des services d'intérêt général non économiques, **sans pour autant exiger des États membres la création d'une entité de « RELC » pour chaque secteur de l'économie**.

Les États membres ayant néanmoins, aux termes de la directive « RELC », l'obligation d'assurer une couverture sectorielle et géographique totale et un accès universel au REL, ils devraient dans ce cas prévoir la création d'une entité de REL résiduelle, traitant les litiges pour lesquels aucune entité spécifique de REL n'est compétente.

La directive « RELC » s'appuie sur les mécanismes de « REL » existants dans les États membres, et incite ces derniers à créer de nouvelles entités et procédures si besoin, qui répondraient à des critères de qualité précisément définis dans la directive.

La directive « RELC » invite également les États membres à mettre en place des autorités d'évaluation des entités de « REL ». En France, le communiqué de presse susvisé précise à cet égard que *« tous les médiateurs seront évalués par une autorité unique d'évaluation et de contrôle de la médiation, composée de magistrats, de personnalités qualifiées, et de représentants des consommateurs et des professionnels ».*

Il ressort également du communiqué de presse que le recours à un médiateur d'entreprise, que l'on connaît par exemple au sein de la SNCF, la RATP, ou encore Canal + – liste non exhaustive – s'accompagnera d'exigences supplémentaires garantissant son impartialité. Aux termes de la transposition annoncée dans le communiqué de presse, les médiateurs d'entreprises devraient en effet être désignés par un organe collégial composé d'associations de consommateurs et de professionnels, disposer de moyens autonomes et suffisants, et n'avoir aucun lien hiérarchique avec l'entreprise.

En tout état de cause, si le communiqué de presse paru le 19 mai 2015 sur le site Internet des Ministères économiques et financiers permet de recueillir les prémises de la transposition annoncée en droit français de la directive « RELC », l'ordonnance et le décret à paraître au mois de juillet apporteront davantage de précisions quant au « nouveau » paysage français de la médiation en droit de la consommation !

1. JOUE L 165 du 18 juin 2013.

2. JORF n°0302 du 31 décembre 2014 page 23238

Le Conseil d'État est désormais compétent en matière de recours contre les décisions de refus ou de levée de la protection au titre du secret des affaires

Par Elodie Camous et Elsa du Lac

Le décret n°2015-521 du 11 mai 2015 est venu modifier les dispositions du Code de commerce concernant la contestation des décisions relatives au secret des affaires prises par le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence.

Avec ce décret, le législateur scinde en deux catégories les recours contre les décisions du Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence portant sur le secret des affaires :

- conformément au nouvel article R.464-29 du Code de commerce, les décisions prises par le Rapporteur général « qui accordent la protection du secret des affaires ou qui refusent la levée de ce secret » ne pourront être contestées qu'avec la décision au fond de l'Autorité de la concurrence, devant la Cour d'appel de Paris ;
- tandis que les recours contre les décisions du Rapporteur général refusant ou levant la protection au titre du secret des affaires relèvent désormais de la compétence du Conseil d'État.

Ce changement radical de voie de recours fait suite à un arrêt du Conseil d'État du 10 octobre 2014 qui avait invalidé partiellement le régime antérieur de l'article R.464-29 du Code de commerce (cf. notre article de la Lettre du Cabinet de Décembre 2014 – Janvier 2015).

→ [Les suites de l'arrêt du Conseil d'État du 10 octobre 2014 qui avait enjoint au Premier ministre d'abroger l'article R.464-29 du Code de commerce au nom du droit à un recours effectif](#)

Jusqu'à très récemment, les décisions concernant la protection au titre du secret des affaires ne pouvaient faire l'objet que d'un recours au fond devant la Cour d'appel de Paris, des années après la divulgation des informations.

Appelé à se prononcer sur la compatibilité de ce régime avec le droit à un recours juridictionnel effectif, le Conseil d'État avait considéré que les décisions « impliquant (...) la communication ou la consultation de documents ou d'informations pour lesquels cette protection avait été demandée ou précédemment accordée » étaient « susceptibles de faire grief, par

elles-mêmes, aux parties dont émanent les pièces ou éléments en cause » et étaient donc détachables de la procédure. Il avait par conséquent jugé que l'absence de recours immédiat portait bien « atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

Le Conseil d'État avait alors enjoint au Premier ministre d'abroger ces dispositions dans un délai de trois mois. Il avait par ailleurs estimé, s'agissant des recours contre des décisions refusant la protection au titre du secret des affaires ou autorisant la levée de la protection qu'il convenait de revenir au régime de droit commun, en l'absence de dispositions législatives expresses accordant compétence à la Cour d'appel de Paris.

Ces recours devaient donc être provisoirement portés devant le juge administratif, situation provisoire qui a été confirmée par le législateur.

→ [Une distinction justifiée au regard des conséquences qu'entraînent ces deux catégories de décisions pour les entreprises](#)

La distinction opérée par le Conseil d'État – et par le législateur par la suite – entre les différentes catégories de décisions du Rapporteur général de l'Autorité s'explique en raison de l'importance que revêtent les décisions autorisant la divulgation de secrets d'affaires pour les entreprises concernées.

En effet, lorsqu'une entreprise se voit accorder la protection de documents au titre du secret des affaires (en application des articles L.463-1 et suivants du Code de commerce), la décision de classement rendue par le Rapporteur général de l'Autorité lui permet de ne pas dévoiler aux autres parties à la procédure – souvent des concurrents – des informations sensibles et confidentielles.

À l'inverse, les décisions autorisant la divulgation des secrets d'affaires aux autres parties à la procédure (de refus de classement ou de déclasserment) emportent des conséquences lourdes pour les entreprises concernées, puisqu'elles rendent accessibles des informations confidentielles à leurs concurrents.

Il paraît donc justifié que ce type de décisions – qui peuvent ainsi être particulièrement préjudiciables aux entreprises concernées – puisse faire l'objet d'un recours immédiat, et que celles-ci ne soient pas contraintes d'attendre – comme c'était le cas jusqu'à présent – qu'un recours au fond soit exercé contre la décision de l'Autorité de la concurrence (ce d'autant plus si la société concernée ne souhaitait pas relever appel de ladite décision).

Ainsi, si l'on pouvait s'attendre à ce que le législateur donne compétence à la Cour d'appel de Paris pour gérer ce nouveau contentieux des décisions de refus ou de levée du secret des affaires – ce qui n'a pas été le cas puisque c'est au Conseil d'État que revient désormais le soin d'examiner les recours formés par les entreprises –, nous ne pouvons que nous réjouir de cette évolution permettant désormais un recours immédiat contre ces décisions.

La Cour d'appel de Paris apporte d'intéressantes précisions en matière de publicité comparative

Par Caroline Bellone et Bénédicte Perez

Récemment, la Cour d'appel de Paris a été amenée à se prononcer sur le caractère illicite ou non de deux publicités comparatives. Dans la première affaire, les juges du fond étaient interrogés sur le caractère comparatif ou non d'une publicité utilisant un simple superlatif. Dans la seconde affaire, ils ont eu l'occasion de préciser l'étendue de l'obligation d'objectivité qui incombe à celui qui compare ses prix à ceux pratiqués par ses concurrents.

• **Sur l'utilisation du superlatif (Cour d'appel de Paris, 5 février 2015, RG n°11/09260, Philips France/Seb) :**

Afin d'établir le caractère comparatif d'une publicité, il faut pouvoir démontrer que celle-ci identifie, « *implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent* » (article L.121-8 du Code de la consommation), identification qui ne s'avère pas toujours si facile à prouver.

Dans un litige opposant Seb à Philips, la Cour d'appel de Paris s'est attelée à expliquer en détail en quoi l'un des slogans publicitaires utilisés par Philips pour vanter les mérites de sa nouvelle friteuse dénommée *Airfryer* - « *les frites les plus savoureuses sans huile* » - devait être considéré comme une publicité comparative comparant ladite friteuse à la friteuse *Actifry* de Seb, alors même que cette dernière n'était pas expressément citée par Philips.

Pour soutenir que la publicité litigieuse était une publicité comparative illicite, Seb considérait qu'il existait un marché spécifique des friteuses « *à cuisson saine* » sur lequel elle a été le premier intervenant, près de quatre ans avant Philips.

Philips soutenait quant à elle qu'il n'existait qu'un seul marché - celui des friteuses - sur lequel interviennent de nombreux fabricants d'électroménagers de sorte que le slogan litigieux ne pouvait permettre d'identifier un concurrent en particulier.

Pour trancher cette question déterminante pour la qualification juridique de la publicité litigieuse, la Cour d'appel de Paris se livre à une appréciation *in concreto*.

Après avoir constaté que les friteuses à quantité réduite en huile ne constituaient pas des produits spécifiques non substituables aux autres friteuses, elle relève néanmoins que :

- en utilisant la locution « *plus* » dans son slogan publi-

citaine, Philips a volontairement introduit un **élément de comparaison** ;

- en faisant référence aux seules frites cuites « *sans huile* », Philips s'est bien placée sur le seul segment des friteuses « *cuisson saine* ». Ceci est confirmé par une étude versée par Philips elle-même selon laquelle les frites cuites avec l'*Airfryer* sont globalement moins appréciées que celles cuites avec une friteuse traditionnelle, ce qui exclut toute tentative de comparaison de la part de Philips avec les friteuses traditionnelles ;

- la friteuse *Actifry* de Seb bénéficiait d'une notoriété certaine auprès des consommateurs, **ce qui la rendait parfaitement identifiable** par eux, même si elle n'était pas expressément citée par Philips.

Elle conclut ainsi que la publicité de Philips en faveur de sa friteuse *Airfryer* était bien de nature comparative et devait donc répondre aux conditions fixées par les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation.

Or, la Cour d'appel a relevé que les résultats de l'étude utilisée par Philips pour justifier sa comparaison étaient peu « *significatifs* » et, surtout, que certaines des accroches de Philips - « *sans huile* » et « *des frites croustillantes en seulement 12 minutes* » - étaient trompeuses, ce qui rendait la publicité comparative illicite.

La Cour d'appel a donc sanctionné Philips à la fois pour pratiques commerciales trompeuses et pour publicité comparative illicite. Philips a ainsi été condamnée à payer à Seb la somme de 600 000€ à titre de dommages et intérêts en raison des actes de concurrence déloyale dont elle s'est rendue coupable. Elle a en outre reçu injonction de procéder au retrait de l'ensemble des produits litigieux du fait des mentions comparatives et trompeuses y figurant.

Il convient donc de retenir de cet arrêt que le superlatif reste à manier avec précaution !

• **Sur l'obligation d'objectivité (Cour d'appel de Paris, 3 septembre 2014, RG n°10/23880, Saturn/Darty) :**

Toujours en matière de publicité comparative, l'article L.121-8 du Code de la consommation dispose également qu'une publicité comparative, pour être licite, doit répondre à une obligation d'objectivité. Ainsi, lorsqu'une publicité compare les prix pratiqués par deux entreprises concurrentes, cette obligation d'objectivité impose que les consommateurs visés soient à

même de connaître les caractéristiques essentielles des produits comparés de nature à justifier les différences de prix constatées.

C'est, entre autres, sur cet aspect que la Cour d'appel de Paris a dû trancher un litige opposant Darty à l'enseigne Saturn. En l'espèce, Darty estimait que des publicités comparatives diffusées par l'enseigne Saturn étaient illicites dans la mesure où elles se contentaient de comparer les prix d'un certain nombre de produits communs aux deux enseignes sans mentionner l'existence du « *contrat de confiance* » offert par Darty aux consommateurs et justifiant, d'après cette dernière, les différences de prix constatées.

Saturn soutenait en réponse que l'obligation d'énumérer, dans le message publicitaire, les différences tenant aux **conditions de vente** auxquelles les produits comparés sont commercialisés par chacune des deux enseignes ne s'impose pas au titre de l'objectivité.

Les juges du fond donnent raison à Saturn en considérant que « *l'objectivité de la publicité implique que les personnes auxquelles elle s'adresse puissent avoir connaissance des différences de prix des produits comparés et **des caractéristiques propres des produits** de nature à justifier ces différences de prix* » et que ces **caractéristiques propres** étaient en l'espèce bien connues des consommateurs.

La Cour d'appel ajoute qu' « *il ne saurait y avoir obligation d'exposer au consommateur, au titre de l'objectivité, les paramètres qui permettent de déterminer le prix de ces produits* » et qu'il appartenait à Darty de communiquer auprès des consommateurs sur les autres éléments constitutifs de son offre (garantie, service après-vente, hotline, reprise, livraison gratuite à domicile, etc.).

La Cour d'appel considère ainsi que les conditions de vente, et notamment les garanties commerciales offertes par un distributeur, ne font pas partie des caractéristiques essentielles des produits et n'ont donc pas à être précisées dans une publicité comparative portant sur le prix des produits.

Il est vrai que le droit de la consommation semble distinguer les caractéristiques des produits, d'une part, et les garanties commerciales et le service après-vente d'autre part (voir par exemple, Directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, articles 4 et 5 ; Code de la consommation, articles L. 111-1 et R. 111-1).

Toutefois, il n'en demeure pas moins que l'existence d'une garantie commerciale est une information essentielle pour le consommateur qui doit, à ce titre, lui être communiquée avant que ce dernier ne soit lié

par un contrat de vente (en application des articles L. 111-1 et R. 111-1 du Code de la consommation).

Dès lors, on ne peut totalement exclure que la Cour de cassation considère que l'existence d'une garantie commerciale doive, à ce titre, être indiquée dans une publicité comparative entre deux distributeurs concurrents. En effet, ne devrait-on pas davantage s'interroger sur le caractère déterminant, dans le choix du consommateur, de l'existence d'une garantie commerciale plutôt que sur la seule question de savoir si une garantie commerciale doit ou non être considérée comme une caractéristique essentielle des produits comparés ?

Confirmation de la quasi-impossibilité de renverser la présomption du comportement anticoncurrentiel du fait de la seule présence d'une entreprise à une réunion

Tribunal de l'UE. Aff. T-558/08 du 12 décembre 2014, Eni c/Commission

Par Jean-Christophe Grall et Manuela Bourdon Destrem

Dans le secteur de la cire de bougie, une troisième série d'arrêts est intervenue le 12 décembre 2014. Tous les recours ont été rejetés à l'exception de celui formé par la société ENI. Tout en refusant de faire droit à l'ensemble de ses demandes, le Tribunal de l'Union a réduit l'amende infligée par la Commission de 29,1 à 18,2 millions d'euros aux motifs que la société Eni n'avait pas été destinataire des décisions précédentes et n'avait pas été en mesure de se défendre.

Plus particulièrement, le TPICE retient que la simple participation à une réunion est suffisante pour prouver l'implication dans une entente. Bien que la requérante souligne les éléments de distanciation dont elle a fait preuve selon elle, le Tribunal rejette ces arguments et considère que ces éléments ont été pris en compte par la Commission. Cet arrêt est l'occasion pour le TPICE de rappeler, de façon très didactique, les notions d'accords, de pratiques concertées et surtout les standards de preuve pour caractériser la distanciation de l'entreprise aux réunions auxquelles elle a participé.

Participation et distanciation aux réunions

Tout d'abord, en termes de preuve de l'accord, rappelons que pour caractériser l'implication dans un cartel, la jurisprudence européenne retient comme preuve la seule participation à une réunion. Cette présomption simple a été affirmée par l'arrêt Aalborg où la Cour a considéré que **la participation d'une entreprise à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel suffit à prouver son implication dans une entente.**

La Cour affirme même, dans son arrêt T-Mobile de 2009, que si « *la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées* ». Il résulte également de la jurisprudence que **l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux autorités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte.**

Dans un tel cas de figure, il est de jurisprudence constante qu'il incombe à cette entreprise d'avancer des indices de nature à établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à

ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur.

Du côté français, le Conseil (06-D-39 ; 07-D-48 ; 08-D-32), puis l'Autorité de la concurrence (12-D-09), a résumé sa position en affirmant que « *l'accord de volonté est démontré dans deux hypothèses :*

1. *Si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel des lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment pas la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion ;*
2. *Si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant un objet anticoncurrentiel ».*

Dans la décision attaquée, la Commission avait considéré que les destinataires de ladite décision avaient pris part à une infraction qui consistait en des accords ou des pratiques concertées portant sur la fixation de prix, l'échange et la divulgation d'informations sensibles sur le plan commercial. Elle conclut à la participation d'Eni à plusieurs réunions (une en 1997 et une entre 2002 et 2005) en se fondant sur des notes, des comptes-rendus et des déclarations.

Devant le TPICE, le débat va principalement porter sur les preuves qu'il y a lieu d'apporter pour établir la distanciation. En l'espèce, Eni, pour prouver sa distanciation aux réunions auxquelles elle a participé, a tiré argument de son « *absence d'invitation* », qui pour le Tribunal a été pris en considération dans la décision attaquée (§75).

Pourtant, aucun des autres arguments avancés par la requérante ne saurait remettre en cause les preuves apportées par la Commission. D'une part, la requérante se justifie par « *l'établissement erroné de sa participation* » (§76), sa « *présence accidentelle* » (§67) son « *rôle passif* » mentionné par les déclarations de Shell ; arguments, tous rejetés par le Tribunal qui se fonde sur les « *preuves directes relatives à l'existence d'accords ou de pratiques concertées lors des réunions techniques auxquelles la requérante a participé (...)* en l'espèce **la Commission dispose d'un ensemble de preuves qui démontrent que des accords ou pratiques concertées portant sur la fixation des prix** ainsi que *l'échange et la divulgation d'informations sensibles sur le plan commercial concernant les cires de paraffine avaient lieu pendant ces réunions* » (§§106, 107).

D'autre part, la requérante soulève son « absence d'intérêt » à participer à des accords ou à des pratiques concertées visant la fixation des prix de cires de paraffine, ce à quoi le Tribunal mentionne qu'« **il est indifférent**, en ce qui concerne l'existence de l'infraction, que la conclusion de l'accord ou la poursuite de la pratique concertée **ait été ou non dans l'intérêt commercial des entreprises concernées**. Un tel argument, de la part de la requérante, ne saurait amener le Tribunal à poser des exigences plus strictes vis-à-vis de la Commission quant aux preuves à produire » (§ 111). De plus le TPICE soulève le caractère régulier des réunions, sur une période de plus de trois ans, et mentionne que les arguments de la requérante sont réfutés par des notes relatives aux dites réunions (§§ 112, 113, 120).

Enfin, comme explication alternative, Eni justifie sa participation à dix des treize réunions litigieuses pour sortir de son « *isolement international* » ainsi que par son intérêt pour les questions de « *nature technique relatives notamment aux caractéristiques des produits de paraffine* » (§ 115). Une fois de plus, le Tribunal rejette son argument, car à supposer même que l'entreprise concernée n'ait pas augmenté ses prix à la suite de ces réunions, il n'en reste pas moins que sa seule présence et son absence de distanciation publique à cette occasion suffisent pour constater que son comportement violait le droit applicable.

Cette analyse semble conforme dans sa sévérité aux arrêts les plus récents du TPICE comme dans l'arrêt Toshiba (T-519/09) où, tout en admettant que les documents étaient susceptibles de démontrer, qu'il existait « *des doutes* » concernant la future participation de la requérante à l'entente et à la continuation de cette dernière, le Tribunal avait tout de même jugé qu'il « *ne pouvait en être déduit que la requérante se soit déjà distanciée définitivement au cours de la réunion* ».

Pratiques concertées

Par ailleurs concernant, l'absence de pratiques concertées soulevées par la requérante du fait du manque de preuves détenues par la Commission, le TPICE conclut, cependant, que des éléments de preuves ont régulièrement été échangés sur les prix et sur les hausses prévues lors de réunions techniques pendant plus de douze ans, y compris durant la période de participation d'Eni et, compte tenu du manque d'explications cohérentes apportées par elle, aucun élément n'est de nature à remettre en cause les affirmations de la Commission. À cet égard le TPICE précise que la requérante, pour prouver l'indépendance de ses stratégies, fournit une présentation « *très sélective* » de l'évolution de ses prix. De plus, il existe une corrélation entre « *les informations disponibles sur les réunions techniques et le tableau contenu dans l'enquête* » (§ 141). La Commission a

justement retenu que les réunions au cours desquelles des hausses de prix avaient été discutées ou fixées avaient été suivies par des annulations de prix vis-à-vis des clients et des annonces de hausses (§ 145).

La concordance des volontés sur le principe même de l'alignement des prix suffit pour constater un accord prohibé par l'article 101 TFUE.

Échanges d'informations

Ces constatations faites concernant le volet principal de l'infraction, le TPICE a considéré que la branche du moyen relative au caractère stratégique et concurrentiel des informations échangées lors des réunions, ne pouvait remettre en cause la légalité de la décision attaquée du fait que l'entreprise en cause, avait participé à une réunion. Les entreprises avaient dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elles entendaient suivre sur le marché. En l'espèce, le TPICE a envisagé les échanges d'informations comme supports potentiels du mécanisme anticoncurrentiel, et non comme une infraction propre ; ils participent ici pleinement à l'élaboration du faisceau d'indices.

Contrat d'agent commercial : précisions sur l'indemnisation des sous-agents commerciaux à l'occasion de la cessation des relations

Obs : Paris, 26 mars 2015, JurisData n°2015-007319

Par Guillaume Mallen

Le contrat d'agent commercial constitue en droit français une variété particulière du contrat de mandat. Selon les termes de l'article L. 134-1 du Code de commerce, l'agent commercial est défini comme un : « mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale ».

Le statut de l'agent commercial fait l'objet en France d'une réglementation précise et éminemment protectrice à l'égard de l'agent commercial (article 1998 du Code civil et surtout les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce).

Cette protection est particulièrement significative à l'occasion de la cessation des relations. Il est alors question de la fameuse « indemnité compensatrice » de l'article L. 134-2 du Code de commerce due par le mandant à l'agent commercial.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 mars 2015 s'inscrit précisément dans cette problématique de fin de contrat en abordant, principalement, le versement de l'indemnité compensatrice. Le contexte de l'affaire était d'autant plus intéressant en ce sens que l'agent commercial avait recruté des sous-agents commerciaux, lesquels sollicitaient à son égard le versement de l'indemnité compensatrice.

En l'espèce, une société A qui distribuait des articles de prêt-à-porter avait conclu un contrat d'agent commercial avec une société B, laquelle avait fait appel à des sous-agents commerciaux pour l'exécution de ce mandat. Parmi ces sous-agents-commerciaux, figuraient les sociétés C et D. Or, en 2006, traversant des problèmes financiers¹, la société A a rompu le contrat d'agent commercial avec la société B, celle-ci ayant alors répercuté la rupture sur les contrats de sous-agents commerciaux conclus avec les sociétés C et D en les informant qu'elle était contrainte de mettre un terme à leur collaboration (du fait, précisément, de la rupture du contrat d'agent « principal »).

Les sociétés C et D ont alors réclamé à la société B une indemnité, malencontreusement désignée, en l'espèce, comme « indemnité de clientèle », en vain.

Une procédure contentieuse s'est alors très vite engagée :

- La société C (sous-agent commercial) a assigné la société B (agent commercial) devant le Tribunal de commerce de Paris en paiement des commissions et de l'indemnité de perte de clientèle ;
- Parallèlement, la société B a elle-même assigné la société A en garantie des condamnations qui seraient éventuellement prononcées contre elle au profit des sociétés C et D ;
- La société D a assigné la société B en paiement de l'indemnité de clientèle ;
- La société B a fait assigner la société A en paiement des garanties prononcées contre elle au profit de la société D.

Le 20 mai 2009, le Tribunal de commerce a condamné l'agent commercial (la société B) à payer à ses sous-agents commerciaux les sommes suivantes² :

- **Concernant la société C** : 8 786,79 euros HT à titre de provision sur commissions dues et 91 863,34 euros HT à titre de provision sur l'indemnité de rupture ;
- **Concernant la société D** : 55 000 euros HT à titre de provision sur l'indemnité de rupture.

Le 19 mars 2014, l'agent commercial a alors interjeté appel du jugement en considérant que ses sous-agents commerciaux étaient mal fondés à réclamer une indemnité :

- Il estimait, d'une part, qu'il ne pouvait pas être actionné pour le règlement d'indemnités de clientèle qui seraient éventuellement dues aux sous-agents dans la mesure où il n'avait pas récupéré la clientèle prospectée par les deux sociétés ;

1. Ces problèmes financiers se sont confirmés puisque la société A a été mise en liquidation judiciaire.

2. Trib. com. Paris, 20 mai 2009, n°2007026795.

→ D'autre part, il considérait qu'il avait été obligé de résilier les contrats qui le liait à ses deux sous-agents en raison d'un cas de force majeure³, c'est-à-dire la disparition de l'objet de ces deux contrats du fait de la résiliation du contrat d'agent commercial par la société A.

L'appelant indiquait également dans le cadre de son appel que si la cour devait considérer que les actions des sociétés C et D étaient bien fondées, il fallait que la société A (son mandant) la garantisse des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle.

Sur ce point, la société A considérait qu'elle n'était tenue à aucune garantie à l'égard de son agent commercial pour des condamnations financières qui seraient prononcées contre son agent commercial du fait de ses relations avec ses sous-agents commerciaux.

Parallèlement, les sous-agents commerciaux, les sociétés C et D, estimaient que la rupture du contrat principal conclu entre le mandant et l'agent commercial n'était pas imprévisible et qu'elle ne pouvait pas s'analyser en un cas de force majeure. La société C considérait, notamment, que « *l'absence de conservation de la clientèle par [l'agent commercial] ne dispense pas [celui-ci] de lui verser l'indemnité de clientèle dès lors qu'elle ne constitue pas l'une des causes exclusives de dispenses prévues par l'article L. 134-13 du Code de commerce* ». En synthèse, les deux sociétés demandaient à ce que leur partenaire ne soit pas dispensé, notamment, du paiement de l'indemnité de rupture (indemnité dite « compensatrice »).

Dans son arrêt, la Cour d'appel de Paris fait preuve de fermeté en considérant que l'agent commercial est bien tenu au paiement de l'indemnité compensatrice à l'égard de ses sous-agents commerciaux (I.) et qu'il doit assumer seul cette obligation, ne pouvant appeler en garantie son mandant (II.)

I. L'agent commercial est tenu au paiement de l'indemnité compensatrice prévue à l'article L. 134-12 du Code de commerce à l'égard de ses sous-agents commerciaux

Il est acquis que l'indemnisation de l'agent commercial consécutive à la cessation du contrat avec son mandant est la « *pièce maîtresse*⁴ » liée à son statut. Une telle indemnité tend à la réparation du préjudice subi par l'agent commercial à l'occasion de la rupture des relations.

Qu'il s'agisse d'un contrat d'agent commercial à durée déterminée ou à durée indéterminée, la résiliation du contrat ouvre droit à l'indemnité de rupture au profit de l'agent commercial lorsque le mandant met fin unilatéralement à celui-ci.

L'article L. 134-12 du Code de commerce pose le principe de cette indemnisation :

« En cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi. »

L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits.

Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent ».

Comme le précise expressément le texte, le bénéfice de cette indemnité est **un droit** pour l'agent commercial lorsque cessent les relations commerciales avec son mandant. Le texte précise utilement que ce droit à réparation doit être exercé par l'agent commercial auprès du mandant **dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat**.

Pourtant, le texte ne donne ni **définition** ni **justification** de l'indemnité compensatrice. En pratique, elle se justifie du fait même qu'à l'occasion de la rupture du contrat d'agent commercial, ce dernier souffre inévitablement de la perte de toutes les commissions qui lui auraient été acquises si l'activité développée par lui s'était poursuivie avec la clientèle qu'il avait prospectée. Dès lors, une telle indemnité a pour objet de réparer le préjudice qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties, **sans** qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature⁵.

À cet égard, l'article 17-3, alinéa 2 de la directive communautaire du 18 décembre 1986 relative aux agents commerciaux est plus prolixe s'agissant de la notion de « préjudice » :

« Ce préjudice découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions :

- qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier, tout en procurant au commettant des

3. L'article 1148 du Code civil dispose que « *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

4. M. Méglin, Le contrat d'agence commerciale en droit français et en droit allemand, Litec 2003, p. 247.

5. Com. 5 avril 2005, n°03-15228. Pour une application récente par les juridictions du fond : CA Versailles, 12 février 2015, n°13/02283.

avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial ;

- et/ou qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant⁶ ».

→ **Dès lors, l'indemnité compensatrice constitue une somme tendant à réparer les pertes et les différents postes de préjudices subis par l'agent commercial résultant de la rupture du contrat.**

Toutefois, elle ne s'identifie pas spécifiquement à une « indemnité de clientèle ». Les juridictions du fond précisent en effet que l'indemnité compensatrice de l'article L. 134-12 du Code de commerce n'est en aucun cas subordonnée « à la création ou à l'apport ou à la diversification d'une clientèle par l'agent ; elle a vocation à réparer la privation, pour l'avenir, de l'ensemble des rémunérations procurées par l'activité (...) »⁷ ». Pourtant, dans l'arrêt commenté, les parties invoquent maladroitement le terme d'« indemnité de clientèle », rapidement remplacé par « indemnité de rupture » puis « indemnité de cessation du contrat d'agent commercial » par la Cour d'appel de Paris !

Si une lecture stricte du texte pourrait laisser penser que seuls sont concernés les rapports entre mandant/mandataire (mandant/agent commercial), il n'exclut pas les rapports entre agent commercial/sous-agent commercial⁸. Sous l'empire de l'ancienne législation, l'article 2, alinéa 2 du décret de 1958 prévoyait d'ailleurs que l'agent pouvait « recruter (...) des sous-agents rémunérés par lui ». L'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1991 – aujourd'hui article L. 134-1 du Code de commerce – s'est inscrit dans cette continuité. En effet, ladite disposition prévoit que l'agent agit « au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants **ou d'autres agents commerciaux** ». Bien que la formulation soit « lapidaire⁹ », elle confirme la possibilité pour l'agent d'engager des sous-agents. Par transposition, il est alors fait application des mêmes règles. En vertu des articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce, le sous-agent commercial est assimilé à l'agent commercial et ne peut, en conséquence, être privé d'une indemnité compensatrice de rupture¹⁰.

→ **C'est cette deuxième hypothèse qui était visée en l'espèce. Les sous-agents C et D réclamaient à**

la société B (agent commercial de la société A), une indemnité compensatrice à la suite de la rupture de leurs contrats.

En l'espèce, un phénomène de rupture en cascade s'était produit. Le mandant originaire (la société A) avait rompu son contrat d'agent commercial avec la société B, celle-ci ayant alors décidé de rompre les deux contrats qu'elle avait conclu avec les sociétés C et D, ses sous-agents commerciaux. Ces derniers réclamaient alors le bénéfice de l'indemnité compensatrice.

Rappelons que dans son argumentation, la société B considérait qu'elle n'avait pas à payer cette indemnité compensatrice pour les raisons suivantes :

→ la rupture des contrats la liant à C et D s'était imposée en raison de la rupture du contrat d'agent commercial principal conclu avec la société A. Dès lors, elle soulevait la force majeure qui, selon elle, devait l'exonérer de toute indemnité au titre de cette rupture ;

→ la clientèle à laquelle l'indemnité correspond économiquement n'avait pas été conservée par elle mais bien par la société mandante, ce qui justifiait *a fortiori* le non-paiement de l'indemnité.

Dans son arrêt du 26 mars 2015, la Cour d'appel de Paris rejette en bloc cette argumentation :

« Considérant que l'indemnité prévue à l'article L.134-12 du code de commerce ne correspond pas à un mécanisme de responsabilité qui serait imputable au mandant rompant le contrat et qui pourrait impliquer la prise en compte d'un cas de force majeure quelconque ; que cette indemnité constitue une **créance légale d'ordre public économique** prévue par la loi conformément à la directive européenne du 18 décembre 1986, que le mandant n'en est exonéré que dans les trois cas limitativement énumérés par l'article L.134-13 du code de commerce que sont la **faute grave de l'agent commercial, la cessation du contrat à l'initiative de l'agent commercial, la cession de son contrat par l'agent commercial**, qu'aucune autre cause exonératrice ne saurait être prise en compte pour faire échapper le mandant à son obligation d'indemnisation, quand bien même elle revêtirait les caractères de la force majeure ».

6. Directive n°86-653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des états membres concernant les agents commerciaux indépendants. Cette directive a fait l'objet d'une transposition en droit français par la loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants et par le décret n°92-506 du 10 juin 1992 modifiant le décret n°58-1345 du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux.

7. CA Aix-en-Provence, 25 janv. 2012, SA Payan Bertrand c/ Sté Top Note Perfumery, JurisData n°2012-001081. V. aussi sur le plan doctrinal : M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Sirey 2012, n°995 ; Ph. Grignon, « Le fondement du droit à indemnité de l'intermédiaire de commerce », Litec, 2000.

8. Dans un tel rapport, l'agent commercial revêt la qualité de « mandant » à l'égard de son sous-agent commercial, lequel est alors un « mandataire ».

9. F. Fournier, *L'agence commerciale*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, n°37, 1998, n°284, p. 156.

10. CA Grenoble, 6 oct. 2011, n°09/00990 : « En application des articles L. 134 ' 12 et L. 134 ' 13 du code de commerce l'agent commercial, auquel est assimilé le sous agent exerçant une activité de représentation pour le compte d'un agent principal, ne peut être privé d'une indemnité compensatrice de rupture qu'à charge pour le mandant d'établir que la cessation du contrat est provoquée par sa faute grave ».

Cette solution appelle les observations suivantes :

• **S'agissant tout d'abord de la nature de l'indemnité de l'article L. 134-12 du Code de commerce**

La Cour d'appel de Paris, prenant appui sur la directive du 18 décembre 1986 précitée, considère que l'indemnité compensatrice constitue une « créance légale d'ordre public économique ». Sur ce point, la Cour d'appel de Paris ne fait que conforter une position jurisprudentielle désormais bien acquise. Les articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce – régissant l'indemnité compensatrice – constituent des dispositions d'ordre public¹¹. Plus concrètement, cela signifie que les parties ne peuvent en aucun cas déroger à ces dispositions. À cet égard, l'article L. 134-16 du Code de commerce dispose :

« **Est réputée non écrite toute clause ou convention contraire aux dispositions des articles L. 134-2 et L. 134-4, des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 134-11, et de l'article L. 134-15 ou dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 134-9, du premier alinéa de l'article L. 134-10, des articles L. 134-12 et L. 134-13 et du troisième alinéa de l'article L. 134-14** ».

Dès lors, toute clause qui reviendrait à priver directement ou indirectement l'agent commercial du bénéfice de l'indemnité compensatrice ou qui consisterait à limiter par avance son montant¹² serait contraire à l'ordre public¹³, inopposable à l'agent commercial¹⁴ et réputée non écrite par application de l'article L. 134-16 du Code de commerce¹⁵. En revanche, rien n'interdit aux parties de prévoir des indemnités susceptibles de se cumuler avec celle prévue par le texte à condition qu'une telle prévision ne conduise et/ou n'aboutisse pas à une méthode d'indemnisation différente de celle prévue à l'article L. 134-12, ce qui serait réputée non avenue.

• **S'agissant des hypothèses restrictives excluant le paiement de l'indemnité compensatrice**

La Cour d'appel de Paris postule une appréciation stricte des trois hypothèses dans lesquelles l'agent commercial est déchu de son droit à indemnité.

Rappelons que l'article L. 134-13 du Code de commerce prévoit trois exceptions dans lesquelles

le mandant est exonéré du paiement de l'indemnité compensatrice :

« La réparation prévue à l'article L. 134-12 n'est pas due dans les cas suivants :

1° La cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial ;

2° La cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent commercial, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée ;

3° Selon un accord avec le mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence ».

On en conclut que l'agent commercial ne pourra pas bénéficier de l'indemnité :

- s'il a commis une faute ;
- si la cessation résulte de son initiative (sauf circonstances spécifiques) ;
- ou s'il décide, en accord avec le mandant, de céder à un tiers ses droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence ;
- Il convient de rajouter également une quatrième hypothèse, celle dans laquelle l'agent n'aurait pas intenté l'action dans un délai d'un an.

Hormis ces hypothèses bien délimitées et donc en l'absence de circonstances susceptibles de l'exclure, l'indemnité est due¹⁶. La solution rendue par la Cour d'appel de Paris le 26 mars 2015 est encore plus explicite en ce sens qu'elle rappelle les trois exceptions de l'article L. 134-13 du Code de commerce. En dehors de ces trois hypothèses restrictives, l'agent commercial est fondée à demander le paiement de l'indemnité.

• **Sur l'exclusion de principe de la « force majeure »**

Ce rappel de principe permet à la Cour d'appel de Paris d'écarter l'argument de la force majeure soulevé par la société B qui s'avère être relativement épineux. À cet égard, la Cour d'appel de Paris précise, d'une part, que l'indemnité prévue à l'article L. 134-12 du Code de commerce ne correspond pas à un mécanisme de responsabilité qui serait imputable au mandant

11. Com., 18 mai 2010, n°09-15.023, 09-66.439, F-D, JurisData n°2010-006639.

12. CA Nancy, 29 juin 2011, Sarl Brune & Co c/ Villars Maître Chocolatier, n°09/0421.

13. Com. 28 mai 2002, n°00-16857, Bull. civ. IV, n°91.

14. CA Nîmes, 17 avr. 2008, SARL AC Primasud c/ SA Fromagerie alpine, JurisData : n°2008-000691.

15. Com. 28 mai 2002, précité. V. aussi: Com. 21 oct. 2014, n°13-18.370 ; CA Rennes, 20 mars 2002, n°01/02445.

16. Com. 26 juin 2012, n°11-19.446 : « Vu les articles L. 134-12 et L. 134-13 du code de commerce ; Attendu qu'il résulte de ces textes que, sauf si la cessation du contrat est provoquée par sa faute grave ou résulte de son initiative, à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou sa maladie, l'agent commercial a droit en cas de cessation de ses relations avec le mandant, à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ».

rompant le contrat et qui pourrait impliquer la prise en compte d'un cas de force majeure quelconque. La Cour d'appel de Paris entend donc opposer frontalement les rouages spécifiques du droit de la responsabilité civile dans lesquels la force majeure – sous certaines conditions – peut constituer un facteur neutralisant la responsabilité et le système de réparation prévu à l'article L. 134-12 du Code de commerce. On mesure, par une telle solution, le degré élevé de protection accordé par la loi aux agents commerciaux, lesquels sont perçus comme les parties « faibles » au contrat. D'ailleurs, la Cour d'appel de Paris conclut qu'aucune autre cause exonératrice (autres que celles énoncées à l'article 134-13 du Code de commerce) ne peut être prise en compte pour faire échapper le mandant à son obligation d'indemnisation, quand bien même celle-ci revêtirait les caractères de la force majeure¹⁷.

Malgré l'affirmation d'un tel principe, la Cour d'appel de Paris ajoute :

« Considérant au surplus que la rupture du contrat qui liait la société [B] à la société [A] ne constituait pas un événement irrésistible pour la société [B] l'empêchant de remplir son obligation d'indemnisation des sociétés [C] et [D], que, si la société [B] n'a effectivement pas conservé la clientèle, elle pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de la part de la société [A], que la déchéance qu'elle a encourue à l'encontre de la société [A] pour ne pas avoir réclamé l'indemnité à laquelle elle avait droit dans le délai d'un an ne saurait empêcher les sociétés [C] et [D], qui ont fait diligence dans leurs demandes, de percevoir l'indemnité qui leur est due ».

Ce considérant précise, d'une part, et de façon assez curieuse la notion de force majeure et, d'autre part, exclut l'argument de la société A concernant la non-conservation de la clientèle.

• **Sur l'application au cas d'espèce de la « force majeure »**

En considérant que la rupture du contrat qui liait la société [B] à la société [A] ne constitue pas, en l'espèce, un événement irrésistible pour la société [B] l'empêchant de remplir son obligation d'indemnisation,

la Cour d'appel de Paris contraste sensiblement ses propos précédents. Alors même que les juges prennent le soin de rappeler qu'aucun cas de force majeure ne saurait être pris en compte, ils procèdent à une interprétation des faits au regard d'un des critères de la force majeure, à savoir l'irrésistibilité.

→ **Or, si l'article L. 134-12 du Code de commerce ne saurait être exclu en raison d'un cas de force majeure quelconque, pourquoi la Cour d'appel de Paris vient préciser que la rupture du contrat, ne constitue pas un événement « irrésistible » ?**

Sur ce point, notons qu'une frange minoritaire de la doctrine estime que dans l'hypothèse où le mandant est dans l'impossibilité absolue de poursuivre son exploitation pour cause de force majeure et résilie, pour ce motif, le contrat d'agence, l'agent n'a droit à aucune indemnité. Selon un auteur, cette solution serait identique à celle dégagée par la Cour de cassation à propos du contrat de VRP¹⁸. Cette interprétation ne serait pas totalement dénuée d'intérêt étant donné que la Cour d'appel de Paris considère que la rupture litigieuse ne constitue pas un événement « irrésistible ».

D'ailleurs, certaines juridictions du fond ont pu procéder à une analyse de la force majeure sans toutefois la retenir. Dans une décision rendue par la Cour d'appel de Versailles le 20 mars 2014¹⁹, le mandant considérerait que si la cessation du contrat d'agence a pour cause un événement présentant pour lui les caractéristiques de la force majeure, il pouvait alors être exonéré du paiement des indemnités prévues par les articles L. 134-11 [indemnité de préavis] et **L.134-12 du code de commerce [indemnité compensatrice]**, nonobstant le caractère impératif de ces textes. La Cour d'appel de Versailles n'a pas semblé s'opposer à la potentielle prise en compte de la force majeure en considérant qu'il appartient au mandant « d'établir que l'événement invoqué (...) constituait bien pour [lui] un cas de force majeure », ce qui n'était pas le cas en l'espèce²⁰.

De plus, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt important sur le sujet attestant d'un vacillement de sa perception sur la prise en compte de la force majeure, notamment lorsque celle-ci renvoie à une situation de crise économique²¹. Dans

17. A vrai dire, nous pensons que l'invocation par la société B de la « force majeure » relève d'une confusion (consciente ou inconsciente) avec l'article L. 134-11 qui prévoit que lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis sauf lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou de la survenance d'un cas de force majeure. Or, ce texte ne peut qu'éventuellement dispenser le mandant lors de la résiliation du contrat d'agent du respect d'un préavis mais en aucun cas du versement du paiement d'une indemnité compensatrice.

18. J.-J. Hanine-Roussel, JCL Contrats – Distribution, fasc. n°3515, « Agents commerciaux – fin du contrat d'agence – Conséquences et contentieux de la rupture », 2012, n°37.

19. Cour d'appel de Versailles, 20 Mars 2014, n°12/06455. V. aussi : CA Paris, 1er sept. 2011, n°10/12908.

20. En plus de l'irrésistibilité, la Cour d'appel de Versailles recourt au caractère « imprévisible » : « En conséquence, la perte du client Brossette n'a pas été imprévisible pour la société Villeroy & Boch Wellness et il n'est pas non plus établi qu'elle était irrésistible puisqu'une politique de prix plus compétitifs aurait pu le cas échéant être mise en œuvre, de même que des négociations commerciales dont aucun élément du dossier ne laisse supposer qu'elles ont même été tentées par la société mandante. Ainsi, faute de rapporter la preuve que la décision de la société Brossette a constitué pour elle un événement constitutif d'un cas de force majeure, la société Villeroy & Boch Wellness est redevable envers la société Agrec des indemnités compensatrices de préavis et de préjudice ».

cette affaire, un agent commercial avait sollicité de son mandant, à la suite de la rupture de son contrat, l'indemnité compensatrice de l'article L. 134-12 du Code de commerce. Le mandant invoquait quant à lui les circonstances spécifiques de la rupture, constitutives d'un cas de force majeure. De ce fait, il considérait que ne pouvait lui être imputé la rupture. La solution de la Cour de cassation marque un certain infléchissement dans la potentielle prise en compte de la force majeure :

« Attendu que pour dire imputable à la société Apollo la rupture du contrat et la condamner à payer à la société Y...- Z..., ès qualités, certaines sommes à titre d'indemnités de préavis et de cessation de contrat, l'arrêt retient que la société Apollo a pris l'initiative de rompre le contrat en raison des difficultés affectant son réseau d'approvisionnement auprès de la société qui exploitait le site de fabrication des produits qu'elle distribuait et de son intégration dans le groupe Sapa ;

Attendu qu'en **statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Apollo qui faisait valoir que ces difficultés d'approvisionnement, qui résultaient d'une décision de la société Sapa, constituaient pour elle un cas de force majeure, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé** ».

Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Bordeaux a considéré dans cette affaire que la « (...) décision d'arrêter la production, qui s'est imposée à la société Apollo, **constituait pour celle-ci un cas force majeure**, dès lors que, nonobstant la circonstance indifférente qu'elle faisait partie du groupe SAPA, elle n'avait pris aucune part à cette décision, et qu'elle ne pouvait ni la prévoir ni s'y opposer ». Dès lors, « dans ces conditions la société S. & B. ne peut soutenir que la rupture du contrat, dont M. M. a pris l'initiative, soit imputable à la société Apollo, de sorte que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il l'a déboutée de sa demande de paiement de l'indemnité de cessation de contrat et, partant, de l'indemnité de préavis²² ».

Si dans l'arrêt commenté, la force majeure n'est pas retenue, il n'est pas exclu que celle-ci ne soit pas retenue dans d'autres affaires au vu des éléments rappelés ci-dessus. Dans cette acception, la force majeure pourrait donc constituer – dans des hypothèses éminemment circonscrites – une possibilité pour le mandant de ne pas s'acquitter de l'indemnité compensatrice.

- **Sur l'argument tiré de la non-conservation de la clientèle par la société B**

L'argument invoqué par la société B selon lequel elle n'aurait pas conservé la clientèle à la suite de la cessation des relations, celle-ci ayant alors exclusivement profité à la société A est rejeté en bloc par la Cour d'appel de Paris. Si, en l'espèce, l'agent commercial n'a effectivement pas conservé la clientèle, il pouvait prétendre à une indemnité compensatrice de la part de son mandant. Or, en l'espèce, la société A avait été déchue de ce droit, n'ayant pas réclamé l'indemnité dans le délai d'un an imparti. Cette déchéance acquise pour la société B ne saurait empêcher les sous-agents commerciaux de percevoir l'indemnité qui leur est due.

→ **En d'autres termes, la Cour d'appel de Paris considère que l'argument tiré de la non-conservation de la clientèle aurait dû être opposé par la société B à la société A [dans le cadre de la demande d'indemnité compensatrice] mais, en aucun cas, par la société B aux sociétés C et D.**

En filigrane, la turpitude de l'agent commercial à l'égard de son mandant ne saurait priver les sous-agents commerciaux du bénéfice de leur indemnité compensatrice, due en raison de la fin de leurs relations avec la société B.

Dès lors, la société B est tenue d'indemniser les sociétés C et D pour la rupture de leurs contrats d'agence.

Par ailleurs, notons que la Cour d'appel de Paris consacre de longs développements sur la détermination précise des indemnités dues aux sociétés C et D. On notera également qu'elle rejette la demande de l'un des sous-agents commerciaux qui demandait à l'agent commercial le paiement d'arriérés de commissions. En l'espèce, il a été considéré qu'aucun élément probant ne justifiait une telle demande.

II. L'impossibilité pour l'agent commercial d'appeler en garantie son mandant en présence d'une action en paiement de l'indemnité intentée par les sous-agents commerciaux.

À l'appui de son argumentation, l'agent commercial (la société B) considérait à titre subsidiaire que si les actions des sociétés C et D étaient déclarées bien fondées par la juridiction, son mandant (la société A) devait alors le garantir en raison de l'existence d'un **ensemble contractuel formé par le contrat principal d'agent commercial qui liait la société B à la société A et les sous-contrats qui liait la société B aux sociétés C et D, ainsi que sur le caractère indivisible desdits contrats.**

21. Com. 3 Avril 2013, n°12-15.000.

22. CA Bordeaux, 22 Juillet 2014, n°13/03780

Nous savons que les notions d'ensemble contractuel et d'indivisibilité des conventions sont complexes en droit civil.

Dans l'un de ses commentaires d'arrêt, la Cour de cassation a considéré que l'ensemble contractuel :

« permet de rattacher une série d'actes formellement distincts à un opération sous-jacente unique. C'est la réunion de différentes conventions et opérations qui parce qu'elles ont des traits en commun, notamment par les personnes qui les concluent, ou les exécutent, et par l'objectif auquel elles concourent, forment un tout, que l'on considère par lui-même²³ ».

Nous rappellerons que la notion d'ensemble contractuel repose essentiellement sur la notion d'interdépendance²⁴ ou celle d'indivisibilité²⁵. Classiquement, la jurisprudence considère que les conventions constituent un ensemble contractuel lorsque celles-ci participent à une **opération économique commune** en tenant compte toutefois de la volonté des parties de rendre les contrats interdépendants ou indivisibles²⁶ ou, au contraire, divisibles²⁷.

La théorie de l'ensemble contractuel a pour principale utilité de permettre d'étendre la résiliation (ou la résolution) d'un des contrats concernés aux autres²⁸.

De toute évidence, la Cour d'appel de Paris ne suit pas l'argumentation de l'appelante et estime que les notions utilisées par elle le sont à mauvais escient :

« Considérant cependant que le concept d'ensemble contractuel et la notion d'indivisibilité des contrats ne servent qu'à étendre la résiliation ou la résolution de l'un d'entre eux aux autres, mais ne peuvent servir de fondement pour déplacer les obligations de la société B à l'égard de ses agents commerciaux sur son mandant ».

On doit comprendre que l'action de la société B à l'encontre de son mandant en raison d'une condamnation de ses agents commerciaux ne saurait prospérer. De façon plus générale, le mandant principal ne peut être appelé en garantie par son agent dans le cadre de l'action en paiement de l'indemnité de rupture lorsque celle-ci est exercée par les sous-agents et dès lors que la théorie des ensembles contractuels et de

l'indivisibilité n'a d'autre objet que de permettre l'extension de la résiliation ou de la résolution d'un contrat à d'autres.

La Cour d'appel de Paris procède d'ailleurs à un rappel intéressant en distinguant **l'action directe du sous-mandataire contre le mandant** de l'article 1994, alinéa 2 du Code civil et l'action en paiement de l'indemnité compensatrice de l'article L. 134-12 du Code de commerce :

« (...) seule l'action directe du sous-mandataire contre le mandant fondée sur l'article 1994 alinéa 2 du code civil pourrait rendre débitrice la société [A] des sommes dont est redevable la société [B] à l'égard de ses agents commerciaux ; que cependant les sociétés [C] et [D], titulaires de cette action, ne l'exercent pas puisqu'elles ne formulent aucune demande à l'égard de la société [A] en liquidation judiciaire ; qu'en outre cette action se heurterait à la déchéance du droit à commissions de la société [B] à l'égard de la société [A] ».

Le raisonnement des juges est intéressant s'agissant de la déchéance du droit à indemnité de la société B à l'égard de la société A. Faire droit à une demande en garantie aboutirait à revenir partiellement sur le droit à indemnité. Dès lors, la Cour d'appel de Paris infirme le jugement du Tribunal de commerce sur ce point en considérant que la demande en garantie de la société B à l'égard de la société A doit être rejetée.

Enfin, notons que la Cour d'appel de Paris confirme le jugement du Tribunal de commerce de Paris en ce qu'il a rejeté la demande de la société B à l'égard de la société A au paiement d'arriérés de commissions, insuffisamment motivée en l'espèce.

23. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/avis_9478.html

24. Com., 12 juin 2001, n°98-19.787.

25. Com., 5 juin 2007, n°04-20.380.

26. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n°06-12.920.

27. V. toutefois les deux importants arrêts du 17 mai 2013 : Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927 qui consacrent une théorie objective de l'indivisibilité, c'est-à-dire que plusieurs contrats concourant à la même opération économique doivent être réputés indivisibles, et même plus, nonobstant toute clause écrite contraire.

28. Civ. 1^{ère}, 4 avril 2006, n°02-18277 : « qu'ayant souverainement retenu que les deux conventions constituaient un ensemble contractuel indivisible, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement, libérant la société des stipulations qu'il contenait ; qu'ainsi, la décision est légalement justifiée ».

La Commission Européenne lance une enquête sectorielle sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique dans l'Union Européenne

Par Clémence Ducros

Dans le cadre de sa stratégie pour un marché unique numérique, la Commission Européenne a lancé le 6 mai dernier¹, une enquête sectorielle sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique dans l'Union Européenne, dans le but de déceler d'éventuels problèmes de concurrence affectant les marchés européens du commerce électronique.

Rappelons que la stratégie pour un marché unique numérique repose sur trois piliers :

- **Améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises** en éliminant les différences entre l'environnement en ligne et l'environnement physique pour faire disparaître les obstacles à l'activité en ligne transfrontière.
- **Mettre en place un environnement propice au développement des réseaux et services numériques** en disposant d'infrastructures et de services de contenu ultra-rapides, sûrs et fiables, soutenus par un ensemble de conditions réglementaires qui favorisent l'innovation et l'investissement et garantissent une concurrence loyale et des règles du jeu identiques pour tous.
- **Maximiser le potentiel de croissance de l'économie numérique européenne** en investissant dans les infrastructures et technologies d'information et de communication, telles que l'informatique en nuage et les mégadonnées, et dans la recherche et l'innovation.

La présente enquête sectorielle fait partie des actions annoncées par la Commission dans le cadre du pilier « Améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises. »².

Qu'est-ce qu'une enquête sectorielle ?

Conformément à l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002, lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut décider de

mener une enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs.

Une enquête sectorielle permet alors à la Commission d'adresser des demandes de renseignements aux entreprises, autorités compétentes et gouvernements des États membres et de procéder à des inspections afin de recueillir des informations sur les marchés concernés et ainsi déceler d'éventuelles problématiques de concurrence. Les entreprises qui ne répondent pas, ou de manière erronée, aux demandes de renseignements de la Commission peuvent se voir infliger des amendes.

La réalisation d'une enquête sectorielle n'entraîne pas de manière automatique, l'adoption de mesures coercitives à l'encontre de certaines entreprises du secteur. Toutefois, si l'enquête sectorielle devait mettre en lumière certaines pratiques susceptibles d'être considérées comme anticoncurrentielles au sens des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Commission engagerait assurément une action afin de garantir le respect des règles de concurrence au sein de l'Union européenne.

Pourquoi la Commission européenne a-t-elle décidé de mener une enquête sectorielle sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique ?

La décision du 6 mai dernier met en avant le fait que si le secteur du commerce électronique n'a cessé de croître dans l'Union européenne ces dernières années, le commerce électronique transfrontalier est resté limité.

Plusieurs raisons peuvent expliquer le faible accroissement du commerce électronique transfrontalier dont les barrières linguistiques, les préférences des consommateurs ou encore les différences de législation entre les États membres en matière de protection des consommateurs.

Néanmoins, la Commission relève également que les entreprises actives dans le e-commerce peuvent être impliquées dans des ententes anticoncurrentielles, des pratiques concertées ou des abus de position dominante.

1. Commission européenne, décision du 6 mai 2015 ouvrant une enquête sur le secteur du commerce électronique conformément à l'article 17 du règlement (CE) n°1/2003 du Conseil.

2. Commission européenne, communication du 6 mai 2015 relative à la stratégie pour un marché unique numérique.

La Commission a ainsi mis en avant, dans sa communication relative à sa stratégie pour un marché unique numérique, les pratiques de blocage géographique qui ont pour effet d'empêcher l'accès à des sites web situés dans d'autres États membres, pratiques pouvant résulter d'accords de partage entre concurrents ou d'accords verticaux.

À cet égard, Margrethe Vestager, commissaire européenne pour la politique de concurrence, a déclaré dans son discours du 26 mars 2015 annonçant la proposition d'ouvrir une enquête sectorielle : « *Les citoyens européens butent sur de trop nombreux obstacles lorsqu'ils tentent d'accéder en ligne à des biens et à des services vendus depuis l'étranger. Certains de ces obstacles sont mis en place par les entreprises elles-mêmes. Avec cette enquête sectorielle, j'entends déterminer l'étendue de ces obstacles et leurs effets sur la concurrence et les consommateurs. S'ils s'avèrent préjudiciables à la concurrence, nous n'hésiterons pas à prendre des mesures coercitives en application des règles de concurrence de l'UE.* »

Par conséquent, cette enquête permettra à la Commission de recueillir des informations sur le marché afin d'identifier la nature et les effets des obstacles et autres barrières similaires érigés par les entreprises sur les marchés européens du commerce électronique, d'examiner ceux-ci à la lumière des règles de concurrence et de mettre en œuvre le cas échéant, les actions permettant de lever ces obstacles.

Cette enquête devrait se concentrer sur les grands domaines de l'e-commerce, à savoir les produits électroniques, l'habillement et les chaussures, ainsi que les contenus numériques.

Prochaines étapes :

La Commission devrait rapidement envoyer des demandes de renseignements à un ensemble de parties prenantes dans toute l'Union européenne.

Les entreprises concernées pourraient être notamment des fabricants, des grossistes, ainsi que des détaillants en ligne.

La Commission prévoit de publier un rapport préliminaire pour consultation à la mi- 2016. Le rapport final est attendu pour le premier trimestre de 2017.

Un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur notre site 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 2015-2016 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2016 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation et à la loi Macron – les regroupements à l'achat :**

- Des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
- Un plan d'affaires annuel qui doit prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
- Des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne peut 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 ;
- **Agriculture et concurrence (LMAP du 27 juillet 2010 et 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.). OP et AOP – regroupement de l'offre ;
- **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**

DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence n'est pas étranger aux marchés publics !

7 juillet 2015

Intervenant : Jean-Christophe Grall

Formule 1 demi-journée* (9h-13h) - 600 € HT

Objectifs principaux

- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente anticoncurrentielle, celle d'un abus de position dominante ou bien encore celle d'un état de dépendance économique ; qu'est-ce qu'un prix anormalement bas au regard du Code de commerce et du Code des marchés publics ?
- Les échanges d'informations dans le domaine des appels d'offres
- Les appels d'offres et leur réponse (sous-traitance – groupement – appartenance à un même groupe d'entreprises – etc.)
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Identifier la responsabilité de chacun
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence françaises et européennes, mais aussi l'intervention des juridictions administratives
- Les actions en réparation du dommage concurrentiel (Directive 2014/104 du 26 novembre 2014)
- Évaluer le préjudice subi du fait d'une pratique anticoncurrentielle et comment s'y préparer

NÉGOCIATIONS COMMERCIALES ANNUELLES

De la loi Hamon à la loi Macron : impacts sur les négociations commerciales annuelles - modifications apportées à la négociation commerciale annuelle Comment s'y préparer !

22 septembre 2015

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Formule 1 journée* - 1 000 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME, des modifications introduites par la loi Hamon et la loi Macron
- Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix
- Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et précisé par la loi Hamon dont la signature avant le 1er mars de chaque année est impérative
- Différencier les plans d'affaires pour les négociants-grossistes (« B to B ») et identifier les obligations issues de la loi Macron
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit Antitrust
- Connaître les sanctions applicables en la matière et rôle de la CEPC, des services de la DGCCRF et des tribunaux administratifs aujourd'hui – quelles incidences liées à l'application de la loi Macron
- Tirer les enseignements de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 31 mars 2015 sur les regroupements à l'achat
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non

* par participant(e)

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

29 septembre 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...)

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

8 octobre 2015

Intervenants : Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Thomas Lamy

Formule 1 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
- Gérer et analyser le risque lié à la fin des relations commerciales

* 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

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