

Pratiques restrictives de concurrence : état des lieux avant les négociations commerciales 2017

Le droit des pratiques restrictives de concurrence, fédéré sous le titre IV du livre IV du code de commerce, a vocation à protéger la partie la plus faible dans les relations d'affaires quelles qu'elles soient. Ceci se traduit par une immixtion de plus en plus importante du législateur dans ces relations d'affaires, à la fois dans leur forme (la contractualisation) mais aussi dans leur fond : interdiction des clauses manifestement déséquilibrées (ou constituant un « déséquilibre significatif »), obligation d'accorder un préavis suffisant en cas de rupture d'une relation commerciale établie, etc.

Pour s'assurer de la pleine effectivité de ces règles et principes, le législateur ne cesse de renforcer tant les moyens de contrôle que les sanctions.

Le présent dossier a pour objectif de revenir sur les principales pratiques restrictives de concurrence : défaut de contractualisation avec un premier bilan du nouveau régime de sanctions introduit par la loi Hamon et rupture brutale de relations commerciales établies.

S'agissant de la contractualisation, seront successivement évoqués les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence, sous l'angle des articles L. 441-7 et L. 441-7-1° du code de commerce puis au regard des dispositions spécifiques au secteur agricole, avant d'envisager les sanctions administratives qui sont désormais appliquées en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence, avec un premier bilan qui sera dressé.

En matière de rupture brutale de relations commerciales établies, domaine dans lequel un nombre considérables d'articles a d'ores et déjà été écrits, nous nous concentrerons sur la question de la détermination de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture en droit international privé, sujet ô combien d'actualité à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 14 juillet 2016.

SOMMAIRE

Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce ... P.25

Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le cas particulier du secteur agricole P.32

Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence : premier bilan et perspectives P.37

Compétence juridictionnelle en matière de rupture brutale de relations commerciales établies : détermination de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture en droit international privé P.44

RLC 3029

Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le droit commun avec les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce

La contractualisation des relations commerciales n'a eu de cesse de se renforcer au cours des vingt dernières années. Le présent article, consacré au droit commun de la contractualisation, a vocation à donner une vision d'ensemble des règles de contractualisation applicables aujourd'hui en France en matière de distribution (détaillants « B to C » ou négociants-grossistes).

Le droit français ne cesse de s'enrichir, chaque année, de nouvelles dispositions contraignant les partenaires économiques à contractualiser leurs relations commerciales dans un objectif de sécurité juridique et de renforcement de la protection de la partie la plus faible.

Pour ne remonter qu'à la loi *Dutreil* du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises⁽¹⁾ et si nous nous arrêtons aujourd'hui au projet de loi *Sapin II*⁽²⁾ en cours de discussion à la date de rédaction du présent article, force est de constater que toutes les lois successives⁽³⁾ n'ont eu de cesse de vouloir renforcer la contractualisation des relations commerciales.

Si deux observateurs non aguerris au droit des pratiques restrictives tel que nous le

connaissons, dispositions rassemblées au sein du titre IV du livre IV du code de commerce, arrivaient en France et souhaitaient prendre connaissance des différentes dispositions législatives prévues depuis une vingtaine d'années, quel ne serait pas leur étonnement de voir une inflation législative de textes qui s'inscrivent tous dans une logique de pure contrainte contractuelle puisque, disons-le immédiatement, le non-respect des différentes dispositions prévoyant la contractualisation est systématiquement sanctionné, que ce soit par une peine d'amende pénale ou administrative⁽⁴⁾.

Si la contractualisation a été particulièrement renforcée ces dernières années dans le secteur agricole, le « droit commun » de la contractualisation, qui concerne les produits distribués par des détaillants (« B to C »), au premier rang desquels se trouvent les grandes et moyennes surfaces (GMS), alimentaires (GSA) ou spécialisées (GSS) telles que les grandes surfaces de bricolages (GSB), ou par des négociants-gros-

(1) L. n° 2005-882, 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprises.

(2) Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dit projet de loi *Sapin II*).

(3) L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (loi *Chatel*) ; L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie (*LME*) ; L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation (loi *Hamon*) et L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi *Macron*).

(4) Le lecteur aura immédiatement reconnu ici l'allusion aux « Lettres persanes » de Montesquieu et aux deux seigneurs persans (Usbek et Rica) qui quittèrent Ispahan le 14 mars 1711 pour un long voyage en France ; roman d'une rare actualité, bien qu'il ait été écrit il y a près de trois siècles.



Par
Jean-Christophe
GRALL
Avocat à la Cour
Grall & Associés



Et Caroline
BELLONE
Avocat à la Cour
de Paris
Grall & Associés

sistes, n'est pas en reste, ainsi que le montrent les derniers développements législatifs.

La contractualisation dite de « droit commun » est prévue par les dispositions des articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce, s'agissant respectivement (i) de la relation nouée entre un fournisseur et un distributeur qui revend en l'état les produits à des consommateurs et (ii) de la relation conclue cette fois, entre un fournisseur et un distributeur qui revend en l'état des produits à des professionnels tel que ceci est aujourd'hui prévu par la loi Macron.

La contractualisation entre un fournisseur et un détaillant

Tout est dit dans l'article L. 441-7 du code de commerce qui est très précis, à savoir :

« I.- Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Elle indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

La rémunération des obligations relevant des 2° et 3° ainsi que, le cas échéant, la réduction de prix globale afférente aux obligations relevant du 3° ne doivent pas être manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de ces obligations.

Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu. Celui-ci s'applique au plus tard le 1^{er} mars. La date d'entrée en vigueur des clauses prévues

aux 1° à 3° ne peut être ni antérieure ni postérieure à la date d'effet du prix convenu. Le fournisseur communique ses conditions générales de vente au distributeur au plus tard trois mois avant la date butoir du 1^{er} mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le point de départ de la période de commercialisation.

Les conditions dans lesquelles, le cas échéant, le fournisseur s'engage à accorder aux consommateurs, en cours d'année, des avantages promotionnels sur ses produits ou services sont fixées dans le cadre de contrats de mandat confiés au distributeur ou prestataire de services ; conclu et exécuté conformément aux articles 1984 et suivants du code civil, chacun de ces contrats de mandat précise, notamment, le montant et la nature des avantages promotionnels accordés, la période d'octroi et les modalités de mise en œuvre de ces avantages ainsi que les modalités de reddition de comptes par le distributeur au fournisseur. (...)

Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1, ni à la convention conclue entre un fournisseur et un grossiste conformément à l'article L. 441-7-1.

II.- Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 465-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive ».

→ À quels opérateurs économiques s'applique ce texte et que signifie-t-il précisément ?

La convention annuelle visée à l'article L. 441-7 du code de commerce doit être conclue entre tout fournisseur (industriel, producteur, importateur, etc.) et tout détaillant (GMS, GSA, GSS ou autre forme de distribution à destination des consommateurs).

Bien que cela puisse paraître étonnant, ni le fournisseur ni le distributeur ne sont définis par l'article L. 441-7, ni par aucun autre texte de loi d'ailleurs⁽⁵⁾.

Le terme de « distributeur » doit néanmoins s'entendre, au sens de l'article L. 441-7 du code de commerce, comme tout professionnel qui achète un produit pour le revendre en l'état au consommateur.

(5) En réalité, ceci ne doit pas réellement nous surprendre car la volonté du législateur, dès l'origine, a été d'encadrer la relation commerciale entre un fournisseur et un distributeur de la manière la plus large possible. Or, définir les notions de fournisseur et/ou de distributeur aurait nécessité de donner des éléments qui auraient été de facto réducteurs, et puisque donner une définition réduit nécessairement le champ d'application d'un texte, seuls les opérateurs rentrant strictement dans le cadre ainsi défini se seraient vus appliquer les dispositions législatives – et telle n'était pas la volonté des législateurs successifs !

Le distributeur peut donc ici être tout aussi bien une grande surface généraliste ou spécialisée dans la distribution de tels ou tels produits, qu'un commerçant de proximité ou un opérateur intervenant dans le commerce en ligne, etc.

→ Quelle doit être la durée de cette convention ?

L'article L. 441-7 du code de commerce fait expressément référence à une convention unique ou un accord-cadre **annuel**, sauf cas particulier des produits soumis à un cycle de commercialisation spécifique ou dans le cas où la relation commerciale est établie en cours d'année.

La question de la durée de la convention se pose notamment lorsque le fournisseur et le distributeur sont liés par un contrat d'une durée supérieure à un an, tel qu'un contrat de distribution sélective ou exclusive ou encore un contrat de franchise : ce contrat peut-il satisfaire aux exigences de l'article L. 441-7 du code de commerce ou les parties doivent-elles signer une convention annuelle venant s'ajouter au contrat qui les lie par ailleurs ?

Dans son avis n° 10-07 du 1^{er} avril 2010, non dépourvu d'une certaine ambiguïté, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) semble considérer que les parties à un contrat de distribution d'une durée supérieure à un an doivent signer une convention annuelle « *chaque fois que des conditions dérogeant aux CGV seront conclues, ce qui implique une négociation, ou chaque fois qu'il sera convenu de services de coopération commerciale ou d'autres obligations* ». La CEPC semble ainsi procéder à une stricte application du texte de l'article L. 441-7 mais qui conduit, en conséquence, à embrasser un très grand nombre de situations connues dans le domaine de la distribution hors GMS.

La question de la durée de la convention est aujourd'hui remise à l'ordre du jour puisque la future loi *Sapin II* devrait prévoir la possibilité de conclure une convention unique ou un contrat-cadre annuel, biennal ou triennal, sous réserve toutefois que la convention ou le contrat-cadre qui serait conclu pour une durée supérieure à un an fixe les modalités selon lesquelles le prix convenu sera révisé (v. Projet de loi *Sapin II*, art. 31 ter).

→ Que doit contenir cette convention annuelle ?

S'agissant à présent du contenu de cette convention annuelle, l'article L. 441-7 du code de commerce est particulièrement précis en ce sens qu'il contraint les opérateurs économiques à indiquer dans le contrat – puisqu'il s'agit bien d'un contrat au sens d'une définition des droits et obligations de chacune des parties – l'ensemble des avantages financiers qui seront accordés par le fournisseur au distributeur en contrepartie d'obligations exécutées par ce dernier au cours de l'année.

Trois types d'avantages sont prévus, sachant que le présent article n'a pas vocation à rentrer dans le détail de

chacune des catégories des avantages financiers prévus par le code de commerce.

Les conditions de l'opération de vente ou avantages tarifaires : remises et ristournes :

Article L. 441-7. « I.- (...) Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ; (...) »

Il peut donc s'agir, à titre d'exemple, d'une remise logistique, d'une remise d'assortiment, d'une ristourne de fin d'année qui sera fonction du chiffre d'affaires réalisé avec le distributeur, etc.

Les services et leur qualification :

Nous savons que, depuis la publication de la LME (août 2008), deux catégories de « services » sont susceptibles d'être rendus par les distributeurs : les services de coopération commerciale et les autres obligations ou anciens services distincts.

- la coopération commerciale :

Article L. 441-7. « I.- (...) Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe : (...)

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services rend au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs ou en vue de leur revente aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ; (...) »

Les services de coopération commerciale relèvent de la catégorie des services qui contribuent à la valorisation des produits et de la marque du fournisseur dans les points de vente. Ils doivent faire l'objet d'une facture de prestation de services émise par le distributeur qui joue alors le rôle de prestataire de service.

Il peut s'agir, à titre d'exemple, d'une tête de gondole présentant les produits du fournisseur, d'un catalogue publicitaire diffusé par l'enseigne et contenant la photo d'un nouveau produit du fournisseur, etc.

- les autres obligations favorisant la relation commerciale entre le fournisseur et son client distributeur :

Article L. 441-7. « 1.- (...) Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe : (...) »

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations. (...) »

L'observation statistique des contrats annuels nous démontre que, parmi les services les plus rendus, figurent le référencement, la communication de statistiques et certains services relevant du domaine de la logistique avancée. Ces services peuvent tout aussi bien être rémunérés par des remises ou ristournes que sous la forme de l'émission d'une facture par le prestataire de service.

Si nous nous résumons, la convention annuelle doit indiquer les **obligations** auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale (C. com., art. L.441-7, 1), autrement dit le « **prix convenu** » ou en pratique le « deux fois net » puisque le prix tarif va pouvoir **intégrer** l'ensemble des avantages financiers consentis par le fournisseur sous la forme de **remises et ristournes afin de le diminuer et ce, au titre des conditions de vente et des autres obligations (« Les obligations relevant des 1° et 3° concourent à la détermination du prix convenu »)**⁽⁶⁾.

Si nous souhaitons ainsi synthétiser les propos qui précèdent en termes de contenu de la convention annuelle prévue à l'article L. 441-7 du code de commerce et qui doit impérativement être conclue entre un fournisseur et un distributeur qui revend en l'état des produits quels qu'ils soient (à l'exception des produits agricoles qui seront traités plus loin), la convention annuelle peut se schématiser ainsi qu'il suit :



→ À quel moment la convention annuelle doit-elle être signée ?

En termes de « *timing* » de la négociation commerciale et de clôture de celle-ci qui doit se matérialiser par la signature d'une convention annuelle, l'article L. 441-7 du code de commerce prévoit que la convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1^{er} mars de l'année concernée par les négociations commerciales ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits qui seraient soumis à un cycle de commercialisation particulier. ⁽⁶⁾

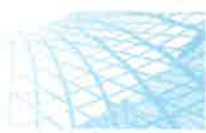
(6) Le prix convenu peut aussi dans ce cadre être diminué de la rémunération versée au titre des autres obligations, quand bien ne serait-elle pas exprimée sous la forme d'une remise ou d'une ristourne

Précisons immédiatement qu'à la date de rédaction du présent article, nous ne savons pas si la loi *Sapin II* évoquée ci-dessus ne viendra pas ramener la date de signature de cette convention de la fin février à la fin janvier (v. projet de loi *Sapin II*, art. 31 bis C, adopté par l'Assemblée nationale le 14 juin 2016, mais modifié par le Sénat lors de l'adoption du texte le 8 juillet 2016).

→ Attention à l'obligation de contrepartie !

Avant d'envisager la contractualisation de la relation commerciale entre un fournisseur et un négociant-grossiste entendue au sens de la loi *Macron* qui sera évoquée ci-après, il

puisque l'article L. 441-7-1, 3°) du code de commerce permet d'envisager les deux types de rémunérations.



convient d'aborder la question très sensible de l'obligation de contrepartie qui a été très clairement réaffirmée par la cour d'appel de Paris dans l'affaire dite du *Galec*⁽⁷⁾.

La cour d'appel de Paris considère en effet, sans aucune ambiguïté, que toutes les réductions de prix, qu'elles soient **inconditionnelles ou conditionnelles**, doivent être causées par une obligation spécifique du distributeur.

Elle précise ainsi que la LME de 2008 a certes instauré le principe de libre négociabilité des tarifs (ce dont il résulte que les conditions particulières de vente (CPV) constituent le socle de la négociation commerciale), mais n'a pas supprimé la nécessité de contreparties ou de justifications aux obligations prises par les co-contractants, même lorsque ces obligations ne rentrent pas dans la catégorie de la coopération commerciale.

Rappelons que, dans ce dossier, le *Galec* a été condamné à verser à l'État français une amende civile de 2 millions d'euros et à restituer aux fournisseurs concernés, *via* le Trésor public, plus de 61 millions d'euros correspondant à des sommes indûment perçues au titre de ristournes dépourvues de contreparties.

Cette affaire est aujourd'hui pendante devant la Cour de cassation qui ne devrait plus tarder à rendre son arrêt d'ores et déjà extrêmement attendu par l'ensemble des praticiens du droit de la concurrence, ainsi que par les commerciaux des entreprises fournisseurs et acheteurs des distributeurs afin de connaître leur marge de manœuvre dans le cadre de la négociation des avantages financiers susceptibles d'être accordés ou obtenus.

Sur cette question de la contrepartie, comment ne pas citer également les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris le 29 juin 2016 concernant les groupements de distribution Système U⁽⁸⁾ et Eurauchan⁽⁹⁾ par lesquels la cour a clairement rappelé que le distributeur doit justifier (i) que les prestations rémunérées sont distinctes tant des opérations d'achat et de vente que des autres prestations rémunérées par ailleurs et (ii) qu'elles ont été effectivement réalisées.

Contrepartie et contractualisation vont donc bien de pair : la doctrine administrative est constante ; la cour d'appel de Paris, seule juridiction pouvant aujourd'hui statuer dans le cadre de l'application des dispositions figurant sous le titre IV du livre IV du code de commerce, en tant qu'autorité de recours des juridictions

consulaires spécialisées⁽¹⁰⁾, étant également, de son côté, parfaitement constante quant à l'exigence de démonstration de l'existence d'une contrepartie au versement de tout avantage financier, de quelque nature qu'il soit, qu'il s'agisse conséquemment d'une remise, d'une ristourne ou d'une rémunération de prestation de services (coopération commerciale ou autres obligations anciennement dénommées « *services distincts* » dans le cadre de la loi *Dutreil* du 2 août 2005).

En conclusion sur ce point, ce qui doit être retenu comme enseignement aujourd'hui, c'est que **tout avantage financier de quelque nature qu'il soit – remise, ristourne, rémunération d'une prestation de services – ne peut plus être accordé sans qu'une contrepartie matérielle-démonstrable existe.**

Ceci milite en conséquence pour la précision qu'il convient d'avoir dans la rédaction de la convention annuelle dont on oublie souvent qu'il s'agit bien d'un contrat avec des engagements de part et d'autre, comme le précise très clairement le texte même de l'article L. 441-7 du code de commerce.

La contractualisation entre un fournisseur et un négociant-grossiste

La loi *Macron* a créé un régime de contractualisation spécifique pour les relations nouées entre un fournisseur et un grossiste. La question immédiate qu'il convient de se poser est de savoir quels sont les opérateurs économiques concernés par ce nouveau cadre contractuel prévu par l'article L. 441-7-1 du code de commerce.

À titre préalable, nous devons constater que, pour la première fois, le code de commerce a donné une définition du négociant-grossiste car, si une convention collective existait déjà pour le commerce de gros, force est de constater que le négociant-grossiste n'était pas défini par la loi française alors même que le « B to B » est pourtant l'un des secteurs d'activité les plus dynamiques de l'économie française.

Le négociant-grossiste est défini ainsi qu'il suit :

Article L. 441-7-1. « II.- Au sens du I, la notion de grossiste s'entend de toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend⁽¹¹⁾, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité ».

Sont en revanche exclus de la notion de grossiste :

(10) C. com., art. D. 442-4, al. 2.

(7) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251.

(8) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 juin 2016, n° 14/09786 qui a confirmé le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 29 mai 2012. Celui-ci avait condamné la centrale nationale Système U à reverser, *via* le Trésor public, la somme de 76 871 000 euros à un ensemble de fournisseurs ainsi qu'au paiement d'une amende civile de 100 000 euros, compte tenu de l'absence de services réellement rendus au profit des fournisseurs.

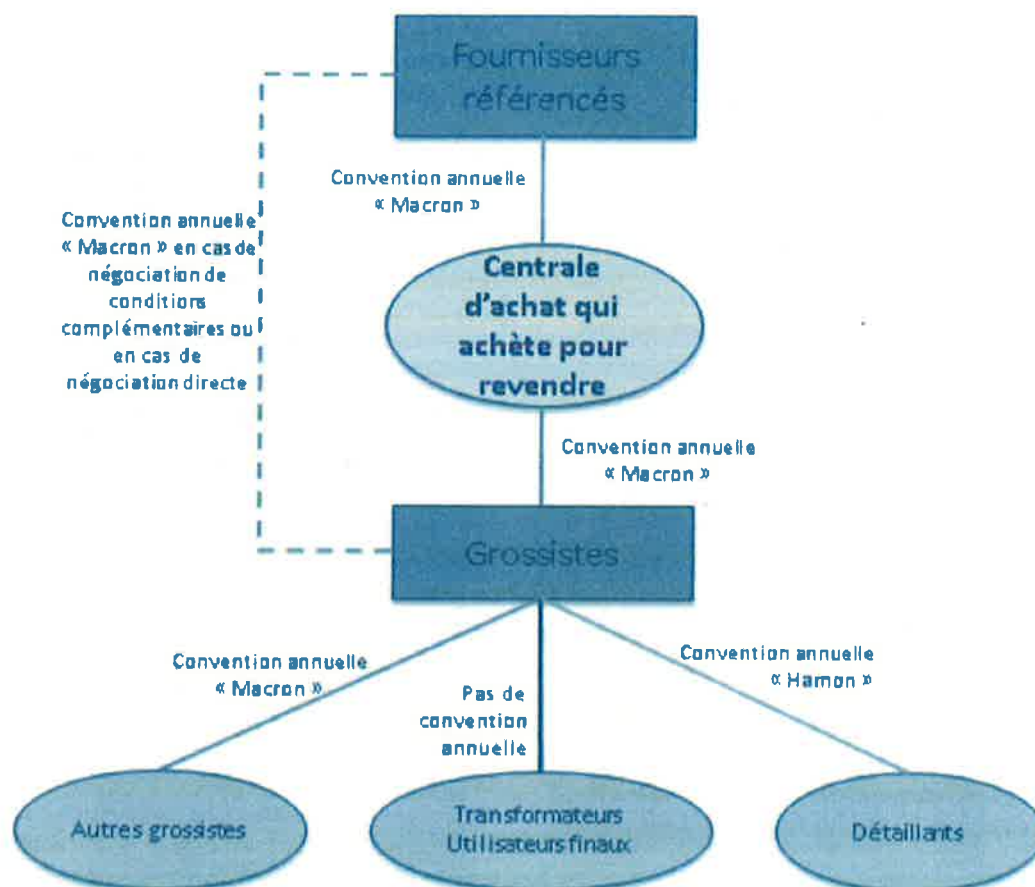
(9) CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 juin 2016, n° 14/02306 qui a accueilli l'action en répétition de l'indu à hauteur de près 800 000 euros.

Article L. 441-7-1. « les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales exploitant directement ou indirectement un ou plusieurs magasins de commerce de détail, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail ».

Autrement dit, les centrales d'achat de réseaux de commerçants-détaillants ne peuvent être considérées comme des négociants-grossistes au sens de l'article L. 441-7-1 du code de commerce et ce, même si, dans les faits, elles revendent bien les produits qu'elles

achètent à des professionnels, à savoir les membres de leur réseau.

Les centrales d'achat et/ou de référencement de réseaux de grossistes sont quant à elles bien considérées comme des grossistes au sens de l'article L. 441-7-1 : les centrales qui achètent des produits auprès des fournisseurs pour les revendre ensuite à leurs adhérents grossistes devront donc conclure deux conventions types loi *Macron*, l'une avec leurs fournisseurs et l'autre avec leurs adhérents.



Il ressort du schéma qui précède que les grossistes peuvent se trouver soumis tout à la fois aux deux régimes de contractualisation (celui issu de la *LME* et de la loi *Hamon* et celui issu de la loi *Macron*) lorsqu'ils approvisionnent des détaillants (GMS notamment). Dans une telle hypothèse, la nature de la convention à conclure dépendra de la nature de l'acheteur (détaillant ou grossiste).

Lorsque le **négociant-grossiste vend ses produits au détaillant** – GSA ou GSB (centrale d'achat ou magasin)

notamment – il est soumis, dans ses relations avec ce dernier, au **régime classique issu de la LME et de loi Hamon et non au régime dérogatoire issu de la loi Macron !**

En revanche, dans **sa relation amont avec le fournisseur**, il est bien soumis au régime de la **loi Macron !**

→ **Que doit contenir la convention « loi Macron » et quelle différence avec la convention « LME et loi Hamon » ?**

S'agissant du contenu de la convention annuelle dite « convention loi *Macron* », il convient de rappeler que ce contenu est identique à celui que nous avons exposé pour les produits destinés aux consommateurs ci-dessus

(11) Il convient de comprendre ici « qui les revend en l'état ».



(convention type *LME* et loi *Hamon*), ainsi que la lecture de l'article L. 441-7-1 le laisse apparaître :

Article L. 441-7-1. « Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle (la convention) fixe :

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L. 441-6, y compris les réductions de prix ;

Le cas échéant, les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées ;

2° Les conditions dans lesquelles le grossiste rend au fournisseur, en vue de la revente de ses produits aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le grossiste, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations ».

Nous constatons donc le parfait mimétisme entre les deux conventions commerce de détail et commerce de gros quant à leur contenu respectif : conditions de vente, coopération commerciale et autres obligations !

La seule différence notable entre ces deux conventions est que le barème de prix et les CGV du fournisseur ne devront pas nécessairement être annexés à la convention « loi *Macron* » alors que ces documents doivent être annexés à la « convention *LME* et loi *Hamon* ».

→ Les sanctions en cas de non-respect du formalisme de la contractualisation

Quel que soit le schéma dans lequel on se situe, ce qui est certain c'est que la vie n'est pas un « *long fleuve tranquille* » en matière de formalisation.

Les manquements aux dispositions figurant sous les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce sont en effet soumis à des sanctions qui, certes aujourd'hui sont administratives et non plus pénales, mais dont le montant peut néanmoins atteindre 75 000 euros pour le représentant légal⁽¹²⁾ des entreprises poursuivies, mais également 375 000 euros pour chacune des entreprises parties à la convention annuelle qui n'auraient pas respecté les dispositions précitées des articles L. 441-7 et L. 441-7-1 ou qui n'auraient tout simplement pas souhaité contractualiser leur relation commerciale.

On voit ainsi que les sanctions peuvent être importantes – jusqu'à 900 000 euros⁽¹³⁾ – même si on demeure très éloigné des amendes qui peuvent être prononcées au titre de l'article L. 442-6, III du code de commerce (amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros ou le triple du montant des sommes indument versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques), pour ne pas rappeler ici les sanctions qui peuvent être prononcées dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles⁽¹⁴⁾.

Les dispositions que nous avons évoquées ci-dessus et qui ressortent de l'application des articles L. 441-7 et L. 441-7-1 ne reflètent qu'une partie des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, consacrées aux pratiques restrictives de concurrence puisque ce serait oublier sinon les dispositions figurant sous l'article L. 441-2-1 du code de commerce qui prévoient des règles de contractualisation spécifique pour la distribution de certains produits agricoles qui seront détaillées ci-après.

Ce serait également oublier les dispositions issues de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime qui édicte une obligation de contractualisation pour les achats de produits agricoles effectués directement auprès des agriculteurs (producteurs, éleveurs, etc.) et ce, quel que soit la qualité de l'acheteur (distributeur, transformateur, utilisateur final, etc.).

C'est donc ainsi aborder le domaine agricole, ce qui sera l'objet de l'article suivant de ce dossier. ■

(12) ou leur délégataire en cas de délégation de pouvoirs en matière économique.

(13) deux fois 375 000 euros pour les personnes morales elles-mêmes, et deux fois 75 000 euros pour les personnes physiques reconnues responsables.

(14) V. C. com., art. L. 464-2.

RLC 3030

Les défis de la contractualisation au regard du droit des pratiques restrictives de concurrence : le cas particulier du secteur agricole

La contractualisation des relations commerciales a été particulièrement renforcée, ces dernières années, dans le secteur agricole alors qu'elle n'a fait son apparition dans le code rural et de la pêche maritime qu'en 2010 avec la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010. La contractualisation apparaît en effet comme la principale solution prônée par le Gouvernement en réponse à la grave crise que traverse aujourd'hui le monde agricole.

Le présent article est consacré à la contractualisation dans l'univers agricole, dépassant dès lors les frontières strictes délimitant les pratiques restrictives de concurrence puisqu'abordant également certaines dispositions du code rural et de la pêche maritime, mais tout en restant naturellement dans le domaine de la contractualisation, avec une attention toute particulière sur les dispositions nouvelles issues de la future loi Sapin II.

En matière de produits agricoles, trois régimes de contractualisation coexistent :

- le régime issu de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP) du 27 juillet 2010⁽¹⁾ et codifié aux articles L. 631-24 et suivants du code rural et de la pêche maritime ;
- le régime dérogatoire prévu par l'article L. 441-2-1 du code de commerce ;
- le régime général prévu par les articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce⁽²⁾.

L'articulation de ces différents régimes peut se révéler assez complexe puisque le régime applicable dépend tout à la fois de la nature du vendeur, de celle de l'acheteur et de celle des produits en cause.

Il convient donc de présenter brièvement chacun des régimes propres aux produits agricoles – le régime prévu par le code rural

et de la pêche maritime et le régime dérogatoire prévu par le code de commerce – avant de s'interroger sur l'articulation de ces différents régimes.

Le régime mis en place par la LMAP : une contractualisation à la carte entre les agriculteurs et leurs premiers acheteurs

L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime permet de rendre obligatoire, par voie d'accord interprofessionnel étendu ou, à défaut, par décret, la conclusion de contrats écrits pour encadrer la première mise en marché des produits agricoles.

Lorsque la contractualisation est rendue obligatoire, les contrats conclus entre les agriculteurs (producteurs, éleveurs, etc.) et leurs premiers acheteurs (transformateurs, distributeurs, etc., à l'exception bien entendu des consommateurs) doivent com-



Par
Jean-Christophe
GRALL
Avocat à la Cour
Grall & Associés



Et Caroline
BELLONE
Avocat à la Cour
de Paris
Grall & Associés

(1) L. n° 2010-874, 27 juill. 2010, de modernisation de l'agriculture et de la pêche (LMAP).

(2) V. dans cette revue, RLC 2016/53, n° 3029.



porter, outre la clause de renégociation prévue par l'article L. 441-8 du code de commerce⁽³⁾ et une clause de médiation ou d'arbitrage pour régler – *a minima* – les litiges liés à l'application de ladite clause de renégociation⁽⁴⁾, les clauses suivantes :

- durée ;
- volume et caractéristiques des produits à livrer ;
- modalités de collecte ou de livraison des produits ;
- prix ou critères et modalités de détermination du prix ;
- modalités de paiement ;
- règles applicables en cas de force majeure ;
- modalités de révision et de résiliation du contrat.

L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime ajoute que « *si le contrat prévoit la fourniture à l'acheteur des avantages mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1 du code de commerce⁽⁵⁾, il comporte pour les produits mentionnés au même article des clauses relatives aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur ou au prestataire de services au regard des engagements de ce dernier* »⁽⁶⁾.

À ce jour, l'obligation de contractualiser n'a été mise en pratique que dans trois secteurs :

- le **secteur de la viande ovine**, par un accord interprofessionnel conclu dans le cadre d'Interbev et étendu pour la première fois par arrêté du 15 février 2011, après avis favorable de l'Autorité de la concurrence⁽⁷⁾ ;
- le **secteur du lait de vache**, par le décret n° 2010-1753 du 30 décembre 2010 codifié aux articles R. 631-7 et suivants du code rural et de la pêche maritime ;
- le **secteur des fruits et légumes**, par le décret n° 2010-1754 du 30 décembre 2010, modifié par le décret n° 2011-1108 du 15 septembre 2011 et codifié

aux articles R. 631-11 et suivants du code rural et de la pêche maritime.

Elle devrait en outre être bientôt mise en œuvre dans le secteur du lait de chèvre puisque la filière a signé le 17 mai 2016 un accord interprofessionnel⁽⁸⁾ qui est dans l'attente d'une homologation et d'une extension par le ministre de l'Agriculture.

Ainsi, tout professionnel de quelque nature qu'il soit (abatteur, conditionneur, transformateur, détaillant, grossiste, etc.)⁽⁹⁾ situé sur le territoire français qui passe commande de l'un de ces produits directement auprès d'un producteur/éleveur aura l'obligation de proposer à ce dernier un contrat écrit d'une durée (i) d'au moins un an pour de la viande ovine, (ii) d'au moins cinq ans pour du lait de vache et (iii) d'au moins trois ans pour des fruits et légumes⁽¹⁰⁾.

Le contrat ainsi proposé devra contenir l'ensemble des mentions obligatoires visées à l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime et précisées par le décret ou l'accord interprofessionnel correspondant à la catégorie de produits en cause.

En cas de non-respect des dispositions de l'article L. 631-24, l'article L. 631-25 du code rural et de la pêche maritime prévoit :

Article L. 631-25. « *Lorsque la proposition ou la conclusion de contrats de vente écrits a été rendue obligatoire dans les conditions prévues au I ou au III de l'article L. 631-24, est sanctionné par une amende administrative, dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 € par producteur ou par intermédiaire mentionné aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 631-24 et par an, le fait pour un acheteur :*

- de ne pas remettre au vendeur une proposition de contrat écrit ;
- ou de ne pas inclure dans la proposition de contrat écrit une ou plusieurs clauses obligatoires ;
- ou de rédiger ces clauses en méconnaissance du I de l'article L. 631-24 ; (...)

Il ressort de cette disposition que le législateur n'a pas souhaité sanctionner les producteurs/éleveurs qui refu-

(3) Sauf pour les fruits et légumes, non soumis aux dispositions de l'article L. 441-8.

(4) Conformément aux termes de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime.

(5) Remises, rabais et ristournes, rémunération de services rendus à l'occasion de la revente des produits agricoles, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct. Il est à noter toutefois que, s'agissant des fruits et légumes frais, les rabais, remises ristournes sont interdits par l'article L. 441-2-2 du code de commerce. Seules sont autorisées depuis la loi *Hamon* les réfections tarifaires en cas de non-conformité qualitative ou quantitative des produits livrés.

(6) Dans sa version issue de la LMAP et modifiée not. par la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (« loi d'avenir »).

(7) Aut. conc., avis n° 11-A-03, 15 févr. 2011.

(8) Accord interprofessionnel ANICAP.

(9) L'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime n'est toutefois pas applicable aux cessions à prix ferme de produits agricoles sur les carreaux affectés aux producteurs situés au sein des marchés d'intérêt national ou autres marchés physiques de gros de produits agricoles.

(10) Avec la loi d'avenir, ces durées sont susceptibles d'être augmentées de deux années supplémentaires lorsque le contrat en cause porte sur un produit dont le producteur a engagé la production depuis moins de 5 ans. Les décrets permettant la pleine application de cette disposition n'ont toutefois pas encore été adoptés à ce jour.

seraient de signer le contrat qui leur est proposé. **Seul l'acheteur peut ainsi être sanctionné en cas de violation des dispositions des articles L. 631-24 et suivants du code de commerce.**

Le régime dérogatoire prévu par le code de commerce en cas de revente en l'état de certains produits agricoles

L'article L. 441-2-1 du code de commerce est ainsi rédigé :

« Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vivs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, **un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes⁽¹⁰⁾** ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il indique les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du code rural et de la pêche maritime, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 €.

Les deuxième et troisième alinéas ne sont pas applicables aux produits pour lesquels la conclusion de contrats écrits a été rendue obligatoire en application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime ».

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer lorsque ⁽¹¹⁾

- les produits en cause appartiennent à l'une des catégories suivantes⁽¹²⁾ :

- fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;
- viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins ;
- œufs ;
- miels.
- les produits sont vendus à un distributeur, c'est-à-dire un professionnel qui les achète pour les revendre en l'état, quel que soit la nature de sa clientèle (consommateurs ou professionnels).

Le régime prévu par l'article L. 441-2-1 du code de commerce présente deux particularités par rapport aux deux régimes de contractualisation précédemment exposés (L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce, d'une part, et L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime, d'autre part) :

- en premier lieu, l'article L. 441-2-1 du code de commerce ne fixe aucune durée minimum pour les contrats devant être conclus entre fournisseurs et distributeurs des produits visés à l'article D. 441-2 du code de commerce ;
- en second lieu, il convient de noter que les sanctions en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 441-2-1 du code de commerce demeurent aujourd'hui encore de nature **pénale** (15 000 euros d'amende), alors que le non-respect des articles L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime et L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce est sanctionné par voie administrative.

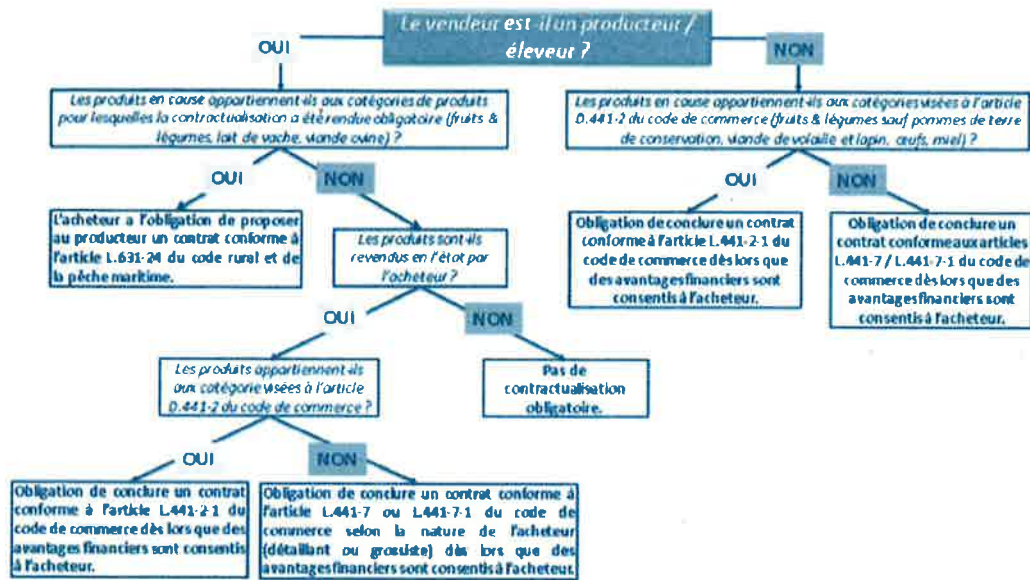
L'articulation des différents régimes de contractualisation susceptibles de s'appliquer aux produits agricoles : une équation complexe

Les questions à se poser pour pouvoir déterminer le régime applicable à une vente de produits agricoles sont nombreuses.

Un bon schéma valant souvent mieux qu'un long discours, les trois régimes s'articulent ainsi selon le schéma suivant :

(11) Il est à noter toutefois que, s'agissant des fruits et légumes frais, les rabais, remises ristournes sont interdits par l'article L. 441-2-2 du code de commerce. Seules sont autorisées, depuis la loi Hamon, les réactions tarifaires en cas de non-conformité qualitative ou quantitative des produits livrés (v. accord Interfel du 21 mai 2014)

(12) C. com., art. D. 441-2.



Les modifications qui devraient être apportées par la loi Sapin II

La contractualisation étant à ce jour la principale solution proposée par le Gouvernement pour faire face à la grave crise que traverse aujourd'hui le monde agricole, le chapitre Ier du titre V du projet de loi Sapin II intitulé « Mesures relatives à l'amélioration de la situation financière des exploitations agricoles » ne pouvait que revenir sur la question de la contractualisation.

Dans un communiqué de presse du 9 juin 2016, le ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt a ainsi annoncé « des avancées importantes pour les agriculteurs » visant notamment à « assurer une meilleure répartition de la valeur au sein de la filière alimentaire, grâce à des relations commerciales plus transparentes et à une contractualisation renouée entre les producteurs agricoles et les entreprises agroalimentaires d'une part, et les entreprises agroalimentaires et les distributeurs d'autre part »⁽¹³⁾.

Cette volonté affirmée du législateur devrait se traduire par les mesures suivantes :

→ Prise en compte d'indicateurs de coûts de production et de prix dans les contrats LMAP

Afin de permettre d'établir un lien entre les coûts de production, la marge des producteurs / éleveurs et le prix payé par les consommateurs, l'article 30 C du projet de loi Sapin II vient compléter les termes de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime en prévoyant que les critères et modalités de détermination du prix devant être précisés dans les contrats LMAP devront faire référence à un ou plusieurs

indicateurs publics de coûts de production en agriculture (tel que l'indice des prix d'achat des moyens de production agricole (IPAMPA) par exemple) et à un ou plusieurs indices des prix des produits agricoles ou alimentaires.

→ Renforcement du rôle des organisations de producteurs (OP) et associations d'organisations de producteurs (AOP) à travers la négociation de contrats-cadres

Depuis sa modification par la loi d'avenir en 2014, l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime dispose que :

Article L. 631-24. « Le décret mentionné au cinquième alinéa prévoit que lorsque, conformément au droit de l'Union européenne, une organisation de producteurs est habilitée à négocier les contrats de vente au nom et pour le compte de ses adhérents en vertu d'un mandat donné à cet effet, la cession des produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation est subordonnée à la proposition d'un contrat-cadre écrit remis par l'acheteur à l'organisation de producteurs concernée. Ce contrat-cadre comporte l'ensemble des clauses mentionnées au quatrième alinéa.

Le décret mentionné au cinquième alinéa peut également, dans cette hypothèse, rendre obligatoire pour l'acheteur la transmission à l'organisation de producteurs des informations relatives au volume, aux caractéristiques et au prix des produits livrés par ses membres ».

Toutefois, force est de constater que cette disposition est en réalité restée lettre morte en l'absence de décrets venus imposer de tels contrats-cadres.

La loi Sapin II devrait venir combler cette lacune en prévoyant directement dans le texte de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime l'obligation, pour les acheteurs de produits agricoles, de (i) négocier/conclure de tels contrats-cadres avec les OP et AOP et de (ii) transmettre aux OP et AOP le détail des négociations individuelles menées avec leurs membres et ce, dès lors que la

(13) Communiqué de presse, min. de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt, 9 juin 2016, Projet de loi Sapin 2 : des avancées importantes pour les agriculteurs.

contractualisation a été rendue obligatoire par décret ou par accord interprofessionnel.

La loi *Sapin II* devrait en outre venir renforcer cette obligation en prévoyant notamment que lesdits contrats-cadres devront contenir, outre les clauses obligatoires prévues par l'article L. 631-24, une clause permettant de définir les volumes à livrer par l'ensemble des membres de l'OP ou AOP et les modalités de répartition et de gestion de ces volumes entre producteurs.

Ce dispositif a pour but de renforcer le pouvoir de négociation des agriculteurs à travers leurs organisations de producteurs, mais va inévitablement complexifier les relations contractuelles dans des secteurs comme celui des fruits et légumes où l'oral prime encore beaucoup sur l'écrit.

→ Le plafonnement des NIP pour certains produits agricoles

L'article 31 ter du projet de loi *Sapin II* est rédigé comme suit :

« Pour les produits agricoles mentionnés à l'article L. 441-2-1 [du code de commerce], le lait et les produits laitiers, ces avantages [les NIP] ne peuvent dépasser 30 % de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris ».

Ce serait ainsi la première fois que la loi viendrait fixer un pourcentage maximal de promotion admissible.

→ Indication des prix des produits agricoles dans les contrats entre industriels et distributeurs

L'article 31 bis C du projet de loi *Sapin II* prévoit l'ajout, au sixième alinéa du I de l'article L. 441-6 du code de commerce, des dispositions suivantes :

« Les conditions générales de vente relatives à des produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles non transformés devant faire l'objet d'un contrat écrit, en application soit du décret en Conseil d'Etat prévu au I de l'article L. 631-24 [à ce jour, fruits et légumes et lait de vache], soit d'un accord interprofessionnel étendu prévu au III du même article L. 631-24 [viande ovine et bientôt lait de chèvre], indiquent le prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits pendant leur durée d'application ».

Il prévoit en outre, s'agissant plus spécifiquement des produits à marque de distributeur (MDD), l'ajout d'un nouvel article L. 441-10 au code de commerce qui serait rédigé comme suit :

« Le contrat d'une durée inférieure à un an entre un fournisseur et un distributeur portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur mentionne le prix ou les critères et modalités de détermination du prix d'achat des produits agricoles non transformés entrant dans la composition de ces produits alimentaires lorsque ces produits agricoles doivent faire l'objet d'un contrat écrit soit en application du décret en Conseil d'Etat prévu au I de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime [à ce jour, fruits et légumes

et lait de vache], soit d'un accord interprofessionnel étendu prévu au III du même article L. 631-24 ».

Le Sénat a en outre complété ces deux articles afin de préciser que les critères et modalités de détermination du prix prévisionnel (s'agissant de l'article L. 441-6) ou du prix (s'agissant de l'article L. 441-10) devront faire référence à un ou plusieurs indicateurs publics de coût de production en agriculture et à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires, faisant ainsi écho aux nouvelles dispositions qui devraient être insérées dans le code rural et de la pêche maritime.

Ce dispositif a pour objectif annoncé de créer un lien entre le prix payé à l'agriculteur, d'une part, et le prix final des produits alimentaires, d'autre part, et de mettre ainsi chacun devant ses responsabilités, puisque l'impact des baisses de prix demandées par les distributeurs sur les agriculteurs pourra être calculé dès le stade des négociations.

La portée juridique des engagements des industriels et distributeurs vis-à-vis des agriculteurs reste toutefois très faible : le prix qui devra être mentionné dans les conditions générales de vente des industriels est un « prix prévisionnel moyen » et non le prix réel qui sera effectivement payé aux agriculteurs, et aucun mécanisme obligatoire de gestion des écarts entre prix prévisionnel et prix réel n'est prévu à ce jour.

En outre, le calcul d'un tel « prix prévisionnel moyen » risque de s'avérer complexe dans un grand nombre de cas.

Le législateur peine encore à franchir le cap d'une contractualisation tripartite qui est régulièrement évoquée. Ainsi, l'article 30 bis du projet de loi *Sapin II* tel qu'adopté en première lecture par l'Assemblée nationale prévoyait la remise d'un rapport par le Gouvernement au Parlement sur l'opportunité de favoriser fiscalement et réglementairement « la mise en place de contrats tripartites et pluriannuels entre les agriculteurs, les transformateurs et les distributeurs ». Cet article a toutefois été supprimé par la suite par le Sénat.

La question des contrats tripartites n'est pas nouvelle. Ainsi que l'avait souligné la commission des affaires économiques lors des débats sur la proposition de loi *Lenoir* en faveur de la compétitivité de l'agriculture et de la filière agroalimentaire⁽¹⁴⁾, plusieurs initiatives volontaires ont été mises en place en ce sens depuis le début de l'année 2016. L'enseigne Auchan a ainsi conclu deux accords tripartites, l'un portant sur le lait et l'autre sur la viande de porc. Le 1^{er} juillet 2016, l'enseigne Lidl a fait de même pour le lait.

Il s'agit là peut-être de l'avenir de la contractualisation agricole, sous réserve naturellement du strict respect des règles de concurrence qui interdisent toute forme d'entente dont l'objet ou l'effet serait de nature anticoncurrentielle... N'oublions pas en effet que la Commission européenne – et les autres autorités de concurrence – veillent au grain en la matière ! ■

(14) Proposition de loi aujourd'hui en partie reprise dans le projet de loi *Sapin II*.



RLC 3031

Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence : premier bilan et perspectives



Par
Jean-Christophe
GRALL
Avocat à la Cour
Grall & Associés



Et Thibault
BUSSONNIÈRE
Juriste-Doctorant
Grall & Associés
CRED Paris II
Panthéon-Assas

Depuis la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « Loi Hamon », les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce consacrées à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives de concurrence sont désormais sanctionnées, pour certaines d'entre elles, par des sanctions de nature administrative qui se sont substituées aux traditionnelles sanctions civiles et pénales.

La publication en mai dernier du bilan de jurisprudence de la DGCCRF pour l'année 2015 est l'occasion de dresser un premier état des lieux de l'application de ces sanctions administratives. En outre, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit « projet de loi Sapin II », entend apporter des modifications au régime actuel des sanctions administratives mais n'envisage pas de préciser les modalités de détermination du montant des amendes administratives, lesquelles font pourtant cruellement défaut aujourd'hui.

Efficacité et effectivité : maîtres mots à l'origine de la mise en place des sanctions administratives

En 2013, lors de l'élaboration du projet de loi relatif à la consommation, l'exécutif dressait le constat selon lequel les sanctions civiles et pénales en matière de délais de paiement et de formalisme contractuel ne permettaient pas toujours d'aboutir à une sanction rapide et efficace des infractions et manquements constatés.

Afin de remédier à l'inapplication de la loi, le législateur a remplacé ces sanctions civiles et pénales par des sanctions administratives avec l'adoption de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Dans sa note d'information publiée le 22 octobre 2014 commentant les dispositions de cette loi, la DGCCRF affirmait ainsi que « la procédure de sanctions ad-

ministrative permet une plus grande efficacité de l'action des services de contrôle, qui disposeront d'une meilleure maîtrise de la procédure de sanction, renforçant ainsi l'effectivité de la règle de droit »⁽¹⁾.

Outre la mise en place d'amendes administratives, la loi Hamon a également renforcé les moyens d'action des agents chargés de veiller au respect des dispositions du Code de commerce en matière de pratiques commerciales. Elle a ainsi élargi l'éventail des sanctions en dotant les agents de contrôle d'un nouveau pouvoir d'injonction pour inciter les professionnels à respecter la loi. Dorénavant, l'agent qui constate un manquement peut, après une procédure contradictoire, enjoindre au professionnel de se

(1) DGCCRF, Note d'information n° 2014-185, 22 oct. 2014, relative à l'application des dispositions de la loi relative à la consommation modifiant le livre IV du code de commerce sur les pratiques commerciales restrictives de concurrence.

conformer à ses obligations, de supprimer toute clause illicite ou de cesser tout agissement illicite⁽²⁾.

Les manquements visés par les sanctions administratives

Le non-respect de l'ensemble des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce peut faire l'objet d'une injonction administrative.

Entre le 20 mars 2014 et le 25 septembre 2015, 170 injonctions ont ainsi été prononcées par les services du ministère de l'Économie en matière de relations commerciales, essentiellement pour faire corriger des atteintes aux règles de facturation (82) et aux délais de paiement réglementés (65)⁽³⁾.

En vertu des lois *Hamon*, *Pinel* et *Macron*⁽⁴⁾, le prononcé d'une amende administrative s'applique quant à lui dans les cas suivants :

- en cas de non-respect du plafond légal des délais de paiement convenus (C. com., art. L. 441-6, I, al. 9), du délai de paiement supplétif (C. com., art. L. 441-6, I, al. 8), du délai de paiement spécifique au transport (C. com., art. L. 441-6, I, al. 11), des délais réglementés et de ceux qui sont issus des accords interprofessionnels étendus dérogatoires dans le secteur du vins (C. com., art. L. 443-1), des délais dérogatoires des secteurs d'activité présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué (C. com., art. L. 441-6, I, al. 14) ;
- en cas de non-respect des modes de computation des délais de paiement prévus par les parties et de clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ de ces délais (C. com., art. L. 441-6, VI) ;
- en cas d'absence de mention ou de mention erronée concernant l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement et les pénalités de retard (C. com., art. L. 441-6, I, al. 12) ;
- en cas de non-respect des obligations relatives au formalisme contractuel (C. com., art. L. 441-7 et L. 441-7-1), c'est-à-dire en cas de non-respect de la date butoir

(2) C. com., art. L. 465-1.

(3) AN, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, 7 oct. 2015 (présenté par Mme Annick Le Loch et M. Philippe Armand Martin).

(4) La loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « loi Pinel », a achevé la dépénalisation des dispositions de l'article L. 441-6, IV du code de commerce relatives aux délais de paiement. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », a créé des sanctions administratives en cas de non-respect des délais de paiement dérogatoires des secteurs d'activité présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué.

du 1^{er} mars pour conclure le contrat annuel et/ou de conclusion d'une convention non-conforme ;

- en cas de non-respect des dispositions prévues par l'article relatif à la clause de renégociation de certains contrats (C. com., art. L. 441-8) ;
- en cas d'absence ou de non-conformité d'un contrat de sous-traitance industrielle (C. com., art. L. 441-9) ;
- en matière de fruits et légumes frais, en cas de non-respect de l'interdiction des rabais, remises et ristournes (C. com. art. L. 441-2-2) et de la méconnaissance des obligations relatives au bon de commande devant accompagner la marchandise (C. com., art. L. 441-3-1) ;
- enfin, en cas de non-respect d'une injonction dirigée à l'encontre d'une pratique sanctionnée par une amende pénale ou administrative⁽⁵⁾.

Conformément au souhait du ministre de l'Économie qui avait fait du contrôle des délais de paiement une mission prioritaire de la DGCCRF, les manquements aux articles L. 441-6 et L. 443-1 du code de commerce représentent plus de 90 % des sanctions prononcées. Les statistiques figurant dans le bilan de la DGCCRF pour l'année 2015 en témoignent : sur 2 572 établissements contrôlés, 876 d'entre eux présentaient des anomalies, soit un taux de 36,99 % ; les suites données à ces anomalies, tous manquements confondus, se répartissent entre 494 avertissements, 148 injonctions et 242 intentions de procès-verbaux administratifs ; sur ces 242 intentions de procès-verbaux administratifs, 222 portent sur les délais de paiement représentant au total plus de 6,9 millions d'euros d'amendes notifiées et prénotifiées.

Le montant des amendes

Le plafond des amendes administratives mentionnées au sein du titre IV du livre IV du code de commerce se subdivise en trois niveaux :

- 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale en cas de non-respect d'une injonction visant une pratique sanctionnée par une amende pénale ou administrative ;
- 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale en cas de non-respect des dispositions en matière de fruits et légumes frais (C. com., art. L. 441-2-2 et L. 441-3-1) ;
- 75 000 euros pour une personne physique et 375 000 euros pour une personne morale en cas de non-respect des dispositions relatives aux délais de paiement (C. com., art. L. 441-6 et L. 443-1), à la convention annuelle (C. com., art. L. 441-7 et L. 441-7-1), à la clause de renégociation du prix

(5) Le non-respect d'une injonction de mettre un terme à un manquement sanctionné civilement ne peut faire l'objet que d'une action en responsabilité civile.

convenu dans certains secteurs (C. com., art. L. 441-8), au formalisme des contrats de sous-traitance industrielle (C. com., art. L. 441-9). Le projet de loi *Sapin II* entend renforcer le plafond de l'amende administrative applicable à la personne morale en cas de non-respect des délais de paiement mentionnés aux articles L. 441-6 et L. 443-1 du code de commerce. Celui-ci serait porté à 2 millions d'euros. Lors des débats parlementaires, le ministre de l'Économie, Emmanuel Macron, a précisé toutefois qu'à l'encontre des PME et TPE, la DGCCRF n'appliquera pas des sanctions « mortelles », c'est-à-dire disproportionnées eu égard à leur chiffre d'affaires.

Le bilan de la DGCCRF pour l'année 2015 indique que la répartition des amendes par montant (en nombre d'amendes) s'est effectuée de la sorte :

| Montant des amendes prononcées en 2015 | Nombre d'amendes |
|--|------------------|
| Inférieur à 10 000 euros | 115 |
| De 10 000 à < 20 000 euros | 40 |
| De 20 000 à < 30 000 euros | 23 |
| De 30 000 et à < 40 000 euros | 13 |
| De 40 000 à < 50 000 euros | 2 |
| De 50 000 à < 100 000 euros | 12 |
| > à 100 000 euros | 17 |

La DGCCRF détaille également dans son bilan la répartition des amendes par secteur d'activité (total des amendes notifiées et prénotifiées)⁽⁶⁾ :

| Secteur d'activité | Total des amendes notifiées et prénotifiées |
|--|---|
| Industrie | 1 778 270 euros |
| Réseaux | 1 125 000 euros |
| GMS | 929 550 euros |
| Grossiste (alimentaire et non alimentaire) | 784 800 euros |
| Certification et service aux entreprises | 532 000 euros |
| Transport | 377 300 euros |
| Industrie agroalimentaire | 328 770 euros |
| Hôtellerie et restauration | 306 320 euros |

(6) Ne figurent ici que les secteurs où le total des amendes atteint plus de 100 000 euros.

| Secteur d'activité | Total des amendes notifiées et prénotifiées |
|--|---|
| BTP et service aux entreprises dans le BTP | 198 200 euros |
| Pharmaceutique | 161 000 euros |
| Centrale d'achat non alimentaire | 116 000 euros |

En plus du prononcé de ces amendes, une peine accessoire peut également être prononcée : la publication de la décision administrative, dont les modalités sont précisées par le décret du 30 septembre 2014⁽⁷⁾. Cette publicité peut être effectuée par voie de presse, par voie électronique ou par voie d'affichage, la diffusion ou l'affichage pouvant porter sur tout ou partie de la mesure d'injonction, ou prendre la forme d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de cette mesure.

Le projet de loi *Sapin II* envisage de rendre la publication systématique en cas de manquement aux règles relatives aux délais de paiement. Il s'agit là de la mise en œuvre du « *name and shame* ». La DGCCRF a déjà inauguré cette nouvelle pratique depuis le mois de novembre 2015 en publiant sur son site les sanctions qui ont donné lieu aux amendes les plus lourdes : à titre d'exemple, SFR, Numéricable, Airbus Helicopters, Alstom Grid ont hérité de l'amende maximale (375 000 euros) ; la société Capgemini a été sanctionnée à hauteur de 120 000 euros ; la société de charcuterie Paul Predault et la société de matériaux de construction Comasud se sont vues infliger respectivement 100 000 et 87 900 euros d'amende.

Enfin, l'article L. 465-2 du code de commerce dispose que les sanctions administratives ne peuvent être prononcées par l'autorité administrative que dans des limites du quantum fixé par la loi. Autrement dit, en cas de manquements en concours, le montant global des sanctions pécuniaires prononcées ne peut pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

Toutefois, le projet de loi *Sapin II* pourrait supprimer cette règle⁽⁸⁾. Cette modification s'appliquerait alors à l'ensemble des amendes administratives prévues au titre IV

(7) D. n° 2014-1109, 30 sept. 2014.

(8) Article 36 du projet de loi voté en première lecture par l'Assemblée nationale. L'article 36 modifie, de la même manière, les dispositions de l'article L. 141-1-2, VII du code de la consommation, qui prévoient encore actuellement, que lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre du même auteur pour des manquements en concours passibles d'amendes dont le montant maximal excède 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale, ces sanctions s'exécutent cumulativement, dans la limite du maximum légal le plus élevé. Demain, la règle limitant l'exécution de ces amendes en cas de cumul, au maximum légal le plus élevé, pourrait donc également être supprimée.

du livre IV du code de commerce, et non uniquement à celles sanctionnant des manquements aux règles relatives aux délais de paiement.

Le bien-fondé de la suppression de ce principe pourrait cependant se heurter à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui prescrit que la loi doit fixer une peine strictement et évidemment nécessaire. Or, les sanctions prononcées sur le fondement de l'article L. 465-2 du code de commerce tel qu'il résulterait du projet de loi *Sapin II* pourraient s'avérer être très conséquentes, voire même disproportionnées. Cependant, dans son avis n° 391-262 du 24 mars 2016 sur le projet de loi *Sapin II*, le Conseil d'État a estimé que la suppression de la limitation du cumul des amendes prononcées en cas de concours en manquements n'était manifestement pas disproportionnée, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur en matière de fixation de sanctions.

En outre, à l'encontre de la suppression de cette règle, il peut être soutenu que les sanctions administratives doivent recevoir application des grands principes applicables en droit pénal, les sanctions administratives étant des sanctions quasi-pénales. Or, en droit pénal, dans l'hypothèse d'un concours réel d'infractions, les peines de même nature ne peuvent se cumuler indéfiniment et il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé⁽⁹⁾.

Surtout, l'absence de définition de la notion de « *manquement en concours* » en droit administratif pourrait faire encourir aux entreprises un risque d'arbitraire non négligeable. En effet, cette notion correspond-elle à des manquements simultanés et de nature différente ou bien à des manquements simultanés et identiques ? À titre d'exemple, une entreprise qui a conclu l'ensemble de ses conventions annuelles de façon irrégulière avec ses clients ne peut encourir aujourd'hui qu'une sanction théorique maximale de 375 000 euros, et ce quel que soit le nombre de conventions irrégulières auxquelles elle est partie. Serait-ce toujours le cas en cas de suppression de la règle limitant l'exécution des amendes administratives en cas de cumul au maximum légal le plus élevé ? Pour éluder ce manque de clarté de la loi, il conviendrait donc de définir précisément cette notion de « *manquement en concours* » dans l'hypothèse où le projet de loi *Sapin II* retiendrait la suppression de cette règle limitant le cumul des amendes prononcées en cas de concours en manquements.

La procédure applicable aux injonctions et au prononcé des amendes administratives

L'article L. 465-2 du code de commerce qui définit la procédure applicable aux sanctions administratives prévoit

(9) C. pén., art. 132-3.

que ces dernières ne peuvent être prononcées par l'autorité administrative compétente qu'à l'issue d'une procédure contradictoire⁽¹⁰⁾. Ainsi, préalablement à toute sanction, la personne intéressée est informée par écrit de la sanction envisagée à son encontre et invitée à présenter ses observations dans un délai de 60 jours⁽¹¹⁾.

La décision de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut faire l'objet d'un recours gracieux et/ou hiérarchique et/ou d'un recours devant la juridiction administrative dans les conditions de droit commun. En cas de recours hiérarchique, celui-ci doit être porté directement devant le ministre en charge de l'Économie ainsi que le prévoit expressément l'article R. 465-2 du code de commerce. Cependant, en vertu du principe fondamental en droit public selon lequel l'Administration dispose du privilège du préalable, les décisions de cette dernière, contrairement à celles des particuliers, sont exécutoires par elles-mêmes. Autrement dit, tout recours de pleine juridiction contre une amende administrative prononcée par une DIRECCTE n'a point d'effet suspensif⁽¹²⁾. Il est toutefois envisageable de former un recours en référé-suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative si les conditions sont réunies.

Ainsi que le met en exergue la note d'information de la DGCCRF du 22 octobre 2014, les services de la DGCCRF et des DIRECCTE disposent, sous le contrôle du juge administratif, d'une certaine autonomie pour le prononcé de ces sanctions. En effet, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation se voit reconnaître le pouvoir de prononcer et de recouvrer elle-même les amendes prévues. À cet égard, l'article R. 465-2, IV du code de commerce précise que le ministre chargé de l'Économie est l'ordonnateur compétent pour émettre les titres de perception afférents aux sanctions ainsi prononcées.

Figurent ci-dessous, de manière schématisée, la procédure en matière de sanction et d'injonction administrative :

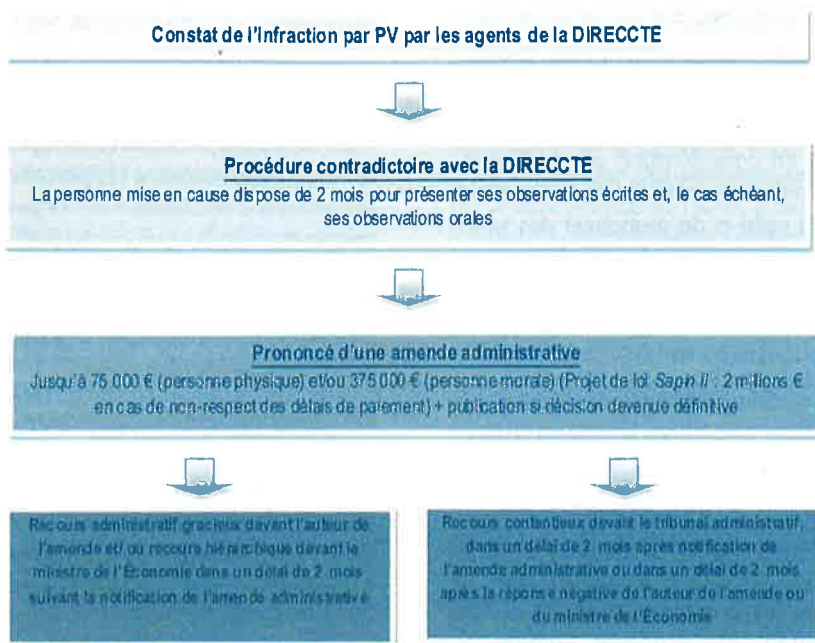
(10) L'autorité administrative compétente est désignée par l'article R. 465-2, I du code de commerce. Il s'agit soit du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit du chef du service national des enquêtes de la DGCCRF, soit du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, soit du directeur des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (ou, pour chacune d'elle, son représentant nommé désigné).

(11) C. com., art. L. 465-2, IV : « *Avant toute décision, l'administration informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut prendre connaissance des pièces du dossier et se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans le délai de soixante jours, ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales. Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende* ».

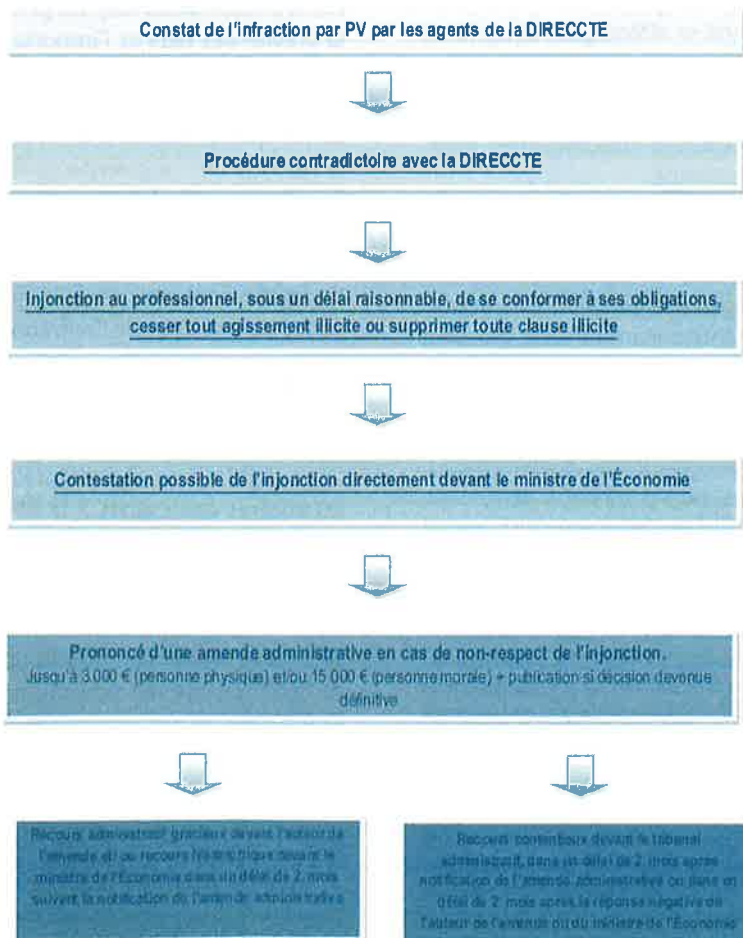
(12) C. just. adm., art. L. 4 : « *Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* ».



Procédure amende administrative / Recours:



Non-respect de l'injonction prévue à l'article L. 465-1 du code de commerce :



L'absence de critères de détermination du montant de l'amende administrative

À ce jour, ni les dispositions législatives ni les dispositions réglementaires du code de commerce ne précisent, en dehors de la prise en compte de la réitération⁽¹³⁾, les critères susceptibles d'être pris en considération par l'Administration pour la détermination du montant de la sanction. Pourtant, il appartient à celle-ci de prononcer des sanctions pécuniaires susceptibles d'atteindre 375 000 euros, voire, à l'avenir, 2 millions d'euros en cas de non-respect des délais de paiement légaux ainsi que l'envisage le projet de loi *Sapin II*.

Cette carence n'est pas satisfaisante pour l'opérateur mis en cause qui ne peut évaluer *a priori*, sur la base de critères objectifs et préétablis, le montant de l'amende qui pourrait lui être infligé.

Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi *Hamon*, la Directrice générale de la DGCCRF avait indiqué que ses services publieraient des lignes directrices relatives à la détermination du montant des amendes administratives⁽¹⁴⁾. Cependant, aucun document officiel n'a été publié en ce sens par l'Administration.

À défaut de lignes directrices, on ne peut qu'encourager le législateur à passer à l'action et établir une liste des éléments auxquels l'autorité compétente en matière de concurrence pourrait à l'avenir se référer pour déterminer le niveau du montant de la sanction.

Il serait à cet égard envisageable de s'inspirer de la pratique des autorités administratives indépendantes intervenant dans le secteur économique.

On pense naturellement, en premier lieu, à l'Autorité de la concurrence.

Celle-ci a le pouvoir d'infliger une sanction très importante en cas de pratiques anticoncurrentielles, qui peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial

consolidé du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée en application de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Le troisième alinéa de ce dernier article détermine précisément les critères de détermination de la sanction : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

Afin d'assurer une plus grande transparence et d'enrichir le contradictoire, l'Autorité de la concurrence a d'ailleurs publié en 2011 un communiqué qui informe les entreprises sur la méthode que l'Autorité suit au cas par cas pour fixer le montant des sanctions⁽¹⁵⁾. L'Autorité de la concurrence a, en outre, mis parallèlement en ligne quelques questions-réponses sur le sujet⁽¹⁶⁾.

La méthode suivie par l'Autorité pour mettre en œuvre les critères énoncés par le code de commerce consiste, d'abord, à déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise en cause (la référence est celle des ventes, par l'entreprise, de produits ou de services en relation avec la pratique sanctionnée). Est pris, ensuite, en considération la gravité des faits et l'importance du dommage causé à l'économie. Le montant de l'amende est également adapté pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation de l'entreprise. Il est, le cas échéant, augmenté du fait de la réitération. Enfin, la somme ainsi obtenue est comparée au maximum légal avant d'être réduite pour tenir compte, s'il y a lieu, de la clémence et de la non-contestation des griefs ou de la transaction dorénavant, puis ajustée en fonction de la capacité contributive de l'entreprise.

L'évolution du dispositif de sanction des abus de marché par l'Autorité des marchés financiers (AMF) pourrait également être une source d'inspiration pour l'élaboration d'un texte législatif ou réglementaire permettant de dégager les critères applicables à la détermination des amendes administratives prononcées en cas de manquement aux dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce.

Alors que l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, sur le fondement duquel la commission de sanctions de l'AMF exerce son pouvoir, n'exposait à l'origine qu'un seul critère de détermination du montant des amendes pécuniaires, à savoir la prise en compte de la gravité des

(13) Les plafonds des amendes sanctionnant un manquement aux dispositions des articles L. 441-2-2, L. 441-3-1, L. 441-6, L. 441-7, L. 441-7-1, L. 441-8, L. 441-9 et L. 443-1 du code de commerce, peuvent être portés au double en cas de réitération du manquement dans un délai de 2 ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

(14) V. Nathalie Homobono in Les nouveaux pouvoirs de la DGCCRF issus de la loi Hamon (AJ Contrats d'affaires 2014, p. 144) : « Ces nouveaux pouvoirs d'injonction et de sanction seront utilisés dans un double souci de proportionnalité et de cohérence globale : ils seront adaptés aux circonstances particulières de chaque manquement, dans un cadre harmonisé sur l'ensemble du territoire. Le montant des amendes devra en particulier tenir compte de la gravité du manquement et de la situation de la ou des entreprises concernées. Des lignes directrices préciseront ces différents aspects. Mes services veilleront, par ailleurs, à communiquer sur leur action en diffusant périodiquement des synthèses "anonymisées" des décisions prises mais aussi en publiant certaines décisions, notamment en cas de manquement particulièrement grave ».

(15) Aut. conc., communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, 16 mai 2011.

(16) http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id RUB=402&id_article=1597.



faits et des profits réalisés ou des pertes évitées, cet article énonce aujourd'hui un ensemble de critères susceptibles d'être pris en compte dans le calcul du montant de l'amende.

En effet, le paragraphe III *ter* de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier expose pour certaines infractions les éléments à prendre en compte dans la mise en œuvre des sanctions. Sont ainsi retenus les critères suivants : la gravité et la durée du manquement ; la qualité et le degré d'implication de la personne en cause ; la situation et la capacité financière de la personne en cause, au vu notamment de son patrimoine et, s'agissant d'une personne physique, de ses revenus annuels, s'agissant d'une personne morale, de son chiffre d'affaires total ; l'importance soit des gains ou avantages obtenus, soit des pertes ou coûts évités par la personne en cause, dans la mesure où ils peuvent être déterminés ; les pertes subies par des tiers du fait du manquement, dans la mesure où elles peuvent être déterminées ; le degré de coopération avec l'Autorité des marchés financiers dont a fait preuve la personne en cause ; les manquements commis précédemment par la personne en cause ; toute circonstance propre à la per-

sonne en cause, notamment des mesures prises par elle pour remédier aux dysfonctionnements constatés, provoqués par le manquement qui lui est imputable et, le cas échéant, pour réparer les préjudices causés aux tiers, ainsi que pour éviter toute réitération du manquement.

Ainsi, par analogie avec les critères établis par la loi pour la détermination des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence et l'AMF, *a minima*, les trois éléments suivants pourraient être retenus afin de déterminer le montant de l'amende administrative infligée sur le fondement de l'article L. 465-2 du code de commerce :

- la gravité et la durée du manquement ;
- l'assise financière de la personne morale mise en cause et sa capacité contributive ;
- les mesures prises pour remédier aux dysfonctionnements constatés.

L'intégration de ces critères dans le code de commerce permettrait ainsi d'assurer aux opérateurs économiques une meilleure prévisibilité du montant de l'amende administrative qui pourrait leur être infligée. ■

RLC 3032

Compétence juridictionnelle en matière de rupture brutale de relations commerciales établies : détermination de la responsabilité engagée par l'auteur de la rupture en droit international privé

La Cour de justice de l'Union s'est prononcée dans un arrêt du 14 juillet 2016 sur la nature de l'action fondée sur la rupture brutale de relations commerciales établies en application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Selon la Cour, une telle action ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle au sens du règlement Bruxelles I s'il existait une « relation contractuelle tacite ». Bref retour sur une solution qui semble aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo, EU:C:2016:559

Selon l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, le fait de « rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale » engage la responsabilité de son auteur.

Dans le cadre de relations commerciales internationales, la qualification de la nature de l'action indemnitaire pour rupture brutale est essentielle, puisque la détermination de la juridiction compétente pour trancher le litige en dépend – détermination régie aujourd'hui par le règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (ci-après, le règlement *Bruxelles I bis*), qui a remplacé, à compter du 10 janvier 2015, le règlement (CE) n° 44/2001 (dit « *Bruxelles I* ») du 22 décembre 2000.

Il convient de rappeler que le règlement *Bruxelles I* prévoit, à son article 4, que la juridiction compétente est, en principe, celle de l'État membre où le défendeur possède son domicile (ou son siège social s'il s'agit d'une société). Il prévoit toutefois des règles de compétence spéciales alternatives à la règle de compétence générale selon que la nature

de l'action est contractuelle ou délictuelle. Son article 7 dispose en effet que :

« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre :

1) a) en matière **contractuelle**, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est :

– pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

– pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ;

2) en matière **délictuelle** ou quasi délictuelle, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (...).

La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la CJUE) apporte, par un arrêt rendu le 14 juillet 2016 sur question préju-



Par Nathalia
KOUCHNIR-
CARGILL^(*)
Avocat associé
Grall & Associés



Et Éléonore
CAMILLERI
Avocat à la Cour
Grall & Associés

(*) Avec la contribution de Fiona Constant-Lotz et de Marion Michaud.



dicielle de la cour d'appel de Paris, d'importantes précisions sur l'application de ce texte en matière de rupture brutale de relations commerciales établies.

Le flou juridique sur la nature de la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale de relations commerciales internationales

La nature juridique de la responsabilité engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce fait l'objet de certaines distorsions entre notre droit interne et la position de la CJUE.

En droit interne, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère depuis longtemps que « *le fait (...) de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale (...) engage la responsabilité **délictuelle** de son auteur* »⁽¹⁾.

La chambre commerciale confirme cette position d'années en années, cassant toute décision d'appel qui viendrait à retenir un fondement contractuel et ce, qu'il y ait un contrat ou non entre les parties⁽²⁾.

En matière internationale également, la chambre commerciale adopte cette position⁽³⁾.

Or, il convient de rappeler que les notions de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle » au sens de l'article 7 du règlement *Bruxelles I bis* (anciennement, l'article 5 du règlement *Bruxelles I*) sont à interpréter de manière **autonome**, et ne sauraient être comprises comme renvoyant à la qualification que la loi nationale donne au rapport juridique en cause. Il faut donc analyser la nature de l'action indemnitaire pour rupture brutale de relations commerciales de façon autonome, au regard des seules décisions de la CJUE.

La CJUE a défini la matière contractuelle de manière négative en exposant dans son célèbre arrêt *Jakob Handte* que « *La notion de « matière contractuelle », au sens de l'article 5, point 1, (...) ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun **engagement librement assumé** d'une partie envers une autre* »⁽⁴⁾.

Elle a fait de la matière délictuelle une catégorie résiduelle de la matière contractuelle en ce sens que la responsabilité qui ne peut être qualifiée de contractuelle est de nature délictuelle : « *La notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, paragraphe 3 (...)*

doit être considérée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, paragraphe 1 »⁽⁵⁾.

Il est apparu que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence française a le plus souvent contourné la difficulté de cette obligatoire interprétation autonome dans les contentieux de la rupture brutale de relations commerciales internationales, et ce notamment dans un arrêt de la chambre commerciale du 18 janvier 2011 aux termes duquel la Cour de cassation a jugé : « *Attendu que, pour accueillir le contredit et renvoyer la société Safic-Alcan à mieux se pourvoir, l'arrêt, après avoir indiqué que la demande d'indemnisation formée par cette société vise à obtenir la réparation du dommage qui aurait été causé par la rupture brutale de relations commerciales établies, en déduit que cette demande relève d'un fondement contractuel au sens de l'article 5, 1, a, du règlement n° 44/2001 ; Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »⁽⁶⁾.

Mais la problématique de la juridiction compétente a le plus souvent été abordée ces dernières années sous l'angle de l'applicabilité ou non de clauses attributives de compétence ou compromissoires.

Rappelons, à cet égard, que l'article 25 du règlement *Bruxelles I bis* (anciennement, l'article 23 du règlement *Bruxelles I*) prévoit que les parties peuvent, par dérogation aux principes posés aux articles 4 et 7 du même règlement, choisir elles-mêmes la juridiction compétente par une clause attributive de juridiction ou opter pour l'intervention d'un arbitre par le biais d'une clause compromissoire.

Les juges sont ainsi souvent amenés à s'interroger sur l'applicabilité de telle clause attributive de compétence ou compromissoire au litige qui leur est soumis. Sur ce point, les juges ont finalement recherché cette applicabilité au regard de la rédaction de ladite clause, mais sans se positionner sur le caractère délictuel ou contractuel de la responsabilité encourue.

Ainsi, le 6 mars 2007⁽⁷⁾, la première chambre civile de la Cour de cassation a fait application de la clause attributive de compétence contenue dans les confirmations de commandes et les factures d'un fournisseur, à l'occasion de la rupture des relations commerciales avec son co-contractant.

La première chambre civile a visé l'article 23 du règlement *Bruxelles I* régissant les clauses attributives de juridiction s'appliquant aux litiges nés d'un « *rapport de droit déterminé* », sans préciser si la responsabilité était contractuelle

(1) Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178, Bull. civ. IV, n° 21.

(2) Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13.971, Bull. civ. IV, n° 3.

(3) Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12.336.

(4) CJCE, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte*, EU:C:1992:268.

(5) CJCE, 27 sept. 1988, aff. C-189/87, *Kalfelis*, EU:C:1988:459.

(6) Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.885, Bull. civ. IV, n° 9.

(7) Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 06-10.946, Bull. civ. I, n° 93. V. égal. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Bull. civ. I, n° 233.

ou délictuelle. Elle a juste estimé que la rédaction de la clause permettait d'englober le litige qui lui était soumis.

Un peu plus tard, la cour d'appel de Paris allait dans le même sens en jugeant : « *Considérant d'une part que les relations contractuelles entre les parties sont exclusivement régies par les conditions générales de vente en l'absence de tout autre contrat et d'autre part qu'au sens du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (article 23), la clause dont s'agit qui vise "tout différend survenant entre les parties" s'applique à la rupture des relations contractuelles comme aux abus de dépendance visés par l'article L. 442-6 du code de commerce dès lors qu'ils sont nés à l'occasion du contrat* »⁽⁸⁾.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a validé elle-même cette approche dans une décision du 20 mars 2012 jugeant que : « *cette clause, qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous les litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large et compréhensive pour s'appliquer à ceux découlant de faits de rupture brutale partielle des relations commerciales établies entre les parties, peu important à cet égard la nature délictuelle ou contractuelle de la responsabilité encourue* »⁽⁹⁾.

Le fond de la question n'est donc ici pas abordé. La rédaction de la clause est plus déterminante que la nature de la responsabilité, et, selon ses termes rédactionnels, la clause couvrira ou non la rupture brutale.

De la même manière, une décision du 21 octobre 2015⁽¹⁰⁾ de la première chambre civile de la Cour de cassation, certes rendue en droit interne, admet l'application d'une clause compromissoire prévue au contrat par les parties lors d'une action en indemnisation pour rupture brutale de relations commerciales établies. Dans cette espèce, les parties avaient convenu de soumettre à un tribunal arbitral tous les litiges découlant de leur contrat.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé que le tribunal arbitral était compétent, car dès lors qu'il pouvait statuer sur tous les litiges résultant du contrat, il n'y avait pas lieu d'établir de distinction entre les actions de nature contractuelle ou délictuelle. La clause compromissoire était là encore rédigée dans des termes suffisamment larges pour couvrir les litiges nés d'une rupture brutale de relations commerciales établies.

Il résulte de cette jurisprudence que le fond du sujet a souvent été éludé et que la question de la nature de l'action en indemnisation sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce, permettant la détermination du juge

compétent au vu du règlement *Bruxelles I* et aujourd'hui *Bruxelles I bis*, a été généralement contournée. Il est donc compréhensible que la cour d'appel de Paris ait choisi de poser deux questions préjudicielles à la CJUE afin d'obtenir sa position quant à l'interprétation de l'article 5 du règlement *Bruxelles I*, aujourd'hui l'article 7 du règlement *Bruxelles I bis*, en cas de rupture d'une relation commerciale établie.

L'affaire Granarolo, ou comment la CJUE appréhende la nature de l'action indemnitaire pour rupture brutale de relations commerciales établies

La cour d'appel de Paris a été amenée, en avril 2015, à interroger la CJUE quant à l'application du règlement *Bruxelles I* (alors encore applicable à l'espèce en cause) s'agissant d'une rupture brutale de relations commerciales établies.

L'affaire dont était saisie la cour était la suivante : la société italienne Granarolo, spécialisée dans la fabrication de produits laitiers, a informé en décembre 2012 la société Ambrosi, son distributeur français situé à Nice, que ses produits seraient distribués en France et en Belgique dès le mois suivant par une société de droit français dont Granarolo avait pris le contrôle. Les deux entreprises étaient liées par des relations commerciales d'une longue durée, mais qui ne reposaient pas sur un contrat écrit.

Dès lors, considérant qu'il y avait rupture brutale de leurs relations commerciales établies, la société Ambrosi a saisi le tribunal de commerce de Marseille d'une demande indemnitaire sur le fondement de l'article L. 446-2, I, 5° du code de commerce. Par jugement du 29 juillet 2014, le tribunal s'est déclaré compétent au motif que l'action avait un caractère *délictuel* au sens de l'article 5, §3 du règlement *Bruxelles I*, reconnaissant ainsi la compétence juridictionnelle du « *tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* ».

L'entreprise Granarolo a formé contredit contre cette décision devant la cour d'appel de Paris qui détient une compétence exclusive pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce. Selon Granarolo, le litige était de nature contractuelle au sens de l'article 5 §1 du règlement *Bruxelles I*, donnant compétence, s'agissant de vente de marchandises, au tribunal du lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées en vertu du contrat, autrement dit en l'espèce au tribunal de Bologne, ville où se situe l'usine de Granarolo.

La société Ambrosi soutenait, quant-à-elle, que les juridictions françaises étaient compétentes en la matière étant donné que le litige était de nature délictuelle et relevait en conséquence de l'article 5 §3 du règlement *Bruxelles I* qui prévoit la compétence du tribunal du lieu du dommage.

(8) CA Paris, pôle 1, ch. 1, 28 oct. 2010, n° 10/12534. V. égal. CA Paris, 31 janv. 2013, n° 12/17503 et pour une clause compromissoire : CA Paris, 14 févr. 2012, n° 11/11302.

(9) Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11.570.

(10) Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2015, n° 14-25.080, publié au Bulletin.



Par arrêt en date du 7 avril 2015⁽¹¹⁾, la cour d'appel de Paris a relevé que : « *Considérant que l'action fondée sur le 5° du I de l'article L. 442-6 du code de commerce est qualifiée, dans l'ordre interne, de **délictuelle**, (...); Considérant, toutefois, que la matière délictuelle ou contractuelle au sens du règlement est une notion **autonome** qu'il faut interpréter au regard des objectifs de ce texte; Considérant qu'il convient de poser à la CJUE une question préjudicielle sur la qualification de l'action indemnitaire pour rupture de relations commerciales établies en cas de fourniture de marchandises pendant plusieurs années à un distributeur sans contrat cadre ni exclusivité* ».

C'est donc dans un objectif de clarification que la cour a posé à la CJUE les questions préjudicielles suivantes :

« 1°) *L'article 5. 3^o du règlement Bruxelles I doit-il être interprété en ce sens que relève de la matière délictuelle l'action indemnitaire pour rupture de relations commerciales établies consistant dans la fourniture de marchandises pendant plusieurs années à un distributeur sans contrat cadre ni exclusivité ?*

2°) *En cas de réponse négative à la première question, le b) de l'article 5. 1^o de ce règlement est-il applicable à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande dans le cas énoncé à la première question ?* »⁽¹⁴⁾

À la suite de cette saisine, des conclusions ont été prises par l'avocat général, Mme Juliane Kokott⁽¹⁵⁾.

Pour ce qui est de la première question préjudicielle, l'avocat général a précisé que la procédure au principal devait être qualifiée d'action *délictuelle* confortant ainsi la position française en la matière.

Elle relève que l'action indemnitaire est, par sa nature, détachée de tout rapport contractuel puisqu'elle ne repose pas sur les engagements contractuels pris par les parties, mais sur une disposition légale qui condamne toute rupture brutale des relations commerciales et prévoit dans un tel cas une indemnisation du préjudice subi au bénéfice de l'ancien partenaire commercial.

L'avocat général considère, au vu des principes dégagés par l'arrêt *Brogssitter*⁽¹⁶⁾ que, dans le cas d'espèce, l'action

en indemnité ne repose pas sur des contrats existants mais plutôt sur l'impossibilité de conclure, pour l'avenir, d'autres contrats après la rupture de la relation commerciale.

Concernant la seconde question préjudicielle, l'avocat général estime qu'il n'est pas nécessaire d'y répondre puisque la réponse à la première question est positive.

Après plusieurs mois passés à se demander si la CJUE allait suivre ou non les conclusions de son avocat général, elle a enfin rendu son verdict le 14 juillet dernier.

Dans son arrêt, la CJUE rappelle d'abord que les notions de « *matière délictuelle ou contractuelle* » sont à interpréter de façon autonome au regard des objectifs exposés dans les considérants du règlement *Bruxelles I*. Elle avait déjà eu l'occasion de préciser les contours de ces notions auparavant – comme rappelé ci-dessus – en déclarant, d'une part, qu'il y a matière contractuelle dès lors qu'existe un « *engagement librement assumé* » d'une partie envers une autre⁽¹⁷⁾, et, d'autre part, qu'est de nature délictuelle « *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur, et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle* »⁽¹⁸⁾. Aussi, il importe de vérifier si l'action civile portée devant la juridiction nationale revêt une nature contractuelle indépendamment de sa qualification au regard du droit national.

Puis, la CJUE relève pour asseoir sa démonstration que « *dans une partie importante des États membres, les relations commerciales de longue date qui se sont nouées en l'absence d'un contrat écrit peuvent, en principe, être considérées comme relevant d'une relation contractuelle tacite et dont la violation est susceptible de donner lieu à une responsabilité contractuelle* ». Elle ajoute que l'article 5 §1 du règlement *Bruxelles I* n'exige pas forcément la conclusion d'un contrat écrit, mais seulement l'identification d'une obligation contractuelle.

La CJUE dégage alors une théorie de « *l'accord tacite* » qui n'est pas simple à appréhender. Selon celle-ci, l'existence d'une relation contractuelle tacite ne se présume pas et doit donc être prouvée, notamment par un faisceau d'éléments concordants. Par indices concordants, elle fait référence à « *l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée* ».

Elle précise enfin que c'est par une appréciation « *globale* » que la juridiction nationale devra « *vérifier l'existence d'un tel faisceau d'éléments concordants pour déci-*

(11) CA Paris, 7 avr. 2015, n° 14/17985.

(12) Correspondant aujourd'hui à l'article 7 §2 du règlement *Bruxelles I bis*.

(13) Correspondant aujourd'hui à l'article 7 §1 b) du règlement *Bruxelles I bis*.

(14) Rappelons qu'en dehors des cas spéciaux énumérés à l'article 5 §1 b), on retombe dans le cadre général prévu à l'article 5 §1 a) donnant compétence au tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

(15) Concl. 23 déc. 2015, aff. C-196/15, EU:C:2015:851.

(16) CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12, *Brogssitter*, EU:C:2014:148.

(17) Arrêt *Jakob Handte* précité.

(18) CJUE, 28 janv. 2015, aff. C-375/13, *Kolassa*, EU:C:2015:37 ; Arrêt *Kalfelis* précité.

der si, même en l'absence d'un contrat écrit, il existe, entre les parties, une relation contractuelle tacite ».

La position ainsi adoptée par la CJUE s'avère être en opposition avec celle retenue par l'avocat général Kokott – qui rappelait que l'indemnisation d'une rupture brutale ne se rattache pas à un engagement contractuel librement consenti, mais à l'exigence *légale* d'un préavis raisonnable – ainsi qu'avec celle des juges français qui considéraient traditionnellement qu'est applicable la responsabilité délictuelle à un contrat de fait.

L'objectif de la CJUE consiste toutefois à obtenir, pour l'avenir, une meilleure cohérence des ordres juridiques nationaux concernant les solutions de droit international privé. C'est pour cela que la CJUE a rappelé que le règlement *Bruxelles I* visait à unifier les règles de conflits juridiques en matière civile et commerciale et ce, pour permettre un degré élevé de prévisibilité et de sécurité juridique.

Sur la seconde question qui lui est posée, la CJUE répond que : « *des relations commerciales établies de longue date, telles que celles en cause dans l'affaire au principal, doivent être qualifiées de « contrat de vente de marchandises » si l'obligation caractéristique du contrat en cause est la livraison d'un bien, ou de « contrat de fourniture de services » si cette obligation est une prestation de services, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer ».*

Les notions de vente de marchandises et de fourniture de services sont donc également des notions autonomes, indépendantes de celles mentionnées dans les droits nationaux. D'ailleurs, la CJUE a déjà eu l'occasion de préciser que, dans le cadre d'une vente de marchandises, l'obligation caractéristique est la livraison du bien⁽¹⁹⁾, tout comme elle a énoncé que la notion de services, dans le cadre de la fourniture de services, implique que la partie qui les fournit effectue une « *activité déterminée* » en contrepartie d'une « *rémunération* »⁽²⁰⁾.

En l'occurrence, entre la vente de marchandises et la fourniture de services, la CJUE a l'air de pencher en faveur de la fourniture de services, confirmant ainsi sa pratique décisionnelle antérieure assimilant un contrat de distribution à un contrat de fourniture de services.

En l'espèce, selon la CJUE, le critère de l'« *activité déterminée* » apparaît rempli puisqu'il s'agit de distribuer des produits de l'une des parties par l'autre qui participe ainsi au développement de la diffusion des produits concernés.

C'est la notion autonome de « *rémunération* » qui pose le plus de difficultés concernant la fourniture de services. Précisons qu'à l'origine, la CJUE considérait simplement que cette notion correspondait au versement d'une somme d'argent et devait être interprétée restrictivement pour ne pas enlever l'effet utile du a) de l'article 5 §1 du règlement *Bruxelles I*. Cependant, dans l'arrêt *Corman-Collins*⁽²¹⁾, elle a étendu le champ de cette notion en précisant que la rémunération pouvait également correspondre à un avantage concurrentiel à partir du moment où celui-ci avait une valeur économique et pouvait ainsi être considéré comme une rémunération.

Or, dans l'affaire *Granarolo*, le distributeur rend bien service au fournisseur et le fournisseur lui apporte, quant à lui, une aide commerciale pouvant ainsi être assimilée à une rémunération.

En pratique, les magistrats et les praticiens n'ont donc plus à craindre une interprétation restrictive de ces notions afin d'éviter de tomber dans l'écueil du a) de l'article 5 §1 prévoyant la compétence du « *tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* ». La chambre civile de la Cour de cassation française s'est d'ailleurs alignée sur l'arrêt *Corman-Collins* de la CJUE en déclarant qu'un contrat de distribution était un contrat de fourniture de services et non pas une vente de marchandises⁽²²⁾.

Partant, on comprend que l'intention principale de la cour d'appel de Paris était de faire confirmer par la CJUE la nature contractuelle de l'action et la qualification de la relation contractuelle en cause, face à une jurisprudence française peu claire en la matière et une chambre commerciale de la Cour de cassation qui refusait jusqu'alors de reconnaître le caractère contractuel d'une telle action.

On sait désormais qu'en matière internationale, la responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies pourra être, selon les cas, contractuelle ou délictuelle. Reste à la jurisprudence française le soin de fixer les contours de cette notion de contrat tacite qui ne lui est pas familière. ■

(19) CJUE, 25 févr. 2010, aff. C-381/08, Car Trim, EU:C:2010:90.

(20) CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-533/07, Falco Privatstiftung et Rabitsch, EU:C:2009:257.

(21) CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-9/12, Corman-Collins, EU:C:2013:860.

(22) Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2014, n° 13-13.405, Bull. civ. I, n° 196.