

LA LETTRE DU CABINET

MARS-AVRIL 2014

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

Grall & Associés distingué en France et à l'international : Trophée d'argent du Palmarès du Monde du Droit dans la catégorie meilleurs avocats en droit de la concurrence ; le cabinet Grall & Associés et Charles-Henri Calla reconnu par leurs pairs dans le *Who's Who Legal* et dans le *Legal 500 EMEA* pour la qualité des prestations en droit de la concurrence.

Sommaire

- 02 **Loi Hamon : Acte III (suite et fin)**
Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy
- 08 **Loi consommation et négociation commerciale : quelles opportunités pour le fournisseur ?**
Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy
- 10 **Loi Hamon : quel avenir pour les jeux-concours ?**
Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy
- 13 **Assignations Novelli - Acte II**
Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière
- 17 **L'Autorité de la concurrence encourage fortement la concentration des producteurs dans le secteur des fruits et légumes**
Par Jean-Christophe Grall et Philippe Juvet
- 18 **Crise économique et précarité des relations commerciales**
Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière
- 19 **Les incertitudes du commerce des cigarettes électroniques : un écran de fumée ?**
Par Marion Raulet
- 20 **Une nouvelle définition du consommateur ?**
Par Jean-Christophe Grall et Marie Rigal
- 22 **Lutte contre la contrefaçon : l'étau se resserre**
Par Nadège Pollak
- 23 **Programme des interventions et des formations 2014**
- 24 **Rappel des prochaines formations**

Projet de loi Consommation (loi Hamon) : suite et fin (à tout le moins s'agissant des négociations commerciales) !

Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Le Sénat et l'Assemblée nationale ont respectivement adopté les 12 et 13 février dernier le projet de loi relatif à la consommation.

Ci-dessous, le lien vers la loi adoptée par l'Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0295.asp>

Ce « **Flash Concurrence** » vient donc à la suite des trois premiers « **Flash Concurrence** » portant sur le projet de **loi Hamon** publiés respectivement aux mois de mai, septembre et janvier derniers (www.grall-legal.fr).

Le projet de loi relatif à la consommation n'est cependant pas à ce jour définitivement adopté puisqu'un recours a été porté le 17 février dernier devant le Conseil constitutionnel. Toutefois, ce recours ne porte absolument pas sur les dispositions relatives à la négociation commerciale, mais exclusivement sur certaines dispositions concernant le droit de la consommation (l'action de groupe et la vente à distance).

Ce qui précède signifie donc que les dispositions qui ont été adoptées au cours du mois de février par l'Assemblée et le Sénat sont aujourd'hui définitivement acquises et qu'elles vont donc modifier très sensiblement le droit de la négociation commerciale tel que nous le connaissions jusqu'alors.

Peut-on dire que la loi de modernisation de l'économie (« LME ») a vécu ? Certainement pas dès lors que les dispositions essentielles de ce texte et, en premier lieu, la libre négociabilité des tarifs induisant la fin de la discrimination abusive est maintenu.

Ne seront ici reprises que les dispositions relatives à la négociation commerciale, celles concernant le **droit de la consommation** qui constituent le cœur même, ne l'oublions pas, de la loi consommation, réforme majeure du droit sur ce point (action de groupe, définition du consommateur, garanties, commerce électronique, pratiques commerciales déloyales, pouvoirs de la DGCCRF, etc.) devant faire l'objet d'un prochain « **Flash Concurrence** » qui y sera entièrement dédié.

S'agissant des dispositions relatives à la **négociation commerciale et aux relations entre fournisseurs et distributeurs** et ce, entendu de manière plus générale, qu'il s'agisse en effet d'industriels, d'importateurs, de metteurs sur le marché, de négociants grossistes, de distributeurs, à quelque niveau qu'ils se situent, tous seront concernés par les nouvelles dispositions qui vont s'insérer dans le Code de commerce.

Quelles seront les dispositions applicables à la relation commerciale et tout d'abord à quelle date s'appliquera le nouveau dispositif légal ?

1. Quelle sera la date d'application des nouvelles dispositions ?

L'article 125-V de la **loi Hamon** prévoit, s'agissant des articles L.441-7 (formalisation du plan d'affaires annuel), L.441-8 (renégociation des contrats portant sur les produits agricoles et les produits issus de leur première transformation) et L.442-6-I-1° (interdiction des alignements sur les conditions commerciales obtenues par un autre client ou des demandes de compensation de marge) et 12° (interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de services à un prix différent du prix convenu « [...] **que ces dispositions sont applicables aux contrats conclus à compter du premier jour du quatrième mois suivant la promulgation de la présente loi** »).

S'agissant du contenu de la convention annuelle et donc du plan d'affaires annuel et de la communication des CGV avant le 1^{er} décembre de l'année N, les nouvelles dispositions ne pourront pas s'appliquer pour 2014, car elles entreront nécessairement en vigueur postérieurement au 1^{er} mars, date à laquelle en théorie tous les plans d'affaires annuels ont dû être signés ; il en va de même des clauses de renégociation dans le domaine de certains produits périssables et de ceux issus de la première transformation.

→ Une application de ces dispositions en conséquence aux négociations commerciales 2015 mais pas à celles concernant l'année 2014 !

Pour les dispositions concernant l'interdiction des alignements sur les conditions commerciales obtenues par un autre client ou des demandes de compensation de marge (art. L.442-6-I-1°) et l'interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de services à un prix différent du prix convenu (art. L.442-6-I-11°), la date d'application paraît surprenante puisqu'en étant strict avec l'application des dispositions figurant sous l'article 125-V de la loi Hamon, ces dispositions ne s'appliqueront qu'aux contrats conclus à compter du 1^{er} jour du quatrième mois suivant la promulgation de la présente loi, ce qui signifie de facto que ces dispositions qui interdisent toute compensation de marge abusive ne pourraient pas s'appliquer aux accords conclus au titre de l'année 2014 ; c'est pourtant la seule interprétation que l'on peut faire de l'article 125-V du Code de commerce.

→ Une application de ces dispositions en conséquence aux négociations commerciales 2015 mais pas à celles concernant l'année 2014 !

→ Pour les autres dispositions (règles de facturation, fruits et légumes, dispositif de sanctions et d'injonction, etc.), l'application sera immédiate sous réserve d'éventuels décrets nécessaires à leur entrée en vigueur et application.

N'oublions pas les contrats connus sous la dénomination de « *contrats LMAP (loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 29 juillet 2010 modifiée par la loi du 24 mars 2012)* » concernant les relations contractuelles entre producteurs agricoles ou coopératives agricoles et acheteurs qui devront également contenir une clause de renégociation modèle article L.441-8 du Code de commerce : les contrats conclus postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi Hamon devront être conformes aux nouvelles dispositions et ceux déjà conclus devront être mis en conformité dans un délai de quatre mois après cette date d'entrée en vigueur.

Pour autant, et si les dispositions applicables au plan d'affaires annuel ne sont pas immédiatement applicables, preuve en est aujourd'hui que certains distributeurs ont d'ores et déjà souhaité anticiper l'application de cette loi sur certains points.

2. S'agissant de l'achat de fruits et légumes, l'article L.441-2-2 du Code de commerce se voit complété par la possibilité qui serait désormais donnée aux acheteurs, distributeurs, prestataires de services de bénéficier de réfections tarifaires résultant d'une non-conformité, qualitative ou quantitative, du ou des produits livrés à la commande, à la condition qu'un accord conclu par une organisation interprofessionnelle reconnue dans les conditions prévues à l'article L.632-1 du Code Rural et de la Pêche maritime en ait précisé les conditions.

Le non-respect des dispositions précédentes sera sanctionné par une peine d'amende **administrative** pouvant atteindre 75 000 euros pour la personne morale et 15 000 euros pour la personne physique représentant l'entreprise ou son délégataire, en cas de délégation de pouvoirs en matière économique.

3. Les modifications apportées à l'article L.441-3-1 du Code de commerce s'agissant du transport des fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France sont maintenues, l'acheteur devant être en mesure de transmettre aux services de contrôle, dans un délai de 48 heures, les documents certifiant qu'il a bien commandé les produits concernés et précisant le ou les prix convenus avec son fournisseur pour l'achat de ces produits.

Le non-respect de ces dispositions est sanctionné par la même peine d'amende que celle évoquée ci-dessus.

* * *

4. S'agissant des délais de paiement, les délais de paiement de 60 jours, date de facture et de 45 jours, fin de mois, sont pleinement conservés, avec une sanction prévue en cas de non-respect des modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties et donc de ce délai de paiement de 45 jours fin de mois en raison de la double méthode de calcul (45 jours à compter de la date d'émission de la facture avec un délai expirant à la fin du mois au cours duquel ces 45 jours se terminent ou 45 jours

après la fin du mois au cours duquel la facture a été émise) et par la création d'une amende administrative d'un montant pouvant atteindre 375 000 euros pour la personne morale et 75 000 euros pour la personne physique ou son délégataire en cas de délégation de pouvoirs.

Le délai de règlement des factures périodiques est de 45 jours à compter de la date d'émission de la facture, sachant que pour l'achat de produits et matériaux destinés à la construction, à l'amélioration ou à l'entretien d'ouvrages immobiliers, le délai qui avait été prévu de 60 jours date de facture n'a pas été retenu !

De façon générale, le non-respect des délais de paiement sera donc sanctionné de manière administrative, le Sénat ayant voté le principe de cette sanction dans les mêmes termes que l'Assemblée et cette dernière n'étant pas revenue sur ce texte.

Nous ne reviendrons pas ici sur les informations devant faire l'objet d'une attestation du commissaire aux comptes, s'agissant des délais de paiement.

* * *

Il convient donc de bien comprendre qu'en droit français, dès lors que cette loi sera promulguée et publiée, tous les délais de paiement seront désormais réglementés avec une sanction administrative associée en cas de non-respect de ces dispositions impératives.

Il faut ainsi être conscient de l'évolution majeure intervenue dans le domaine des délais de paiement dont le seul objectif est la réduction du crédit inter-entreprise qui pèse très lourdement sur l'économie française, ainsi que le sénateur Martial Bourquin a pu le faire observer.

- Le cœur de la réforme entreprise par le législateur est indéniablement constitué par la volonté de rééquilibrage de la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur, qui passe tout d'abord par le renforcement des conditions générales de vente : celles-ci vont désormais constituer non seulement le socle de la négociation commerciale, ce qui, il est vrai, ne veut pas dire grand-chose en droit strict, mais le socle « *unique* » de la négociation commerciale, renforçant ainsi le statut juridique des conditions générales de vente des fournisseurs, sans pour autant y donner une primauté par rapport aux conditions générales d'achat et autres dispositions pouvant ressortir des contrats d'enseigne.

Rappelons que la rapporteure, Madame Annick Le Loch avait, le 20 novembre dernier, devant la Commission des affaires économiques, précisé ce qui suit :

« Cet amendement vise à préciser que les CGV constituent non seulement le socle de la négociation commerciale, mais surtout son socle unique. Il arrive en effet que les conditions générales d'achat soient présentées au mieux comme le socle de la négociation et, au pire, comme un document devant être

signé par le fournisseur et qui tiendra lieu de convention unique. En tout état de cause, c'est là un travestissement de la loi. C'est pourquoi nous souhaitons réaffirmer plus clairement la règle : **les négociations ont comme base les CGV et rien qu'elles - ce qui n'empêche pas les distributeurs d'en discuter ensuite.** ».

Le ministre avait donné un avis favorable à cet amendement.

L'Assemblée nationale a adopté cet amendement modifiant ainsi l'article L.441-6 du Code de commerce en précisant désormais que les conditions générales de vente constituent le socle unique de la négociation commerciale.

La qualification de socle unique de la négociation commerciale n'a pas été remise en cause par le Sénat lors de l'adoption de ce texte le 29 janvier dernier.

C'est ainsi une première touche de couleur qui est donnée par le législateur dans le cadre de la disposition phare du chapitre sur la transparence tarifaire, visant à donner une sorte de prééminence aux conditions générales de vente, sans toutefois en exclure la négociation.

Les autres modifications concernant directement la négociation commerciale figurent sous l'article L.441-7-1 du Code de commerce avec des dispositions qui ont été très sensiblement renforcées, afin de rééquilibrer la relation commerciale pour reprendre ce qui a été indiqué à plusieurs reprises dans les débats parlementaires et en dernier lieu, le 16 décembre dernier.

- Le barème de prix tel que préalablement communiqué par le fournisseur, avant le 1^{er} décembre de l'année précédant l'année au cours de laquelle devra être conclu l'accord commercial et donc pour la première fois, le **1^{er} décembre 2014**, devra, concomitamment avec l'ensemble des conditions générales de vente du fournisseur, être mentionné à titre d'information dans la convention annuelle cadre ou unique, renforçant ainsi indéniablement cette volonté du législateur de donner une sorte de primauté aux conditions générales de vente et au barème de prix des fournisseurs ;
- Cette convention annuelle, autrement appelée le « *plan d'affaires annuel* » ne devra pas traduire un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties contractantes, au sens de la jurisprudence Novelli connue aujourd'hui (voir nos différents « *Flash Concurrence* » et Lettres du Cabinet consacrés aux différents jugements rendus par les tribunaux de commerce depuis le 6 janvier 2010 – tous publiés sur le site www.grall-legal.fr) ;
- Les modifications les plus substantielles sont naturellement celles qui traduisent, nous pouvons le dire, une certaine forme de retour en arrière, car c'est la notion même de contrepartie qui, sans revenir à la mode, sous-tend la parole législative ;
- D'une part, s'agissant des conditions générales, catégorielles ou particulières de vente, les **réduc-**

tions de prix devront figurer, avec ce qui les justifie dans la convention annuelle. L'article L.441-7 du Code de commerce précise, en effet, que les conditions de l'opération de vente doivent être précisément indiquées dans la convention, mais ce qui est nouveau, avec les réductions de prix qui y sont associées, car un texte se lit dans son ensemble, et donc avec les contreparties à celles-ci ;

Serait-ce de manière très précise ? Serait-ce un retour de la contrepartie à la ligne ? La réduction de prix ou « *remise LME* » de plusieurs dizaines de pourcents que l'on a pu connaître dans des plans d'affaires annuels, est-elle bannie ? Il conviendra d'y réfléchir ;

- D'autre part, s'agissant des services de coopération commerciale, la seule modification est quasi sémantique : les services que le distributeur « rend » et non plus « s'oblige à rendre » au fournisseur ; nous n'y reviendrons pas, sauf à dire que les services de coopération commerciale doivent naturellement et toujours figurer dans la convention annuelle qui peut renvoyer à des contrats d'application ;
- La troisième modification est, en revanche, particulièrement importante en ce sens qu'elle touche directement les anciens services distincts, c'est-à-dire les autres obligations situées sous l'article L.441-7-3^o du Code de commerce puisque la volonté du législateur est que ces autres obligations donnent lieu à une rémunération expressément mentionnée dans la convention annuelle avec ses contreparties :

« [Elle (la convention) fixe :] *3^o Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ou les réductions de prix afférentes ainsi que les services auxquels elles se rapportent.* »

Est-ce à dire que l'habitude qui avait été prise de mixer les autres obligations donnant lieu à des réductions de prix avec des conditions particulières de vente (CPV ressortant de l'article L.441-6 du Code de commerce) ne serait plus possible ? La question est également posée. Il conviendra d'y réfléchir.

Souvenons-nous que l'Assemblée nationale lors de l'adoption de ce texte le 16 décembre dernier avait souhaité aller beaucoup plus loin, en précisant que chacun des services rendus par le distributeur, tels que la communication de statistiques, à titre d'exemple, ou le référencement devraient donner lieu, de manière individualisée et identifiée, à une rémunération et non pas à une rémunération globalisée :

C'est donc une demi-mesure qui a été adoptée par le Sénat le 29 janvier dernier puis par la Commission Mixte Paritaire au début février, puisque si ces autres obligations ou anciens services distincts bien connus dans le cadre de la loi Dutreil du 2 août 2005, devront être clairement identifiés dans la convention annuelle avec l'indication de la date prévue et des modalités d'exécution de ceux-ci, la rémunération prévue ou

la réduction de prix y afférente, pourra être globalisée ; ouf, diront certains car il est vrai que cela aurait signifié *ipso facto* un retour à la situation antérieure et certains diraient même un retour à la loi Galland ! Ne forçons peut-être pas trop le trait néanmoins.

Ce qui est en revanche certain, c'est que le texte nouveau permettra aux services de la DGCCRF de contrôler si ces services sont bien identifiés dans la convention, leur nature, leurs modalités d'exécution, leurs dates d'exécution, leur objet précisément et d'en contrôler, dans un second temps, leur matérialité et de vérifier si la rémunération prévue qui peut être une réduction de prix, certes globale (une remise ou une ristourne à titre d'exemple), n'est pas manifestement disproportionnée au regard desdits services.

Attention en conséquence à la rédaction des futures conventions uniques ou cadres 2015 ; Rédacteurs de contrats, préparez-vous !

- Les nouveaux instruments promotionnels ou « *NIP* », autrement dit les avantages consentis aux consommateurs, ne feront certes pas partie de la convention unique ou cadre annuel, contrairement à ce qu'avait prévu l'Assemblée nationale lors de l'adoption de ce texte le 16 décembre dernier, mais pour autant, le nouvel article L.441-7-I du Code de commerce prévoit désormais la formalisation de la relation contractuelle nouée entre le fournisseur et son distributeur au titre du financement des avantages promotionnels et ce, dans le cadre d'un contrat de mandat conclu et exécuté conformément aux articles 1984 et suivants du Code civil qui définissent le mandat de manière très générale.

Certes, ce n'est plus un quatrième item qui sera rajouté à la convention annuelle, ce qu'avait souhaité l'Assemblée nationale, et ce qui aurait donc notablement renforcé le contenu de la convention annuelle.

Point de cela en définitive, puisque la convention annuelle ne se verra pas renforcée par un quatrième consacré aux « *NIP* ».

C'est là encore une demi-mesure qui a été retenue, mais ne nous trompons pas, cette demi-mesure est d'importance puisqu'elle donne, en définitive, un cadre légal aux avantages consentis aux consommateurs et financés par les fournisseurs, cadre légal qui n'existait pas.

Il y a donc bien une volonté du législateur d'éviter que tout ou n'importe quoi soit fait dans ce domaine, afin de remédier au byzantinisme dénoncé par Renaud Dutreil en 2005, à savoir celui des avantages financiers accordés aux consommateurs par les différentes enseignes, mais financés dans leur majeure partie par les fournisseurs dans le cadre d'un contrat de mandat.

Il convient d'observer que l'Assemblée nationale avait déjà minoré ce que le Sénat avait adopté le 13 septembre dernier, en ayant supprimé toute exigence portant sur la définition d'une enveloppe budgétaire maximale dans la convention annuelle cadre ou unique au titre du financement des avantages consommateurs et ce, afin d'éviter que ce montant

maximum ne se transforme en une somme plancher l'année suivante et dès lors ne se pérennise.

Observons également que, quelle que soit la rédaction plus ou moins édulcorée des dispositions portant sur les avantages consommateurs, l'administration pourra beaucoup plus facilement qu'auparavant contrôler la formalisation du versement de ces avantages consommateurs, l'existence même du contrat, la nature de celui-ci, le montant des sommes versées, etc., un support légal existant désormais, et son non-respect étant sanctionné par une peine administrative d'amende pouvant atteindre 75 000 euros pour le représentant légal ou son délégataire en cas de délégation de pouvoirs en matière économique et 375 000 euros pour l'entreprise elle-même qui serait poursuivie au titre du non-respect du nouvel article L.441-7-I du Code de commerce.

* * *

- La date d'entrée en vigueur des clauses prévues aux alinéas 1^{er} à 3^{ème} de l'article L.441-7-I du Code de commerce (c'est-à-dire les différentes rémunérations prévues dans le plan d'affaires) que l'Assemblée nationale avait encadrée dans le temps en estimant qu'il devait y avoir une concomitance entre la date d'application du nouveau tarif et l'octroi des différentes réductions de prix notamment - autrement dit la date de prise d'effet de la négociation commerciale annuelle - ne peut être ni antérieure, ni postérieure à la date d'effet du prix convenu ;
- Précisons également que le dispositif de sanction de l'article L.441-7 va désormais prévoir des sanctions administratives. La sanction administrative, prononcée par les DIRECCTE, pourra donc atteindre 375 000 euros pour les entreprises responsables de la non-conformité du plan d'affaires annuel, à savoir le fournisseur et son client, outre une éventuelle sanction pour le représentant légal de chacune des deux entreprises poursuivies, sauf délégation de pouvoirs donnée à un délégataire, ce qui est fréquemment le cas aujourd'hui dans les entreprises.

Les sanctions sont donc élevées ; elles l'étaient déjà auparavant ; leur montant est maintenu mais la sanction devient administrative et pourra donc être prononcée directement par le corps de contrôle ; ceci, bien entendu est une nouveauté ;

- **S'agissant des clauses de renégociation du prix de certains produits agricoles et des produits issus de leur première transformation (cf. aujourd'hui la liste limitative de ces produits sous l'article L.442-9 du Code commerce qui renvoie au texte de l'article L.441-2-1 qui renvoie lui-même au décret n°2008-534 du 5 juin 2008), l'article L.441-8 a été voté quasiment en l'état, sans modification majeure *in fine*.**

Ces produits sont aujourd'hui les suivants :

- **Bovin, veau, porc, ovin-caprin, cheval, volaille et lapin, carcasses et leurs morceaux, viandes et abats, viandes hachées, saucisses fraîches et pré-**

- parations de viande ;
- Produits de la pisciculture ou issus de la première transformation de ces produits ;
- Lait et produits de la laiterie issus de la première transformation du lait ;
- Œufs et ovo-produits alimentaires issus de leur première transformation.

Rappelons que deux décrets sont attendus, le premier définissant la liste des produits concernés par la renégociation en cours d'année du prix convenu et le second, le contenu du compte rendu de renégociation entre les parties.

Intervention de Madame Annick Le Loch pendant les débats devant l'Assemblée en première lecture :

« La liste pourrait être complétée par les produits transformés à base de viande, la farine, la biscuiterie, les pâtes, les semoules, les produits de la boulangerie, la charcuterie, les salaisons, les produits à base de viande, les produits laitiers et tous les plats préparés. »

- L'interdiction de passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestation de services à un prix différent du prix convenu :

Il convient d'insister sur l'adoption par l'Assemblée nationale de ce texte (non modifié ensuite au cours des débats parlementaires), qui interdira désormais de modifier le prix convenu tel que résultant de l'application du barème des prix unitaires figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur lorsque ce barème de prix aura été accepté en l'état, c'est-à-dire sans négociation par l'acheteur ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale annuelle faisant l'objet de convention prévue à l'article L.441-7, modifié le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L.441-8 du Code de commerce.

→ Ceci signifie très clairement qu'à défaut d'accord sur le nouveau prix, issu par exemple d'une augmentation en cours d'année souhaitée par le fournisseur, aucune augmentation de prix ne pourra intervenir s'il n'y a pas d'accord préalable de son acheteur.

Cela, sous réserve naturellement des clauses de renégociation figurant dans l'univers des produits énumérés sur la liste prévue au 2^{ème} alinéa de l'article L.442-9 du Code de commerce (voir supra + modifications à intervenir !) et ceux issus de la première transformation desdits produits, aucune modification de prix ne pourra intervenir en cours d'année.

Le fait de passer outre cette interdiction pourra être sanctionné par une peine d'amende civile atteignant deux millions d'euros.

* * *

- L'interdiction de demander un quelconque alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou d'exiger, en cours d'exécution du contrat annuel, le versement d'une somme

quelconque visant à maintenir ou à accroître abusivement la marge ou la rentabilité du distributeur :

Le Sénat, lors de l'adoption du texte, le 29 janvier dernier, a rajouté cette double interdiction sanctionnée dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, autrement dit des pratiques telles que la rupture brutale de relations commerciales établies qui engagent la responsabilité de leur auteur dès lors que nous nous situons dans le domaine de l'abus.

Demande d'alignement sur des conditions plus favorables accordées à l'un de ses concurrents, demande de compensation de marge en fin d'année lorsque la rentabilité n'est pas au rendez-vous, bref, autant de pratiques bien connues mais qui n'étaient pas sanctionnées en tant que telles ; elles pourraient certainement l'être au titre du déséquilibre significatif visé par l'article L.441-6-I-2° du Code de commerce (cf. l'ensemble de la jurisprudence Novelli connue à ce jour).

Désormais, une incrimination civile a été intégrée dans le corpus législatif français au sein du titre IV du Livre IV du Code de commerce définissant les pratiques restrictives de concurrence.

Certes, encore faut-il qu'un abus soit démontré pour qu'il y ait mise en cause de la responsabilité civile de l'auteur de la pratique et le cas échéant, sanction, puisque l'on est bien dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle : *« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de [...] »*.

C'est ni plus ni moins qu'une adaptation de l'article 1382 du Code civil définissant la responsabilité civile délictuelle aux relations économiques.

Une pratique abusive nécessite donc, comme son nom l'indique, qu'un abus soit démontré ; ceci paraît totalement évident, mais n'est-ce pas là où le bât peut blesser puisque, ainsi que l'a titré l'Ilec, dans un communiqué de presse le 17 février dernier : *« loi consommation : un mot en trop »*, de là à comprendre que la compensation non abusive serait légale, il n'y a qu'un pas, qui peut coûter très cher à l'industrie ; en effet, le texte signifie donc *a contrario* qu'une demande de compensation de marge qui ne serait pas abusive, serait donc légale !

Il est trop tôt pour se prononcer sur l'interprétation qui sera définitivement celle de ces nouvelles dispositions, mais il est certain que l'emploi de l'adverbe *« abusivement »* laisse planer un doute.

Terminons sur le dispositif de sanctions, puisque les pouvoirs de sanction de l'administration ont été pleinement approuvés par l'Assemblée nationale et le Sénat en seconde lecture et que les sanctions administratives qui sont désormais prévues en cas de non-respect des dispositions figurant sous les articles L.441-2-2 et L.441-3-1 (fruits et légumes), L.441-6 (contenu des conditions générales de vente / délais de paiement) et des dispositions figurant sous l'article

L.441-7 (convention annuelle / plan d'affaires annuel), l'article L.441-8 (clause de renégociation pour les produits agricoles et certains produits issus de leur première transformation) et l'article L.443.1 (délais de paiement pour les boissons alcoolisées, les produits alimentaires périssables, etc.) seront prononcées par l'administration.

S'agissant des sanctions, une nouvelle sanction a également été prévue au titre de l'article 126 de la **loi Hamon**, au titre des dispositions qui avaient été introduites par le Sénat le 13 décembre dernier, puis supprimées par l'Assemblée nationale et qui sont en définitive revenues lors des débats devant le Sénat le 29 janvier dernier, dispositions maintenues devant la Commission Mixte Paritaire le 6 février dernier, à savoir l'obligation en dehors des relations commerciales entre un fournisseur et un distributeur au sens de l'article L.441-7-I du Code de commerce (cf. ci-dessus), de s'inscrire dans une logique de contractualisation écrite lors de l'achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production et dont le montant du contrat sera supérieur à un seuil prochainement fixé par décret.

Cette convention liée directement à la sous-traitance industrielle bien connue, devra indiquer un certain nombre de dispositions qui sont les suivantes :

« Art. L.441-9. – I. – Une convention écrite est établie, dans le respect des articles L.441-6 et L. 442-6, pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production, dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret. Elle indique les conditions convenues entre les parties, notamment :

1. *L'objet de la convention et les obligations respectives des parties ;*
 2. *Le prix ou les modalités de sa détermination ;*
 3. *Les conditions de facturation et de règlement dans le respect des dispositions législatives applicables ;*
 4. *Les responsabilités respectives des parties et les garanties, telles que, le cas échéant, les modalités d'application d'une réserve de propriété ;*
 5. *Les règles régissant la propriété intellectuelle entre les parties, dans le respect des dispositions législatives applicables, lorsque la nature de la convention le justifie ;*
 6. *La durée de la convention ainsi que les modalités de sa résiliation ;*
 7. *Les modalités de règlement des différends quant à l'exécution de la convention et, si les parties décident d'y recourir, les modalités de mise en place d'une médiation.*
- II. À défaut de convention écrite conforme au I, les sanctions prévues au II de l'article L. 441-7 sont applicables. »*

Figurent sur la page suivante, de manière schématisée, les pouvoirs de l'administration en matière de sanction et d'injonction administrative.

* * *

Ainsi que nous l'indiquions au début janvier, le dernier « *round* », à savoir celui de l'adoption de ce projet de loi sur la consommation par le Sénat en deuxième lecture, ne devait être qu'une formalité.

Nous ne nous étions pas trompés au vu de la rapidité de ces débats et sous réserve de quelques modifications qui ont été apportées, finalement la messe était dite lors de l'adoption en seconde lecture par l'Assemblée nationale.

La **loi Hamon**, certes non encore promulguée lors de l'envoi de ce « *Flash concurrence* », est parfaitement connue en ce qui concerne l'ensemble des dispositions applicables aux négociations commerciales et en grande partie, au droit de la consommation (actions de groupe/conformité et garantie des produits/vente à distance/autres dispositions éparses du droit de la consommation).

Nous sommes au mois de mars, la date de communication des conditions générales de vente au titre de l'année 2015 devra s'effectuer dès avant le 1^{er} décembre prochain, sous peine de sanction, il nous reste donc, une petite dizaine de mois pour affûter nos crayons afin d'envisager sur le plan matériel les modifications qu'il conviendra d'apporter aux futurs plans d'affaires annuels.

Nous vous communiquerons d'ici la fin du mois de mars, la date de notre futur petit-déjeuner consacré à l'examen de la **loi Hamon**.

NON RESPECT DE CERTAINES OBLIGATIONS DU TITRE IV DU LIVRE IV DU CODE DE COMMERCE

Constat de l'infraction par PV par les agents de la DIRECCTE

Procédure contradictoire avec la DIRECCTE

La personne mise en cause dispose de 2 mois pour présenter ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales

Prononcé d'une amende administrative

(Jusqu'à 75 000 € - personne physique et/ou 375 000 € - personne morale)
+ publication si décision devenue définitive

Contestation possible devant le Tribunal administratif, dans un délai de deux mois après notification de l'amende administrative

NON RESPECT DE L'INJONCTION PREVUE A L'ARTICLE L.465-1 DU CODE DE COMMERCE

Constat de l'infraction par PV par les agents de la DIRECCTE

Procédure contradictoire avec la DIRECCTE

Injonction au professionnel, sous un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, cesser tout agissement illicite ou supprimer toute clause illicite.

Prononcé d'une amende administrative en cas de non respect de l'injonction

(Jusqu'à 3 000 € - personne physique et/ou 15 000 € - personne morale)
+ publication si décision devenue définitive

Contestation possible devant le Tribunal administratif, dans un délai de deux mois après notification de l'amende administrative sanctionnant le non-respect de l'injonction

Loi « consommation » et négociation commerciale : quelles opportunités pour le fournisseur ?

Par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy

Les dispositions de la loi « Consommation » relatives aux relations industrie-commerce sont indubitablement favorables aux fournisseurs, qui vont pouvoir, lors de la négociation commerciale 2015, actionner un certain nombre de mécanismes en réaction aux contrats que leur soumettent les enseignes.

S'il serait à la fois abusif et juridiquement inexact de dire que la loi « Consommation » consacre un retour aux dispositions de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, il ne serait en revanche pas faux de relever que ce texte imprime, en réaction à la loi « LME » du 4 août 2008, une

correction des dispositions d'inspiration libérales qui, depuis cinq ans, prévalent dans les relations industrie-commerce : de fait, le nouveau texte opère, par le biais d'une modification des dispositions du Code de commerce relatives à la négociation commerciale, une sorte de mouvement de balancier favorable aux industriels, dont la « boîte à outils juridiques » va désormais s'alourdir de nouveaux instruments qui, pour peu qu'ils soient utilisés judicieusement, pourraient faciliter les conditions de leur négociation commerciale et, essentiellement, celles prévues pour 2015. Voici notre inventaire succinct de ces nouveaux instruments.

Les nouvelles sanctions administratives applicables à la formalisation des relations commerciales annuelles : un amplificateur.

Il est bien fini, le temps où les sanctions assortissant la conclusion du plan d'affaires annuel et celles garantissant le respect des délais de paiement des factures de vente ne faisait plus peur à personne : car, aux sanctions pénales ou civiles malaisées à mettre en œuvre, du fait tout à la fois des lourdeurs de procédures et de l'encombrement des greffes ou des parquets, succède un mécanisme efficace de sanctions administratives totalement réévaluées, et modifiées en profondeur dans le sens de l'efficacité : désormais, les agents régionaux de la DGCCRF pourront, à la suite du constat d'une infraction aux règles de formalisation de la convention écrite annuelle, qu'il s'agisse tout à la fois de ses éléments constitutifs ou de sa date de signature (dont on rappellera qu'elle doit intervenir chaque année avant le 1^{er} mars), ou en cas de non respect des délais de paiement impératifs posés par l'article L.441-6 du Code de commerce, à l'issue d'une procédure contradictoire d'un délai de deux mois, prononcer une amende administrative pouvant atteindre 75 000 euros pour les personnes physiques et/ou 375 000 euros pour les personnes morales mises en cause, ceci préalablement à toute contestation devant le tribunal administratif territorialement compétent.

Ce mécanisme, fondé en quelque sorte sur le principe qui veut que l'on paie d'abord, et que l'on conteste ensuite, aura nécessairement pour conséquence de sensibiliser les acteurs de la négociation commerciale à la nécessité impérative de se conformer aux termes de la loi, *a fortiori* si l'on ajoute que le nouveau mécanisme sanctionnateur est applicable dès à présent et qu'il se complète d'un pouvoir d'injonction dévolu aux mêmes agents régionaux de la concurrence, dont le pouvoir de sanction administratif, manifesté par le prononcé d'amendes pouvant atteindre 3 000 euros pour les personnes physiques et 15 000 euros pour les personnes morales, devrait lui aussi fortement inciter les opérateurs à se soumettre à leurs obligations légales (article L.465-1 du Code de commerce).

Le burin, ou comment graver les tarifs du fournisseur dans le marbre de la convention écrite annuelle.

Les tarifs annuels du fournisseur sont désormais sanctuarisés dans le mécanisme de formalisation contractuelle revu par la loi « Consommation » : notons qu'il ne s'agit pas là d'une simple faculté, mais d'une réelle obligation puisque l'article L.441-7 du Code de commerce impose que soient rappelées, dans le texte de la convention écrite, les conditions générales de vente du fournisseur, en ce compris les tarifs tels que communiqués par le fournisseur préalablement à toute négociation. À défaut, les parties à la convention s'exposent aux sanctions administratives précitées, la non reproduction des tarifs annuels du fournisseur étant considérée comme un manquement aux obligations de contractualisation prévues par la loi.

Ainsi, à la question : les fournisseurs seront-ils en mesure de faire systématiquement passer leurs tarifs annuels

N+1 lors de la formalisation de la convention écrite annuelle, la réponse est incontestablement positive, mais doit néanmoins être relativisée en considération du fait que, par application des dispositions nouvelles de l'article L.442-6-I, 11° du Code de commerce, il leur sera en revanche des plus difficile de substituer en cours d'année un tarif en hausse à celui convenu dans le cadre de la formalisation du plan d'affaires, à moins que cette hausse soit actée par le moyen d'un avenant : à défaut, les fournisseurs s'exposeraient à l'amende civile maximale de deux millions d'euros prévue en cas de violation du texte précité.

De ces évolutions légales, les fournisseurs devront donc tirer l'enseignement que si les hausses tarifaires annuelles sont facilitées, et même légalisées, en revanche, les modifications de tarifs en cours d'année seront, elles, rendues des plus complexes, l'objectif du législateur sur ce point étant de faire disparaître les litiges à répétition qui découlent, le plus souvent, de la notification par un fournisseur d'un nouveau tarif en cours d'année.

Bien entendu, rien n'interdit de prévoir contractuellement, en début d'année, un mécanisme de modification progressive du tarif par le biais d'une indexation, non plus que d'annexer à la convention annuelle un second tarif en prévoyant que sa prise d'effet soit, par exemple décalée au second semestre, pour autant donc que la hausse ainsi envisagée ait été stipulée dès l'origine.

Il en découle que la loi « Consommation » introduit, à l'endroit des tarifs, des modifications sensibles qui devront nécessairement conduire les fournisseurs à repenser sur le fond leur politique de prix.

Le rouleau d'adhésif, ou le rhabillage des réductions de prix.

La loi consommation signe la fin des tarifs particuliers par enseigne, dont la loi « LME » du 4 août 2008 avait, à défaut de les rendre totalement légitimes sur le plan juridique, en tout cas facilité la mise en œuvre : l'article L.441-7 du Code de commerce prévoit en effet que les réductions de prix consenties dans le cadre de la négociation commerciale devront être identifiées dans le plan d'affaires et, par voie de conséquence, reproduites avec leur intitulé précis sur les factures de vente de produits émises par le fournisseur, en application des dispositions pénalement sanctionnées de l'article L.441-3 du même code. Seules *les autres obligations de nature à promouvoir la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur*, c'est-à-dire ce qu'il était convenu d'appeler traditionnellement les *services distincts* pourront être rémunérées par le biais de l'octroi d'une remise ou d'une ristourne *globalisée*.

Il en résulte que si les distributeurs demeureront libres de requérir des fournisseurs une dérogation à leur tarif général, par le biais de l'octroi d'une condition particulière de vente, pour autant cette condition particulière de vente devra impérativement donner lieu à un exercice de qualification, ou *d'habillage*, pour reprendre le qualificatif en vogue à l'époque de la loi

Galland, à cette différence prêt que ledit habillage devra recouvrir une réalité factuelle (engagement de volume, service, etc.), à peine d'être considéré comme la manifestation d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, lequel déséquilibre pourrait, désormais, être sanctionné sur le fondement des dispositions de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce, dans sa rédaction introduite par la loi « LME » du 4 août 2008.

Demeure, par ailleurs, prohibé le fait de requérir d'un fournisseur le versement d'une rémunération ne correspondant à aucun service rendu, ou manifestement disproportionné par rapport au coût du service rendu (article L.442-6-I-1°), de sorte que les distributeurs auront sans doute plus de difficulté que par le passé à requérir de leurs fournisseurs une baisse tarifaire qui serait totalement dénuée de contreparties car, et quand bien même le texte n'emploie-t-il pas ce mot tabou, c'est bien de contreparties dont il s'agit, ces fameuses contreparties dont on aurait pu croire que la loi « LME » avait scellé la perte, et qui s'invitent à nouveau à la négociation commerciale...

La girouette, ou la clause de renégociation des produits agricoles.

Centre de toutes les attentions et, notamment, du ministre Benoît Hamon, la clause de renégociation des produits agricoles prévue à l'article L.441-8 du Code de commerce permettra aux parties à la convention annuelle, mais évidemment en priorité aux fournisseurs, d'alléguer la hausse du cours de certaines matières premières agricoles afin d'obtenir la renégociation de la convention, dans le cadre d'une démarche de bonne foi entreprise dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale, nous dit le texte. Le tablier de protection, ou la prohibition des clauses de garantie de marge.

Jusqu'à présent, les clauses de garantie de marge n'étaient appréhendées qu'au travers de la prohibition des ententes anticoncurrentielles, en ce que de

telles clauses pouvaient avoir pour objet ou pour effet de conduire à un renchérissement du coût des produits du fournisseur.

Désormais, le fait pour un distributeur, de requérir d'un fournisseur l'octroi d'un avantage financier visant « à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité » sera considéré comme un délit civil, exposant son auteur aux sanctions prévues à ce titre par l'article L.442-6 du Code de commerce, soit notamment une amende pouvant atteindre deux millions d'euros.

Le gong, ou la sévère sanction du non respect des délais de paiement.

Dans le cadre de la loi « Consommation », le fait de ne pas respecter les délais de paiement prévus, soit par le cadre général posé par l'article L.441-6 du Code de commerce, soit par les dispositions spécifiques de l'article L.443-1 du même code, exposera le contrevenant aux sanctions administratives évoquées ci-dessus.

Ainsi, de manière générale, le fait de régler ses factures après qu'aura retenti le coup de gong légal des 45 jours, fin de mois, ou 60 jours, date de facture – auquel il faut ajouter désormais les 45 jours, date de facture, du délai prévu en cas d'émission d'une facture récapitulative mensuelle – sera sévèrement sanctionnable.

* * *

Les instruments de la négociation commerciale, tels qu'ainsi re-calibrés par la loi consommation peuvent évidemment paraître disparates : il n'empêche que leur existence et, *a fortiori*, leur utilisation pratique pourra indubitablement concourir à la sauvegarde des intérêts des PME, de sorte que, s'agissant tout au moins de son volet « négociations commerciales », le lien créé par la loi nouvelle avec la recherche du bien être des consommateurs paraît des plus ténus.

Loi Hamon : quel avenir pour les jeux-concours ?

Par Jean-Christophe Grall et Caroline Bellone

Il ressort des débats sur le projet de loi Hamon qu'un arrêt relatif à des tournois de poker rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 30 janvier 2013 a beaucoup inquiété l'Assemblée nationale, ce qui l'a conduite à modifier en profondeur la réglementation applicable aux jeux-concours-loteries, peut-être au détriment des jeux-concours...

Par un arrêt du 30 janvier 2013 (CA Toulouse, 30 janvier 2013, n°11/00947), la Cour d'appel de Toulouse a considéré que le poker n'était pas un jeu de hasard dans la mesure où, selon une jurisprudence constante, reprise dans la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative

à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, doit être considéré comme un jeu de hasard celui où la chance prédomine sur l'habileté et les combinaisons de l'intelligence. Or, selon la Cour, tel n'est pas le cas du poker, l'habileté prédominant dans ce jeu sur la chance.

Ainsi le législateur, qui a réaffirmé en 2010 sa volonté de « limiter et d'encadrer l'offre et la consommation des jeux [de hasard] et d'en contrôler l'exploitation » (Loi n°2010-476 précitée, article 3) et souhaité à ce titre réserver l'organisation de tournois de poker aux

seules sociétés préalablement agréées par l'Etat ne pouvait-il laisser passer cet arrêt de la Cour d'appel de Toulouse sans réagir.

C'est pourquoi, dans le cadre des débats sur le projet de loi Consommation, l'Assemblée nationale a souhaité élargir le champ d'application du chapitre II du livre II du titre III du Code de la sécurité intérieure afin notamment que les tournois de poker organisés par des acteurs autres que les sociétés agréées par l'Etat soient définitivement et sans doute possible considérés comme des loteries illicites.

Le champ de l'article L.322-2 du Code de la sécurité intérieure a ainsi été élargi **à toutes les opérations** faisant naître l'espérance d'un gain **qui serait dû même partiellement au hasard**. L'article L.322-2 du Code de la sécurité intérieure tel qu'issu de la loi Hamon dispose ainsi :

*« Sont réputées loteries et interdites comme telles : les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles ont été réunies des primes ou autres bénéfices dus, même partiellement, au hasard et d'une manière générale, toutes **opérations offertes au public, sous quelque forme que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait dû, même partiellement, au hasard et pour lesquelles un sacrifice financier est exigé par l'opérateur de la part des participants** »¹.*

Et l'article 2 de la loi n°2010-476 précitée a été modifié comme suit :

« La notion de jeu d'argent et de hasard dans la présente loi s'entend des opérations mentionnées aux articles L.322-2 et L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure ».

La boucle est ainsi bouclée : les jeux d'argent et de hasard devront être considérés comme des loteries au sens du Code de la sécurité intérieure, ce qui devrait mettre définitivement fin aux contradictions jurisprudentielles entre les décisions rendues en matière de jeux d'argent et de hasard d'une part, selon lesquelles il faut que le hasard prédomine sur l'habileté pour qu'un jeu puisse être qualifié de jeu de hasard, et celles rendues en matière de loteries et jeux-concours promotionnels d'autre part, selon lesquelles constitue une loterie un jeu qui fait intervenir le hasard, quelle que soit la proportion de celui-ci.

Faisant feu de tout bois, l'Assemblée nationale a en outre souhaité s'attaquer aux jeux d'adresse, autrement désignés « *skill games* », qui connaissent un essor certain sur Internet mais dans lesquels « *le hasard joue un rôle réduit voire nul* » (Rapport n°809 de MM. Martial Bourquin et Alain Fauconnier au nom de la Commission des affaires économiques, déposé le 24 juillet 2013, page 332). A cette fin, a été ajouté au Code

de la sécurité intérieure un nouvel article L.322-2-1 qui dispose que :

« Cette interdiction recouvre les jeux dont le fonctionnement repose sur le savoir-faire du joueur. (...) »².

Compte tenu du champ extrêmement large de ce nouvel article, certains parlementaires considèrent qu'il fait disparaître la distinction historique entre les jeux-concours (qui font appel exclusivement au savoir-faire, à l'habileté ou à la sagacité du joueur) et les loteries (qui reposent même partiellement sur le hasard), les premiers ayant toujours été autorisés et les secondes prohibées.

• **Si cette interprétation peut paraître excessive à la seule lecture de ces textes – l'article L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure devant à notre sens être interprété comme ne prohibant les jeux reposant sur le savoir-faire du joueur et nécessitant un sacrifice pécuniaire que si ceux-ci font également intervenir, au moins partiellement, le hasard –, il n'en demeure pas moins que l'interprétation qu'il conviendra de donner à ce texte demeure pour l'heure confuse.**

Alors que certains sénateurs mettaient en avant que si « *l'alinéa 4 vise les jeux dont le fonctionnement repose sur le savoir-faire des joueurs : cela paraît excessivement large* », Benoit Hamon a tenu à les rassurer en affirmant que « *la menace des concours sportifs ou littéraires est infondée, car la jurisprudence a toujours refusé de les assimiler à des jeux d'argent et le gouvernement n'entend pas la remettre en cause* ». Cet argument ne saurait convaincre dans la mesure où le Code de la sécurité intérieure ne fait nullement référence à cette notion de « *jeu d'argent* » : si les jeux d'argent et de hasard visés par la loi n°2010-476 (à ce jour non codifiée dans le Code de la sécurité intérieure) doivent désormais être considérés comme des loteries au sens de l'article L.322-2 dudit Code, ces dernières ne sauraient néanmoins être réduites aux seuls jeux d'argent et de hasard et semblent couvrir une réalité bien plus vaste dont les contours restent encore flous.

De même, lorsqu'il a été relevé que « *cette notion d'intervention partielle du hasard est beaucoup trop large et contredit la jurisprudence, qui a toujours estimé que les jeux dans lesquels le hasard intervient de manière non significative n'étaient pas des jeux de hasard, comme un tournoi de pêche par exemple* », Martial Bourquin, rapporteur, a répondu que « *le Ministre a déclaré oralement que ces jeux n'étaient pas concernés par le texte. Des règlements spécifiques encadrent les tournois de pêche et les loteries* », omettant ainsi toute référence aux jeux-concours qui ne seraient ni des loteries promotionnelles, ni des concours sportifs.

¹ Dans sa rédaction antérieure, cet article visait « *toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort* ».

² Il peut paraître regrettable que cet article renvoie à la notion de « jeu », non définie dans le Code de la sécurité intérieure, et non à celle de loterie, définie à l'article L. 322-1. Cela aurait permis d'exclure de manière certaine du champ de cet article les jeux ne faisant à aucun moment appel au hasard.

En outre, le rapporteur précisait, afin de justifier l'adoption de l'amendement n°79 prévoyant une exception pour les jeux et concours organisés dans le cadre des programmes télévisés et radiodiffusés (aujourd'hui étendue aux publications de presse), que « les loteries ou jeux-concours organisés par exemple par des journaux n'ont pas à être interdits par le code de la sécurité intérieure, lequel vise des jeux pouvant créer un sentiment d'addiction, voire faciliter le blanchiment ou la fraude ». Faut-il comprendre de cette exception que les jeux-concours organisés dans un autre contexte que celui des programmes télévisés ou radiodiffusés ou dans des publications de presse sont susceptibles d'entrer dans le champ de l'article L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure ?

Tout ceci n'est assurément pas clair et une prise de position de l'administration sur l'interprétation qu'il convient de faire de l'article L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure paraît indispensable pour restaurer une certaine sécurité juridique en matière de jeux-concours.

- **Au regard des débats parlementaires susvisés, on ne saurait exclure une interprétation stricte de l'administration sur l'appréciation de la notion de hasard, qui reste naturellement très subjective.**

La note n°123 du rapport n°809 de MM. Martial Bourquin et Alain Fauconnier, établi au nom de la Commission des affaires économiques, déposé le 24 juillet 2013, précise en effet que :

« On peut toutefois estimer que, en toute rigueur, le hasard est rarement totalement absent : dans le jeu de dames, par exemple, le choix du joueur qui joue en premier a une influence sur le déroulement de la partie ! »

Si l'administration venait à retenir une appréciation de la notion de hasard aussi extensive que celle-ci, tout jeu-concours contenant une part de hasard, aussi infime soit-elle, en ce compris une simple part de subjectivité au moment de la désignation du vainqueur, serait susceptible, au regard des nouveaux textes issus de la loi Hamon, d'être requalifiés en loterie.

Une interprétation aussi extensive de la notion de hasard serait d'autant plus problématique que l'existence d'un sacrifice financier, qui rend toute loterie illicite en application de l'article L.322-2 du Code de la sécurité intérieure, semble elle aussi devoir se faire de manière très extensive.

L'article L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure précise en effet, en son second alinéa, que :

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

Et l'article L.322-7 (nouveau) de ce même Code ajoute :

« Le second alinéa de l'article L.322-2-1 ne s'applique ni aux frais d'affranchissement, ni aux frais de communication ou de connexion, surtaxés ou non, engagés pour la participation aux jeux et concours organisés dans le cadre des programmes télévisés et radiodiffusés ainsi que dans les publications de presse (...) dès lors que la possibilité pour les participants d'obtenir le remboursement des frais engagés est prévue par le règlement du jeu et que les participants en sont préalablement informés. (...) ».

Or, si cet article prévoit une exception pour les jeux et concours télévisés ou radiodiffusés ou organisés dans des publications de presse, on peut légitimement penser que les frais d'affranchissement, de connexion ou de communication pourront au contraire être considérés comme un sacrifice financier au sens de l'article L.322-2-1 alinéa 2 s'agissant des jeux concours qui ne seraient ni télévisés, ni radiodiffusés, ni organisés dans des publications de presse. Dans ces conditions, faut-il considérer que les jeux concours organisés sur Internet (et nécessitant donc des frais de connexion de la part du consommateur) ou liés à une obligation d'achat et faisant intervenir, même de manière minimale, le hasard, seraient illicites ?

C'est parfaitement possible ! Et il conviendra là encore que l'administration se prononce sur cette question rapidement pour lever bien des ambiguïtés.

On peut regretter que les différents amendements proposant qu'en-deçà d'un certain montant, défini par décret, les frais générés par la participation à un jeu-concours ne puissent être considérés comme un sacrifice financier n'aient pas été adoptés. Cela aurait simplifié bien des choses, les jeux-concours dénués de sacrifice financier ne pouvant en effet être considérés comme des loteries prohibées au sens de l'article L.322-2 du Code de la sécurité intérieure...

- **En tout état de cause, les jeux-concours promotionnels qui seraient requalifiés en loteries en application des nouveaux articles L.322-2 et L.322-2-1 du Code de la sécurité intérieure, en ce qu'ils feraient intervenir une part aussi infime soit-elle de hasard, devraient échapper à l'interdiction générale des loteries posée par l'article L.322-1 du Code de la sécurité intérieure³.**

En effet, en deuxième lecture du projet de loi Consommation, l'Assemblée nationale a finalement ajouté au Code de la sécurité intérieure un article L.322-2-2 prévoyant que :

« Cette interdiction ne recouvre pas les opérations publicitaires mentionnées à l'article L.121-36 du code de la consommation ».

Or, l'article L.121-36 du Code de la consommation tel qu'il est issu de la loi Hamon dispose :

« Les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à faire naître l'espérance d'un

³ Cet article dispose : « Les loteries de toute espèce sont prohibées ».

gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort ou d'intervention d'un élément aléatoire, sont régies par la présente section ».

Cet article vise donc désormais toute opération promotionnelle tendant à faire naître l'espérance d'un gain et faisant intervenir un élément aléatoire et non plus les seules opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit et faisant appel à un tirage au sort⁴ (sur les conditions d'application de l'article L. 121-36 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi Hamon, voir notamment : « Droit de la publicité et de la promotion des ventes », Dalloz Référence 2014/2015, pages 381 et suivantes).

Ainsi, si un jeu-concours promotionnel devait être requalifié en loterie en raison d'une intervention aussi minime soit-elle du hasard, il devrait alors entrer dans le champ de l'article L.121-36 du Code de la consommation et serait donc soumis aux conditions fixées aux articles L.121-36-1 et suivants dudit Code qui prévoient notamment la rédaction d'un règlement à déposer chez un officier ministériel, l'envoi dudit règlement, gratuitement, à tout consommateur qui en fait la demande et la possibilité, pour le consommateur, de demander **le remboursement de ses frais d'affranchissement, de communication ou de connexion non surtaxés**.

* * *

Compte tenu de l'incertitude qui existe aujourd'hui sur la notion de jeux-concours au regard des nouveaux articles du Code de la sécurité intérieure, il conviendra donc de rester prudent dans l'organisation de jeux-concours ne faisant pas, à première vue, appel au hasard.

Rappelons en effet que l'organisation de loteries illicites au sens de l'article L.322-2 du Code de la sécurité intérieure est sanctionnée pénalement par des peines pouvant aller jusqu'à 90 000 euros d'amende et trois ans d'emprisonnement !

En outre, avec l'entrée en vigueur de la loi Hamon, tout manquement aux articles L.121-36 à L.121-38 du Code de la consommation relatifs à l'organisation de loteries promotionnelles sera passible d'une amende administrative pouvant atteindre 15 000 euros pour le représentant légal de l'entreprise concernée ou son délégué en cas de délégation de pouvoirs en la matière, et 75 000 euros pour la personne morale condamnée⁵. Attention donc !

⁴ L'article L. 121-36 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi Hamon était ainsi rédigé : « Les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit. Lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1. Le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service ».

⁵ L'organisation de loteries publicitaires en violation des dispositions des articles L. 121-36 et suivants du Code de la consommation était jusqu'alors sanctionnée pénalement par une amende de 37 500 euros pour les personnes physiques, le quintuple pour les personnes morales.

Assignations Novelli - Acte II , Cour d'appel de Paris : 20 novembre 2013 (Provera) et 18 décembre 2013 (Galec)

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

Avec deux arrêts en date du 20 novembre 2013 et du 18 décembre 2013, la Cour d'appel de Paris révèle de nouvelles clauses caractérisant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 novembre 2013, n° RG : 12/04791, SAS Provera France c/ Ministre de l'Economie, de l'Industrie.

CA Paris, pôle 5, ch. 4, 18 décembre 2013, n° RG : 12/00150, SA Galec c/ Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie.

Par ces arrêts, la Cour d'appel de Paris a confirmé la condamnation de la centrale d'achat alimentaire des magasins Cora (SAS Provera France) à une amende civile de 250 000 euros et a condamné la centrale nationale de référencement de l'enseigne E. LECLERC (SA Galec) à une amende civile de 500 000 euros pour avoir inséré dans leurs contrats plusieurs clauses traduisant un déséquilibre significatif et enjoint à ces distributeurs de cesser pour l'avenir la pratique consistant à mentionner ces clauses dans leurs contrats commerciaux.

Ces condamnations font suite à deux des neuf assignations que le Ministre Hervé Novelli avait lancées en 2009 à l'encontre des différentes enseignes de la grande distribution sur le fondement de l'article L.442-6, III du Code de commerce.

Avant de s'attacher au contenu des clauses, dont certaines sont riches d'enseignements, il convient de s'attarder sur la confirmation apportée par ces décisions quant à la recevabilité de l'action du Ministre de l'Economie ainsi que sur les précisions relatives à la notion de « soumission » à un déséquilibre significatif.

→ **La confirmation de la recevabilité de l'action du Ministre de l'Economie lorsque ce dernier demande uniquement la cessation des pratiques pour l'avenir**

Alors que le Tribunal de commerce de Créteil, dans un jugement en date du 13 décembre 2011, avait considéré que l'action du Ministre était irrecevable dans la mesure où il n'en avait pas informé les fournisseurs concernés, le Tribunal de commerce de Meaux, dans sa décision du 6 décembre 2011, avait estimé que l'action était recevable et avait condamné la centrale d'achat Provera.

En appel, l'action du Ministre de l'Economie est déclarée recevable dans les deux affaires, le pôle 5 de la Cour d'appel de Paris confirmant ainsi son interprétation de la décision du Conseil constitutionnel n°2011-126 QPC du 13 mai 2011 (CA Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juillet 2013, n° RG : 12/07651, Sté EMC Distribution c/ Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi).

La Cour d'appel réaffirme en effet que le Ministre de l'économie « exerce une action qui lui est propre dans le but de maintenir ou de rétablir l'ordre public économique » lorsqu'il intervient pour faire reconnaître par l'autorité judiciaire que la pratique consistant à faire figurer certaines clauses dans un contrat doivent cesser, parce qu'elles sont de nature à instaurer un déséquilibre significatif entre les parties. Le Ministre n'intervenant pas dans la sphère contractuelle, ce dernier n'a pas à informer les fournisseurs de son action, conformément à la décision précitée du Conseil constitutionnel du 13 mai 2011, laquelle a, on le rappelle, seulement précisé que l'information était nécessaire lorsque l'action avait pour objet la nullité, la restitution de l'indu et la réparation du préjudice subi par les pratiques illicites.

→ **La notion de « soumission » à un déséquilibre significatif, une acception juridique teintée de considérations économiques**

Dans les deux affaires, la Cour d'appel de Paris se livre à une interprétation de la notion de « soumission » de l'article L.442-6, I, 2°. Il ressort de ces décisions une acception juridique de cette notion puisque la soumission semble établie par l'insertion de clause dans des contrats types, lesquels ne sont de fait pas négociés.

Dans son arrêt du 20 novembre 2013, la Cour d'appel rappelle tout d'abord que la concentration du marché de la grande distribution limite les débouchés des fournisseurs et que la société Provera, en tant qu'« acteur d'envergure de la distribution française »

ne peut soutenir qu'elle n'est pas en position d'imposer des clauses contractuelles à ses fournisseurs. La Cour précise ensuite que le fait de mettre à la disposition des fournisseurs un contrat type ne constitue pas en soi une tentative de soumission du fournisseur car un tel contrat n'interdit pas la négociation. En revanche, l'absence de modification des clauses figurant dans ce contrat type est contestable en ce qu'elle manifeste l'absence de négociation effective entre les parties. En l'espèce, la centrale d'achat alimentaire n'avait jamais fait connaître son accord ou désaccord sur les réserves ou avenants proposés par les fournisseurs et le contrat avait été exécuté en l'état. Pour les juges du second degré, ces contrats soumis aux fournisseurs « sont de véritables contrats d'adhésion », caractérisant ainsi la soumission des fournisseurs au distributeur.

Dans le même sens, la Cour d'appel, dans l'affaire du Galec, considère que la soumission au déséquilibre se traduit par l'insertion de clauses déséquilibrées dans le contrat dès lors que les fournisseurs n'ont pas de pouvoir réel de négociation. La Cour met également en exergue deux caractéristiques pour démontrer la soumission des fournisseurs aux exigences du distributeur : d'une part, le groupement de distribution détenait 16,9 % de part de marché de la distribution, et, d'autre part, les fournisseurs dont seulement 3% appartenaient à de grands groupes ne pouvaient se permettre de cesser leurs relations commerciales avec lui.

On remarque dès lors que, dans les deux décisions, les juges d'appel prennent également soin de faire référence à la position des distributeurs sur le marché pour caractériser la soumission des fournisseurs, l'acception juridique de la notion de « soumission » se trouvant ainsi contrebalancée par des considérations d'ordre économique.

→ **Les clauses stigmatisées : de la clause d'exclusion des conditions générales de vente (CGV) du fournisseur au profit des conditions d'achat du distributeur (CGA) à la clause de résiliation unilatérale pour sous-performance du produit**

En ce qui concerne l'examen du contenu des clauses, l'arrêt du 18 décembre 2013 est le plus riche d'enseignements, en ce que la Cour d'appel a stigmatisé cinq clauses créant un déséquilibre significatif au détriment des fournisseurs du Galec. Dans l'affaire Provera, la Cour d'appel de Paris devait se prononcer sur deux clauses du contrat-cadre conclu entre le distributeur et ses fournisseurs (clause relative aux conditions de règlement et celle de résiliation unilatérale).

- **Une grande première : les clauses d'exclusion des conditions générales de vente (CGV) du fournisseur au profit des conditions d'achat du distributeur (CGA) désormais considérées comme déséquilibrées !**

Le contrat-cadre entre le Galec et ses fournisseurs contenait la clause suivante : « *Le fournisseur accepte les termes des conditions d'achat annexées au présent contrat. Ces conditions seront applicables à toutes livraisons de produits ou toutes prestations de services du fournisseur dès l'entrée en vigueur du pré-*

sent contrat-cadre». Son annexe précisait en préambule : « elles [Les conditions d'achat] se substituent aux conditions générales de vente du fournisseur lorsque les dispositions de ces conditions d'achat, contradictoires avec les termes des conditions générales de vente du fournisseur, sont dûment acceptées par le fournisseur ».

La Cour d'appel relève différents éléments caractérisant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au détriment du fournisseur :

- **La systématisation des CGA excluant toute négociation.** Cette clause et l'annexe concernée se trouvent dans tous les contrats cadres quelle que soit la spécificité du fournisseur. En outre, les conditions d'achat étaient établies à partir d'un modèle type et le distributeur ne démontrait pas qu'elles étaient négociées.
- **L'intangibilité des CGA.** Alors que les CGV de plusieurs fournisseurs prévoyaient une clause les faisant prévaloir sur les conditions d'achat du distributeur, ces dernières s'appliquaient dans leur intégralité. La Cour reproche notamment au groupement d'achat de ne pas préciser le résultat de la confrontation des conditions générales d'achat et de vente.

À ce titre, en droit des pratiques restrictives de concurrence, l'article L.441-6 du Code de commerce ne précise pas le sort des CGV et CGA contradictoires. Toutefois, la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC), dans un avis en date du 7 juillet 2004 (avis n°04-04), a estimé que les conditions générales d'achat ne peuvent éluder l'effet des conditions générales du fournisseur, la CEPC considérant que les conditions de vente ne sauraient être globalement remises en cause par des conditions d'achat.

Cette solution de la CEPC est à mettre en parallèle avec celle du droit commun des contrats, lequel considère que les stipulations incompatibles des conditions générales échangées s'annulent. C'est la Théorie dite de la « validité réduite ». dans l'hypothèse de clauses identiques inverses, les deux clauses se contredisent et s'annihilent réciproquement.

- Cette systématisation et cette intangibilité des CGA conduisent à **l'inversement de la situation de négociation voulue par le législateur.** La Cour d'appel observe que les relations entre le distributeur et ses fournisseurs étaient établies à partir de l'offre du distributeur et non à partir de celle du fournisseur, contrairement à l'article L 441-6 du Code de commerce aux termes duquel les CGV « constituent le socle de la négociation commerciale ». La Cour d'appel reprend l'avis précité de la CEPC (**avis n°04-04**), ce dernier précisant à juste titre que le sens des relations basé sur l'offre du fournisseur commande tout le dispositif des articles L.441-1 et suivants du Code de commerce, c'est-à-dire le contrôle de la « transparence » de l'offre et, grâce à cette transparence, le contrôle des

« pratiques restrictives de concurrence ». A noter également que la loi dite « Hamon » relative à la Consommation renforcera encore le statut impératif des CGV, au détriment des CGA, en prévoyant que les premières constituent le « socle unique de la négociation commerciale ».

Par conséquent, la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 18 décembre 2013 apporte une réponse primordiale au sort des clauses identiques inverses, dites « clauses miroirs » : constituent des clauses déséquilibrées au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, aussi bien une clause insérée dans des conditions générales qui exclurait les conditions générales de son cocontractant que la clause insérée dans les conditions générales de son cocontractant qui envisagerait une exclusion identique.

Les deux arrêts de la Cour d'appel qualifient également de déséquilibrée **une série de clauses relatives aux conditions de règlement**, et plus précisément, aux paiements entrecroisés entre fournisseurs et distributeurs. Celles-ci se caractérisent par l'absence de parallélisme entre les obligations du fournisseur et celle du distributeur.

- **Les clauses non-réciproques relative aux délais de paiement, favorisant ainsi le crédit-interentreprises sont jugées déséquilibrées**

Le contrat-cadre du Galec comportait une clause selon laquelle **le paiement des marchandises par le Galec aux fournisseurs avait lieu entre 30 et 60 jours alors que le paiement des prestations de services propres à favoriser la commercialisation des produits, autrement dit les services de coopération commerciale, devait intervenir dans les 30 jours suivant la date d'envoi de la facture.**

La Cour d'appel de Paris a considéré qu'une telle clause constituait un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur en raison du **caractère systématique** de ce délai de 30 jours et de **l'absence de négociation.**

Dans son arrêt du 20 novembre 2013 concernant la société Provera, la Cour d'appel de Paris avait déjà condamné ce type de clause qui prévoyait une facturation non pas au fil de la réalisation des services de coopération commerciale mais suivant un calendrier d'acomptes mensuels. La Cour pointe l'intangibilité des délais de paiement accordés aux fournisseurs par rapport à la négociabilité des délais de paiement des marchandises, lesquels étaient fixés majoritairement à un niveau supérieur.

Cette différence entre les délais de paiement crée **un déséquilibre financier** entre les partenaires commerciaux au profit des distributeurs. Or, la diminution du crédit inter-entreprises constitue l'un des objectifs prioritaires du Ministre de l'Economie depuis la Loi de modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008. Cette considération ressort principalement de la motivation de l'arrêt de novembre 2013 dont il ressort que « le paiement d'acomptes mensuels par lesquels le fournisseur fait l'avance des frais de promotion qui

peuvent intervenir plusieurs mois plus tard **entraîne la création d'un solde commercial** à la charge de la plupart des fournisseurs ».

Dans les deux affaires, la Cour relève l'absence d'autres clauses du contrat permettant de rééquilibrer le cas échéant les obligations des parties.

Par ailleurs, le plan d'affaires conclu entre la centrale de référencement des magasins E. LECLERC et ses fournisseurs contenait également une clause selon laquelle **le distributeur n'accordait pas d'escompte pour le paiement anticipé des ristournes et des prestations de services.**

Pour la Cour d'appel, cette clause crée un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur dans la mesure où certains contrats signés par le distributeur précisent l'existence d'un escompte en faveur de celui-ci **sans réciprocité.**

En outre, les conditions de paiement des prestations de services et ristournes étaient elles-mêmes critiquables : paiement des prestations de services sous un court délai de 30 jours et application d'une clause pénale « abusive » en cas de non-respect du délai pour le paiement des ristournes et prestations de services.

- **Des clauses pénales, qui si elles ne sont pas critiquées dans leur principe, sont déséquilibrées en l'espèce faute de réciprocité**

Le plan d'affaire du Galec prévoyait que le paiement tardif des ristournes et des prestations de services par le fournisseur donnerait lieu au versement d'une indemnité de retard égale à trois fois le taux de l'intérêt légal, ainsi qu'à une pénalité de 160 euros par facture de prestation de services. En revanche, aucune pénalité n'était envisagée pour les retards de paiement par le Galec.

L'examen de ces pénalités permet à la Cour d'apporter des précisions quant à l'articulation entre l'article 1152, al. 2 du Code civil, qui prévoit que le juge peut réduire le montant prévu par la clause pénale si celui-ci présente un caractère manifestement excessif, et l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

En effet, le Galec soutenait que le premier de ces articles prévalait sur le second qui n'a pas vocation à s'appliquer à la clause pénale. La Cour d'appel répond, au contraire, que le texte civiliste n'exclut pas le texte commercialiste, de sorte que, en présence d'une clause pénale, le juge n'est pas contraint de ne faire application que de l'article 1152, al. 2 du Code civil.

Ainsi, au regard de l'article L 442-6, I-2°, les juges d'appel considèrent que la clause entraînait un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur du fait de l'absence de réciprocité. Si la présence de nombreuses clauses pénales destinées à assurer la bonne exécution de l'approvisionnement par le fournisseur peut apparaître justifiée, l'absence de pénalités en cas d'inexécution par le distributeur de ses obligations en matière de services de coopération commerciale

était tout autant dommageable pour le fournisseur.

En sus de l'examen de ces dernières clauses relatives aux conditions de règlement, l'arrêt du 18 décembre 2013 stigmatise pareillement une clause relative au retour des produits dégradés par la clientèle. Dans l'affaire Provera, la Cour d'appel qualifie également de déséquilibrée la clause de résiliation du contrat pour sous-performance du produit par rapport aux objectifs fixés ou résultats annoncés.

- **Emporte un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, la clause transférant au fournisseur le risque de détérioration par les clients des produits en promotion**

La clause 1.4 d de l'annexe III du plan d'affaire du Galec précise que : « Dans le cas où le fournisseur proposerait des produits contenant par exemple des primes ou des offres promotionnelles détachables ou découppables, il garantit au Galec, aux centrales et aux magasins, qu'il s'est assuré que le mécanisme les rassemblant n'entraînera pas la destruction par le consommateur de l'emballage et/ou du produit dans les points de vente. Si tel n'est pas le cas, les frais et coûts liés à la reprise ou à la destruction de ces produits seront à la charge du fournisseur.»

Le groupement d'achat arguait que cette obligation relative au retour des produits en promotion dégradés par la clientèle relevait de la garantie des vices cachés et de l'obligation de répondre de la mauvaise qualité.

Ce moyen n'a pas convaincu la Cour d'appel, qui a jugé qu'une telle clause entraînait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties car elle opérait un **véritable transfert au fournisseur des risques inhérents à la mise en vente des produits en promotion** alors que le choix de l'emplacement, la mise en linéaire des produits, la surveillance de la clientèle lui échappaient.

Ce n'est donc pas à l'industriel de « payer la casse » en magasin mais bien au distributeur, seul maître des moyens qu'il a lui-même mis en œuvre pour commercialiser les produits.

- **La clause de résiliation anticipée pour « sous-performance d'un produit » jugée déséquilibrée**

Dans le plan d'affaires Provera, était insérée une clause qui prévoyait qu'une partie pouvait **résilier unilatéralement** la convention, en cas d'inexécution par l'autre partie d'une obligation contractuelle et ce, dans un certain nombre d'hypothèses, telle que la « **sous-performance** » d'un produit par rapport aux objectifs fixés d'un commun accord entre les parties ou aux résultats annoncés par le fournisseur.

Reprenant les observations du Ministre, la Cour d'appel relève, premièrement, que contrairement à ce qu'indiquait la convention, le fournisseur ne pouvait pas corriger le manquement avant la résiliation. Deuxièmement, la résiliation était automatique en dépit de l'absence de gravité de ce manquement et de l'ancienneté de relation commerciale des parties.

Troisièmement, même si la convention le prévoyait, la possibilité réciproque pour le fournisseur de la résilier en cas de manquement du distributeur était éminemment théorique, sauf il est vrai pour les fournisseurs d'un poids économique certain. Enfin, les juges notent que le recours au juge en cas de contestation sur l'application de bonne foi de la clause n'aurait pas empêché le déréférencement qui aurait suivi l'application de la clause et ses conséquences irréversibles pour le fournisseur. Aucune compensation à ce déséquilibre ne pouvait en outre être trouvée dans l'étude des autres clauses de la convention.

Compte tenu de ces différents indices, la Cour d'appel de Paris a considéré que cette clause créait manifestement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Par conséquent, en considération de ces pratiques, la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire Provera, a confirmé le jugement du Tribunal de commerce de Meaux qui avait ordonné au groupement d'achat de cesser de mentionner ces clauses dans ses contrats et condamné celui-ci à une amende civile de 250 000 euros. Concernant le Galec, alors que l'assignation lancée par l'Etat en 2009 avait été rejetée en première instance par le Tribunal de commerce de Créteil, pour irrecevabilité, la Cour d'appel lui interdit également d'appliquer ces clauses à l'avenir et le

condamne à une amende civile de 500 000 euros, justifiée par l'importance et le nombre de clauses créant un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur dans la relation distributeur-fournisseur.

À noter, enfin, dans l'arrêt du 20 novembre 2013, le souci de justification économique des juges d'appel quant aux conséquences des pratiques relatives aux délais de paiement et à la résiliation automatique. À l'instar du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris s'essaie en effet à la caractérisation du « préjudice causé à l'économie ». L'arrêt relève à ce titre la soumission des fournisseurs « à des conditions de paiement qui tendent nécessairement à obérer leur trésorerie, et à des conditions d'exécution du contrat qui les exposent à un anéantissement de la relation commerciale ». Dès lors, pour la Cour, le préjudice causé à l'économie s'assimilerait à « un trouble réel à l'ordre public économique ».

Ces deux décisions extrêmement motivées de la Cour d'appel de Paris constituent une étape supplémentaire dans l'élaboration d'une liste de clauses emportant un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

Rendez-vous est d'ores-et-déjà pris pour l'acte III devant la Cour de cassation...

L'Autorité de la concurrence encourage fortement la concentration des producteurs dans le secteur des fruits et légumes

Par Jean Christophe Grall et Philippe Jouvét

Le secteur agricole est particulièrement à l'honneur dans la pratique consultative de l'Autorité de la concurrence (« l'ADLC »). On se souvient de l'étude thématique particulièrement poussée qui lui avait été consacrée dans son rapport annuel 2012 (voir notre Flash concurrence n°10, 2012).

S'agissant du secteur des fruits et légumes, soumis à des modalités de concurrence très particulières en raison notamment du caractère périssable des denrées, l'ADLC qui s'était déjà prononcée dans un premier avis rendu en 2008, s'est à nouveau penchée sur la situation de la concurrence dans le secteur des fruits et légumes frais dans un avis n°14-A-03 du 14 février 2014.

En juin 2012, la fédération de syndicats agricoles, Les Producteurs de Légumes de France, a en effet saisi l'ADLC estimant que le secteur des fruits et légumes frais se trouvait dans une situation manifestement anormale de marché qui aurait dû justifier l'adoption par le Gouvernement de mesures exceptionnelles telles qu'un encadrement temporaire des prix des fruits et légumes frais.

Une offre et une demande structurellement déséquilibrées

Dans son avis, l'ADLC ne considère pas que la situation du secteur justifie de telles mesures. Elle estime que les difficultés rencontrées par les producteurs de fruits et légumes frais ne sont pas d'ordre conjoncturel et ne peuvent donc pas être résolues par l'adoption de mesures temporaires évoquées par la fédération.

Selon l'ADLC, ces difficultés sont d'ordre structurel. En conséquence, elle préconise des modifications de fond du secteur qui reprennent, en les développant et en les complétant, les principales recommandations de 2008.

En premier lieu, elle encourage la généralisation de l'utilisation des contrats-cadres entre les distributeurs et les fournisseurs afin d'introduire de la visibilité et de la pérennité pour ces derniers.

En deuxième lieu, elle propose d'accroître la transparence du marché, notamment par l'instauration d'indicateurs de prix qui permettraient aux fournis-

seurs lors de négociations commerciales de disposer d'informations objectives pour la négociation et la détermination des prix.

Plaidoyer pour une offre plus concentrée et donc plus forte

En troisième et dernier lieu, l'ADLC rappelle que la demande dans ce secteur est particulièrement concentrée. Les 6 premiers groupes de la grande distribution représentent plus de 85% du marché et disposent donc d'une puissance d'achat certaine.

Pour la contrebalancer, l'ADLC recommande la concentration des producteurs de fruits et légumes frais au sein d'organisations de producteurs (« OP »).

Celles-ci ont été mises en place par une organisation commune de marché (« OCM ») au niveau européen depuis 1996 et réglementée aujourd'hui par le tout nouveau règlement (UE) n°1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013.

Les OP sont des personnes morales reconnues par les États membres constituées à l'initiative des producteurs afin « d'assurer la programmation de la production et son adaptation à la demande notamment en quantité et en qualité ; de promouvoir la concentration de l'offre et la mise en marché de la production des membres ; de réduire les coûts de production et de régulariser les prix à la production ». Les OP peuvent elles-mêmes se regrouper au sein d'associations d'OP (les AOP).

L'ADLC relève qu'un nombre non négligeable d'OP a été constitué depuis la mise en place de ces structures. Cela étant, leur pouvoir de marché demeure marginal. Elles ne représentent, d'une part, que 50% de la production de fruits et légumes frais en raison de l'attachement des producteurs à leur indépendance. Elles sont, d'autre part, de taille modeste et sont éclatées sur tout le territoire.

Par conséquent, il est recommandé par l'ADLC de poursuivre et de renforcer le mouvement de concentration de l'offre au sein d'OP de taille plus significative, voire d'AOP. Les OP de taille importante permettraient de commercialiser la production de leurs membres directement auprès des centrales d'achat de la grande distribution, ce qui supprimerait selon elle les nombreuses marges causées par la multiplication des intermédiaires dans le secteur, mais sans comprendre qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une double ou triple marginalisation sans raison car la distribution de fruits et légumes nécessite un certain nombre d'acteurs à différents niveaux dont le rôle est parfaitement utile et qui ont été reconnus depuis de nombreuses années pour leur efficacité.

À ce propos et de façon quelque peu tranchée et contestable, l'ADLC envisage tout bonnement « la suppression des échelons intermédiaires » (§106) et plaide pour le développement des coopératives, de taille suffisamment importante pour commercialiser la production de leurs membres directement auprès des centrales d'achat de la grande distribution, sans passer par un expéditeur ou un grossiste.

À cet égard, l'ADLC souligne que les regroupements pourraient être facilités par la modification récente du règlement OCM qui a supprimé le critère d'absence de position dominante pour la reconnaissance des OP.

À supposer que les opérateurs parviennent à mettre en place de tels regroupements, ils devraient tout de même veiller d'une part à ce que leur constitution, si elle devait être soumise au contrôle des concentrations, satisfasse le test de validité prévu par ce contrôle (absence d'atteinte à la concurrence sur le marché notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante), d'autre part, en toute hypothèse, à ce que ces regroupements ne soient pas l'outil de mise en œuvre de pratiques anti-concurrentielles.

Crise économique et précarité des relations commerciales (Chambre commerciale - Cour de cassation - 13 novembre 2013, n° 12-25.361)

Par Jean-Christophe Grall et Thibault Bussonnière

En affirmant qu'une entreprise sous-traitante dans le transport, dont la prestation dépend par nature des commandes obtenues par le donneur d'ordre auprès de différents industriels, ne peut pas légitimement s'attendre à la stabilité de la relation commerciale, la Cour de cassation opte pour une vision pragmatique des relations commerciales en période de crise économique (Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.361, F-D, SNC Le Joint français c/ SARL Multimodal transport, logistique et service (MTLS)).

En 2006, un donneur d'ordre, fabricant de pièces détachées pour l'industrie automobile avait confié à une entreprise sous-traitante de transport l'acheminement

de sa production. A partir d'octobre 2008, soit en pleine crise économique de l'industrie automobile, le donneur d'ordre a diminué progressivement le volume de ses commandes avant de mettre un terme à ses relations avec son transporteur en mai 2009. L'entreprise sous-traitante a alors reproché à son donneur d'ordre une rupture brutale de relations commerciales établies.

La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel pour manque de base légale au visa de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce et pour méconnaissance de l'exigence de motivation au visa de l'article 455 du Code de procédure civile. Seul le pre-

mier motif de cassation fera l'objet d'un commentaire.

A l'appui de sa censure pour manque de base légale au visa de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale des relations commerciales établies, la Chambre commerciale estime que la Cour d'appel ne pouvait considérer qu'une relation commerciale était établie entre les parties sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si eu égard à la nature de la prestation, la société sous-traitante pouvait légitimement s'attendre à la stabilité de sa relation.

L'établissement du caractère établi des relations commerciales, qui relève en effet des juges du fond, s'appréhende à partir de critères posés par la jurisprudence. Dans son Rapport pour l'année 2008 (Cour de cassation, Rapport annuel pour 2008, p. 306, Rapport disponible à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Cassation_2008.pdf), la Cour de cassation a clairement défini ce qu'elle entend par relations commerciales établies : une relation commerciale entre les parties qui revêtait avant la rupture un « caractère suivi, stable et habituel » et où la partie victime de l'interruption pouvait « raisonnablement anticiper pour l'avenir » une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial.

Or, pour la Cour de cassation, les relations entre le sous-traitant et son donneur d'ordre sont par nature précaires, et ne peuvent donc pas être qualifiées d' « établies ».

La précarité de la relation résulte en l'espèce du fait que les commandes du donneur d'ordre dépendaient elles-mêmes des commandes obtenues par celui-ci auprès de différents industriels de l'automobile pour

lesquels il fabriquait des pièces détachées. En effet, la chute des commandes entraînée par la crise débutée en 2008 dans le secteur automobile a eu pour effet d'annihiler les possibilités de livraison du donneur d'ordre à la société sous-traitante.

Autrement dit, les relations commerciales peuvent cesser sans tomber sous le couperet de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce lorsque le marché en amont du donneur d'ordre s'est totalement effondré.

Cette solution s'inscrit dans la lignée de celle rendue le 12 février 2013 par la Cour de cassation également (Cass. com., 12 fév. 2013, N° : 12-11709). L'affaire ayant donné lieu à cet arrêt opposait des sociétés ayant entretenu des relations commerciales pendant plus de vingt ans jusqu'à la crise intervenue en 2008. La Cour de cassation avait approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu qu'« *il ne peut être démontré l'existence d'une quelconque rupture de la relation commerciale établie entre CMI et chacune des sociétés Caterpillar, celles-ci ayant certes diminué de façon significative leur volume de commandes auprès de leur sous-traitant, mais compte tenu de la diminution de leurs propres commandes et donc de façon non délibérée ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la baisse des commandes des sociétés Caterpillar ne leur était pas imputable, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

À charge pour la Cour d'appel de renvoi de justifier pareillement sa décision afin de recevoir un blanc-seing de la Cour de cassation, lequel confirmera définitivement la prise en compte des effets de la crise économique par les juges dans le contentieux de la rupture brutale.

Les incertitudes du commerce des cigarettes électroniques : un écran de fumée ?

Par Marion Raulet

Il n'aura fallu qu'un contexte économique tendu et une situation de crise pour exacerber la concurrence entre les vendeurs de cigarettes électroniques et les buralistes.

C'est ainsi qu'un buraliste de la région de Toulouse a assigné un revendeur de cigarettes électroniques sur deux fondements :

- (I) la violation du monopole d'état concernant la commercialisation des produits du tabac et des produits associés et
- (II) celle de l'interdiction de faire de la publicité sur les produits du tabac et les produits associés.

Le vendeur de cigarettes électroniques considérait au contraire que ce produit ne saurait être classé dans la catégorie des produits du tabac soumise au monopole dès lors qu'il n'était pas taxé comme un produit du tabac et qu'aucune norme ne l'y soumet-

tait expressément. Il considérait donc que les cigarettes électroniques étaient des biens de consommation courante, non soumis à la législation particulière du tabac.

Saisi uniquement sur l'atteinte au monopole d'état sur les produits du tabac, le Tribunal de commerce de Toulouse s'est contenté, dans sa décision du 9 décembre 2013, de faire droit aux moyens du buraliste pour conclure à un acte de concurrence déloyale au préjudice de ce dernier.

Ainsi, s'appuyant sur l'article L.3511-1 du Code de la Santé publique qui précise que « *sont considérés comme des produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux* » le

Tribunal a considéré que cette formulation très large « *recouvre tous les produits dégageant un fluide gazeux chaud que l'on peut inhaler ; qu'en tant que de besoin l'Académie française précise que fumer, c'est « faire brûler du tabac ou une substance comparable en portant à ses lèvres une cigarette, une pipe, etc., et en aspirant la fumée qui s'en dégage* » ».

Devançant le législateur, le tribunal en conclut que « *le législateur a voulu désigner dans cet article, outre le tabac et les cigarettes en contenant, tous les autres produits de substitution, existant ou à venir ; que la cigarette électronique est donc naturellement concernée par cet article* » :

Attendu en conséquence que le tribunal jugera que l'intégralité des textes relatifs à la lutte contre le tabagisme sont applicables au cas d'espèce, en particulier en ce qui concerne les restrictions apportées par la loi notamment à la vente aux mineurs, à la publicité et la vente par correspondance ; que les articles L.3511-1, L.3511-3 et L.3511-4 du Code de la santé publique sont applicables à l'espèce ».

Interdit de faire de la publicité et de vendre les produits en violation du monopole, le vendeur de cigarettes électroniques a fait appel de cette décision. La juridiction d'appel sera amenée à se prononcer sur la législation applicable à ce produit nouveau et ce, alors même qu'il n'existe à ce jour, aucune législation spécifique à la cigarette électronique.

La Commission Européenne vient seulement d'adopter (le 19 décembre dernier) une proposition de révision de la directive de 2001¹ en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac qui prend en compte les nouvelles évolutions techniques sur le marché du tabac.

En outre, la nouvelle loi Hamon relative à la consommation (loi n° 2014-344, publiée le 17 mars 2014) prévoit un début de régime juridique pour les cigarettes électroniques, à savoir, l'interdiction de la vente aux mineurs de moins de 18 ans.

Ainsi, en l'absence de législation nationale ad hoc, les juridictions devront se prononcer sur l'interprétation de l'article 564 decies du Code Général des impôts² afin de déterminer si la cigarette électronique doit être intégrée dans le monopole des buralistes et soumise à la législation des produits du tabac.

Rien n'est moins sûr dès lors que la justification trouvée par le Tribunal de Toulouse est quelque peu fumeuse : en effet, la définition du terme « fumer » utilisée indique « *faire brûler du tabac* » or techniquement, avec la cigarette électronique, il n'y a pas de processus de combustion. Il s'agit simplement d'une méthode de production de vapeur par réchauffement du liquide contenu dans la cigarette électronique. La Cour d'appel pourrait éventuellement relever cet argument ou admettre que le terme cigarette est suffisamment générique pour englober les cigarettes électroniques.

Pour autant, si la cigarette électronique devait être considérée comme un produit du tabac, il faudrait, outre l'intégration au monopole des buralistes, lui imposer l'ensemble de la législation applicable : fiscale, l'interdiction de la publicité, l'apposition de messages de prévention...

Dans l'attente d'une prise de position gouvernementale ou européenne, c'est donc dans une période juridiquement incertaine que les vendeurs de cigarettes électroniques développeront leur commerce et conséquemment, que les juridictions seront éventuellement appelées à se prononcer.

1. Directive 2001/37/EC du 5 juin 2001.

2. Article 564 decies du Code Général des impôts « Sont assimilés aux tabacs manufacturés : 1°) les produits destinés à être fumés, prisés ou mâchés, même s'ils ne sont pas pareillement constitués de tabac. 2°) les cigarettes et produits à fumer, même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux ».

Une nouvelle définition du consommateur ?

Par Jean-Christophe Grall et Marie Rigal

Comment définit-on le « *consommateur* » ? A cette question, la loi consommation du 17 mars 2014¹, semble enfin apporter une réponse. Jusqu'à présent le consommateur ne faisait curieusement l'objet d'aucune définition légale en droit français. La doctrine avait ainsi suggéré de l'appréhender comme « *une personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel* »². La loi quant à elle, utilisait tour à tour les termes « *consommateur* »³ ; « *acheteur d'un produit* » pour les opérations de vente à distance⁴ ; « *contractant* » en matière de tromperie⁵ ; « *personnes* » pour les mesures relatives à la santé et à la sécurité⁶, pour les activités

de démarchage à domicile⁷ ou pour le surendettement⁸ ; « *public* » pour la vente à la boule de neige⁹ ou encore « *homme ou animal* » dans le domaine des falsifications¹⁰. Cette variété pouvait conduire à s'interroger sur la cohérence des textes quant à la définition du consommateur.

En sus de cette diversité de termes, le législateur national a fait le choix d'élargir certaines protections offertes par le droit de la consommation à d'autres catégories de sujets, à savoir les personnes morales et parfois même les professionnels eux-mêmes.

Ainsi en matière de clauses abusives¹¹ ou de fourniture d'électricité ou de gaz naturel¹², la double notion de « consommateur » et de « non-professionnel » est retenue et permet d'englober certaines personnes morales qui bénéficient dès lors de la protection accordée par les dispositions du code de la consommation.

Cette notion de « non-professionnel », a largement participé à complexifier le débat autour de la définition du consommateur et a longtemps été considérée comme synonyme à ce terme, jusqu'à ce que la Cour de cassation n'en fasse une notion autonome en posant le principe selon lequel une personne morale ne bénéficiant pas des dispositions des clauses abusives en tant que consommateur, qui est nécessairement une personne physique, peut invoquer ces dispositions en tant que non-professionnel¹³. Tout en élargissant le champ d'application du droit de la consommation, cette dichotomie entre « consommateur » et « non-professionnel » a permis au droit français de rester en conformité avec la définition européenne.

En effet, contrairement au droit français, le droit européen dispose depuis bien longtemps d'une définition, relativement stricte, de la notion de consommateur considérant que seules les personnes physiques non-professionnelles sont visées par les dispositions du droit de la consommation.

Ainsi, à la lecture de la directive n°93/13/CE relative aux clauses abusives¹⁴, le consommateur est défini comme « toute personne physique qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». De même la directive n°2005/29/CE, inhérente aux pratiques commerciales déloyales¹⁵, retient pour définition « toute personne physique qui [...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité artisanale, industrielle ou libérale. » Plus récemment, à l'occasion de la directive n°2008/48/CE, relative au crédit à la consommation¹⁶, il a été rappelé que le consommateur devait s'entendre comme « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

C'est donc sans surprise qu'a été accueillie la dernière définition promulguée par l'article 2 de la directive 2011/83/UE¹⁷ relative aux droits des consommateurs. L'Union Européenne, désireuse d'harmoniser les dispositions en matière de protection dans les contrats de consommation, a adopté cette directive traitant des contrats conclus entre professionnels et consom-

mateurs pour la fourniture d'un bien ou d'un service. Cette directive offre du consommateur la définition suivante : « Toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Il était convenu que les États-membres devaient transposer les dispositions de la directive 2011/83/UE dans leurs droits nationaux respectifs avant le 13 décembre 2013, étant précisé qu'elles s'appliqueraient aux contrats conclus après le 13 juin 2014. En France, c'est donc la loi Hamon qui a procédé à cette transposition.

L'article 5 de la loi sur la consommation a introduit, dans un article préliminaire au code de la consommation, une définition qui dispose « qu'au sens du présent code, est considérée comme étant un consommateur, toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

Premier enseignement à tirer de la lecture de cet article : le droit français définit à présent la notion de consommateur, ce qui répond aux attentes exprimées depuis des décennies par une majorité de la doctrine et confirme l'idée que cette notion vise exclusivement les personnes physiques.

La seconde information notable tient au fait que cette définition sera applicable à l'ensemble du code de la consommation : le législateur français a fait le choix de l'étendre bien au-delà du champ d'application de la directive 2011/83/UE.

Enfin, en reprenant textuellement la définition du consommateur telle qu'énoncée dans la directive 2011/83/UE, le droit français s'assure de rester en conformité avec le droit communautaire et plus encore, anticipe la transposition de nouveaux textes européens, qui retiendront sans nul doute, une définition similaire de la notion de consommateur.

Relevons cependant que, si l'effort d'harmonisation du législateur européen et français quant à la définition du terme consommateur est remarquable, il faut relativiser et de ne pas considérer que la loi sur la consommation sacralise une définition unique et universelle du « sujet protégé par le droit de la consommation » car les définitions préexistantes, spécifiques à certains secteurs, demeureront. En d'autres termes la loi Hamon ne limitera pas le champ d'application du droit de la consommation français. L'intégralité

1. Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

2. J. Calais-Auloy et Fr.steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz 2006, 7e ed., n°7

3. Articles L.114-1, L.121-35, L.121-83, L.121-86, L.122-1, L.122-3, L.122-11, L.211-3 du code de la consommation

4. Article L.121-16 du code de la consommation, jusqu'à l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001

5. Article L.213-1 du code de la consommation

6. Articles L.212-1 et L.221-1 du code de la consommation

7. Article L.121-21 du code de la consommation

8. Article L.331-2 du code de la consommation

9. Article L.122-6 du code de la consommation

10. Article L.213-3 du code de la consommation

11. Article L.132-1 du code de la consommation

12. Articles L.121-86 à L.121-94 du code de la consommation

13. Cass.1ere.civ. 15 mars 2005, 02-13.285, Publié au bulletin

14. Directive n°93/13/CE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

15. Directive n°2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur

16. Directive n°2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs

17. Directive n°2011/83/UE du Parlement et du Conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs

des sujets de droit visés en introduction de ces propos, « *personnes* », « *acheteur* », « *public* », « *cocontractant* » demeureront, dans le cadre des dispositions citées, assimilés à un consommateur et continueront ainsi à bénéficier de la protection prévue en conséquence.

Au même titre, la notion de « *non-professionnel* » propre au droit interne, ne va pas disparaître du code de la consommation, demeurant par là même une source de contentieux intarissable en droit français. De même les professionnels resteront protégés des pratiques commerciales trompeuses visées à l'article L.121-1 I du code de la consommation. En conclusion, toutes les dispositions du code de la consommation qui ne faisaient nullement référence au terme « *consommateur* » ne seront pas impactées par la loi Hamon.

L'actualité illustre parfaitement l'incertitude qui demeurera quant au champ d'application du droit de la consommation français, en dépit de la nouvelle définition du consommateur : à l'heure où la loi pour la consommation, porteuse de cette définition, allait être adoptée par le Sénat, la Cour de cassation débattait, dans un arrêt de la chambre commerciale, de la portée de l'article L.132-1 du code de la consommation relatif aux clauses abusives.

Pour rappel l'article L.132-1 dudit code, répute non écrites les clauses abusives des contrats conclus entre

professionnels et non-professionnels. Pour la Cour de cassation, le non-professionnel est la personne qui conclut un contrat de fourniture de biens ou de services n'ayant pas de rapport direct avec l'activité professionnelle qu'elle exerce. La chambre commerciale de la Cour de cassation adopte, dans cette affaire, une position bien plus radicale en excluant l'application de la réglementation des clauses abusives dès lors que le contrat est conclu entre sociétés commerciales, qui sont donc considérées comme étant des professionnels, que le contrat litigieux soit ou non en lien avec leur activité (Cass. com. 3 décembre 2013 n° 12-26.416, Sté Wolseley France bois et matériaux c/ Sté Europ télésécurité). On peut dès lors affirmer que si le « *consommateur* » visé par l'article L.132-1 est nécessairement une personne physique, le « *non-professionnel* » ne peut en aucun cas être une société commerciale.

La définition du consommateur promulguée par l'article 5 de la loi Hamon est un progrès. Elle permet de sécuriser juridiquement les dispositions du code de la consommation qui font référence à ce terme, et d'asseoir définitivement la conformité du droit français au droit européen. Cependant cette définition, aussi claire soit-elle, ne mettra fin au questionnement récurrent sur le champ d'application des dispositions du code de la consommation, notamment lié à la notion interne de « *non-professionnel* ».

Lutte contre la contrefaçon : l'état se resserre

Par Nadège Pollak

Dans la lignée de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon a été publiée au Journal officiel du 12 mars 2014.

Cette loi vient en particulier modifier certains articles du Code de la propriété intellectuelle, du Code des douanes et du Code de la sécurité intérieure relatifs notamment aux règles de spécialisation des juridictions, à l'amélioration des dédommagements civils, à la procédure du droit à l'information, au droit de la preuve et au renforcement des moyens d'action des douanes.

- Parmi les modifications notables, le législateur a choisi de renforcer les dispositions relatives à la réparation du préjudice subi par la victime de la contrefaçon. Cette réparation pourra, au choix de la victime, être calculée poste par poste ou de manière forfaitaire.

Si la victime choisit la première option, le juge devra désormais prendre en compte, et ce de façon distincte :

- les conséquences économiques négatives de la contrefaçon, qui comprennent le manque à gagner mais également la perte subie,
- le préjudice moral, et

- les bénéfices réalisés par le contrefacteur, le législateur précisant que ces bénéfices comprennent les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que le contrefacteur a retirés de la contrefaçon.

Pour le cas où la victime choisit une réparation forfaitaire, la somme devra être supérieure au montant que le contrefacteur aurait payé pour bénéficier d'une licence, outre la réparation du préjudice moral que la victime pourra réclamer.

Cette nouvelle disposition devrait ainsi permettre l'amélioration de la réparation allouée à la victime de la contrefaçon, en prenant en compte le préjudice dans son intégralité.

En revanche, contrairement à d'autres législations étrangères, l'allocation de dommages et intérêts punitifs est toujours refusée en France.

- Autre modification notable : la prescription des actions fondées sur un droit de propriété intellectuelle (action en contrefaçon, action en revendication...). La loi vient apporter une simplification en alignant le délai de prescription sur le délai de prescription de droit commun, à savoir cinq ans, ce qui est évidemment favorable aux victimes de contrefaçon.

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2014 seront notamment :

- **La négociation commerciale 2014 et les évolutions liées à la loi Hamon sur la consommation :**
 - des conditions générales de vente dont le rôle est renforcé ;
 - un plan d'affaires annuel qui devra prévoir les contreparties aux avantages financiers accordés par le fournisseur ;
 - une rémunération des avantages financiers dont l'assiette de calcul ne pourra pas rétroagir à une date antérieure à celle de l'application du nouveau tarif du fournisseur ;
 - la prise en compte des avantages consommateurs : **NIP** dans le plan d'affaires annuel ;
 - un nouveau mécanisme de facturation périodique mensuel ;
 - l'instauration de sanctions administratives et d'un pouvoir de sanction donné aux services de la DGCCRF, sans oublier désormais un fort pouvoir d'injonction des DIRECCTE.
- **La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 et la loi Hamon sur la consommation: négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », pouvoirs de sanction et d'injonction de la DGCCRF, etc. ;
- **La mise en place de Programme 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 de décembre 2009].
- **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 par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, 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, la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence européenne de 2009 à 2013 : 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.
* * *
- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;**
- **Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise ;**
- **Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site : www.grall-legal.fr

Positionnement du prix de vente / revente et droit de la concurrence **Mardi 13 mai 2014**

Intervenants : Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 demi-journée - 650 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la communication des prix
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente verticale en matière de prix de revente
- Appréhender les comportements à risques afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Evaluer les risques potentiels liés à certains comportements
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence

La rupture brutale de relations commerciales établies **Mardi 20 mai 2014**

Intervenant : Nathalia Kouchnir-Cargill

Formule 1 demi-journée - 650 € HT

Objectifs principaux

- Maîtriser les aspects juridiques liés à la rupture de relations commerciales établies
- Savoir accompagner les opérationnels dans le cadre d'une rupture que l'on en soit l'auteur ou la victime
- Savoir évaluer le préjudice subi lors d'une rupture fautive de relation commerciale établie
- Déterminer le préavis devant être respecté
- Savoir identifier le préjudice subi et l'indemnisation induite
- Identifier les indemnisations périphériques : investissements, capital humain, moyens techniques
- Faire le lien avec les pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante)
- Savoir faire intervenir des économistes et des experts comptables
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître la pratique judiciaire, les sanctions applicables en la matière et le rôle des Tribunaux et des services de la DGCCRF