

LA LETTRE DU CABINET

JANVIER-FÉVRIER-MARS 2016

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

Sommaire

- 02 Cartel des endives : La Cour de cassation saisit la Cour de justice de l'Union européenne. Le monde agricole en attente !
- 08 La médiation de la consommation est effective depuis le 1er janvier 2016
- 11 Négociations commerciales : actualité jurisprudentielle. Déséquilibre significatif, coopération commerciale fictive et pénalités abusives
- 17 Panorama des premiers avis de la CEPC pour l'année 2016
- 23 Le droit des marques met le « paquet »
- 25 Tel est pris qui croyait prendre le nom de domaine de son concurrent (ou comment la concurrence déloyale vient au secours d'une entreprise peu diligente)
- 28 Le défaut d'information du candidat franchisé sur l'état du marché local ne conduit pas nécessairement à la nullité du contrat de franchise
- 31 Attention au déséquilibre significatif dans les contrats de franchise (et autres réseaux de distribution) !
- 33 L'affaire Orange, une application avant l'heure de la procédure de transaction prévue par la loi Macron
- 37 Avis 16-A-05 de l'ADLC du 15 février 2016 sur le traitement des offres « non-conformes » dans la commande publique au regard des règles de concurrence : un avis de l'ADLC qui tombe à point nommé !
- 40 Quand les marketplaces mènent la vie dure aux réseaux de distribution sélective
- 44 Programme des interventions et des formations 2016-2017
- 46 Rappel des prochaines formations

Cartel des endives :

La Cour de cassation saisit la Cour de justice de l'Union européenne.
Le monde agricole en attente !

Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone

L'affaire du cartel des endives se poursuit. Pour mémoire, l'Autorité de la concurrence (ADLC) avait sanctionné, par sa décision n°12-D-08 du 6 mars 2012, une entente entre des producteurs et plusieurs de leurs organisations professionnelles qui, selon elle, s'étaient entendus pour déterminer un prix minimum de revente des endives.

Par un arrêt du 15 mai 2014, la Cour d'appel de Paris a annulé la décision de l'ADLC aux motifs que les pratiques prohibées de fixation collective de prix minimum reprochées aux parties en cause n'étaient pas « indiscutablement établies », compte tenu notamment des difficultés d'interprétation de la réglementation relative à l'organisation commune des marchés (OCM).

Saisie par l'ADLC, la Cour de cassation a finalement décidé, malgré l'intervention de la Commission européenne, de surseoir à statuer dans l'attente d'une réponse de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à ses questions préjudicielles.

C'est dire si la question de l'application du droit de la concurrence au secteur agricole est complexe...

En effet, le secteur agricole - et celui des fruits et légumes en particulier - connaît un certain nombre de spécificités qui justifie certaines dérogations au droit commun de la concurrence : une production atomisée face à une demande très concentrée, des produits non stockables dont la production et la consommation sont fortement tributaires des aléas climatiques, avec des cycles de production d'une durée qui peut être longue et ne permettent donc pas une adaptation à l'offre en temps réel.

L'accumulation de ces facteurs entraîne une très forte volatilité des prix et induit des déséquilibres maintes fois constatés sur les marchés des fruits et légumes.

Pour faire face à ces déséquilibres, la Politique agricole commune (PAC) mise en place au niveau européen permet certaines exceptions ou dérogations à l'applicabilité des règles de concurrence de façon à favoriser notamment le regroupement de l'offre et à rééquilibrer ainsi les rapports de force **(I)**.

La principale limite à un tel regroupement de l'offre demeure précisément le respect du droit de la concurrence. Et la question qui divise l'ADLC et la Cour d'appel de Paris dans l'affaire qui nous intéresse ici est précisément de savoir jusqu'où ces exceptions et dérogations permettent d'aller, en termes notamment de fixation de prix **(II)**.

I - LA POLITIQUE AGRICOLE COMMUNE PREVOIT CERTAINES DEROGATIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE

Bien que la question puisse se poser, le législateur européen a toujours fait le choix, depuis le lancement de la PAC en 1962, de ne pas soustraire le secteur agricole du champ d'application du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et, en particulier, de ses dispositions relatives au droit de la concurrence (articles 101 et 102) ¹.

La CJUE a ainsi jugé que « l'article 36 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 42 TFUE, établit le principe de l'applicabilité des règles de concurrence communautaires dans le secteur agricole et que le maintien d'une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles fait partie des objectifs de la politique agricole commune »².

Le législateur a cependant cherché à concilier les objectifs poursuivis par le droit de la concurrence avec ceux de la politique agricole commune qui sont au nombre de cinq : accroître la productivité, assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, stabiliser les marchés, garantir la sécurité des approvisionnements et assurer des prix raisonnables aux consommateurs³.

Cette conciliation se traduit aujourd'hui principalement, au sein de l'OCM, par la mise en place de certaines exceptions ou dérogations à l'applicabilité des règles de concurrence dans le secteur agricole.

C'est la raison pour laquelle la Commission européenne, dans ses observations prises devant la Cour de cassation en application de l'article 15, paragraphe 3, du Règlement (CE) n°1/2003, a commencé par rappeler que « sous réserve de certaines exceptions ou dérogations, au cours de la période des faits de l'espèce, **les règles de concurrence s'appliquent à la production et à la commercialisation des endives** »⁴.

La Commission européenne a ensuite pris soin de détailler la nature de ces exceptions ou dérogations. Il en existe selon elle deux types : les exceptions ou dérogations dites « générales »⁵. **(A)** et les exceptions ou dérogations propres à favoriser le regroupement de l'offre **(B)**.

A - Les exceptions ou dérogations générales à l'applicabilité des règles de concurrence

Ainsi qu'a pris soin de le rappeler la Cour de cassation dans son arrêt du 8 décembre dernier, l'article 2 paragraphe 1 des Règlements (CE) n°26 et n°1184/2006 puis l'article 176 paragraphe 1 du Règlement OCM n°1234/2007 du 22 octobre 2007⁶ prévoient que les règles de concurrence ne s'appliquent pas aux accords, décisions et pratiques suivants :

- accords, décisions et pratiques restrictives de concurrence qui font partie intégrante d'une organisation nationale de marché : cette dérogation a toutefois une portée très limitée puisque, ainsi qu'a eu l'occasion de le rappeler l'Autorité de la concurrence⁷, la quasi-totalité des produits agricoles sont couverts par une OCM qui s'est substituée aux organisations nationales ;
- accords, décisions et pratiques restrictives de concurrence qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs de la PAC : toutefois, pour que des accords ou des pratiques contraires au droit de la concurrence puissent être considérés comme nécessaires à la réalisation de ces objectifs, la pratique décisionnelle et la jurisprudence européennes⁸ exigent que l'ensemble des cinq objectifs de la PAC, rappelés précédemment, soient remplis cumulativement, ce qui est toujours très difficile à démontrer en pratique ;
- accords, décisions et pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre par des exploitants agricoles, associations d'exploitants agricoles ou associations de ces associations ressortissant à un seul Etat membre, dans la mesure où, sans comporter l'obligation de pratiquer un prix déterminé, ils concernent la production ou la vente de produits agricoles ou l'utilisation d'installations communes de stockage, de traitement ou de transformation de produits agricoles, sauf à ce que la concurrence soit exclue ou que les objectifs de la PAC soient mis en péril.

Ces trois exceptions à l'applicabilité des règles de concurrence au secteur agricole sont admises par l'ensemble des autorités et juridictions ayant eu à se prononcer dans le cadre de l'affaire du cartel des endives (ADLC, Cour d'appel de Paris, Cour de cassation, Commission européenne).

B - Les exceptions ou dérogations propres à favoriser le regroupement de l'offre

Les différents règlements sur les OCM permettent par ailleurs le regroupement de l'offre au sein d'organisations de producteurs (OP) qui sont « les éléments de base de l'organisation commune des marchés »⁹.

Selon la Commission européenne et la Cour d'appel de Paris, ces OP bénéficient de certaines exceptions ou dérogations spécifiques puisqu'elles se voient confier certaines missions particulières qui seraient normalement susceptibles de tomber sous les interdictions des règles de concurrence :

- assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande, tant en quantité qu'en qualité ;
- promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production de leurs membres ;
- réduire ou optimiser les coûts de production et régulariser les prix à la production, etc¹⁰.

A ce jour, seul le Conseil de la concurrence (devenu ADLC) a eu l'occasion de se prononcer sur les contours des missions attribuées aux OP¹¹ et, plus particulièrement, sur la question de la régularisation des prix, dans son avis n°08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes. Il a ainsi exposé que :

*« Le Conseil a régulièrement rappelé que les informations données en matière de prix ne devaient pas avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, ce qui leur permet de fixer leurs prix, individuellement, ou collectivement lorsqu'elles agissent au travers d'une coopérative, d'une société les réunissant en tant qu'entité économique unique ou d'une association agissant sous mandat. **Si l'objectif de régularisation des prix doit pouvoir justifier la diffusion de mercuriales rendant compte de l'évolution du marché, la diffusion de prix recommandés, voire obligatoires, est une pratique dont les effets anticoncurrentiels sont incontestables.** De telles pratiques pourraient outrepasser la dérogation au droit de la concurrence édictée aux articles 3 et 5 du règlement n° 1182/2007 selon laquelle les OP et AOP¹² peuvent « régulariser les prix à la production ».*

*En effet, les termes employés ne sont pas « fixer les prix à la production » (...) et la Commission européenne, consultée en 2006 par le ministère de l'agriculture sur un projet de décret relatif aux dispositions particulières applicables aux organisations de producteurs dans le secteur des fruits et légumes, avait souhaité qu'apparaisse de manière explicite le fait que **les pratiques autorisées aux OP ne devaient pas aboutir à un accord collectif sur les prix.** (...) Dès lors, le Conseil perçoit dans la disposition en question la volonté de **donner aux producteurs les moyens de lutter contre la forte variabilité des prix issue des spécificités économiques du secteur** et il lui semble que la politique de régularisation des prix à la production confiée aux AOP doit utiliser d'autres instruments qu'une fixation collective des prix, en utilisant non seulement des leviers collectifs concernant les volumes et la qualité, mais aussi des informations sur les marchés permettant aux différentes entités chargées de la vente de mieux réagir à l'évolution de ceux-ci (...). **En tout état de cause, seule la Cour de justice des Communautés européennes pourrait « définitivement » donner la juste interprétation entre la position de la Commission proscrivant tout « accord collectif» sur les prix à la production et cette disposition du règlement n° 1182/2007 autorisant leur « régularisation» par une association ayant nécessairement un caractère collectif »**¹³.*

Pour autant, la question de la réalité de ses « dérogations spécifiques » et de leur contour demeure sujette à controverse, ainsi que l'illustre l'affaire qui nous intéresse ici.

II - LE CONTOUR DE CES « DEROGATIONS » RESTE ASSUREMENT FLOU ET DONC SUJET A INTERPRETATION

L'ADLC et la Cour d'appel de Paris ont une approche différente de la portée des « dérogations » susvisées, ce qui pose plus généralement **la question de l'articulation entre PAC et droit de la concurrence**.

A - La position de la Cour d'appel de Paris

La Cour d'appel considère pour sa part que :

*« les règles de concurrence relatives notamment aux accords, décisions et pratiques visés à l'article 101 du TFUE ainsi que les règles de concurrence prévues par l'article L. 420-1 du code de commerce **ne s'appliquent à la production et au commerce des produits agricoles**, secteur dont la spécificité est expressément reconnue, **que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la PAC et n'entrave pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles dont les mécanismes de régulation sont (...) dérogatoires au droit commun de la concurrence** »¹⁴.*

Fort de cette analyse, la Cour d'appel de Paris a considéré que les développements du Conseil de la concurrence susvisés relatifs à la régularisation des prix n'excluaient pas formellement la thèse des OP et autres organismes poursuivis selon laquelle les pratiques reprochées de fixation collective de prix minimum relevaient de leur mission de stabilisation des cours et de régularisation des prix à la production.

Dans ces conditions, la Cour d'appel a pu conclure que :

« en l'état des difficultés d'interprétation de la réglementation OCM sur l'étendue exacte et les limites de la mission de régularisation des prix assignée aux organismes mis en cause dans le cadre du régime dérogatoire au droit de la concurrence découlant de l'application des règles de la politique agricole commune, (...) il n'[est] pas établi que la diffusion de consignes de prix minimum [est], en toutes circonstances, nécessairement et définitivement prohibée, de sorte qu'il n'[est] pas indiscutablement établi que les organismes en cause [sont] sortis des missions qui leur [sont] légalement attribuées en matière de régularisation des prix¹⁵ ».

B - La position de l'ADLC

L'ADLC considère que le principe d'applicabilité des règles de concurrence au secteur agricole demeure intangible, sous réserve toutefois des dérogations prévues par le règlement OCM qui sont, selon elle, d'interprétation stricte

A ce titre, l'ADLC a estimé, dans sa décision n° 12-D-08, que les organismes collectifs mis en cause et leurs membres étaient sortis du cadre légal défini par le règlement OCM, autrement dit, avaient outrepassé les limites des missions légales qui leur étaient attribuées par la réglementation OCM et avaient ainsi enfreint les règles de concurrence :

*« Attendu que l'Autorité soutient qu'en dehors des trois dérogations [générales] prévues par les articles 2, paragraphe 1, des règlements n°26 et n°1184/2006 et 176, paragraphe 1, du règlement n° 1234/2007, **les règles de concurrence s'appliquent à l'ensemble des accords, décisions et pratiques qui se rapportent à la production ou au commerce des produits agricoles** et ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'elle affirme que, **ces règlements ne prévoyant pas la non-application des règles de concurrence aux activités des OP ou des AOP, l'objectif de régularisation des prix à la production qui les anime et la possibilité qu'ils ont de mettre en place des prix de retrait s'entendent nécessairement comme des activités soumises au respect des dispositions de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ;***

qu'elle considère que le seul fait que les pratiques litigieuses pouvaient être rattachées aux missions dévolues à ces organisations, dans le cadre de l'organisation commune des marchés, n'est pas de nature à exclure leur caractère anticoncurrentiel ¹⁶ ».

* * *

Adoptant une position intermédiaire entre celle de la Cour d'appel et celle de l'ADLC, la Commission européenne estime quant à elle, dans ses observations adressées à la Cour de cassation, que :

« il doit être tenu compte des « dérogations spécifiques » à certaines interdictions des règles de concurrence, susceptibles de découler des dispositions relatives aux OP et AOP, contenues dans les différents règlements portant organisation commune des marchés (...) ; qu'elle considère par conséquent que certains comportements spécifiques, qui pourraient normalement être considérés comme étant anticoncurrentiels, peuvent relever de ces dérogations spécifiques pour échapper à l'interdiction ; qu'elle est toutefois d'avis que les principaux comportements en cause dans la présente espèce, soit les mécanismes de prix minimum convenus au sein des principales AOP, se situent en dehors des tâches spécifiques prévues par l'organisation commune du marché et ne peuvent pas être considérés comme couverts par ces « dérogations spécifiques » ».

« Compte tenu des interprétations divergentes qui lui ont été exposées, la Cour de cassation a estimé que « le litige [posait] une difficulté sérieuse quant à l'interprétation des règlements portant organisation commune des marchés (...) et l'étendue des dérogations « spécifiques » aux règles de concurrence qu'ils sont susceptibles de contenir dans leurs dispositions relatives aux OP et AOP, notamment au regard de l'objectif de régularisation des prix à la production assigné à ces organisations et la possibilité qu'ont ces organismes de mettre en place des prix de retrait ».

Elle a donc interrogé, à titre préjudiciel, la CJUE sur les points suivants :

- des accords, décisions ou pratiques d'OP, d'AOP et d'organisations professionnelles, qui pourraient être qualifiés d'anticoncurrentiels au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, peuvent-ils échapper à la prohibition des ententes prévue par cet article du seul fait qu'ils pourraient être rattachés aux missions dévolues à ces organisations dans le cadre de l'organisation commune du marché et ce, alors même qu'ils ne relèveraient d'aucune des dérogations générales prévues par les règlements (CEE) n°26, (CE) n°1184/2006 et (CE) n°1234/2007 ?
- en cas de réponse affirmative à cette première question, les dispositions des règlements (CE) n° 2200/1996, n°1182/2007 et n°1234/2007 qui fixent, parmi les objectifs attribués aux OP et leurs associations, celui de régulariser les prix à la production et celui d'adapter la production à la demande, notamment en quantité, doivent-elles être interprétées en ce sens que des pratiques de fixation collective d'un prix minimum, de concertation sur les quantités mises sur le marché ou d'échange d'informations stratégiques, mises en oeuvre par ces organisations ou leurs associations, échappent à la prohibition des ententes anticoncurrentielles, en tant qu'elles tendent à la réalisation de ces objectifs ?

Dans l'attente des réponses qui pourront être apportées par la CJUE à ces questions préjudicielles, le monde agricole reste aujourd'hui dans la plus grande incertitude, alors même que l'ADLC invite régulièrement les producteurs à se regrouper pour renforcer leur pouvoir de négociation face à la grande distribution et que, par ailleurs, la Commission européenne vient d'ouvrir plusieurs enquêtes portant sur les filières bovine, porcine et laitière à la suite des tables rondes organisées l'été dernier par le Ministre de l'agriculture ! ■

1 Article 1 du Règlement n°26 du 4 avril 1962 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles ; article 1 du Règlement (CE) n°1184/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 portant application de certaines règles de concurrence à la production et au commerce des produits agricoles ; article 175 du Règlement (CE) n°1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007 portant organisation commune des marchés dans le secteur agricole et dispositions spécifiques en ce qui concerne certains produits de ce secteur (Règlement « OCM unique ») et aujourd'hui, article 206 du Règlement (UE) n°1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles (...) (non applicable au moment des faits).

2 Cass. com., 8 décembre 2015, n°14-19.589 [arrêt commenté] ; CJUE, 9 septembre 2003, Milk Marque et national farmer's union, C-137-00, pts 58 et 57 ; 19 septembre 2013, Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoisis Kapnou, C-373/11, pt 37.

3 Article 39 TFUE.

4 Observations de la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 3, du Règlement (CE) n°1/2003, pt 14.

5 Terme utilisé par la Commission européenne dans ses observations devant la Cour de cassation.

6 Devenu aujourd'hui l'article 209 paragraphe 1 du règlement OCM n°1308/2013 du 17 décembre 2013.

7 ADLC, Etudes thématique « Agriculture et Concurrence », 2012, page 69.

8 CJCE, 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis, C-399/93, pts 22 à 27 ; TPICE, 14 mai 1997, Florimex / Commission, T-70/92, pt 153.

9 Arrêt commenté.

10 Règlement (CE) n°2200/96, article 11 ; règlement (CE) n°1234/2007, article 122 ; règlement (UE) n°1308/2013, article 152.

11 La Cour de cassation souligne en effet que la CJUE ne s'est, à ce jour, jamais prononcée sur cette question.

12 Association d'organisations de producteurs.

13 Avis n°08-A-07, pt 56.

14 CA Paris, 15 mai 2014, n°2012/06498, page 18.

15 Arrêt commenté.

16 Arrêt commenté.

La médiation de la consommation est effective depuis le 1er janvier 2016

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

Depuis le 1er janvier 2016, les professionnels de tous les secteurs économiques ont l'obligation de permettre aux consommateurs d'avoir recours gratuitement, en cas de litiges, à un médiateur de la consommation.

* * *

Les règles relatives à la médiation des litiges de consommation, instaurées par l'ordonnance du 20 août 2015, ont été complétées par un décret d'application daté du 30 octobre 2015 et publié au Journal officiel le 31 octobre 2015.

Ce décret achève la transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 « relatif au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation », dont l'objectif est de faciliter, pour les consommateurs, le recours à des modes de résolution amiable des litiges nationaux ou transfrontaliers.

Le principe :

En vertu de ce dispositif codifié aux articles L.151-1 et R.152-1 et suivants du Code de la consommation, **le professionnel doit garantir aux consommateurs un recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation avant toute procédure contentieuse.**

Le champ d'application :

Le champ d'application de ce nouveau dispositif de médiation est large puisque sont visés tous les litiges frontaliers ou transfrontaliers de nature contractuelle, portant sur l'exécution d'un contrat de vente ou de fourniture de services, opposant un consommateur à un professionnel et ce, **dans tous les secteurs d'activité**, à l'exclusion toutefois des litiges concernant :

- les services d'intérêt général non économiques ;
- les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, l'administration et la fourniture de **médicaments** et de **dispositifs médicaux** ;
- les prestataires publics de l'enseignement supérieur¹.

Les différents types de médiateur :

Le professionnel peut mettre en place :

- son propre « médiateur d'entreprise » : il traite des litiges propres au professionnel, lequel le rémunère, étant toutefois précisé qu'il ne peut y avoir de lien hiérarchique (et donc de contrat de travail) entre le professionnel et le médiateur, lequel doit rester indépendant (article L.153-2 du Code de la consommation) ;

- ou proposer le recours à tout autre médiateur de la consommation : il peut s'agir d'un « médiateur sectoriel » (s'il en existe un dans le secteur concerné), ou tout autre médiateur répondant aux exigences de qualité légales et réglementaires.

Précisons qu'il est possible de faire « coexister » plusieurs médiateurs pour un même professionnel, dès lors que ces médiateurs figurent sur la liste établie par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (articles L.155-1 et R.155-1 et suivantes du Code de la consommation) et transmise à la Commission européenne (article L.153-1 du Code de la consommation).

L'article R.156-1 nouveau du Code de la consommation prévoit en effet que : « *En application de l'article L. 156-1, le professionnel communique au consommateur les coordonnées **du ou des médiateurs** de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou sur tout autre support adapté. Il y mentionne également l'adresse du site internet du ou de ces médiateurs.* ».

En revanche, l'article L.152-1 du Code de la consommation précise que : « *Lorsqu'il existe un médiateur de la consommation dont la compétence s'étend à l'ensemble des entreprises d'un domaine d'activité économique dont il relève, le professionnel permet toujours au consommateur d'y recourir* ».

Il en résulte que si un médiateur de la consommation national « sectoriel » existe, le professionnel doit obligatoirement informer les consommateurs et leur permettre de recourir à ce médiateur.

Les modalités pratiques de la médiation de la consommation :

Les articles R.152-1 et suivants du Code de la consommation fixent les points suivants :

- les modalités d'information du consommateur lui permettant de recourir effectivement à un médiateur de la consommation ;
- les règles relatives au processus de médiation de la consommation, les exigences d'indépendance et d'impartialité attachées au statut de médiateur de la consommation et les obligations d'information et de communication qui incombent à ce dernier ;
- les exigences de gratuité et d'accessibilité de la médiation, qui doit pouvoir être mise en œuvre notamment par voie électronique ou par courrier simple ;
- l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, laquelle doit notamment tenir à jour sur son site internet la liste des médiateurs de la consommation et transmettre cette liste à la Commission européenne (article L.153-1 du Code de la consommation).

* * *

Les professionnels disposaient d'un délai de deux mois à compter de la publication du décret pour se conformer à l'ensemble des dispositions de l'ordonnance et du décret. **Ainsi, depuis le 1er janvier 2016, les professionnels doivent prévoir le recours à la médiation et en informer les consommateurs conformément à la réglementation.**

A ce titre, les professionnels sont censés avoir intégré la possibilité du recours à la médiation dans leurs Conditions Générales de Vente Consommateurs (CGVC), mais également dans leurs Conditions Générales d'Utilisation (CGU) de leur site internet, et dans tout autre contrat passé avec un consommateur.

Notons toutefois qu'en pratique, les professionnels se trouvent confrontés à une difficulté de taille pour se mettre en conformité avec la nouvelle réglementation relative à la médiation de la consommation.

En effet, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) vient tout juste d'être instituée² et elle n'a toujours pas établi de liste de médiateurs. De même, son site internet n'est toujours pas en ligne à la date de rédaction du présent Flash consommation.

Toutefois, par un communiqué en date du 13 janvier 2016, la Secrétaire d'Etat chargée du Commerce, de l'Artisanat, de la Consommation et de l'Economie sociale et solidaire a annoncé que la CECMC se réunira le 27 janvier prochain et qu'elle sera en mesure de notifier à la Commission européenne une première liste de médiateurs de la consommation dans les derniers jours de janvier. La CECMC devrait ensuite rapidement publier cette liste des médiateurs sur son site internet afin de la mettre à la disposition du public, conformément à l'article R.155-5 du Code de la consommation. ■

1 Art. L.151-4 du Code de la consommation.

2 Ses membres ont été nommés par Arrêté ministériel du 15 décembre 2015 et la CECMC s'est réunie pour la première fois le 13 janvier 2016.

Négociations commerciales : actualité jurisprudentielle

Déséquilibre significatif, coopération commerciale fictive et pénalités abusives

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

I. Déséquilibre significatif : CA Paris, 25 novembre 2015, n° RG : 12/14513

Au terme de son enquête réalisée en 2009, la DGCCRF a considéré que les clauses dites de « protection des stocks » et de « mévente des produits » dans les conventions Darty pour l'année 2009 contrevenaient aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui sanctionnent la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

La clause de protection des stocks prévoyait qu'en cas de baisse de prix d'un produit le fournisseur pouvait ou devait, selon les cas, accorder à Darty un avoir correspondant à l'écart entre le précédent prix et le nouveau prix, multiplié par le nombre de produits en stock.

La clause de mévente des produits stipulait, quant à elle, qu'en cas d'obsolescence, d'arrêt de fabrication ou de mévente d'un produit, le fournisseur pouvait établir un avoir au bénéfice de Darty correspondant à l'écart entre le prix d'achat réglé par Darty et le prix conforme à la situation nouvelle, multiplié par le nombre de produits en stock.

Par jugement du 29 mai 2012, le Tribunal de commerce de Bobigny avait jugé que ces deux clauses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au profit de Darty.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 novembre 2015 confirme en tous points le jugement de première instance. De manière classique dorénavant, les juges de la Cour d'appel ont procédé à la vérification de la réunion des trois conditions d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à savoir, la soumission ou la tentative de soumission des fournisseurs, l'existence d'obligations à la charge d'une des parties et le caractère significativement déséquilibré de celles-ci.

La Cour constate ainsi que la soumission est établie au regard de plusieurs indices :

- d'une part, la Cour observe que Darty reste pour les fournisseurs de matériel électro-ménager, Hi-Fi et informatique un distributeur « incontournable ». Les juges soulignent que son statut de leader de la distribution de ces produits en France (premier sur le marché en termes de chiffre d'affaires en 2009) fait de ce distributeur « un intermédiaire obligé » entre les fournisseurs et les consommateurs, ce qui lui octroie une « puissance de négociation incontestable ».
- d'autre part, la Cour relève que ces clauses se trouvaient dans la quasi-intégralité des contrats signés avec les fournisseurs et étaient rédigées de manière uniforme. S'agissant plus spécifiquement de la clause de mévente des produits, la Cour met en avant l'absence de preuve qui permettrait de constater qu'une véritable discussion s'était instaurée entre Darty et ses fournisseurs. La Cour conclut ainsi que « l'absence manifeste d'intérêt pour le fournisseur à l'insertion d'une telle clause démontre que celle-ci lui a été imposée ».

La Cour rappelle ainsi que « la soumission ou la tentative de soumission n'est pas subordonnée à la preuve de l'existence de pressions ou de contraintes. **La soumission résulte de l'insertion même de ces clauses dans les contrats intervenant entre des parties dont la puissance n'est pas la même selon des modalités qui traduisent l'absence de marge de négociation pour les fournisseurs.** ».

Après avoir constaté la soumission des fournisseurs et le fait que ces clauses créaient de véritables obligations mises à la charge de ces derniers, la Cour s'est donc attelée à caractériser le déséquilibre engendré par ces deux clauses.

En l'espèce, le déséquilibre manifeste de ces clauses s'exprime à travers le transfert du risque commercial qu'elles mettent à la charge du seul fournisseur :

*« Considérant qu'il n'a jamais été interdit aux parties d'aménager le transfert des risques; que cependant, dans tous les contrats soumis à la cour, **ces clauses font supporter automatiquement l'intégralité de la charge du risque commercial (diminution de prix, mévente) sur le fournisseur alors qu' à la suite du contrat de vente de son produit au profit de Darty, le fournisseur ne maîtrise plus le devenir de celui-ci sur le marché** ; que si le fournisseur a déterminé les qualités intrinsèques du produit et a défini une stratégie tarifaire, **la société Darty reste maître de sa politique commerciale**, par les promotions qu'elle fait du produit, par l' emplacement qu'elle lui donne, le tout dans le cadre de l' « animation interne du réseau sur les produits du fournisseur » laquelle donne lieu à ristourne à son profit de la part du fournisseur ; **qu'elle a une influence directe essentielle sur la vente du produit acquis auprès des fournisseurs qu'elle ne peut minimiser** ».*

Darty a tenté de démontrer l'utilité de ces clauses pour le fournisseur en arguant notamment que ce dernier aurait ainsi une meilleure appréhension des problèmes d'approvisionnement, qu'il pourrait mieux planifier sa production, optimiser les coûts logistiques, accélérer la rotation des stocks et l'arrivée de nouvelles générations de produits ou encore financer les fonds de roulement. Cependant, la Cour constate que Darty ne démontre pas la réalité des arguments qu'elle avance. Les juges relèvent, en effet, qu'il existe dans les conventions conclues avec ses fournisseurs *« différentes clauses qui excluent de la part de Darty tout engagement sur des volumes, qui prévoient des ristournes sur les engagements de volumes ou sur leur augmentation, de sorte que les avantages mis en avant ne sont pas sérieusement démontrés ».*

En somme, la Cour d'appel constate qu'il n'existe aucun partage du risque économique, lequel est assumé en totalité par le fournisseur et qu'aucune autre clause de la convention ne vient compenser le déséquilibre engendré par les clauses stigmatisées.

En conséquence, l'amende civile d'un montant de 300.000 euros prononcée en première instance est confirmée par la Cour d'appel ainsi que l'annulation des clauses litigieuses et la cessation de leur insertion dans les contrats entre Darty et ses fournisseurs. De la même manière, la Cour d'appel a confirmé la restitution aux fournisseurs, via le Trésor public, des sommes indûment perçues par Darty en application de ces clauses, soit 575.820, 07 euros. ■



II. Coopération commerciale fictive : CA Paris, 22 octobre 2015, n° RG : 14/01030

A la suite de la cessation des relations commerciales établies entre la société Carpe Diem, ayant pour activité la vente et la promotion de produits destinés aux loisirs artistiques, et la société Carrefour, cette dernière a assigné son ancien partenaire commercial au titre du paiement de factures impayées. Devant les juges consulaires, le fournisseur a présenté une demande reconventionnelle en paiement des factures impayées, en remboursement des sommes payées à tort dans le cadre d'accords de coopération commerciale et en dommages et intérêts pour rupture brutale de relations commerciales.

La Cour d'appel a été appelée à se prononcer à son tour sur l'ensemble de ces demandes. Seules celles relatives à la coopération commerciale feront cependant l'objet de commentaires dans le présent Flash concurrence.

Rappelons que l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce prévoit ce qui suit : « *I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu [...]. »*

Entre 2006 et 2008, la société Carrefour avait ainsi proposé à son fournisseur un certain nombre de prestations de services, à savoir notamment :

- conseils et aide à l'élaboration d'un plan promotionnel (pour 2006, 2007 et 2008) et mise en avant sur des supports de communication ;
- analyse de la performance des produits du fournisseur en sortie de caisse (pour 2007 et 2008);
- plan de développement des performances fournisseur (pour 2008).

Ces prestations ont été convenues dans le cadre de contrats de partenariat qui ont été dûment signés par les parties. Cependant, peu importe que ces services aient été acceptés et réglés par le fournisseur, il convient de vérifier la réalité de leur exécution, ainsi que le rappelle la Cour d'appel.

Or, en l'espèce, le paiement de ces prestations de services par la société Carpe Diem ne correspondait à aucun service effectif.

A cet égard, s'agissant des conseils et de l'aide à l'élaboration d'un plan promotionnel (pour 2006, 2007 et 2008) et mise en avant sur des supports de communication, la Cour relève ce qui suit :

*« Considérant que la société Carrefour a produit trois catalogues qu'elle a édités en 2006, 2007 et 2008 ; que ceux-ci couvrent la période de novembre et décembre et contiennent chacun un seul produit de la société Carpe Diem ; qu'il s'agit donc d'une publicité très ponctuelle et très limitée alors même que la société Carrefour avait référencé tous les produits Carpe Diem et fait état de leur nombre ; que ces catalogues regroupent des publicités pour toute sorte de produits de sorte que, si la société Carpe Diem a ainsi pu bénéficier chaque année d'une promotion pour un de ses produits, **ces catalogues ne sauraient constituer la démonstration de l'élaboration d'un véritable plan de promotion des produits de la société Carpe Diem quand bien même le produit ainsi ciblé aurait aussi fait l'objet d'une mise en avant dans les magasins, des conseils et un plan de promotion ne pouvant ignorer la gamme de produits dans son ensemble** ».*

S'agissant de l'analyse de la performance des produits du fournisseur en sortie de caisse, la Cour considère que les états de sortie de caisse produits par Carrefour ne constituent que des données chiffrées pour lesquelles il n'est justifié d'aucune analyse. En conséquence, ces seules données ne suffisent pas à répondre à la réalisation de la prestation qui était de communiquer une analyse de performance.

En ce qui concerne enfin le plan de développement des performances fournisseur, la Cour affirme ce qui suit : « *considérant que la société Carrefour a produit un plan de développement des performances 2008 qui indique « prévoir des offres promo en loisirs créatifs sur les vacances scolaires, monter une opération pour la fête des mères, prévoir une offre en fin d'année », outre que ces préconisations ne concernent que 2008, **elles ne sont nullement personnalisées** ».*

Ainsi, en l'absence de preuve des prestations de coopération commerciale évoquées ci-dessus, la Cour d'appel a ordonné le remboursement à la société Carpe Diem des sommes indûment facturées par la société Carrefour, soit un peu plus de 62.500 euros. ■



III. Pénalités abusives : CA Amiens, 3 décembre 2015, n° RG : 13/01532

Le droit des pratiques restrictives de concurrence comporte une disposition spécifique visant à sanctionner les pratiques de compensation sauvage ou d'émission de notes de débit au titre de certaines pénalités. L'article L. 442-6, I, 8° du Code de commerce sanctionne ainsi le fait :

« de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ».

Les décisions rendues sur ce fondement étant relativement rares, l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 3 décembre 2015 doit retenir l'attention des lecteurs.

Dans cette affaire, le Ministre de l'économie reprochait notamment à une société coopérative relevant d'une enseigne nationale (la SCAPARF - Galec) d'avoir imposé des pénalités abusives à l'encontre de ses fournisseurs et d'avoir prélevé ces pénalités par débit d'office sur les factures d'achat des marchandises par le biais d'un paiement par compensation.

En première instance, le Tribunal de commerce de Compiègne avait fait droit aux demandes du Ministre en qualifiant les pénalités appliquées par l'enseigne en cas de retard ou de produits manquants à la livraison, d'abusives et parfois infondées, qui plus est déduites d'office des factures d'achat des marchandises sans communication préalable des justificatifs des griefs retenus à l'encontre des fournisseurs concernés. Le Tribunal relevait également que le lien entre les pénalités appliquées et le préjudice subi par l'enseigne n'avait pas été démontré par ce distributeur, qui dans certains cas avait même appliqué des pénalités sans vérifier si le manquement constaté relevait de la défaillance du fournisseur.

L'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens confirme la contrariété des pratiques initiées par la SCAPARF aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 8° du Code de commerce. Toutefois, le quantum des sommes allouées a été réduit par la Cour, celle-ci prenant soin, en effet, pour chaque pénalité appliquée, de vérifier son bien-fondé au regard des stipulations contractuelles et de recalculer, le cas échéant, les sommes indûment perçues par la SCAPARF.

Ainsi, la Cour constate que des pénalités pour retard de livraison n'étaient pas exigibles à l'encontre d'un des fournisseurs puisqu'elles étaient appliquées sans procédure contradictoire et en contradiction avec les conditions générales de ventes du fournisseur. La convention conclue entre la SCAPARF et le fournisseur prévoyait que les pénalités pour retard de livraison n'étaient applicables qu'à la condition que les produits aient fait l'objet de commandes fermes dans les délais prévus par les conditions générales de vente du fournisseur, soit huit semaines avant la date de livraison souhaitée ; or, la SCAPARF a commandé les produits quatre semaines avant celle-ci :

« Que la société SCAPARF reconnaît expressément n'avoir pas passé ces commandes dans le délai de prévenance prévu aux conditions générales de vente de la société VENDOME (soit notamment 8 semaines pour les produits en promotion) ;

Que ces pénalités totalisant 15.083,36 euros étaient indues et donc non exigibles - dès lors que les conditions de leur mise en œuvre n'étaient pas réunies ;

Que la société SCAPARF n'est pas fondée à prétendre qu'il s'agissait là de gestes commerciaux délibérément consentis par le fournisseur, les débits correspondant clairement à des pénalités appliquées par la société SCAPARF et non à des remises commerciales spontanément décidées par le fournisseur ; qu'il n'est d'ailleurs pas expliqué quel aurait été l'intérêt de la société VENDOME à renoncer à un pourcentage non négligeable du prix des marchandises vendues ;

Que ces pénalités ont été déduites par la société SCAPARF du montant des factures réglée à la société VENDOME ;

Que Monsieur GUEGAN, directeur commercial de la société SCAPARF, a indiqué le 18/09/06 aux inspecteurs de la DGCCRF que depuis le 5/06/06 un mode opératoire a été mis en place : chaque jour la société SCAPARF vérifie l'état des livraisons (manques, retards, indication des numéros d'accords sur les factures), en cas de problème contacte le fournisseur pour connaître les raisons de la difficulté, et met en œuvre s'il y a lieu la pénalité : le service comptabilité adresse au fournisseur une facture proforma de pénalités et l'accord du fournisseur est sollicité dans les cas de marchandise manquante ou de retard de livraison ; **qu'antérieurement, les notes de débit étaient en revanche immédiatement comptabilisées ;**

Qu'il est ainsi avéré que la société SCAPARF a déduit d'office du montant des factures de la société VENDOME une somme de 15.083,36 euros qui n'était pas exigible ».

A l'encontre d'un autre fournisseur, la Cour relève que la SCAPARF a pratiqué des déductions d'office pour non-respect des modalités logistiques, alors que la pénalité n'était pas certaine puisque le fournisseur en contestait le fondement. A noter toutefois que la Cour s'attache à évaluer la pénalité qui aurait dû légitimement être appliquée en considération des stipulations contractuelles convenues entre les parties :

« Attendu que le contrat intitulé « Accord définitif 2006 Trousse de toilette promo » signé par la société SCAPARF et la société VARIELUX le 19/12/05 stipule en son article 2.2.e que « toute modification de l'unité de transport logistique d'un produit doit être notifiée au point de commande au moins 8 semaines avant la date de la première livraison. A défaut, le fournisseur sera redevable du versement d'une pénalité de 160 euros par unité de transport logistique pour chaque livraison concernée »;

Que la société SCAPARF a émis à l'encontre de la société ARIELUX une note de débit N° 77004440 en date du 27/02/06 d'un montant de (160 euros x 33 =) 5.280 euros pour erreur de conditionnement (« PCB de 16 au lieu de 18 », c'est-à-dire conditionnement par cartons de 16 trousses « vanity souple femme » au lieu de 18 trousses) portant sur 33 palettes (de 3 cartons chacune) passée au débit du compte de la société ARIELUX dans les livres de la société SCAPARF le 27/02/06 ;

Que la livraison est intervenue le 22/02/06 ainsi qu'il résulte du bordereau N° 578383 de la société de transport MARQUIS ;

Que la commande (en PCB 18) a été passée par la société SCAPARF le 18/01/06 ainsi qu'il résulte des pièces versées aux débats ;

Que la société ARIELUX ne pouvait donc aviser la société SCAPARF de la modification de conditionnement (en PCB 16) au moins 8 semaines avant le 22/02/06 ;

Que, les conditions stipulées à l'article 2.2.e de la convention liant les parties n'étant pas réunies, la pénalité de 160 euros par palette n'était pas applicable ;

Que Monsieur CAZABAN, directeur de site de la société ARIELUX, a lors de son audition par les inspecteurs de la DGCCRF le 14/03/07 expliqué que la directrice des opérations financières de la société a reçu le 27/02/06 la note de débit de la société SCAPARF, a manifesté son désaccord par courrier du jour même, et par courrier du 4/04/06 a demandé à la société SCAPARF d'annuler le débit opéré par cette dernière pour un montant de 5.280 euros, les factures des marchandises livrées à la société SCAPARF ayant été réglées par cette dernière par virement à effet au 7/04/06 après imputation de la note de débit ;

Que la société SCAPARF, ainsi qu'elle le fait valoir, était certes fondée à déplorer le défaut de livraison de 338 trousse résultant de ce changement de conditionnement : Monsieur CAZABAN a en effet confirmé que sur les (1.782 + 1260 =) 3.042 trousse ayant fait l'objet de commandes par la société SCAPARF seules 2.704 ont pu lui être livrées par la sa société ARIELUX, cette dernière ne disposant pas d'un stock suffisant et n'ayant pas le temps de se procurer en temps utiles une quantité complémentaire, raison pour laquelle elle a ramené de 18 à 16 le nombre d'articles par carton ;

Qu'en application de l'article 2.3.e de la convention liant les parties la pénalité applicable en cette circonstance (produits non livrés) était celle d'un retard de livraison, telle que définie à l'article 2.3.b.1, soit " s'agissant de produits destinés à l'opération promotionnelle « Beauté 2006 » et figurant sur les prospectus publicitaires ainsi qu'il résulte des pièces produites " un montant plafonné à 60 % de la valeur hors taxes des marchandises livrées avec retard ;

Que, le prix de vente hors taxe par la société ARIELUX étant de 11,70 euros par trousse, le montant de la pénalité applicable pour défaut de livraison de 338 trousse était de [(338 x 11,70 euros) x 60 % =] 2.372,76 euros ;

Qu'il est ainsi avéré que la société SCAPARF a sans accord de la société ARIELUX déduit d'office du montant des factures établies par la société ARIELUX une somme 5.280 euros pour pénalités qui n'était pas exigible, puisqu'indue au moins à hauteur de (5.280 euros - 2.372,76 euros =) 2.907,24 euros ».

La Cour d'appel a ainsi ordonné à la SCAPARF de cesser de déduire d'office du montant des factures établies par les fournisseurs des pénalités pour non-respect de la date de livraison ou non-conformité des marchandises livrées lorsque la dette n'est pas exigible, faute d'avoir été calculée conformément aux dispositions contractuelles convenues avec chaque fournisseur concerné.

La SCAPARF a, par conséquent, été condamnée au paiement d'une amende civile de 50.000 euros pour infraction aux dispositions de l'article L. 442-6, I, 8° du Code de commerce et à verser environ 20.000 euros au Trésor Public, au titre des sommes indûment exigées des fournisseurs, à charge pour ce dernier de reverser à chacun des fournisseurs les fonds lui revenant. ■

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Avis n° 16-1 sur le caractère impératif des délais de paiement dans le cadre d'un contrat international

Est-il possible d'écarter l'application des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce plafonnant les délais de paiement à un contrat international de vente de marchandises conclu entre un fournisseur français et un client étranger (établi dans un Etat membre de l'Union européenne) lorsque ce contrat est soumis à la compétence du juge et de la loi de l'Etat étranger dans lequel le client est établi ?

Telle était la question posée à la CEPC au regard des nouvelles sanctions de nature administrative relatives aux délais de paiement mises en place par la loi Hamon du 17 mars 2014 et la loi Pinel du 18 juin 2014.

Pour répondre à cette question, la CEPC s'est interrogée sur la subordination de l'application dans l'espace d'un texte assorti de sanctions administratives aux instruments du droit international privé, c'est-à-dire aux règlements « Rome I » et « Rome II ».

Après avoir relevé que le jeu des sanctions administratives ne devrait souffrir a priori aucun conflit de lois ou de juridictions en raison de l'exclusion de la matière administrative par les règlements applicables, la CEPC affirme que les sanctions administratives n'ont vocation à s'appliquer que si l'obligation litigieuse est soumise au droit français.

La CEPC rappelle à cet égard que la qualification contractuelle ou extra-contractuelle de l'obligation litigieuse dépend de l'objet de l'action. Du point de vue du droit européen, la qualification contractuelle semble l'emporter aux yeux de la CEPC.

Cependant, la CEPC s'est évertuée à envisager les deux qualifications.

Au terme de sa démonstration, la CEPC résume sa position par la conclusion suivante :

« En l'état du droit positif, on peut penser que les sanctions administratives qui viennent assortir le dépassement des délais impératifs de paiement pourront être mises en œuvre dans les rapports entre un vendeur français et un acheteur étranger malgré la soumission du contrat à la loi interne d'un Etat étranger, notamment lorsque l'ensemble de la relation commerciale se déroule en France.

En revanche, en présence d'une clause attributive de juridiction désignant une juridiction étrangère et d'une clause d'electio juris désignant une loi étrangère, le juge étranger saisi d'une action de nature civile garde les mains très libres pour refuser de tirer les conséquences civiles de la violation du droit français.

Il ne pourrait en aller différemment que si - en dépit de l'établissement à l'étranger de l'acheteur - l'ensemble de la relation commerciale se déroulait en France. » ■



Avis n° 16-2 sur les conditions commerciales d'une offre de services de transport

Une entreprise exerçant son activité dans le secteur de la location de véhicules de courte durée a souhaité recueillir la position de la Commission sur la conformité au droit de pratiques liées à l'activité de plateformes en ligne mettant en relation des personnes désirant louer un véhicule (particulier ou utilitaire) avec des loueurs en vue de la conclusion d'un contrat de location au prix de un euro incluant, selon les cas, 24 ou 48 heures de location sur un trajet déterminé et pour un kilométrage fixé, ainsi qu'une assurance « *tous risques* » selon les indications portées sur les sites internet.

On retiendra que la CEPC considère que cette activité de mise en relation, par voie électronique, de personnes désirant louer un véhicule et de professionnels de la location est susceptible, lorsqu'elle repose sur des offres de location à un euro, de contrevenir à l'interdiction des prix abusivement bas fixée à l'article L.420-5 du Code de commerce.

En outre, lorsqu'elle s'accompagne d'une présentation insuffisamment claire des conditions de cette offre (destination, kilométrage, assurance, ...) et donc susceptible d'induire en erreur le consommateur, elle peut constituer un acte de concurrence déloyale.

Enfin, la Commission estime que l'obligation faite aux loueurs de proposer la location au prix uniforme de un euro apparaît contraire à l'interdiction des prix imposés et pourrait également constituer une entente anticoncurrentielle. ■



Avis n° 16-3 sur les pratiques contractuelles en matière d'équipement de publipostage

Cet avis fait suite à une saisine par un GIE de médecins libéraux à propos de difficultés rencontrées dans l'exécution d'un contrat de location et de maintenance d'un équipement de publipostage conclu avec un fournisseur.

Dans le cadre de cet avis, la CEPC rappelle deux conditions d'application des dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

D'une part, celui qui invoque ce texte doit être un « **partenaire commercial** ». A ce titre, la CEPC observe que deux arrêts ont admis l'application de l'article L.442-6-I, 2° du Code de commerce à une société civile de moyens d'avocats (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juin 2013) et à des relations entre avocats (arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 24 avril 2012). Elle conclut donc, dans la lignée de cette jurisprudence, qu'un GIE de médecins libéraux constitue un partenaire commercial lequel est en droit de bénéficier des dispositions sanctionnant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

D'autre part, la CEPC rappelle que la caractérisation d'un déséquilibre significatif est subordonnée à la vérification de l'**absence de négociation entre les parties**, exercice impossible à réaliser en l'espèce faute d'information suffisante. ■



Avis n° 16-4 sur l'existence d'un délai légal de transmission de nouveaux tarifs à ses clients

L'application d'un changement de tarif par l'offreur de biens ou de services à son client est-elle assujettie au respect d'un délai ?

Pour répondre à cette interrogation, la CEPC distingue deux cas de figure, selon que le changement de tarif résulte ou non de l'application d'une clause d'indexation.

- Dans l'hypothèse où une clause d'indexation est présente au sein du contrat, la CEPC rappelle que le fait de prévoir **la révision du prix par application d'une telle clause est licite au regard des articles L.112-1 et suivants du Code monétaire et financier dès lors que l'indice choisi est en relation directe avec l'objet du contrat ou avec l'activité de l'une des parties. En ce cas, et conformément à la loi des parties**, le nouveau tarif résultant de l'indexation s'applique dans les conditions prévues par la clause d'indexation sans qu'un délai de prévenance ait à être respecté, à moins que les dispositions contractuelles aient requis le respect d'un tel délai.
- En l'absence de toute clause d'indexation, la CEPC se contente de réitérer la position de la DGCCRF exprimée dans sa note d'information du 22 octobre 2014 relative à l'application de la loi Hamon : **l'offreur peut proposer une modification de ses tarifs, sous réserve de respecter les engagements contractuels et de ne pas contrevenir aux articles L.441-7, L.441-8 et L.442-6, I, 12° du Code de commerce**, ce dernier visant le fait de « *facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L.441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L.441-8* ».

La CEPC précise enfin que dans le cas où la relation entre les parties peut être considérée comme une relation commerciale établie au sens de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce et où le changement de tarif entraîne une modification sensible pour le client, ce dernier n'est pas tenu de l'accepter et il peut considérer qu'il y a rupture partielle de la relation et demander par voie de conséquence un délai de prévenance en considération de la durée de ladite relation. ■



Avis n° 16-5 concernant les pratiques commerciales dans le transport fluvial : qualification des pratiques au regard de l'article L.442-6 du Code de commerce

Après avoir présenté de manière exhaustive le secteur du transport fluvial de marchandises et ses différents opérateurs ainsi que les relations commerciales nouées entre ces derniers, la Commission souligne l'existence de pratiques issues d'un manque de transparence et de pratiques susceptibles d'engendrer un déséquilibre entre les parties.

Sans rentrer dans le détail de ces pratiques spécifiques au secteur du transport, nous retiendrons les préconisations de la CEPC susceptibles de s'appliquer plus généralement aux relations nouées entre un prestataire de services et son client.

La CEPC estime ainsi que « *la première étape d'une négociation réussie passe donc par la rédaction des CGV* ».

A cet égard, la CEPC rappelle le **contenu des conditions générales de vente**, à savoir :

« - les conditions de vente [...] ;

- *le barème des prix unitaires proposé, c'est-à-dire l'ensemble des éléments significatifs permettant aux parties de déterminer précisément le prix de la prestation ;*

- *les réductions de prix : le prestataire doit préciser les critères précis et objectifs selon lesquels il accorde au client des réductions et rabais ;*

- *les conditions de règlement : le prestataire doit prévoir les délais de règlement qui peuvent être librement fixés entre les parties dans le cadre de la négociation dans la limite des règles*

édictees à l'article L441-6 du code de commerce. Il doit prévoir également les pénalités de retard, les indemnités forfaitaires complémentaires pour frais de recouvrement et les modalités de règlement. »

Le rôle et la portée des **conditions générales d'achat** (CGA) sont ensuite précisés par la Commission :

« Le donneur d'ordre, client du transporteur, négocie le transport de marchandises et est en droit de prévoir des conditions particulières, notamment dans un cahier des charges annexé à un appel d'offre ou en éditant des conditions générales d'achat (CGA). Il peut proposer ses CGA au transporteur lesquelles peuvent compléter ou contredire les CGV. Le prestataire n'a pas l'obligation d'accepter les CGA proposées par son client. En cas de refus par le prestataire des CGA, ce sont les CGV qui s'appliquent à la relation d'affaires. »

Ainsi que le relève la CEPC, **la négociation contractuelle doit débiter par la remise par le prestataire de service de ses CGV au client afin d'avoir un point de départ**. Il est ici fait référence aux dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce selon lesquelles les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale. La Commission précise cependant que la « négociation doit également s'appuyer sur l'expression des besoins du client en matière de prestations de services ».

Une fois la négociation finalisée, la CEPC rappelle que la relation contractuelle doit faire l'objet d'une convention afin de formaliser la négociation commerciale conformément aux dispositions de l'article L.441-7 du Code de commerce. Ajoutons toutefois que la formalisation prévue par cet article ne s'applique qu'en cas de revente d'un produit en l'état (sur ce point voir notamment les avis n° 16-6 et 16-7).

Enfin, s'agissant de la facturation des prestations de services, l'avis souligne la possibilité pour les parties de recourir au **mandat de facturation** :

« Dans le cadre de la relation commerciale, il peut arriver que le prestataire de services confie au client le soin de procéder à la facturation. On parle de mandat de facturation ou d'auto-facturation. Le client établit alors matériellement les factures pour le compte du prestataire de services. Cette possibilité est encadrée par l'article 289, alinéa 2, du I et l'article 242, nonies, de l'annexe II du Code Général des Impôts. Dans ce cas, un mandat de facturation doit être conclu entre le client et le prestataire. Il peut en être fait état dans le contrat qui sera signé entre les parties. Le contrat de mandat de facturation fixe les modalités d'établissement de la facturation. Il importe de souligner que toute facture émise pour le compte du prestataire doit faire l'objet d'une acceptation de ce dernier. Le prestataire doit alors vérifier l'exactitude des factures émises pour son compte. Il conserve l'entier exercice de ses obligations de facturation et en assume les conséquences. » ■

■ ■ ■

Avis n° 16-6 sur l'application des dispositions de l'article L.441-7 du Code de commerce dans les relations entre, d'un côté, une centrale de référencement et, de l'autre, les membres d'un réseau

La saisine avait pour objet de déterminer si un réseau de distribution de restauration rapide doit ou non respecter les dispositions de l'article L.441-7 du Code de commerce qui imposent la conclusion entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services d'une convention écrite indiquant « les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale ».

En l'espèce, le réseau offre trois types de prestations aux consommateurs : un service de livraison à domicile, un service de vente à emporter et un service de restauration sur place.

Une centrale de référencement négocie, pour les affiliés du réseau, avec les fournisseurs les quatre familles de produits suivants :

- les produits d'équipement des points de vente non destinés à la revente ;
- les produits alimentaires destinés à être transformés ;
- les produits alimentaires non destinés à être transformés mais reconditionnés dans les points de vente avec des emballages spécifiques ;
- les produits alimentaires revendus en l'état, notamment les boissons en canettes et bouteilles.

Pour les trois premières familles de produits mentionnées, dans la mesure où il ne s'agit pas de revente de produits en l'état, la CEPC considère que les dispositions de l'article L.441-7 du Code de commerce ne s'appliquent pas.

Concernant la quatrième famille (produits alimentaires revendus en l'état), la CEPC se réfère à l'avis n° 13-01 rendu à la suite de la saisine d'une fédération professionnelle dans le secteur de l'hôtellerie. Par cet avis la CEPC avait considéré que : « **les cafés, hôteliers, restaurateurs (CHR) ne peuvent être qualifiés ni de distributeurs, ni de prestataires de service, au sens du texte précité, dès lors que dans le cadre de leurs activités, ils transforment les produits qu'ils revendent à leurs clients dans le cadre d'une prestation de service globale** (service par un personnel qualifié, ambiance,...). Dans ces conditions les dispositions de l'article L 441-7 du Code de commerce ne trouvent pas à s'appliquer dans la relation unissant les entrepositaires grossistes aux CHR et a fortiori pour la fourniture de « produits boissons » ».

La CEPC estime que ce dernier avis est applicable en l'espèce tant en ce qui concerne l'activité de restauration sur place que l'activité de livraison à domicile et de vente à emporter.

La Commission relève ainsi que :

*« le point déterminant est que **la revente des produits en l'état comme les boissons s'inscrit bel et bien dans une prestation de service globale** dans laquelle le client se voit remettre ou livrer chez lui, par coursier, un repas complet. **La revente en l'état de produits alimentaires apparaît donc comme un élément accessoire d'une prestation de service globale** ».*

En conséquence, les affiliés d'un réseau de distribution de restauration rapide ne sauraient être qualifiés de distributeurs ou de prestataires de services au titre de l'article L.441-7 du Code de commerce et la centrale de référencement n'aura donc pas à établir une convention annuelle unique avec les fournisseurs pour les différentes familles de produits considérés. ■



Avis n° 16-7 sur l'application de l'article L.441-7 du Code de commerce aux relations entre un fabricant d'appareils domotiques et des installateurs, artisans électriciens

Dans la lignée de l'avis n° 16-6, la CEPC considère que les artisans électriciens qui procèdent à la vente et à l'installation d'appareils domotiques ne peuvent être considérés comme des distributeurs au sens de l'article L.441-7 du Code de commerce. En conséquence, ils ne sont pas soumis à la conclusion d'une convention écrite annuelle avec leurs fournisseurs pour l'achat de ces produits.

En effet, la Commission relève que les appareils domotiques doivent obligatoirement être installés dans les immeubles pour pouvoir être utilisés. Or, en l'espèce, **l'artisan ne se contente pas de revendre ces matériels en l'état** (dans leur conditionnement d'origine par exemple), **mais les revend dans le**

cadre d'une prestation globale incluant leur installation et leur mise en fonctionnement
(en assurant le scellement et les branchements nécessaires).

Ainsi que le constate la CEPC, « le matériel n'est donc pas revendu dans le même état que celui dans lequel il a été acheté au fournisseur puisque l'artisan électricien a ajouté une prestation qui rend ce matériel directement utilisable par l'acheteur ». ■



Avis n° 16-8 sur l'application de l'article L.442-6, I, 3° du Code de commerce aux relations carrossiers - assureurs

Aux termes de l'article L.442-6, I, 3° du Code de commerce :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ; ».

L'article L.442-6, I, 3° du Code de commerce peut s'appliquer aux sociétés anonymes d'assurance, aux sociétés d'assurance mutuelles régies par le Code des assurances et aux plateformes de gestion de sinistres enregistrées au répertoire des métiers, mais ne peut s'appliquer aux mutuelles d'assurance régies par le Code de la mutualité.

La CEPC considère que l'obtention par les sociétés anonymes d'assurance, les sociétés d'assurance mutuelles régies par le Code des assurances et les plateformes de gestion de sinistres enregistrées au répertoire des métiers, d'un avantage consistant en une remise sur les tarifs des réparateurs considéré comme une condition préalable à la passation de commandes de prestations de réparation, non assorti d'engagement écrit sur un volume d'achat prévisionnel proportionné, engage leur responsabilité civile.

Une solution est proposée par la CEPC : substituer aux remises sur les tarifs des réparateurs des remises conditionnelles ou des ristournes de fin d'année calculées sur le chiffre d'affaires réalisé. ■

Le droit des marques met le « paquet »

par Nadège Pollak

Adopté par le Parlement européen le 15 décembre dernier, le « Paquet marques » a pour objectif d'harmoniser et de moderniser le droit des marques au sein de l'Union européenne, grâce à la Directive n° 2015/2437¹ et au Règlement n° 2015/2424² du 16 décembre 2015 portant réforme des précédents directive³ et règlements⁴ en la matière.

La Directive devra être transposée par les Etats-membres pour s'appliquer aux marques nationales dans un délai de trois ans (à l'exception de certaines dispositions, notamment procédurales, qui bénéficient d'un délai de transposition de sept ans), tandis que le Règlement entre en vigueur le 23 mars 2016.

Citons quelques exemples concrets de ce que le « *Paquet marques* » va modifier :

1 - Terminologie

Dans la logique du Traité de Lisbonne sur la suppression de toute référence à la Communauté européenne, devenue Union européenne, il ne faudra plus parler de « *marque communautaire* » mais de « *marque de l'Union européenne* », l'« *Office de l'harmonisation dans le marché intérieur* » (OHMI) deviendra quant à lui l'« *Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle* ».

2 - Tarif

Alors que jusqu'à présent, le déposant devait s'acquitter d'une taxe unique pour une à trois classes de produits ou services avec une taxe supplémentaire au-delà de trois classes, le déposant s'acquittera d'une taxe de dépôt pour chaque classe demandée (la taxe pour une marque de l'Union européenne déposée en une classe sera de 850 € par voie électronique, 50 € pour la 2^{ème} classe et 150 € par classe supplémentaire). L'objectif est d'inciter les déposants à ne pas déposer systématiquement dans trois classes sous prétexte que cela était compris dans la taxe de base et ainsi, à ne déposer leurs marques que dans les classes qui seront exploitées sans rendre artificiellement indisponibles certains signes.

3 - Libellé des produits et services

Le déposant d'une marque doit décrire de manière claire et précise les produits et services que sa demande de marque vise. L'utilisation d'un libellé de classe général, y compris les indications générales figurant dans les intitulés de la classification de Nice, ne permet plus de protéger le signe déposé pour l'ensemble des produits ou services couverts par ce libellé, mais seulement pour les produits et services littéralement visés.

Les titulaires de marques antérieures au 22 juin 2012 qui visent l'intitulé général de la classe bénéficient toutefois d'une période transitoire, jusqu'au 24 septembre 2016, pour pouvoir adapter la spécification de leurs marques à leur intention initiale au moment du dépôt et ainsi, demander la protection de produits ou de services au-delà des produits ou des services relevant du sens littéral de l'intitulé de cette classe.

4 - Nouvelles catégories de signes ouvertes à l'enregistrement

Alors qu'auparavant, seule une marque susceptible de représentation graphique pouvait être protégée (ce qui posait des difficultés pour les marques sonores, olfactives, gustatives, tactiles...), désormais, la marque doit seulement pouvoir être représentée dans le registre des marques de l'Union européenne d'une manière qui permette aux autorités compétentes et au public de déterminer précisément et clairement l'objet bénéficiant de la protection conférée à leurs titulaires.

5 - Saisie des contrefaçons en transit

Avancée notable dans la lutte contre les marchandises de contrefaçon, les douanes pourront désormais saisir des marchandises en transit dans un Etat membre en l'absence d'informations relatives à leur pays de destination.■

1 Directive n° 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015, publiée au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) du 23 décembre 2015.

2 Règlement n° 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 publié au JOUE du 24 décembre 2015.

3 Réforme de la directive n° 2008/95/CE du 22 octobre 2008 visant à rapprocher les législations des États membres en matière de marque.

4 Modification du règlement du Conseil (CE) n° 207/2009 sur la marque communautaire et du règlement de la Commission n° 2868/95 portant modalités d'application du règlement du Conseil n° 40/94 sur la marque communautaire ; Abrogation du règlement de la Commission n° 2869/95 relatif aux taxes à payer à l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur.

Tel est pris qui croyait prendre le nom de domaine de son concurrent (ou comment la concurrence déloyale vient au secours d'une entreprise peu diligente)

par Nadège Pollak et Hélène Joyau

Par un arrêt du 2 février 2016, la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹ a condamné une société pour avoir réservé le nom de domaine, tout récemment expiré, de son concurrent direct, cet acte caractérisant une faute de concurrence déloyale et parasitaire sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil.

La présence sur Internet est un élément essentiel dans la stratégie de communication et de visibilité pour les entreprises, même les plus petites. Réserver un nom de domaine propre à son entreprise et exploiter son site Internet constituent les premières étapes de cette stratégie. Encore faut-il que ce nom de domaine soit disponible car la possibilité de réserver un nom de domaine obéit à la règle du « *premier arrivé, premier servi* ». Par conséquent, il est très facile de s'approprier un nom de domaine qui fait référence à une entreprise concurrente ou à ses produits et services, puis de l'utiliser et ainsi de la parasiter dans l'exercice de son activité.

Dans le cadre d'un litige opposant deux entreprises concurrentes, spécialisées dans la vente et la restauration d'instruments à vent et situées dans la même ville à 700 mètres l'une de l'autre, la Cour de cassation vient de donner définitivement raison à la victime de concurrence déloyale et de parasitisme.

Dans cette espèce, la société Cuivres et Bois avait réservé, juste après son entrée dans le domaine public, le nom de domaine *lesventsdunord.fr* (puis *lesventsdunord.com*) correspondant à la dénomination sociale, à l'enseigne ainsi qu'au nom commercial de son concurrent direct, la société Les Vents du Nord. Cette dernière avait laissé expirer son nom de domaine. Ce faisant, la société Cuivres et Bois avait mis en place un référencement par mots clés sur les moteurs de recherches, ainsi qu'une redirection automatique de ce domaine vers son propre site Internet, ce qui lui permettait de bénéficier du trafic issu des divers liens hypertextes renvoyant vers ce domaine. Après une mise en demeure restée infructueuse, la société Les Vents du Nord a assigné Cuivres et Bois devant le Tribunal de commerce pour concurrence déloyale et parasitaire. A la suite d'une condamnation en première instance puis en appel², la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de Cuivres et Bois.

Pour condamner la société Cuivres et Bois, les juges ont tout d'abord vérifié **l'antériorité** dont bénéficiait la société Les Vents du Nord. La société Cuivres et Bois soutenait que le nom de domaine *lesventsdunord.fr* n'était pas exploité par la société éponyme lorsqu'elle en était titulaire puisqu'y figurait la mention « *site en construction* ».

La Cour de cassation rejette cet argument au motif que d'une part, en dépit de cette mention, la page d'accueil du site n'était pas vierge dès lors qu'elle comportait le logo de la société, l'adresse du magasin, ses horaires d'ouverture et ses coordonnées téléphoniques, ainsi qu'un contact pouvant être joint par e-mail, et que d'autre part divers liens hypertextes figurant sur d'autres sites Internet renvoyaient à l'adresse du site de la société Les Vents du Nord. De ce fait, « *la société Les Vents du Nord faisait un usage antérieur du nom de domaine identique à son nom commercial et son enseigne pour l'exercice de son activité* ».

La Cour de cassation confirme donc que racheter un nom de domaine identique à celui utilisé antérieurement par son plus proche concurrent direct ne peut être fortuit et constitue une faute de concurrence déloyale, car il est « *de nature à faire naître une confusion dans l'esprit du public entre les deux sociétés afin de capter la clientèle de la société Les Vents du Nord* », d'autant plus que ce rachat avait pour principal effet de renvoyer les internautes cherchant à accéder au site Internet Les Vents du Nord vers celui de son concurrent. De son côté, la Cour d'appel avait également estimé que des actes de parasitisme avaient été commis par Cuivres et Bois, ceux-ci lui ayant permis « *de se placer dans le sillage de la société Les Vents du Nord en tirant parti, sans déployer le moindre effort, des partenariats et contacts professionnels que cette dernière était parvenue à nouer dans le même domaine d'activité et avec la même clientèle potentielle* ».

La faute de concurrence déloyale étant une mise en jeu de la responsabilité civile délictuelle fondée sur l'article 1382 du Code civil, elle nécessite la **démonstration non seulement d'une faute, mais également d'un préjudice et d'un lien de causalité**. En l'espèce, la démonstration d'un préjudice a posé difficulté devant la carence du demandeur dans l'administration de la preuve (absence de communication de données comptables, qui auraient pu permettre de démontrer une perte de clientèle ou une perte de chance de conquérir une part de marché plus importante sur le marché de la vente en ligne).

Alors que la Cour de cassation aurait pu simplement faire application de la jurisprudence constante selon laquelle un préjudice s'infère nécessairement d'un acte déloyal³, elle a choisi de valider le raisonnement tenu par la Cour d'appel. En effet, celle-ci a estimé que le comportement de Cuivres et Bois avait (I) nui à l'attractivité du site, (II) conduit à son déclassement dans les moteurs de recherche, (III) porté atteinte directement à l'image de la société Les Vents du Nord qui s'est trouvée malgré elle associée à sa concurrente dans l'esprit du public, et (IV) contribué à diluer le pouvoir attractif du signe distinctif que constituent l'enseigne et le nom de domaine de la société Les Vents du Nord. Par ces constatations, la Cour d'appel a déduit l'existence d'un dommage subi en lien direct avec la faute de Cuivres et Bois.

Quant à l'évaluation du quantum de ce préjudice, les juges du second degré ont estimé que le montant des dommages et intérêts ne peut être supérieur au préjudice subi, conformément au principe de la réparation intégrale. Pour autant, ils condamnent Cuivres et Bois à verser 15.000 euros de dommages et intérêts à son concurrent, sans qu'il ne soit justifié que ce quantum corresponde à l'intégralité du préjudice subi.

Cuivres et Bois a, sans succès, tenté de diminuer sa condamnation en arguant d'une faute de la société Les Vents du Nord, qui avait laissé expirer son nom de domaine et n'avait prétendument jamais entrepris la moindre démarche pour finaliser le transfert des noms de domaine à son profit (ce que Cuivres et Bois avait proposé dès réception de la mise en demeure).

En pratique, cet arrêt permet de rappeler que, quand bien même une entreprise n'aurait pas été très diligente quant à la protection de ses signes distinctifs en les laissant expirer et tomber dans le domaine public, vient à son secours le droit de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil dont est issue la concurrence déloyale et parasitaire. On peut espérer que la décision aurait été la même si cette entreprise avait omis de renouveler une marque reprenant son enseigne, sa dénomination sociale ou même sous certaines conditions son nom de domaine⁴, et qu'un concurrent l'avait déposée entre temps.

Enfin, même si cette décision est plutôt rassurante quant aux comportements de concurrents peu scrupuleux face à l'exploitation de noms de domaine, il convient de rester vigilant sur ces pratiques de plus en plus fréquentes. L'on peut d'ailleurs relever l'existence fort opportune de procédures non-juridictionnelles de règlement des litiges relatifs aux noms de domaine afin de faciliter leur récupération dans pareil cas (citons à titre d'exemple la procédure UDRP pour les noms de domaine génériques dits « *gTLD* », tels que le .com, .net..., ou la procédure Syreli pour les noms de domaine avec des extensions .fr). Ces procédures non-juridictionnelles

présentent l'avantage d'être rapides et sont moins onéreuses qu'une procédure judiciaire (à titre d'exemple, une demande pour une procédure Syreli entraîne des frais de procédure de 250 euros, l'organisme s'engageant ensuite à statuer dans un délai de deux mois), mais elles ne permettent pour autant pas d'obtenir une réparation de son préjudice, qui peut parfois, au contraire de la présente espèce, être conséquent et justifié ! ■

1 Cour de Cassation, Chambre commerciale, n°14-20486, 2 février 2016.

2 Cour d'appel de Douai, Chambre 2, n°13/00351, 13 février 2014.

3 A titre d'exemple : Com., 22 octobre 1985, n° 83-15.096 ; Com., 1er juillet 2003, n° 01-13.052 ; CA Bordeaux, 12 mars 2013, n°11/01315 ; CA Toulouse, 13 décembre 2011, n°10/02188.

4 La jurisprudence admet de considérer comme une antériorité faisant obstacle au dépôt d'une marque (article L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle) un nom de domaine antérieur effectivement exploité antérieurement à l'exploitation de la marque pour des produits et services identiques ou similaires à ladite demande de marque.

Le défaut d'information du candidat franchisé sur l'état du marché local ne conduit pas nécessairement à la nullité du contrat de franchise.

par Caroline Bellone et Justine Moreau

Cass. com., 5 janvier 2016, pourvois n°14.15-701 à 14.15-708 et n°14-15.710

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment eu l'occasion, par une série de dix arrêts rendus le 5 janvier 2016, de confirmer que l'existence d'un vice du consentement dans un contrat de franchise doit s'apprécier au regard du profil et du comportement du candidat franchisé pendant la phase précontractuelle.

• Petit rappel sur l'obligation légale d'information précontractuelle

Le préalable à tout contrat de franchise consiste à fournir au candidat franchisé certaines informations lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause. Cette transmission constitue une obligation légale en vertu des articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce.

Le franchiseur doit donc fournir, au moins 20 jours avant la conclusion du contrat de franchise, diverses informations au candidat franchisé telles que la copie du contrat de franchise, la date de création du réseau, les principales étapes de son évolution, un état du réseau (nombre de franchisés, dernières entreprises entrées ou sorties du réseau...) ainsi qu'un état du marché général et local des produits ou des services objet du contrat.

Alors que l'état général du marché se compose notamment d'une présentation de la clientèle du réseau, des principales marques concurrentes et de la place de l'enseigne sur le marché national, l'état local du marché concerne plus spécifiquement le territoire concédé au franchisé : nombre, âge et catégorie socio-professionnelle des habitants, localisation des principaux concurrents, identification des principales zones commerçantes...

Le défaut de transmission du document d'information précontractuelle est susceptible d'engager la responsabilité pénale¹ du franchiseur mais également d'entraîner la nullité du contrat de franchise. En effet, si le franchisé parvient à démontrer que les informations passées sous silence par le franchiseur étaient déterminantes de son consentement, il peut alors demander la nullité du contrat de franchise pour réticence dolosive (article 1116 du Code civil).

L'étendue de l'obligation d'information pesant sur le franchiseur est parfois difficile à délimiter, s'agissant notamment des informations relatives au marché local. On ne peut en effet attendre du franchiseur qu'il connaisse parfaitement chaque zone de chalandise. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence rappelle de manière constante que si le franchiseur a l'obligation de fournir un état du marché local composé de données brutes, il incombe au franchisé de réaliser une réelle étude de ce marché².

• Analyse du cas d'espèce

En l'espèce, un franchisé du réseau Assurtis, spécialisé dans le conseil en assurance et en crédit a demandé l'annulation de son contrat de franchise pour manquement à l'obligation d'information précontractuelle, soutenant que ce manquement aurait vicié son consentement.

Une assignation en entraînant une autre, comme très souvent dans le cadre des réseaux de franchise, la société Assurtis s'est donc finalement trouvée assignée par dix de ses franchisés, demandant tous la nullité du contrat pour réticence dolosive en raison notamment de l'absence de transmission, par le franchiseur, d'informations sur l'état du marché local.

La Cour d'appel de Lyon, qui avait été saisie de ces dix affaires, a systématiquement débouté les franchisés de leurs demandes, considérant que, compte tenu de l'expérience passée des franchisés, l'information relative au marché local n'aurait pu être déterminante de leur consentement.

La Cour de cassation s'est quant à elle livrée à une appréciation au cas par cas, cassant six arrêts et en confirmant quatre.

Cassation de six arrêts pour défaut de base légale

Pour six des dix arrêts rendus³, la Chambre commerciale a partiellement cassé les décisions de la Cour d'appel, considérant que la seule expérience professionnelle des franchisés dans le domaine des assurances⁴ **ou** du crédit⁵ ne permettait pas, à elle seule, de prouver leur bonne connaissance du marché local pour un concept novateur combinant vente de produits d'assurance et de crédit.

La Chambre commerciale a ainsi cassé les arrêts de la Cour d'appel de Lyon ayant débouté les franchisés de leur demande sur la seule base de leur expérience passée, sans autre justification.

Confirmation de quatre arrêts

Pour les quatre autres affaires qui lui étaient soumises⁶, la Cour de cassation a confirmé les arrêts de la Cour d'appel ayant débouté les franchisés.

Pour cela, la Cour a considéré, s'agissant de ces quatre franchisés, que le fait que l'un ait réalisé lui-même une étude de marché⁷, qu'un autre ait choisi de se faire accompagner d'un avocat⁸ ou qu'un autre encore ait jugé inutile de procéder à une étude de marché⁹ sont autant d'indices démontrant que l'absence d'informations sur l'état du marché local n'était pas de nature à vicier leur consentement.

La Cour de cassation a en outre souligné, pour conclure à l'absence de dol, la parfaite transparence du franchiseur, qui avait signalé qu'il ne pouvait communiquer aucun résultat chiffré du fait de la création récente de l'entreprise et informé les candidats franchisés de l'absence d'exploitation préalable du concept¹⁰.

Cette série d'arrêts confirme ainsi que l'existence d'un éventuel vice du consentement du franchisé en cas de manquement du franchiseur à l'obligation d'information précontractuelle doit s'apprécier *in concreto*¹¹.

Il est d'ailleurs régulièrement jugé que l'absence d'informations sur l'état du marché local ne peut constituer, à elle seule, une faute du franchiseur susceptible de vicier le consentement du franchisé¹².

La Cour d'appel de Rennes a en outre récemment rappelé à un franchisé l'obligation de se renseigner qui pesait sur lui en l'invitant à prendre toute la mesure de sa qualité de commerçant indépendant¹³. ■

1 L'article R.330-2 du Code de commerce, renvoyant à l'article 131-13 du Code pénal, prévoit une amende d'un montant maximum de 1500 € par infraction (contravention de 5ème classe).

2 Cass. com., 11 février 2003, n°01-03932 ; CA Paris, 2 juillet 2014, n°11/19239.

3 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.700 ; n°14-15.703 ; n°14-15.704 ; n°14-15.706 ; n°14-15.708 ; n°14-15.707.

4 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.703 ; 14-15.704.

5 Cass. com., 5 janvier 2016 ; n°14-15.706.

6 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.701 ; n°14-15.702 ; n°14-15.705 ; n°14-15.710.

7 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.702 ; n°14-15.705 ; n°14-15.710.

8 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.702.

9 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.701.

10 Cass. com., 5 janvier 2016, n°14-15.702 ; n°14-15.705.

11 CA Paris, 16 février 2005, n°02/19563.

12 CA Versailles, 19 janvier 2016, n°14/06042.

13 CA Rennes, 26 janvier 2016, n°14/00310.

Attention au déséquilibre significatif dans les contrats de franchise (et autres réseaux de distribution) !

par Caroline Bellone

La DGCCRF a annoncé, sur son site internet, le 8 mars 2016, avoir relevé, dans des contrats de franchise conclus dans le secteur de la restauration rapide et à thème, de nombreuses clauses déséquilibrées au profit de certains franchiseurs. La DGCCRF entend donc maintenir sa surveillance sur le contenu des contrats de franchise.

La DGCCRF a indiqué avoir analysé, sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence, 12 contrats de franchise conclus dans le secteur de la restauration rapide ou à thème.

Elle a tout d'abord relevé que les contrats de franchise étaient généralement préétablis par le franchiseur, laissant très peu de place à la négociation et donnaient bien souvent lieu à des relations commerciales déséquilibrées au détriment du franchisé.

Ont notamment été pointés du doigt des contrats imposant au franchisé le paiement d'une redevance ou d'un nouveau droit d'entrée sans contrepartie suffisante.

La DGCCRF a ainsi relevé des clauses imposant le paiement d'une redevance de communication pour assurer la promotion du réseau ou d'une redevance permanente pour bénéficier de l'assistance du franchiseur alors que le service prévu en contrepartie n'était, selon elle, pas toujours suffisant.

Elle dénonce également les contrats imposant au franchisé le paiement d'un droit de renouvellement de son contrat de franchise dont le montant est équivalent au premier droit d'entrée payé par le franchisé.

La DGCCRF a par ailleurs relevé de nombreuses clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, telles que :

- des clauses donnant le droit au franchiseur de modifier unilatéralement le contrat de franchise ;
- des clauses permettant au seul franchiseur de résilier le contrat de manière anticipée ;
- des clauses donnant au franchiseur un accès illimité et sans réserve aux données informatiques du franchisé ;
- des clauses imposant au franchisé le paiement de pénalités disproportionnées en cas de non-respect de certaines dispositions contractuelles, etc.

La DGCCRF s'est également intéressée aux clauses de non-concurrence, quasi-incontournables dans les contrats de franchise, et dénonce les franchiseurs qui imposent de telles clauses à leurs franchisés alors qu'eux-mêmes favorisent l'implantation de nouveaux franchisés sur des territoires d'ores et déjà concédés à d'autres.

Enfin, la DGCCRF a relevé des infractions aux règles de facturation (factures non-conformes aux dispositions des articles L. 441-3 du Code de commerce et 289 du Code général des impôts) ainsi que des dépassements des délais de paiement maxima prévus par l'article L. 441-6 du Code de commerce.

A la suite de ces contrôles, la DGCCRF a annoncé que deux projets d'injonction et deux projets d'assignation étaient en cours de rédaction et qu' « *en raison du nombre des manquements observés et du développement de la pratique de la franchise, la DGCCRF maintiendra[it] sa surveillance sur le contenu des contrats* ».

La prudence est donc de mise et ce, d'autant plus que les clauses stigmatisées par l'administration centrale se retrouvent dans de très nombreux contrats de distribution hors du domaine de la franchise ! ■

L'affaire Orange, une application avant l'heure de la procédure de transaction prévue par la loi Macron

par Jean-Christophe Grall et Manuela Bourdon-Destrem

L'Autorité de la concurrence a sanctionné, dans une décision du 17 décembre 2015, la société Orange à hauteur de 350 millions d'euros pour avoir freiné abusivement le développement de la concurrence sur le marché de la clientèle constituée d'entreprises depuis les années 2000.

Cette décision appelle des commentaires sur deux points en particulier :

- Tout d'abord, il s'agit à ce jour de **l'amende la plus élevée infligée par l'Autorité à une entreprise individuelle**. Ce n'est pas la première fois qu'Orange [et avant elle France Télécom] se fait condamner par l'Autorité, seulement, cette fois-ci elle est sanctionnée à hauteur de 350 millions d'euros, ce qui reste moindre que les 500 millions d'euros initialement annoncés par la presse.

En ce qui concerne les services mobiles, Orange est condamnée pour avoir mis en place différents mécanismes de fidélisation de sa clientèle à travers l'utilisation de programmes de commercialisation et de remises tarifaires de nature anticoncurrentielle. Ces pratiques de fidélisation abusives, qui s'appliquaient de manière cumulative et dont l'obtention était subordonnée à des engagements de durée ou de volume ont pu empêcher les entreprises de faire jouer la concurrence et les dissuader de confier une partie de leur parc à un autre opérateur.

En ce qui concerne les services fixes, la décision sanctionne notamment une pratique de discrimination de la part d'Orange vis-à-vis des opérateurs tiers en ce qui concerne l'accès et l'utilisation d'informations liées à la gestion de la boucle locale cuivre issue de l'ancien monopole historique et dont le contenu apparaît comme un élément crucial pour la commercialisation de leurs offres de détail auprès des entreprises (éligibilité, disponibilité des lignes, etc.).

- Pourtant le caractère hors norme de cette décision réside moins dans le montant particulièrement élevé de l'amende, **que dans la méthode d'élaboration de cette dernière, qui s'inscrit dans le cadre de la procédure de transaction instaurée par la nouvelle rédaction de l'article L. 464-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron ».**

I - Une procédure en marge du Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non contestation des griefs

a - Le calendrier

Selon le communiqué de procédure de 2012¹, **c'est à l'organisme ou à l'entreprise destinataire d'une notification des griefs, et à lui seul, qu'il appartient de déterminer s'il souhaite ou non renoncer à contester les griefs** et proposer en outre des engagements de modification de son comportement

pour l'avenir. Il doit en faire la demande au Rapporteur général **le plus tôt possible dans le délai de deux mois qui lui est imparti par l'article L. 463-2 du Code de commerce** pour présenter des observations à compter de la réception de la notification des griefs (le délai peut être prorogé s'il y a lieu par le Rapporteur général en application du même article). Lorsque le Rapporteur général estime qu'une affaire se prête à la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs, il peut nouer des discussions avec chacun des intéressés. Il reste libre d'y mettre fin à tout moment.

Dans le cas où le Rapporteur général estime que ces discussions peuvent déboucher sur des résultats satisfaisants, il indique à l'entreprise qu'il demandera au collège de l'Autorité de lui accorder **une réduction d'amende pouvant aller jusqu'à 25 % du montant final** (dans le cas où l'entreprise prend des engagements).

Au terme de ces discussions, l'accord entre l'organisme ou l'entreprise en cause, d'une part, et le Rapporteur général, d'autre part, **est consigné dans un procès-verbal**.

En l'espèce la procédure suivie a été la suivante :

- 14.04.2008 : plainte de Bouygues Telecom,
- 10.08.2010 : plainte de SFR,
- 06.09.2010 : jonction des deux affaires,
- 09.12.2010 : opérations Visites et Saisies dans les entreprises concernées (OVS),
- 15.05.2012 : rejet du recours contre l'ordonnance du JLD pour irrecevabilité,
- **06.03.2015 : notification des griefs,**
- **04.11.2015** : auditions des parties par le Collège,
- **06.11.2015 : PV de Non Contestation des Griefs (NCG)** pour la société Orange,
- **13.11.2015** : auditions des parties par le Collège,
- **17.12.2015 : décision.**

Force est de constater qu'au vu de la date de la notification des griefs communiquée aux parties, **il est impossible** qu'Orange ait pu s'inscrire dans une logique de non contestation **des griefs 8 mois après la notification alors que le délai maximum maximorum est de 3 mois (2 mois + 1 mois à titre exceptionnel)**.

Le procès-verbal de non contestation des griefs a donc été signé entre deux auditions des parties par le Collège de l'Autorité, dans un délai bien supérieur à celui indiqué par le Communiqué de procédure.

b - La proposition d'un montant d'amende en valeur absolue

« Pour tenir compte de la non-contestation des griefs, qui permet des gains procéduraux pour l'Autorité en termes de rédaction et de défense de la décision et qui constitue le gage d'un rétablissement rapide d'une situation concurrentielle saine sur le marché, la rapporteure générale, conformément à la pratique suivie dans les décisions n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 et n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, s'est engagée à proposer que la sanction pécuniaire le cas échéant encourue par Orange n'excède pas trois cent cinquante millions d'euros² ».

La proposition d'un montant en valeur absolue a déjà été utilisée précédemment³, pourtant cette pratique paraît toujours surprenante. Notons, en effet que dans l'affaire 07-D-33 l'Autorité précise au stade de la détermination du plafond de la sanction de sa décision, que :

« Le chiffre d'affaires consolidé de la société France Télécom s'est élevé en 2006 à 51 702 millions euros. En application du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, le plafond de la sanction que le Conseil de la concurrence peut prononcer en l'espèce s'élève à 2 585,1 millions euros ».

Et plus récemment, dans l'affaire 09-D-54, que :

« Le chiffre d'affaires consolidé HT le plus élevé de la société France Télécom entre les années 2001 à 2008 est celui de l'année 2008 s'élevant à 53,5 milliards d'euros. Le plafond de la sanction pécuniaire que pourrait, le cas échéant, prononcer l'Autorité de la concurrence s'élève à 2,675 milliards d'euros, soit 5 % du chiffre d'affaires 2008 ».

Dans les deux cas, l'Autorité légitime le plafond maximal de la sanction car il résulte d'un pourcentage du chiffre d'affaires, ce qui n'est pas le cas dans l'affaire Orange, où ce montant s'inscrit dans la mise en œuvre de la non contestation des griefs et où elle n'expose d'aucune façon le chiffre (en pourcentage ou en valeur) normalement retenu à chaque stade de la détermination de la sanction. Il convient donc de s'interroger sur les raisons qui conduisent l'Autorité à prétexter « *une pratique suivie dans les décisions 07-D-33 et 09-D-24* » pour justifier le plafond de 350 millions d'euros, alors que celui-ci procède très probablement, d'une négociation préalable avec Orange.

II - En fait, il s'agit d'une application anticipée de la procédure de transaction instaurée par la loi Macron

La nouvelle rédaction de l'article L.464-2 du Code de commerce issue de la loi Macron prévoit une procédure de transaction en lieu et place de la procédure de non contestation des griefs actuelle qui a donc disparu !

La mise en œuvre de la procédure de transaction pourra intervenir au cours **d'une réunion** entre les entreprises ne contestant pas les griefs et les services d'instruction, **un mois avant la notification des griefs pour en présenter le contenu**. Une fois les griefs notifiés, des discussions entre les services d'instruction et l'entreprise seront menées dans le délai de deux mois fixé pour la réponse à la notification des griefs.

Il paraît évident, que dans l'affaire Orange, l'Autorité a anticipé la mise en place de la procédure de transaction, cette décision intervenant quelques mois seulement après la publication de la loi Macron.

L'affaire Orange se situe, incontestablement, dans la transition vers la procédure de transaction instituée par l'article L. 464-2 du Code de commerce.

*« Cette démarche, mise en œuvre dans le respect des dispositions en vigueur en l'espèce, **s'inspire également de l'esprit de la prochaine procédure de transaction**, créée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, **qui sera applicable aux affaires dans lesquelles les griefs ont été notifiés après la publication de cette loi**. Cette procédure permettra en effet au rapporteur général, sur la base d'un accord avec l'entreprise mise en cause qui renonce à contester les griefs, de proposer le prononcé d'une sanction pécuniaire dans les limites d'un montant minimal et d'un montant maximal⁴ ».*

L'Autorité « s'inspire » donc d'une loi **qui n'était pas applicable aux faits de l'espèce puisque la notification des griefs est intervenue le 6 mars 2015, soit 5 mois avant la promulgation de la loi**, tout en validant parfaitement le fait de se distancer, très fortement, des règles applicables :

« Cette démarche, mise en œuvre dans le respect des dispositions en vigueur en l'espèce (...) Eu égard à sa teneur, elle [L'autorité] justifie, dans les circonstances de l'espèce, que l'Autorité s'écarte du communiqué relatif à la non-contestation de griefs et du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ».

Enfin, bien qu'un texte - très flou ! - encadre cette nouvelle procédure, elle suscite déjà de nombreuses interrogations de la part des praticiens et de la doctrine.

III - L'application d'une procédure qui soulève beaucoup d'interrogations

Le texte laisse une large manœuvre à l'Autorité qui devra préciser les contours de l'application de cette nouvelle procédure à travers sa pratique décisionnelle. Un communiqué de procédure, qui devrait être publié dans un ou deux ans, est pourtant déjà très attendu.

Les praticiens, en effet, s'interrogent sur de nombreux aspects de la mise en pratique de cette nouvelle procédure comme le contenu et la motivation de la décision, sur le rôle du Collège de l'Autorité mais également sur la possibilité, pour les entreprises ayant accepté la transaction, d'exercer un recours contre la décision de condamnation.

Le but affiché de la loi Macron est de s'inscrire dans une logique de procédure rapide et efficace, qui limiterait la possibilité de recours. A cet effet, il est indiqué à la fin de la décision qu' « *Orange a choisi de coopérer avec l'Autorité de la concurrence : elle ne conteste pas les pratiques ni leur caractère anticoncurrentiel, **ni enfin l'issue donnée à l'affaire**, qu'il s'agisse de la sanction pécuniaire ou des injonctions destinées à rétablir immédiatement un fonctionnement concurrentiel du marché* ».

Comme l'a déjà souligné la doctrine, cette issue donnée à l'affaire pourrait se traduire par un **renoncement, en tout cas dans les faits, à tout recours**. Pourtant, exclure ce recours, alors qu'il est expressément prévu dans la procédure de transaction devant la Commission européenne, reviendrait à un non-sens et serait à l'opposé de l'objectif d'harmonisation voulu entre les droits nationaux et le droit européen de la concurrence. Pis, cela priverait l'entreprise condamnée de son droit à agir, même si en l'espèce après avoir accepté le principe de la transaction et son montant certaines entreprises pourraient ne pas souhaiter intenter un recours devant la Cour d'appel de Paris.

* * *

En tout état de cause, avec l'affaire Orange, l'Autorité a démontré sa volonté très affirmée d'évolution vers la procédure de transaction désormais applicable, mais au vu des nombreuses interrogations qu'elle suscite elle devra apporter des éclaircissements nécessaires car il subsiste bien des zones d'ombre pour les parties.

Mais ce qui est certain, c'est que nous sommes à l'aube d'un nouveau jour en termes de procédure devant l'Autorité française de concurrence ! ■

1 Communiqué de procédure du 10 février 2012 relatif à la non-contestation des griefs de l'Autorité de la concurrence

2 Décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, pt 263.

3 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM et 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

4 Décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, pt 263

Avis 16-A-05 de l'ADLC du 15 février 2016 sur le traitement des offres « non-conformes » dans la commande publique au regard des règles de concurrence : un avis de l'ADLC qui tombe à point nommé !

par Nicolas Geay

Cela fait plusieurs mois maintenant que le gouvernement travaille sur un projet de décret relatif aux marchés publics dans le cadre de la transposition des directives européennes révisant le droit des marchés publics et des concessions, lequel devrait être publié au printemps 2016.

Or, alors même que ce projet comporte des questions intéressant la concurrence, le gouvernement n'a pas jugé opportun de saisir pour avis l'Autorité de la Concurrence (ADLC) sur ce texte comme l'article L.462-1 du Code de commerce lui en donne pourtant la possibilité, ce que cette dernière a peu apprécié, d'autant plus qu'elle avait jusqu'alors été sollicitée à l'occasion de réformes similaires.

Saisie d'une demande d'avis d'une commune en ce qui concerne la conformité au regard des règles de concurrence du traitement des offres « non-conformes » en matière de commande publique, c'est-à-dire des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, l'ADLC n'a donc pas manqué de faire connaître son mécontentement.

Elle n'a surtout pas laissé passer l'occasion, qui était trop belle, pour donner son avis sur l'article 56 du projet du décret en cours de préparation, devenu article 61 dans la dernière version du projet, propre au traitement des offres non-conformes et qui dispose que :

« I. - L'acheteur vérifie que les offres sont régulières, acceptables et appropriées. Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure. Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

II - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

III. - Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

IV. - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres ».

L'ADLC a focalisé son attention sur le nouveau dispositif de régularisation des offres irrégulières et son analyse a porté sur les trois points suivants :

• **L'assouplissement du dispositif de régularisation des offres irrégulières :**

L'ADLC se félicite de ce que le décret comporte un assouplissement important du dispositif actuel des offres « non conformes » en conférant à l'acheteur public une plus grande latitude pour régler cette question, dans la mesure où cela est favorable à la concurrence en supprimant le couperet conduisant à écarter mécaniquement certaines offres et en permettant ainsi à un plus grand nombre d'opérateurs de rester en compétition.

Toutefois, reprenant à son compte les préoccupations exprimées par les acheteurs publics et les entreprises qu'elle avait interrogés, l'ADLC craint qu'un assouplissement trop important introduise de la négociation dans les procédures d'appel d'offres et favorise l'émergence de situations discriminatoires défavorables à la concurrence.

En effet, le fait que le projet autorise à « modifier » les offres elles-mêmes dans leurs caractéristiques « non substantielles » semble, pour l'ADLC, porteur de risques forts. Aussi recommande-t-elle que la possibilité de régularisation soit limitée à la correction des simples erreurs matérielles et omissions de formalités, qui sont généralement sans incidence sur la teneur et le montant des offres.

Si l'assouplissement du dispositif actuel aboutissait néanmoins à permettre la régularisation des offres irrégulières sans modifier les caractéristiques substantielles des offres, comme le prévoit le projet de décret, l'ADLC recommande de rappeler le caractère intangible de l'offre et de préciser qu'en aucun cas cette modification ne pourra entraîner une modification des spécifications du cahier des charges. En outre il sera alors nécessaire de donner aux acheteurs publics, demandeurs d'éclairage à cet égard, des exemples concrets de ce qui relève des « caractéristiques substantielles » d'une offre et de ce qui n'en relève pas, par exemple, dans le guide pratique qui suivra la publication du décret relatif aux marchés publics.

Enfin, l'ADLC recommande que l'égalité entre les candidats soit garantie lors du traitement des offres non conformes, tout d'abord en s'assurant que l'acheteur public invite chacune des entreprises concernées à régulariser leurs offres et pas uniquement certaines d'entre elles et, ensuite, en limitant la durée de la phase au cours de laquelle des offres peuvent être régularisées, par exemple, en indiquant que cette phase ne peut excéder dix jours.

• **Sur la nécessité d'informer les autres soumissionnaires de la régularisation :**

L'ADLC recommande généralement que les acheteurs publics ne communiquent pas aux soumissionnaires les offres reçues, même après l'ouverture des plis, car l'exercice de la concurrence suppose que chaque compétiteur soit dans l'incertitude quant à la stratégie adoptée par ses concurrents.

Néanmoins elle concède, après les consultations menées, que l'obligation d'informer les candidats répond à un objectif légitime de préserver l'égalité entre candidats et que la transparence qu'elle apporte est indispensable à l'équilibre du dispositif de régularisation plus souple envisagé. En effet, l'information des soumissionnaires concurrents des entreprises invitées à régulariser leurs offres devrait permettre à ces candidats de former un recours s'ils s'estiment lésés et ainsi dénoncer les discriminations éventuelles.

C'est pourquoi l'ADLC recommande que lorsque l'acheteur public autorise les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres, il en informe les autres soumissionnaires dans un délai utile à l'exercice de leurs voies de recours et notamment du référé précontractuel.

A cet égard, on notera que cette proposition va dans le sens de ce que proposait le projet initial de décret qui disposait que « Lorsque l'acheteur autorise les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres, il en informe les autres soumissionnaires ». Mais la dernière version de l'article 61.IV du projet ne reprend plus cette obligation d'information.

L'ADLC est cependant soucieuse que l'information des candidats ne permette pas de favoriser la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles entre les candidats à la commande publique et, notamment, d'échanges entre ces entreprises.

Pour cette raison, elle recommande que l'information soit strictement encadrée et limitée : elle ne devrait révéler ni l'identité des entreprises concernées, ni la teneur de leurs offres mais uniquement la nature de la régularisation permise, et elle devrait être communiquée le plus tard possible dans la procédure.

• **Sur l'obligation pour les acheteurs publics de demander la régularisation des offres irrégulières :**

Dans son rapport d'information sur la commande publique, la mission du Sénat avait proposé d'instaurer, lorsqu'une seule offre est régulière, une obligation pour l'acheteur public de demander la régularisation des offres irrégulières. Cette proposition dont l'objet était d'éviter qu'un pouvoir adjudicateur soit tenté de déclarer irrégulières toutes les offres, sauf celle qu'il souhaite retenir, n'a finalement pas été reprise par le projet de décret.

Pour sa part, l'ADLC considère qu'une telle obligation ne semble pas justifiée, ni nécessaire, pour favoriser la concurrence lors des procédures de passation des contrats publics, tant sur le plan de l'égalité entre candidats que sur le plan de la détection des offres de couverture.

Aussi recommande-t-elle que les acheteurs publics disposent d'une réelle latitude pour mettre en œuvre la procédure de régularisation des offres irrégulières et ne soient jamais tenus de le faire, même lorsqu'une seule offre se révèle être régulière.

Telles sont les recommandations de l'ADLC qui, sous couvert de réponse à une demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye, s'adresse finalement au Ministre de l'Economie et à son projet de décret sur les marchés publics.

Reste à savoir si elle arrivera à se faire entendre et à laver ainsi l'affront qui lui a été fait lors des consultations lancées sur ce projet de décret ! ■

Quand les marketplaces mènent la vie dure aux réseaux de distribution sélective

par Jean-Christophe Grall, Nadège Pollak et Aude Florence Ousaci

Le 2 février 2016, la Cour d'appel de Paris¹, statuant en référé, a refusé que la société Caudalie puisse interdire la commercialisation de ses produits faisant partie de son réseau de distribution sélective sur la marketplace « 1001pharmacies.com », non agréée, qui référence divers produits de santé².

Dans le cadre de son réseau de distribution sélective, Caudalie, tête de réseau, a interdit à ses distributeurs agréés (pharmacies et parapharmacies disposant d'un magasin et d'un site Internet) de revendre les produits sur une marketplace « *place de marché* », sans toutefois apporter de justification objective à cette interdiction³.

Sur le fondement de ce contrat et de l'article 873 alinéa 1er du Code de procédure civile⁴, Caudalie avait assigné en référé la société eNova Santé, propriétaire, gestionnaire et éditeur de la marketplace « 1001pharmacies.com », en ce qu'elle participerait à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite aux distributeurs agréés, visée par l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce également sanctionnée sur le terrain de la concurrence déloyale, afin de voir la marketplace notamment condamnée à cesser la commercialisation des produits Caudalie.

Or, la Cour d'appel rejette les demandes de Caudalie en considérant qu'il existe un « *faisceau d'indices sérieux et concordants tendant à établir avec l'évidence requise en référé* » que **l'interdiction de principe faite aux distributeurs agréés de recourir à une plateforme de vente en ligne, quelles qu'en soient les caractéristiques, est susceptible de constituer, sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption visée à l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce⁵.**

Cette éventualité prive donc le trouble invoqué par Caudalie, à la suite de la commercialisation de ses produits via une marketplace, de tout caractère manifestement illicite.

Ce faisant, la Cour, sans se prononcer sur le fond du dossier qui lui était soumis et dont la complexité est évidente, jette le doute sur la licéité de la clause incriminée figurant dans le contrat de distribution sélective de Caudalie et cette interdiction de principe. On pourrait en particulier envisager que si Caudalie avait pu proposer un argumentaire robuste dédié à cette interdiction de principe, alors Caudalie aurait pu démontrer le trouble manifestement illicite qu'elle alléguait.

Quoiqu'il en soit, la Cour d'appel justifie de l'existence d'un tel « *faisceau d'indices* » qui s'oppose à l'admission de telles demandes en référé, à défaut d'évidence, en citant la pratique décisionnelle tant française qu'allemande :

- deux décisions de l'Autorité de la concurrence des 23 juillet 2014 et 24 juin 2015, concernant des demandes de mesures conservatoires portant sur le réseau de distribution sélective Samsung (interdisant la vente en ligne par le biais de plateformes Internet)⁶,
- le communiqué de presse de cette Autorité du 18 novembre 2015 dans une affaire Adidas similaire⁷, et
- la position de l'Autorité de la concurrence allemande en faveur du caractère anticoncurrentiel d'une pratique comparable dans les contrats de distribution sélective Asics et Adidas⁸.

Ces décisions des autorités de concurrence, expressément visées par la Cour d'appel, sont pourtant parfois divergentes et ambiguës face à ces nouveaux acteurs de la distribution sélective que sont les marketplaces, ce qui mérite une brève revue décisionnelle dans le cadre du présent article.

Citons tout d'abord l'affaire **Asics**, dans laquelle le Bundeskartellamt, l'Autorité allemande de concurrence, a sanctionné ce fabricant de chaussures, en considérant que la clause de son contrat de distribution sélective interdisant l'utilisation des marketplaces constituait une restriction caractérisée⁹.

Dans l'affaire Adidas, soumise à la fois aux autorités françaises et allemandes de concurrence, la société Adidas a pris des engagements et a dû modifier ses conditions générales relatives à l'e-commerce pour autoriser désormais ses distributeurs agréés à vendre ses produits sur leurs sites internet ou sur des marketplaces¹⁰.

Par ailleurs, dans l'affaire, certes ancienne à présent puisque remontant à 2007, relative à la distribution de **produits cosmétiques et d'hygiène corporelle**¹¹, le Conseil de la concurrence avait indiqué qu'un fabricant pouvait valablement refuser d'agréer les sites de mise en relation car ces plateformes n'apportaient pas, en l'espèce, de garanties suffisantes concernant la qualité et l'identité des vendeurs, ce qui pouvait faciliter des reventes illicites hors réseau ou la vente de produits contrefaits et nuire ainsi à l'image de marque du réseau concerné. Le Conseil précisait déjà pourtant dans cette décision qu'*« il apparaît que **les plates-formes ont la capacité (...) de satisfaire aux critères qualitatifs de présentation des produits en cause dans des boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés** »*¹².

En outre, dans son avis n° 12-A-20 sur le commerce électronique, l'Autorité française de concurrence précisait s'agissant du référencement sur les marketplaces et l'interdiction d'accès à celles-ci figurant dans les contrats :

*« **une telle interdiction, si elle venait à restreindre la concurrence sur les marchés concernés, devrait être proportionnée à l'objectif poursuivi, qu'il s'agisse du respect de l'image de marque ou de la prévention de la vente de produits contrefaits ou vendus hors-réseau** »*¹³.

Plus récemment, dans l'affaire **Samsung**¹⁴, s'agissant du contrat de distribution sélective interdisant la vente sur les *marketplaces* de produits électroniques grand public, l'Autorité a rejeté la demande de mesures conservatoires mais a justifié sa poursuite au fond de la procédure, en précisant qu'il n'était :

*« pas exclu que l'ensemble de ces éléments, qui ne peuvent être regardés comme insuffisamment probants, puisse révéler **des indices de restrictions verticales sur les ventes actives et passives des détaillants actifs sur le marché pertinent**. Il y a donc lieu de poursuivre l'instruction de la pratique dénoncée »*.

Pourtant, en parallèle, on constate que les juges allemands apparaissent plus conciliants avec les fournisseurs ne souhaitant pas que leurs produits se retrouvent vendus sur des *marketplaces* ; ainsi dans l'affaire **Deuter**, la Cour d'appel de Francfort a estimé que ce fabricant de sacs à dos était autorisé à interdire à ses distributeurs de revendre ses produits sur des plateformes comme Amazon, de telles restrictions ne violant pas le droit européen de la concurrence¹⁵.

Quant à la Commission européenne, à l'instar de sa position sur les ventes en ligne en général, elle adopte une position plutôt équilibrée concernant les marketplaces. En effet, avant même le récent développement de ce type de distribution sur Internet, les Lignes directrices avaient prévu que :

*« **Un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs**. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, **le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce** »*¹⁶.

Relevons que la Commission européenne, a ouvert en mai 2015 **une enquête sectorielle portant sur les pratiques anticoncurrentielles dans le commerce électronique** au sein de l'Union européenne, ce qui la conduira à préciser sa position concernant l'encadrement des ventes sur les marketplaces dans les prochains mois¹⁷.

* * *

En conclusion, en l'état de la pratique décisionnelle et dans l'attente d'une décision statuant au fond de l'Autorité française de la concurrence dans l'affaire Samsung, mais aussi dans l'affaire Caudalie¹⁸, il convient d'adopter une **position prudente quant à l'application de contrats de distribution sélective comportant des clauses d'interdiction de revente des produits concernés sur les marketplaces.**

Admettre une liberté totale de commercialisation sur ces marketplaces reviendrait à nier la possibilité reconnue aux fournisseurs sélectifs de sécuriser leur réseau de distributeurs agréés par des critères sélectifs, quantitatifs et qualitatifs¹⁹. Néanmoins et a contrario, exclusion de manière générale et absolue toute vente sur ces plateformes, sera sans nul doute considéré comme une restriction caractérisée de concurrence et condamné en conséquence.

En tout état de cause, dans le cadre de la distribution sélective et afin de sécuriser au mieux son réseau sans s'exposer à une sanction au titre d'une pratique anticoncurrentielle sur les fondements des articles L.420-1 du Code de commerce et 101-1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, il convient aujourd'hui de demeurer vigilant en se rappelant les Lignes directrices de la Commission Européenne, qui une fois encore précisent ce qui suit :

« Un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce »²⁰. ■

1 Cour d'appel de Paris, Pôle 1, chambre 3, 2 février 2016, RG N°15/01542 (appel d'une ordonnance de référé du 31 décembre 2014 du Président du Tribunal de commerce de Paris, RG N° 2014060579).

2 Marketplace regroupant des parapharmacies, pharmacies et autres sociétés distribuant des produits de santé ou de bien-être.

3 A noter que le Conseil de la Concurrence avait, par décision du 8 mars 2007, validé le contrat de distribution « Internet » de Caudalie, sous réserve d'engagements de sa part dont elle a vérifié le respect en 2009 (Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle).

4 « Le Président [du Tribunal de commerce] peut, dans les mêmes limites et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

5 Article L.442-6-I-6° du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ; »

6 Décision n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs ; Décision n° 15-D-11 du 24 juin 2015 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

7 Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 18 novembre 2015.

8 Asics : Décision du Bundeskartellamt, du 26 août 2015 ; Adidas : Bundeskartellamt, 27 juin 2014 devant le et le 18 novembre 2015 devant l'Autorité de la concurrence française

9 Décision du Bundeskartellamt, du 26 août 2015, Asics.

10 Procédure clôturée le 27 juin 2014 devant le Bundeskartellamt et le 18 novembre 2015 devant l'Autorité de la concurrence française.

11 Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, impliquant en particulier la société Caudalie.

12 Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007.

13 Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique

14 Décision N°14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs et Décision N°15-D-11 du 24 juin 2015 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

15 Décision de la Haute Cour régionale de Francfort du 22 décembre 2015.

16 Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), pt. 54.

17 Communiqué de presse du 6 mai 2015 « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sectorielle sur le commerce électronique ».

18 Saisie par la société eNova Santé le 7 décembre 2015.

19 Rappelons qu'en 2011, la jurisprudence Pierre Fabre avait posé le principe selon lequel interdire de manière générale et absolue à son distributeur agréé de revendre les produits sur Internet constituait une restriction de concurrence caractérisée (sauf justification objective liée à la nature du produit ou exemption individuelle) : CJUE, 13 octobre 2011, C 439/09. Afin que ce mode de distribution respecte les standards de qualité du réseau sélectif, les fournisseurs s'étaient alors tournés vers des encadrements contractuels en imposant des critères équivalents à ceux appliqués aux points de vente physiques et qui doivent être proportionnés à l'objectif poursuivi (Décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-07 du 8 mars 2007) (fixation de standards graphiques pour la présentation de leurs produits afin de sécuriser leur image de marque en ligne par exemple) (voir le paragraphe 52-c des Lignes Directrices qui prévoit d'ailleurs que « Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en volume ou en valeur) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique »).

20 Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), pt. 54

Un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur notre site www.grall-legal.fr

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2016 seront notamment :

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

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

• **La mise en place de Programmes de « compliance »** pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;

• **Le contrôle des concentrations :**

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

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

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

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

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

- **Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et européen de la concurrence] ;
- **L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;**
- **Les promotions des ventes** [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi Hamon sur la consommation du 17 mars 2014 et de la jurisprudence européenne : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.] ;
- **Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité ;
- **Agriculture et concurrence (LMAP du 27 juillet 2010 et loi sur l'avenir de l'agriculture du 11 septembre 2014)** : domaine spécifique des fruits & légumes notamment (contractualisation, rédaction des contrats de vente, durée des contrats, détermination du prix et clause d'indexation, responsabilité de l'acheteur, médiation, sanctions, etc.). OP et AOP – regroupement de l'offre ;
- **L'essentiel du droit du commerce électronique : la vente en ligne en 10 points clés** : maîtriser le cadre juridique des relations B to B dans le cadre des stratégies de distribution du fournisseur ; Maîtriser le cadre juridique des relations B to C lié à la création et au développement d'un site de commerce en ligne. ;
- **La relation achat-vente** : obligation d'information du vendeur, contrat de vente, règles de facturation, problématiques liées à la livraison, rupture de la relation.

• • •

- **Proposition d'audit de structures tarifaires Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / Services de coopération commerciale et autres obligations SRP / Prix de vente conseillés et limites / NIP ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441 7-1-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise.**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site

www.grall-legal.fr

Rappel des prochaines formations

Les enquêtes de concurrence diligentées par les services de la DGCCRF, de l'autorité de la concurrence, et par la Commission européenne

12 Mai 2016

La formation sera animée par : Jean-Christophe Grall

Formule : ½ journée (9h - 13h) – Investissement : 600€ HT

Les principaux objectifs de la formation :

- Acquérir les bons réflexes face à des enquêteurs relevant d'une autorité de concurrence
- Appréhender les risques liés à toute enquête de concurrence et ses conséquences potentielles futures
- Connaître les suites de toute enquête de concurrence en termes de procédure civile, pénale, ou devant une autorité de concurrence

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

2 Juin 2016

La formation sera animée par : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule : ½ journée (9h - 13h) – Investissement : 650€ HT

Les principaux objectifs de la formation :

- Identifier les problématiques juridiques du commerce en ligne en fonction de vos objectifs
- Connaître les conditions de la validité de la vente à distance en ligne depuis la loi « consommation » (Hamon) du 17 mars 2014
- Anticiper les contrôles des agents de la CNIL et de la DGCCRF au regard de la loi « informatique et libertés » (données personnelles, cookies...)

Négociations commerciales Annuelles

20 septembre 2016

La formation sera animée par : Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Formule : 1 journée (9h - 17h) – Investissement : 1000€ HT

Les principaux objectifs de la formation :

- Maîtriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME, des modifications introduites par la loi Hamon et la loi Macron
- Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix
- Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et précisé par la loi Hamon dont la signature avant le 1er mars de chaque année est impérative

Pour nous contacter :

Adresse : 63, avenue de Villiers - 75017 Paris - Palais P 40

T +33 (0)1 53 57 31 70 - F +33 (0)1 47 20 90 40

contact@grall-legal.fr

www.Grall-Legal.fr

Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, le Flash Concurrence ne saurait engager la responsabilité de Grall & Associés.

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

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