

LES FONDAMENTAUX DU
DROIT DE LA
CONCURRENCE II
Pratiques anticoncurrentielles

Louis Vogel

Vogel Édition - 30 avenue d'Iéna, 75116 Paris

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o, a) que "les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite" (art. L. 122-4 CPI).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue une contrefaçon au sens des articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-37768-047-4

© - LawLex / Bruylant - 2023

LES PRODUITS LAWLEX

Des ouvrages de synthèse - Juriscience

Traité de droit économique	
Tome 1/1 Droit de la concurrence-droit européen	
Tome 1/2 Droit de la concurrence-droit français	
Tome 2 Droit de la distribution	
Tome 3 Droit de la consommation	
Tome 4 Droit européen des affaires	
Concurrence : 10 leçons	
Les métamorphoses du droit de la concurrence	
Commentaire Concurrence I	trations
- Commentaire article par article du TFUE et des règlements procédure et concen-	Commentaire Concurrence II
	- Commentaire article par article du Livre IV du Code de commerce
	European Competition Law
	European Distribution Law
	European Business Law
	French Competition Law
	French Distribution Law
	French Consumer Law
	Metamorphosis of Competition Law
	Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht

Des guides pratiques - Juristrateg

Droit de la négociation commerciale	Droit antidumping
Contrôle européen des concentrations	Compétence judiciaire et reconnaissance des décisions
Contrôle français des concentrations	Le droit économique en 500 conseils
Contrôle européen des aides d'État	Le droit économique de A à Z
Droit de la distribution exclusive	Les grands textes du droit de la concurrence
Droit de la distribution sélective	European Merger Control
Droit de la distribution automobile	French Merger Control
Droit de la franchise	State Aid Law
Droit des agents commerciaux	Global Competition Law
Droit des pratiques commerciales déloyales	Motor Vehicle Distribution Law
Droit de l'après-vente	Law of the Internal Market
Droit du marché intérieur	Anti-Dumping Law
	Jurisdiction and Recognition of Judgments
	Competition Law Digest

Des manuels pour les professionnels - Les Fondamentaux

Les Fondamentaux du droit de la concurrence I	Les Fondamentaux du droit de la distribution
- Pratiques anticoncurrentielles	Les Fondamentaux du droit de la consommation
Les Fondamentaux du droit de la concurrence II	Les Fondamentaux du droit du marché intérieur
- Pratiques déloyales et abusives	

Des dossiers thématiques - Les Dossiers CDC

La rupture brutale de relations commerciales établies	L'enquête de concurrence
Le déséquilibre significatif	- droit européen
La convention écrite	L'action civile de concurrence
L'enquête de concurrence	La réforme du droit des contrats
- droit français	L'expertise

Un code annoté

Code de la concurrence
- droits européen et français

SOMMAIRE

TITRE I

Concurrence déloyale

CHAPITRE I Action en concurrence déloyale

CHAPITRE II Actes de concurrence déloyale

TITRE II

Négociation commerciale

INTRODUCTION

CHAPITRE I Transparence tarifaire

CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives

TITRE III

Aides d'État

CHAPITRE I Aide prohibée

CHAPITRE II Aide compatible

CHAPITRE III Procédure de contrôle

DROIT DE LA CONCURRENCE II

Pratiques déloyales et abusives

Droit de la concurrence II, qui traite des pratiques déloyales et abusives, réunit toutes les dispositions françaises et européennes qui maintiennent l'**égalité dans la concurrence**, soit entre concurrents (concurrence déloyale), soit entre partenaires (négociation commerciale), soit dans les rapports entre le bénéficiaire d'une aide publique et ses concurrents (aides d'Etat).

Contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, le droit des pratiques déloyales ou abusives n'obéit pas à une théorie économique sous-jacente mais vise à réprimer l'ensemble des comportements déloyaux ou abusifs qui portent atteinte à l'égalité des entreprises dans la concurrence.

Les raisons de regrouper ces pratiques apparaissent donc moins fortes et un certain nombre de distinctions s'imposent.

Les distorsions de concurrence auxquelles le droit de l'abus tend à remédier ont pour origine des actes privés (concurrence déloyale ; négociation commerciale) ou des actes publics (aides d'Etat). Les règles en cause, dans le premier cas, sont d'origine nationale, dans le second, d'origine européenne. Enfin, si les règles nationales tendent à réaliser l'égalité dans la concurrence au sein du système économique en général, soit entre concurrents, soit entre partenaires, les règles européennes ont pour objet de mettre spécifiquement fin à une inégalité de traitement entre les entreprises bénéficiaires d'une aide publique et leurs concurrents.

PLAN

Nous examinerons donc successivement :

- les règles relatives à la concurrence déloyale (Titre I) ;
- les règles relatives à la négociation commerciale (Titre II) ;
- les règles relatives aux aides d'État (Titre III)

TITRE I

Concurrence déloyale

A RETENIR

Le système juridique français, né de la Révolution française et en opposition avec les règles corporatistes de l'Ancien régime, se fonde sur la liberté du commerce et de l'industrie, avec en corollaire la libre concurrence. Le marché obéit à la loi de l'offre et de la demande et les opérateurs économiques peuvent offrir à la même clientèle des produits ou services similaires. Même si le détournement de clientèle résulte inéluctablement du jeu de l'offre et de la demande, la liberté de la concurrence ne peut être sans limites.

Comme toute liberté, elle doit s'exercer dans le respect de celle d'autrui. Les opérateurs doivent donc obéir à un certain nombre de règles et ne peuvent adopter un comportement déloyal, c'est-à-dire contraire aux usages du commerce ou aux lois et règlements en vigueur. La jurisprudence a été amenée à élaborer la théorie de la concurrence déloyale, qui autorise la victime de procédés contraires aux règles du commerce à poursuivre leur auteur en responsabilité civile, en dehors de tout droit privatif.

La théorie de la concurrence déloyale rencontre cependant des limites. Une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle ; la simple démarche de cette clientèle est donc licite, dès lors qu'elle ne s'accompagne d'aucun acte déloyal.

Par ailleurs, la liberté du commerce implique la liberté des prix. Aussi, un fabricant ne commet-il aucun acte de concurrence déloyale lorsqu'il vend ses produits à des prix inférieurs à ceux de ses concurrents. La pratique d'un prix inférieur n'est pas déloyale tant qu'elle n'excède pas les usages du commerce et que le prix n'est pas dérisoire.

A RETENIR

En l'absence de texte général, la jurisprudence fonde traditionnellement l'action en concurrence déloyale sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. La déloyauté est une faute, même non intentionnelle, et oblige à réparation. Mais, si large soit la formule des articles 1240 et 1241 du Code civil, l'action en concurrence déloyale ne déborde-t-elle pas le cadre de la responsabilité civile ? La nature des sanctions judiciaires semble aller dans ce sens : en effet, elles ne sont pas seulement destinées à réparer un préjudice ; elles sont également préventives et peuvent être prononcées pour faire cesser un trouble commercial en garantissant le demandeur contre le risque d'un détournement éventuel de sa clientèle. Le préjudice de concurrence déloyale est lui-même spécifique. Il est envisagé de manière moins rigoureuse qu'en matière de responsabilité civile. On constate, dans la période récente, un dépassement de l'action en responsabilité civile. Ainsi, le préjudice de concurrence déloyale existe en dehors de toute perte de clientèle. Il peut par conséquent concerner une entreprise dépourvue de clientèle ou des entreprises sans clientèle commune.

L'évolution d'une entreprise sur le marché ne doit pas être contrariée par l'usage de procédés déloyaux visant à lui causer un préjudice, que ce soit une perte de clientèle, une atteinte à sa notoriété, ou l'exploitation ou la création à ses dépens d'une clientèle

identique ou distincte. À la notion de clientèle commune à l'auteur du dommage et à sa victime, tend aujourd'hui à se substituer celle de clientèle finale identique. La théorie de la concurrence déloyale permet ainsi aux entreprises d'agir contre des opérateurs économiques qui ne sont pas en rapport direct et étroit de concurrence avec elles. Dès lors, on peut penser que les règles de la concurrence déloyale protègent non seulement les concurrents, mais aussi les situations acquises au détriment des nouveaux entrants. Le contentieux de la concurrence déloyale est d'ailleurs de ce fait en perpétuel accroissement : action subsidiaire, l'action en concurrence déloyale est aujourd'hui systématiquement introduite parallèlement aux actions tendant à réparer les atteintes aux droits privatifs (brevet, marque, dessins et modèles...).

D'autres fondements ont été proposés par la doctrine. L'action en concurrence déloyale viserait à moraliser les relations entre professionnels. Elle serait de type disciplinaire et aurait pour principal objectif de faire respecter les usages professionnels. Selon le caractère répressif ou indemnitaire de l'action, la faute est alors définie plus ou moins largement et sa sanction permet de protéger non seulement les concurrents directement lésés, mais aussi les consommateurs. Certains pays européens, comme l'Allemagne, la Belgique et les Pays-Bas, combinent cette conception déontologique de l'action avec une conception plus large qui reconnaît que les consommateurs ou utilisateurs finals ont en règle générale intérêt à ce que les opérateurs se conforment aux usages honnêtes du commerce. Une telle acception permet la sanction de comportements qui, entre concurrents, n'auraient pas été répréhensibles.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'action en concurrence déloyale (Chapitre 1) ;
- les actes de concurrence déloyale (Chapitre 2).

CHAPITRE I Action en concurrence déloyale

SECTION 1

Conditions de recevabilité

I. Faute

- A. Indifférence de l'élément intentionnel
- B. Indifférence relative à la situation de concurrence

II. Préjudice

- A. Caractères du préjudice
- B. Évaluation du préjudice

III. Lien de causalité

SECTION 2

Mise en œuvre

I. Domaine

- A. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : notion
- B. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : portée

II. Procédure

- A. Qualité à agir
- B. Compétence et loi applicable
- C. Référé

III. Sanctions

CHAPITRE I Action en concurrence déloyale

L'action en concurrence déloyale protège, comme on l'a vu, la liberté de la concurrence. Cette liberté peut cependant être limitée autrement que par l'usage de procédés déloyaux. Il convient de déterminer le domaine de la concurrence déloyale par rapport aux autres atteintes à la libre concurrence.

La concurrence est illégale lorsqu'elle est limitée par des dispositions législatives ou réglementaires de manière plus ou moins restrictive. Le législateur a ainsi adopté un certain nombre de textes qui réglementent les relations commerciales et interdisent certains procédés, souvent déloyaux, afin de moraliser l'activité économique. Ces règles sont fréquemment assorties de sanctions pénales. Sont notamment prohibées la revente à perte (art. L. 442-5 C. com.), les pratiques commerciales déloyales ou de nature à induire en erreur le consommateur (art. L. 121-1 et L. 121-2 C. consom.), les ventes et prestations à la boule de neige (art. L. 121-15 C. consom.), les fraudes et falsifications (art. L. 441-1 et s. C. consom.). Il suffit à la victime de ces agissements, pour obtenir la condamnation du contrevenant, d'établir la matérialité des faits délictueux et le préjudice direct et personnel qu'elle subit. En outre, les associations de consommateurs, au contraire de l'action en concurrence déloyale, peuvent introduire une action en justice pour défendre les intérêts de ceux qu'elles représentent. Est-il alors impossible d'agir en concurrence déloyale ? La réponse doit être négative. La réparation du dommage causé par l'une des infractions constatées et poursuivies sur le fondement des articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce peut être demandée dans le cadre d'une action civile exercée dans les conditions du droit commun et le justiciable peut préférer la voie civile à la voie pénale.

La liberté de la concurrence peut aussi être limitée par une convention. Les parties peuvent s'interdire toute activité concurrente soit pendant toute la durée du contrat, soit après l'expiration de la convention pendant une certaine période. Cette obligation de non-concurrence est notamment contenue dans les contrats de travail, de représentation (ex. : VRP, agent commercial, dirigeant social), de distribution, de vente ou de location-gérance de fonds de commerce (clause de non-rétablissement). La concurrence déloyale et la concurrence anticontractuelle ont des objets différents. La seconde interdit l'activité concurrentielle sans se préoccuper du moyen utilisé, alors que la première réprime le défaut de loyauté du procédé, et non l'exercice d'une concurrence. Elles ont également des fondements différents. La concurrence déloyale repose sur les articles 1240 et 1241 du Code civil, c'est-à-dire sur les règles de la responsabilité délictuelle. Inversement, le non-respect d'une obligation de non-concurrence constitue une faute sanctionnée par la responsabilité contractuelle de son auteur. Dans ce cas, il y a présomption de responsabilité, car l'obligation de non-concurrence constitue une obligation de résultat. L'action en concurrence déloyale suppose, au contraire, que la victime apporte la preuve de la faute et du préjudice corrélatif. Toutefois, ces différences n'empêchent pas une certaine complémentarité.

La liberté de la concurrence est également restreinte par les règles relatives à la propriété intellectuelle, qui confèrent un monopole d'exploitation ou d'utilisation au titulaire de ces droits. L'action en contrefaçon lui permet de défendre son droit patrimonial, notamment contre toute fabrication, importation ou mise en vente du produit protégé

par son brevet (art. L. 615-1 et s. C. propr. intell.), toute reproduction de son modèle (art. L. 521-1 et s. C. propr. intell.), toute reproduction, usage, apposition de la marque, ou usage d'une reproduction de sa marque, sans son autorisation (art. L. 716-1 et s. C. propr. intell.). Contrefaçon et concurrence déloyale sont traditionnellement opposées. Ainsi, la Cour de cassation estime que l'action en concurrence déloyale et l'action en contrefaçon sont distinctes. En effet, ces actions ont des objets différents. L'action en contrefaçon sanctionne la violation d'un droit privatif spécialement protégé par la loi ; l'action en concurrence déloyale permet de réprimer la faute commise à l'encontre d'une personne ne disposant d'aucun droit privatif ou la faute distincte de l'atteinte à un droit privatif, quelle que soit la qualité du client auprès duquel la commercialisation a été effectuée. En outre, ces actions ont des fondements différents, de sorte qu'il est impossible de déduire de l'absence de contrefaçon le défaut de concurrence déloyale. Elles ne constituent donc pas, sous des formes différentes, l'exercice d'un même droit et ne tendent pas aux mêmes fins. Elles procèdent de causes différentes. Aussi ne sont-elles ni le complément, ni l'accessoire, ni la conséquence l'une de l'autre. Elles peuvent, cependant, sous certaines conditions, être introduites cumulativement, mais la recevabilité de l'action en concurrence déloyale est indépendante de la recevabilité de l'action en contrefaçon.

PLAN

Nous distinguerons entre :

- les conditions de recevabilité de l'action ;
- la mise en œuvre de l'action.

SECTION 1

Conditions de recevabilité

PLAN

Pour qu'une action en concurrence déloyale soit recevable, il faut que trois conditions soient réunies :

- une faute ;
- un préjudice ;
- un lien de causalité.

I. Faute**A. Indifférence de l'élément intentionnel**

A RETENIR

L'action en concurrence déloyale repose sur les articles 1240 et 1241 (anciens art. 1382 et 1383) du Code civil. Elle suppose donc l'existence d'une faute. Cet agissement fautif se définit comme une pratique contraire, soit aux lois et règlements, soit aux usages du commerce. Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un élément intentionnel.

Il peut en effet s'agir d'un quasi-délit. Peu importe la mauvaise foi de l'auteur de l'acte constitutif de concurrence déloyale, dès lors que la faute, l'imprudence ou la négligence est démontrée. Mais l'action en concurrence déloyale n'est pas fondée sur une présomption de responsabilité. L'existence de la faute doit être prouvée, et non déduite de simples présomptions : la preuve doit être apportée d'actes positifs et caractérisés. Dans tous les cas, le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation qui lui permet de rejeter un grief sans être tenu de s'expliquer sur une attestation qu'il a écartée, ni de rechercher si les faits allégués, pris dans leur ensemble, sont fautifs, dès lors qu'après examen, il a rejeté chacun des griefs formulés. Cependant, pour infirmer un jugement, une cour d'appel ne peut, selon la Haute juridiction, reprocher au plaignant de n'avoir pas suffisamment caractérisé les éléments susceptibles de constituer une faute, alors qu'en concluant à la confirmation du jugement, cette dernière est réputée s'être appropriée les motifs des premiers juges ayant établi l'existence d'une faute de concurrence déloyale.

B. Indifférence relative de la situation de concurrence

L'acte de concurrence est traditionnellement défini comme la captation d'une clientèle. L'action en concurrence déloyale suppose donc en principe l'existence d'une clientèle et la communauté de celles-ci entre l'entreprise fautive et la victime. On a parlé de principe de spécialité, la spécialité des activités comparées permettant de déterminer l'existence d'une situation de concurrence entre elles. Toutefois, la complexité et l'évolution des relations économiques ont conduit la jurisprudence à adopter une approche plus compréhensive de la notion de situation de concurrence.

A RETENIR

Désormais, l'action en concurrence déloyale n'est plus, dans tous les cas, subordonnée à l'existence d'un rapport de concurrence entre les parties et la faute de concurrence déloyale peut être constituée en dehors de l'existence d'une clientèle commune. La Cour de cassation estime aujourd'hui que la seule condition de recevabilité de l'action en concurrence déloyale réside dans l'existence d'une faute génératrice d'un préjudice.

La concurrence déloyale peut donc être invoquée même en l'absence de clientèle ou de situation de concurrence, et être fondée sur la seule existence d'une clientèle finale identique ou d'une clientèle commune virtuelle. Même des parties qui ne se trouvent pas au même niveau du processus économique - un producteur et un distributeur, un grossiste et un détaillant, une agence immobilière et une société de presse spécialisée, ou un sous-traitant et un concepteur -, ou qui relèvent de circuits de distribution différents - distribution sélective et stations-service -, sont susceptibles d'être reconnus concurrents. Il existe également, selon la Cour d'appel de Paris, des pratiques déloyales en raison de leur nature, la situation de concurrence étant alors sans importance. La cour a ainsi estimé qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une situation de concurrence entre les parties dès lors qu'une pratique commerciale trompeuse, contraire à des prescriptions légales ou réglementaires, entraîne une distorsion de concurrence qui a forcément un effet sur les fabricants de produits similaires ou voisins, qu'ils soient ou non concurrents de ceux de l'auteur de la pratique. Si le lien concurrentiel peut être assez lâche, la personne poursuivie doit toutefois être l'auteur de l'acte de concurrence déloyale recherché. Aussi une société mère, qui n'exerce aucune activité sur le marché concerné, ne peut-elle être déclarée responsable de la faute de sa filiale. De même, des actes de «cybersquattage» qui mettent en cause d'autres sociétés du groupe ayant une personnalité juridique propre, ne sauraient être imputés à une autre entité de ce groupe, qui n'en constitue pas la maison mère.

En réalité, la position des juges quant à l'exigence d'un rapport de concurrence diffère, cependant, selon l'acte de concurrence déloyale en cause. Ainsi, la confusion n'est fautive qu'à la condition qu'il existe un risque d'assimilation entre les opérateurs en cause, ce qui suppose qu'ils exercent une activité identique ou similaire dans un périmètre géographique proche. Pour qu'il y ait risque de confusion, la clientèle doit être commune et immédiate. La communauté de clientèle se déduit de la destination du produit ou du service. Des fabricants de lunettes de soleil ont une clientèle commune, bien que l'un s'adresse aux sportifs et l'autre au grand public. De même, si la désorganisation de l'entreprise peut être caractérisée alors même que le bénéficiaire des actes de captation de clientèle n'en est pas l'auteur, le grief de captation de clientèle ne saurait prospérer en dehors de toute situation de concurrence. Le lien de concurrence peut être plus lâche en cas de violation de clause de non-concurrence où l'exercice par les entreprises concernées d'activités similaires de nature à satisfaire des demandes identiques ou proches peut caractériser une situation de concurrence. S'il s'agit d'un acte de dénigrement, même si les activités commerciales des entreprises sont différentes, il suffit que la clientèle finale ou le circuit économique soit identique. Le caractère disciplinaire de l'action devient prévalent. Un rapport direct et étroit de concurrence n'est pas exigé. Il en est de même en cas de

parasitisme : il est traditionnellement admis que des comportements parasitaires peuvent être fautifs, même en l'absence de toute situation de concurrence, mais l'action en parasitisme n'est pas subordonnée à l'absence de situation de concurrence entre les parties.

II. Préjudice

L'action en concurrence déloyale étant fondée sur les règles de la responsabilité civile, sa recevabilité est en principe subordonnée, non seulement à l'existence d'une faute, mais également à celle d'un préjudice.

L'entreprise victime doit établir le caractère né et actuel du préjudice qu'elle allègue, mais aussi l'étendue de ce préjudice. Toutefois, la jurisprudence se montre plus libérale dans l'exigence d'un préjudice en matière de concurrence déloyale.

Selon la Haute juridiction, pour l'estimation du préjudice de concurrence déloyale, il convient de distinguer les actes «tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent» qui induisent des conséquences économiques négatives pour la victime (manque à gagner, perte subie, perte de chance) et qui «peuvent être assez aisément démontrés», des actes qui, en permettant à leur auteur de s'épargner une dépense obligatoire, lui procurent «un avantage concurrentiel indu dont les effets en termes de trouble économique, sont difficiles, à quantifier à avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu» : dans ce dernier cas, «il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice subi peut-être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaire respectifs des parties affectées par ces actes».

A RETENIR

La spécificité du dommage concurrentiel a progressivement conduit les juges à considérer que l'existence du préjudice fût-il seulement moral, s'infère nécessairement des actes déloyaux. Selon la Cour de cassation, cette présomption de préjudice ne dispense pas pour autant le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci : elle répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer, comme en matière de parasitisme ou de non-respect de la réglementation. En raison de leur proximité, la faute et le préjudice tendent à se confondre : il suffit à la victime de prouver la faute pour établir le préjudice. En effet, les actes déloyaux constituent un abus de la liberté du commerce et engendrent un trouble à l'ordre public économique. Dès lors, tout opérateur économique a un intérêt né et actuel à voir cesser un tel trouble, indépendamment du préjudice qu'il subit spécifiquement. L'ouverture de l'action en concurrence déloyale demeure donc uniquement conditionnée par la faute et ne saurait être subordonnée à la mise en cause du bénéficiaire des agissements fautifs. En revanche, pour l'allocation de dommages et intérêts, le droit commun reprend son empire, la victime devant faire la preuve de l'existence de son préjudice.

A. Caractères du préjudice

1. Préjudice direct et certain

Le préjudice revêt les caractères traditionnellement requis par le droit commun : il doit être direct et certain. **Toutefois, la perte d'une chance pour une entreprise de maintenir son niveau d'activité commerciale est indemnisable dès lors qu'elle est suffisamment sérieuse et non purement hypothétique.** En effet, le préjudice réparable comprend le manque à gagner et la perte de chance de voir les contrats se poursuivre jusqu'à leur terme. Selon la Cour de cassation, la perte de chance «correspond à la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable».

Les actionnaires d'une société, qui n'ont aucun droit personnel sur la clientèle de cette dernière, doivent être déboutés de leur action individuelle à l'encontre des agissements déloyaux de l'ancien dirigeant en l'absence de préjudice direct pour eux-mêmes. En revanche, le repreneur d'une société dont le droit de préemption a été méconnu, est fondé à invoquer un préjudice né de la perte de la chance de tirer profit des biens acquis et de se développer, dès lors que la société absorbée aurait dû devenir «titulaire» des actifs d'un groupe d'une valeur remarquable en termes économiques, financiers, fonciers et concurrentiels. De même, la restauratrice connue sous un pseudonyme déposé à son insu à titre de marque et dont l'action en revendication a été accueillie peut légitimement obtenir réparation du préjudice que lui cause la fermeture des établissements ouverts sous cette enseigne, lorsque leurs exploitants, après l'avoir licenciée, ont continué de la présenter comme en étant le «chef», de diffuser une vidéo la mettant en situation et de proposer aux clients ses recettes, alors qu'une telle présentation, qui laisse penser à la clientèle que ces fermetures lui sont imputables, contribue à une dépréciation de la marque.

2. Préjudice matériel ou moral

Comme en matière de responsabilité civile, le préjudice peut être matériel. Il s'agit du préjudice commercial qui résulte de la perte de clientèle, voire de contrats, souvent révélés par une baisse du chiffre d'affaires. Si le préjudice purement hypothétique n'est pas indemnisable, la perte d'une clientèle potentielle ouvre droit à réparation dès lors qu'elle est certaine et évaluable. La détermination du préjudice commercial doit tenir compte du droit pour les clients de choisir leurs fournisseurs ou de la politique commerciale de substitution mise en place par la victime. Le préjudice réparable est constitué du préjudice financier, souvent évalué en termes de marge brute.

L'action en concurrence déloyale est recevable en dehors de tout préjudice patrimonial. L'atteinte portée aux éléments attractifs de clientèle ou à la capacité concurrentielle d'une entreprise constitue un préjudice moral, indemnisable au titre de l'action en concurrence déloyale. Il en est ainsi du dommage causé à l'enseigne, bien incorporel compris dans les éléments d'actif de l'entreprise victime, valorisé par ses investissements et sa politique commerciale ou de l'atteinte à l'image de marque ou à la réputation d'un concurrent. Dans ce cas, le préjudice s'infère de l'acte déloyal, et il n'est nul besoin de démontrer un détournement effectif de clientèle ou une baisse du chiffre d'affaires. Enfin, le préjudice peut être à la fois moral et financier. Le dommage causé par l'imitation de ses produits réside ainsi pour la victime non seulement dans la perte des ventes et la désorganisation de sa distribution, mais également dans la dépréciation de son image.

B. Évaluation du préjudice

A RETENIR

Le préjudice est évalué selon les règles du droit commun. Le juge dispose en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation. Il n'est tenu ni de préciser les divers éléments du préjudice, ni de s'expliquer sur les critères d'évaluation retenus.

Dans tous les cas, le préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale ne saurait être évalué forfaitairement, en l'absence de données suffisantes. L'évaluation du préjudice n'étant pas toujours aisée, il est loisible au juge de recourir à l'expertise ou de se fonder sur des études spécifiques. Le préjudice s'évalue au jour de la décision. En effet, même si le droit, pour la victime d'une faute, d'obtenir la réparation du préjudice subi existe dès que le dommage a été causé, l'évaluation de ce dommage doit être faite au moment où le juge statue alors que la réunion dans un même patrimoine, des avoirs de la victime d'actes de détournement de clientèle et des actifs de la personne morale qui en a tiré profit, a nécessairement influé sur la consistance et le montant du préjudice invoqué par leur ayant droit commun.

Les magistrats doivent tenir compte, dans leur évaluation, non seulement de la perte subie ou du gain manqué, mais également de l'incidence du comportement déloyal sur l'activité future de la victime. Ils prennent donc en considération les conséquences à long terme, c'est-à-dire se réfèrent à la période durant laquelle l'acte déloyal est susceptible de continuer de produire ses effets. Lorsque la faute de concurrence déloyale est commise par plusieurs personnes, ils doivent en outre déterminer la part contributive de celles-ci à la réparation du préjudice. Ainsi, il n'est pas possible de condamner une société et son gérant à payer chacun 15 000 euro au titre d'un détournement de clientèle sans déterminer les préjudices spécifiques respectivement causés par l'une et l'autre. La réparation du préjudice doit être intégrale, sans perte ni profit pour aucune des parties. Le juge qui ordonne la publication d'une décision doit donc en préciser le coût maximum. Il ne peut pas non plus ordonner la publication du dispositif de son arrêt condamnant des actes de parasitisme, sur les sites internet des parties, sans limiter cette mesure dans le temps. Le principe de réparation intégrale exclut que le juge prononce une interdiction d'ordre général, sans lien avec les actes déloyaux, et lui interdit de répartir la charge de l'indemnisation allouée à la victime d'actes de concurrence déloyale entre ses auteurs selon la nature contractuelle ou délictuelle de leur faute.

III. Lien de causalité

L'article 1240 du Code civil exige, pour engager la responsabilité civile de l'auteur de la faute, qu'un lien de causalité soit établi entre celle-ci et le préjudice allégué. La simple coïncidence entre la faute et le préjudice est insuffisante. **Un lien de causalité existe lorsque les juges constatent la corrélation entre l'installation d'une entreprise concurrente et la diminution du chiffre d'affaires du commerçant**, entre la copie servile d'un modèle vendue à un prix inférieur et le fait de remporter un marché ou entre des actes de parasitisme et le redressement judiciaire de l'opérateur dont les chances de survie ont été obérées par les actes de concurrence déloyale. Il n'en est pas ainsi lorsque la défection de la clientèle n'est pas le résultat de manœuvres déloyales ou lorsque la concordance des

dates entre la diffusion d'une campagne publicitaire et la propagation d'une campagne d'informations par les médias démontre que la campagne publicitaire n'est pas à l'origine de la désertion du public. De même, la détention dans un placard personnel du salarié de données informatiques et documents techniques et commerciaux dérobés à son ancien employeur ne saurait être qualifiée d'acte de concurrence déloyale ou parasitaire imputable à ce salarié ou à son nouvel employeur, dès lors qu'il n'est pas établi que ce dernier ait commandité le vol, ni même que les intéressés aient utilisé les documents ou données en cause. En l'absence de faits imputables à la société mise en cause, l'envoi d'un courriel par l'associé principal à une dizaine de clients d'une société concurrente ne suffit pas non plus à établir un acte de dénigrement et de détournement de clientèle.

SECTION 2

Mise en œuvre

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le domaine de l'action ;
- la procédure ;
- les sanctions.

I. Domaine

A. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : notion

L'action en concurrence déloyale est spécifique en raison de son objet. Elle tend à sanctionner les abus dans l'usage de la liberté du commerce. L'abus étant apprécié au regard des usages de la profession ou du commerce, elle sanctionne un devoir : celui de se comporter loyalement. Aussi bien, cette action est-elle ouverte aux personnes physiques ou morales ou organismes professionnels subissant un préjudice concurrentiel, à l'exclusion des associations de consommateurs. Peu importe le statut juridique de l'auteur de la faute alléguée.

A RETENIR

La victime d'actes déloyaux, qui ne dispose d'aucun droit patrimonial ou d'aucune autre action spécifique, mérite protection. En l'absence de voie de droit possible, elle peut intenter une action en concurrence déloyale, qui revêt un caractère subsidiaire.

Le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale permet d'intenter concurremment d'autres actions en justice. Elle n'est, en effet, exclusive ni d'une action en contrefaçon, ni d'une action en diffamation, ni d'une action en responsabilité contractuelle tendant à la réparation d'un préjudice distinct, lorsque les parties, le fondement et l'objet sont différents, etc. En outre, l'exercice de ces voies de droit ne saurait avoir d'effet interruptif de prescription à l'égard de l'action en concurrence déloyale. Enfin, l'action en concurrence déloyale ne saurait dégénérer en un abus du droit d'agir en justice à moins d'avoir été engagée de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou une légèreté

blamable ou à la suite d'une erreur grossière équipollente au dol, à seule fin d'évincer un concurrent.

B. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : portée

1. Cumul de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon

Le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale permet d'intenter concurremment une action en contrefaçon. **Il suffit que le fait générateur de concurrence déloyale soit distinct de l'acte de contrefaçon.** Autrement dit, l'acte de concurrence déloyale ne doit pas trouver sa cause dans les mêmes faits que ceux qui sont à l'origine de la contrefaçon, sauf s'il est justifié d'un comportement fautif ou d'une faute annexe, comme la recherche d'un risque de confusion. La création d'un effet de gamme renforçant le risque de confusion entre les produits concernés constitue ainsi un fait distinct de ceux déjà retenus au titre de la contrefaçon. Toutefois, des faits fautifs allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée peuvent fonder une action en concurrence déloyale, même s'ils sont matériellement identiques : l'absence de contrefaçon n'implique pas nécessairement l'absence de concurrence déloyale. Ainsi, l'annulation d'un modèle ne saurait conduire au rejet d'une demande fondée sur la concurrence déloyale introduite concurremment à une action en contrefaçon. De même, l'action en concurrence déloyale ne peut être rejetée au motif qu'elle n'est pas fondée sur des faits distincts de ceux déjà sanctionnés au titre de la contrefaçon, alors que l'action en contrefaçon de marque a été déclarée prescrite. A l'inverse, une cour d'appel ne peut déclarer recevable une demande en réparation d'actes de concurrence déloyale au motif qu'une telle prétention est généralement analysée comme constituant le prolongement naturel et le possible complément d'une action en contrefaçon, si aucune demande n'a été formée à ce titre. Enfin, une action en concurrence déloyale n'est pas nouvelle en cause d'appel du seul fait qu'elle se fonde sur des faits qui n'ont été invoqués, en première instance, qu'à l'appui de l'action en contrefaçon.

La notion de faute ou de préjudice distinct dépend pour une grande part des circonstances de chaque espèce.

EXEMPLES

Quand y a-t-il faute ou préjudice distinct de concurrence déloyale ?

- lorsque, par le fait d'offrir à la clientèle des produits imitant ou copiant ceux protégés par un droit de propriété intellectuelle l'entreprise cherche à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle commune ou à détourner celle-ci par la pratique de prix inférieurs à ceux du concurrent, l'acte de contrefaçon punissant l'atteinte à la marque ou la reproduction du modèle protégé ;
- lorsque, les préjudices résultant d'une contrefaçon et de faits de concurrence déloyale fussent-ils de même nature, un détournement de la clientèle du concurrent est constaté ;
- lorsque le licencié exclusif d'une marque qu'il commercialise prétend que les faits de contrefaçon de marque constituent à son égard des actes de concurrence déloyale ;

- lorsqu'il existe une concurrence directe entre les opérateurs qui commercialisent les mêmes vêtements selon un mode de diffusion identique ;
- lorsque la pratique de prix très inférieurs pour des produits contrefaisants ou similaires ne permet pas de distinguer une clientèle propre à chacune des marques en cause qui exclurait tout acte de concurrence déloyale, la clientèle pouvant se porter alternativement sur des articles qui présentent des différences de prix importantes ;
- lorsque le fait que les produits contrefaisants soient revêtus d'une marque n'exclut pas la confusion, notamment si la marque n'est pas visible lorsque le vêtement est porté ;
- lorsque la contrefaçon a permis à son auteur de créer une confusion et de détourner la clientèle du créateur du modèle contrefait en imitant l'emballage ou le modèle enregistré, en utilisant un coloris identique à celui du produit concurrent, en pratiquant un prix nettement inférieur ou en exploitant un site internet à une adresse quasi identique correspondant à s'y méprendre au nom commercial et à la dénomination sociale d'un concurrent qui opère dans le même domaine d'activités et avec la même clientèle potentielle ;
- en cas de vente de produits revêtus d'une marque contrefaite qui compromet celle des produits portant légalement le signe distinctif ;
- lorsque l'auteur de la contrefaçon a un comportement parasitaire qui lui permet de commercialiser un produit imitant à moindres frais, donc à un prix plus avantageux, tout en bénéficiant de la notoriété du produit imité, par la confusion entretenue dans l'esprit du public.

Quand n'y a-t-il pas faute ou préjudice distinct de concurrence déloyale ?

- lorsque des faits distincts de ceux retenus pour justifier l'absence d'épuisement des droits sur la marque et la condamnation pour usage illicite de marque ne sont pas caractérisés, même si le contrefacteur a tiré profit des investissements publicitaires réalisés par le créateur des modèles en cause ;
- lorsque l'entreprise se contente d'exposer des produits contrefaisants, car la liberté du commerce autorise l'exercice d'activités similaires dans des lieux identiques ;
- lorsqu'un dessin fait l'objet d'une copie servile dans un matériau de moindre qualité sans que cet acte de contrefaçon présente un caractère fautif distinct ;
- lorsque les économies de travail et de fabrication d'un produit contrefaisant sont la conséquence immédiate de la contrefaçon.

Pour déterminer l'existence de faits distincts de la contrefaçon, les juges doivent notamment rechercher s'il n'y a pas eu création délibérée d'un risque de confusion. Le demandeur n'est, dans tous les cas, pas tenu d'apporter la preuve de la conception et du développement d'un concept original dans son domaine d'activité pour que sa copie servile constitue un acte de concurrence déloyale. En effet, contrairement à l'action en contrefaçon, l'originalité d'un produit ou d'un modèle n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie. **En outre, la répétition dans le temps, au**

rythme des saisons, d'actes de contrefaçon constitue un facteur accru de confusion.

2. Cumul de l'action en concurrence déloyale avec l'action contractuelle

Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur, des règles de la responsabilité délictuelle, mais pas de présenter une demande subsidiaire fondée sur la concurrence déloyale à une demande principale soulevant la responsabilité contractuelle. L'action en concurrence déloyale peut ainsi être exercée cumulativement avec l'action contractuelle, dès lors que des agissements distincts de la seule violation d'une obligation contractuelle peuvent être identifiés. Ainsi, une entreprise est fondée à agir en responsabilité contractuelle contre la société-mère avec laquelle elle a conclu un accord de transfert de technologie en vue du développement et de l'exploitation commerciale d'une technologie à titre exclusif, qui a transmis le savoir-faire à sa filiale, et en responsabilité délictuelle à l'égard de la filiale qui l'a exploité. La nullité d'une clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard. De même, lorsque la clause est arrivée à son terme et que l'activité concurrentielle développée pendant la durée du contrat s'est poursuivie, de manière déloyale, au-delà du terme, les principes de prohibition de la concurrence anticontractuelle et de la concurrence déloyale s'appliquent de manière distributive. En raison de son caractère subsidiaire, l'action en concurrence déloyale peut être dirigée contre le tiers complice de la violation d'une clause de non-concurrence parallèlement à une action contractuelle engagée contre l'auteur de la violation, dès lors que les deux actions tendent à la réparation de préjudices distincts (V. art. L. 442-6 C. com.). L'agent général d'assurance ayant commis des actes de concurrence déloyale distincts de son rétablissement prohibé peut être condamné à des dommages et intérêts concurrentement au prononcé de la déchéance de son droit à indemnité compensatrice de résiliation.

L'effet relatif du contrat ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en concurrence déloyale. Un distributeur agréé est ainsi recevable à agir en responsabilité délictuelle contre les autres membres du réseau pour obtenir réparation du préjudice concurrentiel découlant de la violation de leurs obligations contractuelles.

II. Procédure

PLAN

Au titre de la procédure applicable, nous examinerons successivement :

- la qualité à agir ;
- la compétence et la loi applicable ;
- les conditions de l'action en référé.

A. Qualité à agir

A RETENIR

L'action en concurrence déloyale est ouverte à toute personne physique ou morale qui subit un préjudice concurrentiel, à l'exclusion des associations de consommateurs.

EXEMPLES

Qui peut agir en concurrence déloyale ?

- une société de commerce de détail d'alimentation générale, afin d'obtenir la condamnation de ses concurrents qui ne respectent pas les règles du repos dominical ;
- un syndicat professionnel parallèlement au Conseil de l'Ordre de la profession, à condition qu'il démontre que les pratiques en cause portent atteinte aux intérêts collectifs qu'il représente ;
- des sociétés qui commercialisent des articles authentiques, contre des contrefacteurs, même en l'absence de clientèle commune, mais non un fournisseur qui n'exploite pas directement les produits revêtus des signes et dessins protégés ;
- le repreneur d'une société dont le droit de préemption a été méconnu, dès lors que la société absorbée aurait dû devenir «titulaire» des actifs d'un groupe d'une valeur remarquable en termes économiques, financiers, fonciers et concurrentiels.

L'intérêt à agir d'une société mère dépend de l'acte de concurrence déloyale poursuivi. Lorsque la qualification de cet acte nécessite l'existence d'une clientèle commune, la société mère d'une filiale dotée de la personnalité morale et juridiquement indépendante ne peut ester en justice pour le compte de celle-ci. Lorsque la situation de concurrence n'est pas une condition nécessaire de l'action, comme dans le cas du parasitisme, la société mère possède en principe un intérêt à agir en concurrence déloyale. Dans ce dernier cas, selon la Cour d'appel de Paris, l'intérêt d'une société mère à la protection des investissements engagés pour un produit et au développement de son activité comme de celle de sa filiale est toutefois insuffisant pour lui conférer qualité à agir.

L'action en concurrence déloyale s'exerce principalement dans le cadre de relations horizontales et concerne des produits ou services distincts. Mais elle est également susceptible d'être engagée pour un même produit dans le cadre de relations verticales en dépit de leur nature contractuelle.

EXEMPLES

Qui peut agir en concurrence déloyale dans le cadre de relations verticales ?

- un fournisseur à l'encontre de son distributeur lorsque celui-ci revend ses produits à perte ;
- le distributeur agréé d'un réseau de distribution sélective pour demander réparation du préjudice concurrentiel qu'il subit du fait de la violation par les autres

membres du réseau de leurs obligations contractuelles ;

- un distributeur exclusif, même s'il ne dispose pas de droit privatif sur la marque, contre l'importateur de produits contrefaisants susceptibles de créer une confusion sur l'origine des produits vendus ;
- un tiers au contrat pour non-respect d'un contrat de distribution sélective dans la mesure où l'inexécution par le distributeur agréé de ses obligations contractuelles lui préjudicie.

B. Compétence et loi applicable

A RETENIR

Lorsque le litige se déroule entre commerçants et se rattache à l'exercice de leur commerce, la compétence appartient en principe au tribunal de commerce. Le tribunal de commerce est également compétent pour connaître de l'action en concurrence déloyale dirigée contre un établissement public industriel et commercial ou une association dont l'activité de contrôle et de certification caractérise l'exécution d'actes de commerce. Le litige entre un commerçant et un non-commerçant relève des juridictions commerciales ou civiles au choix du non-commerçant, s'il est demandeur. En revanche, lorsqu'il est défendeur, seules les juridictions civiles peuvent connaître de l'action en concurrence déloyale.

L'action en concurrence déloyale engagée par une société commerciale contre un artisan relève ainsi de la juridiction civile. Il en est de même de l'action intentée contre un auto-entrepreneur qui n'effectue pas d'actes de commerce. Le tribunal de grande instance, devenu à compter du 1er janvier 2020 le «tribunal judiciaire», est exclusivement compétent pour statuer sur les questions de concurrence déloyale connexes aux actions relatives aux brevets d'invention et aux marques de fabrique (art. L. 615-17 et L. 716-3 C. propr. intell.). Lorsque des agissements lient de façon indissociable des actes de concurrence déloyale à des pratiques anticoncurrentielles et de rupture brutale des relations commerciales établies, ceux-ci ressortissent à la compétence des juridictions spécialisées, même si l'action au fond a été engagée au seul visa de l'article 1240 du Code civil et que les faits dénoncés ont été qualifiés d'actes de concurrence déloyale. Lorsque le litige oppose un ancien employé à son ancien employeur, l'action en concurrence déloyale relève du seul conseil des prud'hommes, compétent pour connaître des actes déloyaux commis par l'ancien salarié avant la cessation de son contrat de travail ou accomplis postérieurement à celle-ci, mais seulement s'ils sont liés aux précédents. Les juridictions consulaires retrouvent leur compétence d'attribution lorsque la pratique déloyale se poursuit après la rupture du contrat de travail. Lorsque la responsabilité de l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public est susceptible d'être engagée en raison d'actes de concurrence déloyale, le litige est soumis à la compétence du juge administratif. En revanche, l'action en concurrence déloyale intentée contre un EPIC relève, sauf lorsqu'un ouvrage public est en cause, des règles de compétence et de fond de droit privé. Par ailleurs, lorsque les parties ont stipulé une clause attributive de compétence, la Haute juridiction considère que celle-ci doit s'appliquer, même si elle est contenue dans un pacte d'associés qui a été privé d'efficacité.

A RETENIR

Le tribunal territorialement compétent est celui du lieu où le dommage a été subi.

La Cour de cassation a récemment souligné que la compétence territoriale n'est pas limitée à un ressort lorsque le préjudice a été subi dans toute la France. Lorsque l'acte de concurrence déloyale est le fait d'un site internet, la compétence du juge français semble dépendre des conditions d'accès au site. Selon la Cour d'appel de Paris, dont la solution a été consacrée par la Cour de cassation, le dommage se réalise en tous lieux où le site est accessible et où les informations sont mises à la disposition des utilisateurs éventuels du site : les juridictions françaises sont compétentes pour connaître de l'action en concurrence déloyale intentée contre des sites internet dès lors que la preuve de l'accessibilité des sites en cause aux internautes français et de la disponibilité en France des produits litigieux est apportée. Tel est le cas en présence d'un message dénigrant diffusé par une société japonaise sur l'extension «.com» de son site internet, qui vise expressément des concurrentes françaises et leurs produits argués de contrefaçon, même s'il est rédigé en anglais et que l'information a été relayée par des sites tiers, dès lors que le communiqué en cause vise nécessairement le public français. En revanche, le juge français n'est pas compétent lorsque le site internet est rédigé en langue anglaise et n'offre aucun produit à la vente aux consommateurs français. De même, lorsqu'un dénigrement est commis à partir d'un site internet, le juge doit vérifier si l'information en cause est effectivement destinée aux internautes français.

A RETENIR

Lorsque le litige est international et qu'il oppose des ressortissants des États membres de l'Union européenne, la compétence judiciaire internationale doit être déterminée conformément au règlement 1215-2012, qui remplace le règlement 44-2001 depuis le 10 janvier 2015. Le juge compétent est celui de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit, c'est-à-dire tant le lieu du fait générateur que celui de la réalisation du dommage.

La compétence du juge de l'État membre du domicile d'un codéfendeur doit cependant être retenue lorsque chacune des sociétés en cause est accusée de contrefaçon des mêmes modèles de vêtements et des mêmes actes de concurrence déloyale et qu'en l'absence d'harmonisation du droit d'auteur et de la concurrence déloyale au sein de l'Union, il existe un risque de décisions inconciliables, si les demandes sont jugées séparément. Dans ce cas, le juge désigné est compétent pour statuer sur l'intégralité du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et parasitaire commis à l'étranger et pas seulement de ceux affectant le marché français. Lorsque le contrat stipule une clause attributive de juridiction conforme à l'article 25 du règlement, le juge français se déclare à bon droit incompétent.

A RETENIR

Enfin, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est selon le principe édicté à l'article 6.1 du règlement Rome II celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

Ce principe connaît une exception en faveur du pays du lieu de réalisation du dommage lorsque ce comportement affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, à la seule condition que ces actes n'aient pas d'effet sur le marché concerné.

C. Référé

A RETENIR

Les dispositions par lesquelles les textes ont étendu le domaine du référé permettent au juge saisi d'ordonner plus facilement la suspension des agissements grossièrement déloyaux, lorsque l'urgence est caractérisée, ou pour prévenir un dommage imminent, ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le juge peut notamment interdire de distribuer, commercialiser et promouvoir un parfum sur le territoire français et ordonner le retrait du marché français de l'ensemble des produits et documents commerciaux ou publicitaires reproduisant ou faire référence à ce parfum, à condition de limiter cette mesure aux produits et publicités revêtus des caractéristiques jugées parasitaires. **Le juge des référés peut également, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, ordonner une mesure d'instruction pour recueillir la preuve des prétendus actes de concurrence déloyale, dès lors que le juge du fond n'est pas saisi du même litige.** L'octroi par le juge de telles mesures nécessite que la mission de l'huissier de justice désigné pour effectuer les constatations soit proportionnée à l'objectif poursuivi, suffisamment circonscrite et limitée dans le temps. Les attestations établies en exécution d'une mission confiée à un huissier de justice par une ordonnance de référé rétractée, faute d'avoir été obtenues loyalement, doivent être écartées des débats. Les mesures d'instruction légalement admissibles au titre de l'article 145 peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé, dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. **Mais la voie de l'ordonnance sur requête ne se justifie que dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse.**

Les mesures prononcées non contradictoirement sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile doivent en outre être justifiées par un risque de dépérissement des preuves sous peine d'être annulées. Mais leur prononcé n'est subordonné à aucun commencement de preuve. Ainsi, le juge ne peut ordonner sur requête une mesure d'instruction *in futurum* en vue d'établir des actes de concurrence déloyale sans que la requête ni l'ordonnance sur requête ne mentionnent expressément les circonstances qui justifient que cette mesure ne soit pas prise contradictoirement. Dans de telles circonstances, le droit à un procès équitable commande que la personne qui assiste l'huissier

instrumentaire lors de l'établissement du procès-verbal de constat soit indépendante de la partie requérante, ce qui n'est pas le cas d'un avocat stagiaire employé par le conseil de la plaignante. Lorsque les mesures ordonnées en vue d'établir les actes de concurrence déloyale litigieux excèdent les prévisions de l'article 145 du Code de procédure civile, le juge de la rétractation en réduit la portée pour les circonscrire aux faits dont pourrait dépendre la solution du litige et éviter une atteinte excessive ou non légitime au secret des affaires.

III. Sanctions

A RETENIR

L'action en concurrence déloyale est une action en responsabilité civile, qui a une double vocation : indemnitaire et préventive. Elle autorise, par conséquent, celui qui l'exerce à solliciter tant une condamnation à des dommages-intérêts, qu'une injonction à l'encontre de l'auteur du comportement incriminé et une publication de la décision sanctionnant celui-ci.

En fonction de la demande, le tribunal va donc pouvoir ordonner plusieurs mesures, au besoin cumulativement. Le préjudice matériel et/ou moral subi par la victime est réparé par des dommages et intérêts, dont le montant est souvent difficile à évaluer. Ce montant, généralement fixé en fonction des circonstances de la cause, doit opérer, selon les règles du droit commun, une réparation intégrale. Mais, dans tous les cas, le juge ne peut accorder plus que la somme demandée et le demandeur ne peut, quant à lui, réclamer des dommages-intérêts plus élevés en appel qu'en première instance. La réparation peut parfois être symbolique. Le tribunal prescrit en outre fréquemment une publicité de sa décision par la presse, voire la radio, afin d'avertir la clientèle des procédés déloyaux. Il a enfin le pouvoir d'ordonner toutes les mesures nécessaires pour faire cesser les agissements critiqués. Il peut s'agir d'injonctions de faire ou de ne pas faire ; ces mesures peuvent même être décidées à titre préventif, en l'absence de tout préjudice.

Le jugement de condamnation peut être assorti d'une astreinte. La continuation des actes de concurrence déloyale après le prononcé de la condamnation constitue une faute nouvelle, génératrice d'un préjudice distinct.

CHAPITRE II Actes de concurrence déloyale

SECTION 1

Confusion

I. Critères d'appréciation

- A. Ressemblances entre les produits
- B. Nature de la clientèle

II. Objet

- A. Confusion avec l'entreprise d'un concurrent
- B. Confusion avec les produits d'un concurrent

SECTION 2

Désorganisation

I. Création d'une entreprise concurrente

- A. Distinction entre la création et les actes déloyaux adjacents
- B. Clause de non-concurrence

II. Débauchage

III. Désorganisation de la production ou de l'activité commerciale

- A. Détournement du savoir-faire ou des secrets de fabrique
- B. Désorganisation de l'activité commerciale
- C. Prix et marque d'appel
- D. Démarchage illicite
- E. Non-respect d'une réglementation

IV. Désorganisation et réseaux de distribution

- A. Principe de licéité de la commercialisation hors réseau
- B. Approvisionnement irrégulier
- C. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau
- D. Pratiques commerciales déloyales et autres actes de désorganisation

SECTION 3

Dénigrement

I. Domaine

- A. Dénigrement et libre critique
- B. Dénigrement et diffamation
- C. Dénigrement direct ou indirect

II. Conditions

- A. Personne identifiée ou identifiable / Produit ou service
- B. Information malveillante
- C. Diffusion publique

III. Dénigrement et publicité comparative

- A. Licéité de principe de la publicité comparative

B. Dénigrement par comparaison

SECTION 4

Parasitisme

I. Conditions

- A. Intention de parasitisme
- B. Valeur économique du produit du parasite
- C. Économie injustifiée du parasite
- D. Trouble commercial du parasite

II. Formes

- A. Usurpation du travail d'autrui
- B. Usurpation de la notoriété d'autrui

CHAPITRE II Actes de concurrence déloyale

La compétition économique doit être empreinte de loyauté. Dans le cas contraire, il y a atteinte au principe de liberté du commerce en raison de l'abus qui en est fait. Ces abus constitutifs de concurrence déloyale peuvent revêtir des formes diverses et variées et donnent lieu à un abondant contentieux. La jurisprudence a proposé une classification, qui reflète assez fidèlement les cas les plus fréquemment soumis à l'appréciation des juges.

A RETENIR

Quatre catégories de comportements peuvent être recensées dans la jurisprudence, les deux premières requérant, en principe, l'existence d'une relation de concurrence entre les parties, les deux dernières dispensant au contraire, en règle générale, de sa constatation : la confusion, retenue parfois sous le vocable d'imitation, la désorganisation, le dénigrement, et le parasitisme économique. Il s'agit bien entendu d'une liste non limitative, l'action en concurrence déloyale étant ouverte dès lors qu'existe une faute, c'est-à-dire un comportement contraire à la loyauté du commerce.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la confusion ;
- la désorganisation ;
- le dénigrement ;
- le parasitisme.

SECTION 1

Confusion

Une concurrence loyale oblige le commerçant à individualiser ses produits. Aussi ne doit-il pas user de procédés dont l'objet est d'entraîner une confusion dans l'esprit de la clientèle entre des entreprises concurrentes ou entre leurs produits. La confusion est l'un des plus fréquents et des plus anciens actes de concurrence déloyale. Elle résulte en règle générale de l'imitation des signes de ralliement de la clientèle (nom commercial, enseigne, publicité) ou des produits concurrents (conditionnement, confusion sur l'origine). Il n'est pas nécessaire que la recherche de la confusion soit intentionnelle, l'imprudence ou la négligence étant punissable sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil. Autrement dit, la mauvaise foi n'a pas à être démontrée.

La confusion suppose un rapport direct et étroit de concurrence. Cette condition la distingue du dénigrement et du parasitisme économique, par rapport auquel la frontière n'est pas toujours facile à tracer. En effet, le parasitisme naît souvent d'une copie servile ou quasi servile qui crée un risque de confusion. Confusion et parasitisme diffèrent cependant, car l'imitation recherche la confusion et le détournement de la clientèle, alors que la copie dénote la volonté du parasite de se placer dans le sillage du parasité et de bénéficier de sa notoriété, sans nécessairement chercher à créer une confusion dans l'es-

prit d'une clientèle commune. En tout cas, une cour d'appel ne peut retenir que la copie servile d'un produit commercialisé par un concurrent ne constitue pas, en soi, un acte de concurrence déloyale sans rechercher l'existence d'un risque de confusion entre les produits en cause.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les critères d'appréciation de la confusion ;
- les objets sur lesquels elle porte.

I. Critères d'appréciation

PLAN

Le risque de confusion s'apprécie compte tenu :

- des ressemblances entre les produits ;
- de la nature de la clientèle à laquelle ils sont destinés.

A. Ressemblances entre les produits

A RETENIR

L'imitation n'est pas en soi constitutive de concurrence déloyale. Il faut, en effet, que les ressemblances soient suffisantes pour entraîner une confusion ou un risque de confusion.

L'appréciation de la faute au regard du risque de confusion doit résulter d'une approche concrète et circonstanciée des faits qui tiennent compte du caractère plus ou moins servile, systématique ou répétitif de la reproduction ou de l'imitation, de l'ancienneté de l'originalité et de la notoriété de la prestation ou du produit copié. Il ne suffit donc pas que les points communs entre deux conditionnements induisent seulement le consommateur à penser que les produits en cause appartiennent à une même gamme. Les juges doivent rechercher si, au vu des analogies, l'impression d'ensemble est de nature à créer un risque d'équivoque dans l'esprit des clients qui n'ont pas les deux produits sous les yeux. L'invocation de différences portant sur des éléments mineurs, en présence d'une reprise quasi identique, dans leur combinaison, des caractéristiques du produit d'un concurrent sur lesquelles ce dernier a construit sa réputation et su attacher sa clientèle ne permet pas d'exclure un risque de confusion. Il y a confusion fautive lorsque des éléments de ressemblance ne sont pas fortuits mais traduisent une volonté délibérée d'imiter un produit concurrent dont le succès et la notoriété sont avérés, de manière à générer dans l'esprit de la clientèle un risque de confusion. Il en est notamment ainsi lorsqu'une société, non seulement s'inspire du style des vêtements de créateurs réputés, mais aussi en reprend les «codes», comme les découpes, boutonnages et griffures très particuliers, la confusion par identification étant encore accrue par le fait que, lors de la présentation de sa collection, ses dirigeants portaient les vêtements des créateurs imités.

Aucun risque de confusion n'est caractérisé lorsque les conditionnements concurrents produisent une impression d'ensemble distincte ou lorsque les différences relevées confèrent aux produits des configurations générales permettant de les dissocier. De même, toute équivoque est écartée dès lors que le choix de couleurs et de thèmes donne une apparence générale différente et que les produits s'adressent, d'une part, à des enfants, et d'autre part, à des adultes, qu'il existe entre leurs dénominations des différences phonétiques et intellectuelles, ou que le risque de confusion phonique entre les dénominations est dissipé par les différences entre les documents commerciaux ou encore que les ressemblances invoquées entre deux magazines ne sont apparentes qu'à l'intérieur et non sur leur page de couverture.

B. Nature de la clientèle

1. Clients d'attention moyenne

A RETENIR

Pour apprécier l'existence d'une confusion ou d'un risque de confusion, les juges se réfèrent au client type, moyennement vigilant et attentif.

Ainsi, selon la Cour de cassation, une cour d'appel ne peut, pour écarter tout risque de confusion dans l'esprit du public, retenir que le consommateur de services de location de véhicules automobiles est un consommateur éduqué et averti, tenu de souscrire un contrat de service, sans caractériser en quoi, au vu de leur nature, les services de location de véhicules concernés, s'adresseraient à un public dont le niveau d'attention serait supérieur à celui qui caractérise le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé auquel il convient en principe de se référer. La jurisprudence assimile au client d'attention moyenne le consommateur «non spécialement alerté», qui, sans avoir les deux produits simultanément sous ses yeux, en retient une impression d'ensemble. Dès lors, l'imitation à l'identique d'un modèle crée un risque de confusion lorsque les ressemblances entre les deux modèles sont trop importantes pour qu'un consommateur moyen puisse relever les différences techniques, notamment de qualité, seulement perceptibles en cas de confrontation successive et simultanée des deux objets. En revanche, des points communs entre des conditionnements qui sont usuels dans le secteur considéré ne sont pas susceptibles d'entraîner un risque de confusion. L'erreur de quelques clients ne suffit pas : la confusion n'est fautive que si elle concerne l'ensemble des consommateurs potentiels.

2. Clients professionnels

A RETENIR

Lorsque le produit est destiné à des professionnels, le risque de confusion est réduit, voire inexistant.

En effet, les professionnels orientent leur choix plutôt en fonction des caractéristiques que de l'aspect du produit et se livrent en principe à un examen attentif du produit avant d'en faire l'acquisition. Dès lors, une ressemblance générale ne peut créer de confusion

dans l'esprit d'une clientèle avertie entre des produits concurrents sur lesquels figure l'indication du producteur ou du distributeur. La qualité de professionnel n'exclut toutefois pas une éventuelle confusion déloyale. Il en est ainsi de la vente de plants, à un prix très inférieur à celui pratiqué par le propriétaire de la variété, sans indication de la dénomination exacte. De même, l'imitation servile du produit concurrent non justifiée par des impératifs techniques est source de confusion, même pour une clientèle professionnelle.

3. Amateurs avertis

A RETENIR

Le risque de confusion se trouve également écarté lorsque des produits similaires sont destinés à des amateurs éclairés.

En effet, le public visé concerne alors un nombre très limité de personnes ultra spécialisées. Ainsi, il ne peut y avoir de confusion entre les dénominations de commerces situés à des centaines de kilomètres et s'adressant à des spécialistes du triathlon. De même, la publicité présentant un réparateur comme spécialiste d'une marque ne caractérise pas un acte de concurrence déloyale en l'absence de confusion possible sur sa qualité de membre du réseau auprès d'une clientèle d'amateurs avertis. Tout risque de confusion entre deux crèmes pour le visage d'un prix élevé et à usage spécifique peut également être écarté lorsque le public auquel il convient de se référer pour l'appréciation de ce risque est la consommatrice avertie, qui porte une attention particulière à l'origine des produits, à leur marque, à leur correspondance avec le prix et la qualité du conditionnement, et que les circuits de distribution des cosmétiques en cause sont différents.

II. Objet

PLAN

La confusion peut viser à créer une assimilation avec :

- l'entreprise d'un concurrent ;
- les produits d'un concurrent.

A. Confusion avec l'entreprise d'un concurrent

La confusion est fréquemment créée par l'imitation des signes de ralliement de la clientèle de l'entreprise. Pour capter la clientèle de son concurrent, un opérateur va imiter les signes distinctifs de l'entreprise - enseigne, logo, nom commercial... - afin d'induire la méprise du consommateur sur l'identité de celui à qui il s'adresse. Les technologies nouvelles, comme internet, ouvrent d'ailleurs de nouvelles voies pour conquérir des clients.

Toutefois, ces signes de ralliement ne sont pas les seuls éléments attractifs de la clientèle. Les documents commerciaux, la décoration extérieure, la publicité de ralliement sont autant d'éléments de fidélisation de la clientèle, susceptibles d'être imités afin de créer une confusion avec l'image que l'entreprise s'est forgée.

PLAN

Lorsqu'elle concerne une entreprise, l'imitation, source de confusion, porte sur :

- les signes de ralliement de la clientèle ;
- d'autres éléments de fidélisation.

1. Signes de ralliement de la clientèle

PLAN

Les signes de ralliement de la clientèle comprennent :

- l'enseigne et le logo ;
- le nom commercial.

a. Enseigne et logo

A RETENIR

L'enseigne a une grande importance pour le ralliement de la clientèle. Celui qui individualise son établissement doit le faire en usant d'une dénomination ou d'un emblème qui n'indique pas seulement le genre du commerce. En effet, pour être protégée, une dénomination doit en principe être spéciale et non générique, même si l'association de termes génériques et banals peut constituer une dénomination distinctive susceptible d'être l'objet d'un droit privatif. En revanche, l'action en concurrence déloyale, ouverte à ceux qui sont dépourvus de droit privatif, ne subordonne pas l'existence d'un risque de confusion à l'originalité du signe.

La priorité de l'emploi assure au commerçant le droit d'empêcher un autre commerçant de se servir de la même enseigne pour un commerce similaire. La protection varie selon la nature du commerce et la notoriété de l'enseigne : elle peut s'étendre au même quartier et à la même ville ou à la France entière. Il n'y a concurrence déloyale que si l'utilisation de l'enseigne crée une confusion du public entre deux établissements du même genre s'adressant aux mêmes clients. Par exception, l'usurpation d'une dénomination sociale notoire, même pour des produits différents, peut créer un risque de confusion dans l'esprit du public, qui peut croire à une extension d'activité. Lorsqu'il n'y a pas reproduction pure et simple, les ressemblances doivent être suffisantes pour entraîner une confusion dans l'esprit du client d'une attention moyenne.

Au même titre que l'enseigne, l'exploitation concurrente de la marque sous forme de logo est susceptible d'entraîner un risque de confusion entre les produits ou services ou sur leur origine, le consommateur risquant de les attribuer à une seule et même entreprise. La confusion existe dès lors que le public peut percevoir la marque d'un opérateur comme désignant les produits ou services d'une entreprise économiquement liée à l'entreprise affichant les logos imités comme signes distinctifs. Toutefois, la libre concurrence étant la règle, en l'absence de label ou de sigle officiel, l'utilisation d'un logo évoquant, notamment, l'écologie n'est pas répréhensible.

b. Nom commercial

1) Nom commercial / Dénomination sociale

A RETENIR

Une entreprise peut librement choisir la dénomination de fantaisie qui l'individualise, dès lors qu'elle ne porte pas atteinte aux droits acquis par une autre personne. Le droit sur le nom commercial s'acquiert par son usage public, et si l'usage cesse, le droit se perd.

Le droit sur la dénomination sociale est opposable aux tiers dès l'immatriculation de la personne morale au registre du commerce et des sociétés. Si la déclaration de la dénomination à un ordre professionnel peut constituer un critère d'appréciation, le juge peut préférer retenir l'antériorité de l'exploitation du signe imité. La protection dépend de l'originalité de la dénomination dans le secteur économique considéré et de la proximité géographique des concurrents. Toutefois, le caractère original ou distinctif ne conditionne pas le succès de l'action en concurrence déloyale, mais constitue seulement un critère éventuel d'appréciation de la faute et du risque de confusion. Un même vocable peut être utilisé à titre de dénomination sociale et de nom de domaine, sans risque de confusion, lorsque les activités concernées sont par nature distinctes, répondent à des besoins différents et ne ciblent pas la même clientèle. Lorsqu'une dénomination est composée de plusieurs mots, l'un d'eux peut, à titre isolé, être protégé s'il est distinctif en lui-même, c'est-à-dire revêt, eu égard à l'activité concernée, un caractère essentiel et arbitraire, distinctif et nouveau, qui suffit à distinguer l'entreprise aux yeux du public. Le risque de confusion s'apprécie en effet au regard de l'activité effective des sociétés en litige, mais aussi de la distinctivité du signe imité. Tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit du nom de la commune où l'activité est exercée. En revanche, l'usage d'une dénomination composée seulement du nom d'une commune est fautif s'il est de nature à créer un trouble manifestement illicite résultant d'une confusion dans l'esprit du public avec la ville concernée, même s'il n'existe aucune protection du nom des communes.

Celui qui usurpe ou imite le nom commercial, et qui crée un risque de confusion entre les clientèles communes d'entreprises exerçant une activité similaire, commet un acte de concurrence déloyale. La jurisprudence ne sanctionne pas la simple identité de dénominations. Mais, que l'imitation soit volontaire ou inconsciente, l'usurpation d'un nom commercial est déloyale dès lors qu'il existe un réel risque de confusion ou d'association.

2) Nom commercial et nom patronymique

A RETENIR

Toute personne a la liberté d'utiliser son nom patronymique à titre de signe distinctif dans son activité économique, notamment à titre de nom commercial ou de dénomination sociale. Il bénéficie de ce droit d'usage malgré le dépôt antérieur d'une marque, dès lors que cet usage est réel et personnel. Tel est le cas lorsque le titulaire du nom dirige et contrôle la société, à laquelle il a apporté son nom. Cet usage doit toutefois être exclusif de toute fraude (convention de prête-nom, par ex.) et ne pas entraîner de confusion dans l'esprit de la clientèle avec un homonyme notoire qui utilise déjà ce nom dans des activités semblables ou similaires.

Aucune confusion n'est possible lorsque l'homonyme, membre de la même famille que le titulaire d'une marque déposée, fait précéder son patronyme de son prénom et le fait suivre du terme «distribution», l'activité de création de prêt-à-porter n'étant d'ailleurs pas comparable avec celle de fourrures, parfums et produits de luxe. Il n'est pas non plus déloyal d'utiliser le nom d'une commune en complément d'une expression courante, dès lors que la commune correspond au lieu d'exercice de l'activité. En revanche, l'utilisation ostensible par une société du nom de son directeur commercial, auquel il a été interdit de faire usage de son patronyme à des fins commerciales, est constitutive de concurrence déloyale, car elle est manifestement destinée, grâce à la renommée de l'homonyme, à détourner à son profit la clientèle en lui faisant croire qu'elle s'adresse à un magasin du même groupe. De même, la faute peut être retenue lorsqu'une personne morale adopte le nom de son fondateur accolé à celui de son épouse, alors qu'un concurrent notoirement connu possède pour des activités similaires une dénomination voisine.

L'homonymie soulève par ailleurs la question du droit d'une personne physique de s'opposer à l'usage par un commerçant d'un nom commercial dans lequel figure son propre nom ou certains éléments de celui-ci. L'examen de la jurisprudence révèle que seules les atteintes délibérées aux noms jouissant d'une certaine renommée font obstacle à l'appropriation à des fins commerciales.

3) Nom commercial et internet

A RETENIR

La protection du nom commercial contre tout risque de confusion vaut pour toute utilisation et tous supports.

Dès lors, une dénomination créatrice de confusion avec une autre ne peut continuer d'être utilisée sur le Minitel, alors qu'elle est interdite comme nom commercial. L'auteur de la confusion peut être condamné sous astreinte à modifier la dénomination litigieuse. La Cour de cassation estime que cette condamnation emporte interdiction d'utiliser la dénomination prohibée. Il a également été jugé que le code d'accès à un kiosque téléphonique, qui n'est ni un signe distinctif, ni une marque protégée par son dépôt, ni une dénomination sociale, est un moyen d'exploitation d'une activité commerciale. Celui qui l'adopte doit être protégé contre la concurrence déloyale résultant de l'utilisation d'un code semblable au sien, qui est un moyen pour son utilisateur de s'insérer dans une activité commerciale existante et similaire.

La même solution vaut pour les noms de domaine.

A RETENIR

L'usage d'un nom de domaine reprenant le nom commercial ou la dénomination sociale d'un tiers, afin de désigner un site internet proposant des produits concurrents, constitue un acte de concurrence déloyale.

Encore faut-il que le nom choisi soit original. Il n'en est pas ainsi lorsque le nom de domaine retenu est intégralement descriptif, ce qui expose son titulaire à retrouver les

mêmes termes sur des sites concurrents et dans les réponses des moteurs de recherche.

Un opérateur ne peut pas non plus utiliser la dénomination d'autrui, pour désigner un service permettant d'accéder directement en ligne à des informations sur ses produits. Par le passé, la complicité du prestataire de positionnement payant a pu être retenue, notamment par fourniture de moyens, lorsqu'il ne vérifiait pas si les mots-clés choisis par l'annonceur ne reproduisaient pas illicitement une dénomination sociale, une marque ou un nom de domaine. Désormais, conformément au droit de l'Union et à la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) 2004-575 du 21 juin 2004 qui régit la responsabilité des hébergeurs, un prestataire de référencement ne peut être tenu responsable des données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur, à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de celles-ci ou des activités de l'annonceur, il ne les ait pas promptement retirées ou rendues inaccessibles. Selon la Cour de cassation, le rôle actif du prestataire de référencement sur le plan de la connaissance ou du contrôle des données stockées, qui permet d'exclure le bénéfice du régime de responsabilité atténuée prévue par la loi LCEN, ne saurait être caractérisé du seul fait que ce dernier a mis en place son propre système d'annonces commerciales. De même, la réservation de mots-clés dans le cadre du système AdWords de Google utilisant la dénomination sociale ou le nom commercial du concurrent n'est pas fautive lorsque la présentation des résultats de recherche dans une barre latérale intitulée «liens commerciaux» ne suggère pas à l'internaute que les produits et services visés par les liens publicitaires sont originaires de la même société ou d'une entreprise qui lui serait économiquement liée. En revanche, l'utilisation du nom commercial d'un concurrent afin de déclencher par la mise en œuvre du système AdWords de Google l'affichage de liens commerciaux relatifs aux produits de ce dernier, mais qui ne permettent pas d'identifier l'annonceur, crée un risque de confusion sur l'origine des produits commercialisés. Il ne saurait cependant être imputé à faute à Google et son système AdWords l'usage par des annonceurs de mots-clés correspondant à des marques, dénomination sociale et nom commercial d'une concurrente qui ne présente aucun caractère fautif de nature à ouvrir droit à la réparation d'un préjudice.

Enfin, la reproduction du nom de domaine d'un tiers est répréhensible à l'instar de celle du nom commercial ou de la dénomination sociale. Ainsi, le rachat, dès le lendemain du jour où il est tombé dans le domaine public, du nom de domaine dont la société concurrente du même nom faisait usage jusqu'alors, constitue un acte de concurrence déloyale, s'il est de nature à faire naître la confusion dans l'esprit du public. Il en va de même de la reproduction de la partie distinctive d'un nom de domaine, accompagnée d'une référence à un site internet concurrent afin de créer une confusion dans l'esprit du public entre le nom de domaine et le signe le reproduisant, à moins que le signe adopté ne soit que la reproduction de termes génériques et usuels pour le type de service en cause. Ainsi, l'exploitation des noms de domaine scootlib.com et scootlib.org ne porte pas atteinte aux noms de domaine velib quelle que soit leur extension, dès lors que les syllabes d'attaque auxquelles le consommateur prête généralement attention sont distinctes et sans ressemblance phonétique, et que, d'un point de vue conceptuel, s'ils ont la même construction associant le diminutif d'un moyen de transport au suffixe «lib» évoquant l'idée de liberté, ils font référence à deux types de véhicules différents, de sorte que l'internaute d'attention moyenne ne peut, lorsqu'il accède aux sites litigieux, les confondre

avec ceux de la Ville de Paris ou lui en attribuer l'origine. En revanche, la reprise dans un nom de domaine des termes «comptoir» et «du coton» pour commercialiser des peignoirs de bains et des pantoufles est susceptible d'amener le public à croire en l'existence de liens commerciaux directs avec le nom commercial et le nom de domaine d'une société de prêt à porter renommée, et, partant, à attribuer une origine commune aux produits respectivement proposés. La règle vaut également pour les collectivités locales, même si le nom des communes ne bénéficie d'aucune protection et que le Code de la propriété intellectuelle les protège contre un dépôt de marque et non d'un nom de domaine : utiliser le nom d'une commune pour exploiter un site internet crée un trouble manifestement illicite du fait de la confusion engendrée dans l'esprit du public.

2. Autres éléments de fidélisation

PLAN

Les autres éléments de fidélisation comprennent :

- les documents commerciaux ;
- la décoration intérieure ;
- la publicité.

a. Documents commerciaux

A RETENIR

Les documents commerciaux, tels que les catalogues, les références des produits, le papier à en-tête, permettent à chaque entreprise de fabriquer son image de marque. La reproduction de ces documents peut constituer le moyen pour le tiers de détourner la clientèle en s'appropriant l'image du concurrent.

En effet, si l'identité des caractéristiques de certains produits peut être justifiée, la copie servile des documents les présentant au public est fautive. Cette appropriation peut prendre différentes formes. La reproduction du catalogue du concurrent a été condamnée à de multiples reprises. La confusion peut également résulter de l'utilisation de références identiques à celles de l'entreprise concurrente, ou des panneaux publicitaires du concurrent en dissimulant les dénominations. Tout risque de confusion est écarté lorsque les brochures commerciales sont bien différenciées ou lorsqu'un opérateur adopte des conditions de vente aussi avantageuses que son concurrent.

b. Décoration extérieure

A RETENIR

L'entreprise cherche aussi à se distinguer par sa présentation extérieure ; celle-ci peut être déterminante pour le client qui, en cas d'imitation, risque de confondre les commerçants. Cependant, la jurisprudence se montre assez stricte en la matière. La décoration extérieure doit être suffisamment caractéristique et ne pas résulter des tendances de la mode.

En outre, la similitude doit être suffisante pour créer un risque de confusion et détourner la clientèle. Il en est notamment ainsi lorsqu'un concurrent direct adopte les références visuelles utilisées par un concurrent notoirement connu pour la devanture du magasin, les documents et les véhicules commerciaux. L'architecture intérieure peut aussi contribuer à identifier les magasins d'un groupe dans l'esprit de la clientèle, mais, étant généralement associée à d'autres signes distinctifs (logos, enseigne, etc.) et d'autres éléments attractifs (service après-vente, par ex.), elle n'est pas en soi un élément déterminant du choix du client. Seule une reproduction à l'identique de l'architecture intérieure est donc fautive, le risque de détournement de la clientèle ne pouvant en outre exister que si les entreprises sont situées dans la même zone de chalandise.

c. Publicité

A RETENIR

La publicité constitue un élément attractif de la clientèle dans la mesure où elle vise à retenir son attention. L'imitation, source de confusion, porte en règle générale sur le slogan publicitaire. Toutefois, l'idée publicitaire n'est en principe pas susceptible d'appropriation.

Aussi, la reprise d'un slogan publicitaire n'est-elle un acte de concurrence déloyale que s'il y a confusion ou risque de confusion et faute du concurrent. En outre, l'imitation fautive suppose une originalité certaine de l'idée publicitaire. Lorsque les ressemblances entre les slogans publicitaires sont dictées par l'adoption du même procédé promotionnel et par des éléments et formules nécessaires à sa description, il n'y a pas confusion ou risque de confusion. En revanche, la reprise de l'idée publicitaire peut être un facteur aggravant de la confusion entretenue entre les produits. L'utilisation abusive de l'appellation «compotes fraîches» pour créer une confusion avec des produits comportant une mention recommandant leur conservation au frais est ainsi déloyale. De même, l'imitation servile du matériel publicitaire d'autrui, des panneaux publicitaires ou des étiquettes du concurrent constitue une faute. Enfin, l'utilisation par un ancien concessionnaire devenu garagiste de la mention «spécialiste» de la marque, longtemps condamnée en soi, ne constitue plus aujourd'hui une faute que si l'entreprise en cause ne peut apporter la preuve de la réalité de sa qualification, ou si cette dernière crée une confusion avec les membres du réseau. La solution est bien sûr différente lorsque l'ancien concessionnaire continue d'utiliser le logo ou la marque du concédant.

La confusion peut être entretenue dans l'esprit de la clientèle non seulement pour entraîner une assimilation avec l'entreprise du concurrent, mais aussi avec ses produits.

B. Confusion avec les produits d'un concurrent

PLAN

La confusion avec les produits d'un concurrent peut résulter de :

- l'imitation du produit d'un concurrent ;
- l'imitation de la marque d'un concurrent.

1. Imitation d'un produit original

A RETENIR

Le détournement de la clientèle peut être recherché par l'imitation notamment des conditionnements, emballages, étiquettes des produits concurrents, et plus généralement de la présentation extérieure du produit.

Les similitudes entre produits concurrents ne sont toutefois pas source de confusion lorsque le second arrivé sur le marché apparaît nettement plus élaboré ou que les produits sont de qualité différente. Il n'est pas indispensable que la copie soit servile pour que la faute de concurrence déloyale soit retenue, car la confusion peut être entretenue en dépit de la différence d'aspect des articles en cause. Il suffit que les ressemblances soient suffisantes pour entretenir la confusion. Tel n'est pas le cas, en présence de la ressemblance du nom, commençant par «Bata», de deux jeux de cartes destinés aux enfants, qui reprend le concept du jeu de la bataille, mot commun non susceptible d'appropriation.

EXEMPLES

Quand y a-t-il risque de confusion avec les produits d'un concurrent ?

- en cas de présentation trompeuse du produit, qui laisse croire au client qu'il est plus avantageux que celui du concurrent ;
- en cas de reprise des principaux éléments du conditionnement ;
- lorsque la présentation suggère aux clients que le modèle commercialisé sous une dénomination utilisant un élément d'identification du distributeur constitue la propriété de ce dernier alors que les droits de propriété intellectuelle appartiennent en réalité au fabricant ;
- en cas de copie quasi servile des tarifs du concurrent, l'entreprise se plaçant systématiquement à un niveau de prix inférieur, de manière à attirer la clientèle qui trouve à la même place ou à proximité des produits identiques présentés de façon plus avantageuse ;
- en cas de reprise, dans un ouvrage de même nature et d'un format d'ensemble très proche, sans nécessité fonctionnelle, des éléments qui identifient aux yeux du public le guide édité par un concurrent depuis 1969 ;
- en cas de reprise des imprimés de plusieurs modèles de vêtement et de la forme d'une jupe d'une collection de prêt-à-porter de l'année précédente, parus dans la presse, qui crée un effet de gamme, même si les copies sont destinées à une clientèle plus jeune ;
- en cas de copie servile du produit commercialisé par un concurrent susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle entre entreprises exerçant une activité identique ou proche et commercialisant des produits de même nature, sans que ce risque de confusion ne soit subordonné à la condition que la marque de la seconde ait été apposée sur les produits commercialisés par la première.

En cas d'apposition de la marque sur le conditionnement, celle-ci ne suffit pas à éliminer le risque de confusion ou d'association avec les produits originaux. Le risque de confusion est en revanche exclu dès lors que les modèles en cause ne représentent pas la reproduction servile de ceux de la plaignante et que la vente à un prix inférieur ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale ou encore lorsque le produit prétendument imité, non encore finalisé, ne constitue pas une réalité industrielle. En l'absence de lien avec les vêtements contrefaits qui ne font pas partie de la même collection et correspondent à deux saisons distinctes, tout effet de gamme est en revanche exclu. De même, la reproduction, selon des modalités identiques, d'une gamme concurrente, constitutive de concurrence déloyale, exclut que les produits incriminés présentent des différences sur divers points, notamment leur taille.

De plus, l'imitation n'est susceptible d'être source de confusion que si le produit imité est original. Rien n'interdit, en effet, de fabriquer et commercialiser des produits identiques. Ainsi, la copie, même servile, d'un modèle banal, en raison de son caractère exclusivement utilitaire ou de son appartenance au domaine public, n'est pas en elle-même constitutive de concurrence déloyale. Il en va de même lorsque l'idée qui sous-tend le conditionnement d'un produit n'est pas protégeable, lorsque la combinaison des éléments du conditionnement constitue un signe d'identification et que la clientèle est attachée à ce mode précis de conditionnement ou lorsque la désignation du produit utilise un nom devenu générique. La commercialisation d'une gamme de produits se rapprochant par leur composition d'une gamme de produits concurrents ne suffit pas non plus à caractériser un acte de concurrence déloyale.

Une reproduction à l'identique d'un produit n'est fautive que si elle est réalisée dans le but de tromper la clientèle sur l'origine de la marchandise et ainsi la détourner. Tel est le cas lorsque l'entreprise fait croire au consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et avisé que le produit est issu d'une gamme concurrente ou en constitue une déclinaison. Il en va de même lorsque l'aspect général et la couleur des produits sont identiques, les modèles de l'entreprise imitante ayant été principalement conçus pour s'adapter sur ceux de l'entreprise imitée ou lorsque les copies serviles sont commercialisées dans des emballages très proches, de taille comparable, selon un même code couleur, la confusion étant encore aggravée par le fait que les produits sont vendus dans les mêmes magasins et rayons. Le risque de confusion peut également naître de la reproduction, par une gamme complète d'enseignes, des formes, graphismes, couleurs, noms, calligraphies, bandeaux ou flammes interchangeable et des thèmes identiques à ceux qu'utilise de longue date l'entreprise plaignante. Cette identité n'est pas répréhensible lorsque l'adoption de couleurs ou formes identiques manifeste la volonté de se conformer aux usages de la profession ou du secteur concerné, à un phénomène de mode ou, de manière générale, à des nécessités dictées par leur destination ou la norme technique applicable, et non l'intention de créer une confusion. Il en est de même pour les mentions de l'étiquetage conformes aux mentions obligatoires réglementaires ou lorsque la similitude des thèmes s'explique par la difficulté de renouveler les sujets. **Une politique commerciale de normalisation des produits n'est pas considérée, par la jurisprudence, comme une pratique déloyale. Le fait que des pièces fabriquées pour des produits concurrents soient interchangeable avec celles d'un produit similaire ne constitue pas**

en soi une faute. Ainsi, un fabricant peut concevoir ses produits de façon à permettre une utilisation indifférenciée avec ceux d'une autre entreprise tant qu'ils demeurent distincts. De même, la recherche d'une compatibilité des produits de deux sociétés, obtenue par l'utilisation de dispositifs identiques permettant de les assembler, n'est pas préjudiciable, dès lors qu'aucune référence n'est susceptible de créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur moyen sur l'origine des produits lors de la commercialisation. En outre, le consommateur doit pouvoir réunir les produits de fabricants différents pour constituer des ensembles correspondant à ses goûts et à ses besoins. Aussi la marque du produit original peut-elle être utilisée pour la promotion du produit compatible fabriqué par un tiers afin d'en indiquer la destination, dès lors que la présentation exclut tout risque de confusion.

2. Imitation de la marque

a. Imitation d'un signe original

A RETENIR

La confusion peut être recherchée entre deux produits par l'imitation de la marque. Désignant l'origine du produit ou du service, celle-ci fait l'objet d'une protection particulière par le biais de l'action en contrefaçon (art. L. 716-1 CPI). L'imitation illicite de marque constitue une contrefaçon. Toutefois, le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale permet d'intenter celle-ci concurremment ou cumulativement avec l'action en contrefaçon pour sanctionner la confusion que l'imitation est susceptible de créer dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit ou du service. Pour être fautive, l'imitation doit viser un signe distinctif qui représente un élément essentiel de la marque et créer un risque de confusion, compte tenu de la notoriété de la prétendue victime dans son secteur d'activité.

La jurisprudence condamne tant l'imitation fautive, que l'utilisation illicite de la marque. L'utilisation, par un opérateur, de seulement certains termes de sa marque afin de créer une confusion avec une appellation concurrente caractérise un comportement déloyal. Sur internet, le titulaire d'une marque peut ainsi interdire à un annonceur de faire de la publicité pour des produits identiques à partir d'un mot-clé similaire au signe protégé, dès lors que la publicité ne permet pas aux internautes de savoir si les produits visés proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise qui lui est économiquement liée, ou au contraire d'un tiers. De même, si une prestation peut être librement reproduite lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, la concurrence déloyale ne peut être écartée sans rechercher si, indépendamment d'un risque de confusion, le sac incriminé n'est pas de nature à évoquer dans l'esprit du public concerné le sac reproduit et, eu égard à sa médiocre qualité, à porter atteinte à son image de marque et à sa notoriété. En revanche, l'utilisation des termes usuels qui constituent certains éléments d'une marque déposée ne suffit pas à créer un risque de confusion avec celle-ci. Ainsi, une entreprise peut, sans faute, reproduire sur des trousse d'écoliers, des tapis de souris ou des dessous de verre, les principaux monuments et lieux touristiques de Paris nommément désignés, dont le Moulin rouge, dès lors qu'en l'absence de référence à l'activité commerciale de ce dernier, il ne saurait y avoir de confusion entre leurs activités respectives.

En cas de cumul des actions, il est nécessaire d'établir une faute distincte de concurrence

déloyale. Il peut ainsi exister une ressemblance entre les produits offerts à la vente, qui a été volontairement créée pour tirer bénéfice d'une assimilation erronée entre ces produits. De même, lorsque les produits imités sont vendus à un prix beaucoup plus faible que les produits originaux, la vente est constitutive d'un fait distinct de concurrence déloyale.

L'originalité de la dénomination constitue, comme pour l'enseigne ou le nom commercial, un facteur déterminant de la protection contre la confusion déloyale. Ainsi, l'usage d'un mot anglais usuel et communément employé en France, combiné à des termes courants et génériques, ne crée pas une dénomination identique source d'une confusion évidente. En revanche, la reproduction par un concurrent, sur son site internet, des termes «Argus», «Cote Argus» ou l'«Argus», utilisés par une célèbre revue automobile pour proposer des services de cotations de véhicules d'occasion est fautive dès lors qu'elle entraîne un risque de confusion dont il résulte un détournement de clientèle.

b. Étendue de la protection.

A RETENIR

Lorsque la marque est complexe, tous ses éléments sont protégeables sur le fondement de la concurrence déloyale, même en l'absence de revendication dans le dépôt.

En particulier, le choix d'une couleur identique à celle du produit concurrent, qui est retenue en raison même du patronyme, élément composant la marque, est susceptible d'accroître la confusion dans l'esprit du public, peu important que cette couleur n'ait pas été revendiquée. De même, le risque de confusion est volontairement accru par le choix de l'emplacement des signes sur des produits similaires et par l'emploi d'étiquettes reprenant la forme géométrique de la marque protégée. En revanche, l'imitation est exclue lorsque les mentions portées sur le produit sont imposées par la réglementation ou lorsque le signe utilisé pour désigner des produits différents de ceux revêtus de la marque copiée est dépourvu de notoriété.

SECTION 2

Désorganisation

Pratiquement, les cas de désorganisation, dans leur grande majorité, sont rarement à eux seuls constitutifs de concurrence déloyale. Ils sont qualifiés comme tels, car les manœuvres qui les accompagnent manifestent un abus de la libre concurrence. Dès lors, il apparaît que la désorganisation est la faute la plus marquée par le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale.

PLAN

Selon le moyen utilisé ou l'objet auquel elle s'applique, la désorganisation peut revêtir quatre formes principales :

- création abusive d'une entreprise concurrente ;
- débauchage ;
- perturbation de la production ou de l'activité ;
- non-respect des obligations attachées à un réseau de distribution.

I. Création abusive d'une entreprise concurrente

PLAN

Il peut y avoir création abusive d'une entreprise concurrente lorsque :

- la création s'accompagne d'actes déloyaux ;
- elle viole une clause de non-concurrence.

A. Distinction entre la création et les actes déloyaux adjacents

1. Licéité de la création

A RETENIR

En application du principe de la liberté du commerce et de celui de la libre concurrence, une entreprise ne peut se prévaloir d'aucun droit privatif sur ses clients. Ces derniers peuvent être démarchés par ses concurrents, dès lors que cette démarche est loyale. La compétition pour conquérir une même clientèle ou les mêmes portions de marché est licite.

Des salariés peuvent créer une société concurrente de celle de leur ancien employeur ou participer à la création d'une entreprise concurrente, cet acte n'étant pas répréhensible en soi. À l'expiration de son contrat de travail, le salarié jouit d'une pleine et entière liberté de concurrence à l'égard de son ancien employeur. Même soumis pendant l'exécution de son ancien contrat de travail à une obligation de discrétion ou de confidentialité, tout salarié peut utiliser ses compétences et son savoir-faire au profit de son nouvel employeur. Le fait pour un salarié, non tenu par une clause de non-concurrence, de se mettre, après la rupture de son contrat de travail, au service d'une entreprise concurrente ou de créer sa propre entreprise, même concurrente de l'ancien employeur, relève du principe de libre exercice d'une activité professionnelle. Il peut même, en vertu du principe de liberté du travail, organiser sa future activité concurrente alors qu'il est encore dans le lien contractuel, dès lors que l'exercice de celle-ci n'est effectif qu'après la rupture du contrat ou créer une société concurrente de celle de son ancien employeur après avoir refusé la régularisation de sa clause de non-concurrence nulle pour défaut de contrepartie. Un salarié peut constituer une société concurrente et réserver un nom de domaine pour celle-ci alors qu'il est encore en poste, dès lors que sa société n'a pas débuté son activité et que son nom de domaine n'a pas été activé.

En revanche, son comportement est fautif s'il constitue une société concurrente et dé-

marre ou exerce l'activité alors qu'il est encore en poste, et notamment en arrêt maladie. Commet ainsi une faute le salarié qui, avant d'être licencié, a participé au capital et à l'exploitation de deux sociétés concurrentes de celle son employeur pendant 17 mois, ou qui utilise son véhicule de fonction pour effectuer des livraisons pour le compte de la société qu'il vient de créer, ou qui travaille, pendant ses jours de repos, pour sa propre entreprise qui exerce une activité partiellement concurrente de celle de son employeur, ou qui détourne la clientèle de son employeur et débauche son personnel concomitamment à la création et au profit de sa propre société nouvellement créée alors qu'il est encore en poste.

L'associé d'une SARL peut aussi détenir des parts dans différentes entreprises. Selon la Cour de cassation, sauf stipulation contraire, un associé n'est pas, en cette qualité, tenu de s'interdire d'exercer une activité concurrente de la société, mais doit seulement s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale. Aussi, l'associé d'une SARL qui crée une société concurrente, contacte d'autres associés pour qu'ils viennent y travailler et prospecte les clients de la SARL afin de les détourner au profit de sa nouvelle entreprise, manque-t-il à son devoir de loyauté.

2. Actes adjacents déloyaux

EXEMPLES

Quand la création d'une entreprise concurrente constitue-t-elle un acte de concurrence déloyale ?

- lorsque le salarié, le directeur administratif d'une entreprise ou l'ancien fondateur d'une société développe une activité concurrente dans des conditions susceptibles de détourner la clientèle ;
- lorsqu'un gérant de SARL crée une société concurrente en attirant la clientèle de son ancienne société, notamment en suscitant la confusion entre le site internet de son entreprise et celui de son ancienne société, de façon à laisser penser qu'il s'agit du site de la même entité qui a simplement changé de dénomination sociale ;
- lorsque le membre d'un pool adopte une attitude déloyale en exerçant au lendemain de la rupture du pool une activité similaire dans la même zone géographique ;
- lorsque l'administrateur d'une société profite de ses fonctions pour tenter de détourner un client au profit de son activité concurrente d'auto-entrepreneur ;
- lorsque l'associé, apporteur d'industrie, contribue au développement d'une entreprise en concurrençant l'activité sociale ;
- lorsque le salarié obtient sa carte d'agent immobilier en faisant une fausse déclaration sur la date de fin de son activité salariée.

En revanche :

- l'associé minoritaire d'une société par action simplifiée ne manque pas à son devoir de loyauté en soumissionnant à un appel d'offres au nom de la société concurrente qu'il a créée ;

- un co-gérant d'entreprise peut accepter un emploi au sein d'une société concurrente sans commettre un acte déloyal dans l'exercice de son mandat social ;
- un salarié nouvellement embauché peut, sans faute, communiquer à la clientèle un modèle de lettre de résiliation offrant le remboursement des frais de résiliation anticipée lorsque le déplacement de clientèle au profit de son nouvel employeur résulte du choix des clients qui souhaitent poursuivre des relations de confiance avec leur ancien gestionnaire.

L'entreprise nouvellement créée doit s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale. Elle peut démarcher la clientèle de son concurrent car le démarchage n'est pas en soi un acte déloyal. En revanche, le démarchage des clients du concurrent par l'entreprise créée par un ancien salarié est fautif lorsqu'il est systématique. Si le client est libre de s'adresser à qui bon lui semble, ce choix ne doit pas être le résultat de manœuvres déloyales. Ainsi, l'importateur qui, sans le savoir, s'approvisionne auprès d'un concurrent de son fournisseur, dirigé par un salarié encore lié à ce dernier par un contrat de travail, ne saurait être complice des actes déloyaux de ce salarié vis-à-vis de son employeur, dès lors qu'il n'en suspectait pas l'existence.

EXEMPLES

Que peut faire celui qui crée ou rejoint une autre entreprise sans commettre d'acte de concurrence déloyale ?

- un avocat collaborateur démissionnaire peut mentionner le numéro de son téléphone portable dans des courriels professionnels et laisser le jour de son départ un message d'absence indiquant ses nouvelles coordonnées, en l'absence d'un processus de démarchage organisé et prémédité ;
- un avocat associé retrayant d'une société civile professionnelle d'avocats ne se rend pas coupable d'un détournement de clientèle au profit de la société qui l'emploie, ni ne méconnaît son obligation de loyauté, s'il n'a pas incité les clients à lui transférer leur dossier, ces derniers ayant fait le choix de le suivre compte tenu des liens de confiance noués avec lui depuis de nombreuses années et non parce qu'il a rejoint un cabinet qu'il aurait présenté comme plus prestigieux ;
- un orthopédiste peut entraîner avec lui un certain nombre de clients ou de professionnels qui l'ont spontanément suivi au moment où il a quitté son ancien employeur pour créer sa propre structure, dès lors que l'exercice de son activité dédiée aux jeunes enfants se caractérise par un *intuitus personae* fort, qui favorise l'instauration de relations de confiance avec les patients comme avec les médecins prescripteurs ou les professionnels de santé ;
- un expert-comptable co-gérant d'une structure regroupant plusieurs sociétés d'expertise comptable peut, après avoir quitté son poste, poursuivre son activité dans des locaux géographiquement proches, dès lors que l'attachement d'une clientèle libérale ne se fait pas en fonction de l'emplacement du lieu d'activité, mais en raison des liens tissés avec l'expert-comptable ;
- un salarié démissionnaire, créateur d'une société concurrente, pour commerciali-

ser les produits de la marque distribuée par son ancien employeur, si ce dernier en a perdu l'exclusivité.

Mais l'entreprise nouvelle ne doit pas user de procédés déloyaux pour gagner sa clientèle. La création d'une entreprise ne doit pas se traduire par la mise en commun de moyens acquis auprès d'un ancien ou actuel employeur, afin de détourner la clientèle, de s'approprier des secrets de fabrication ou de pratiquer un pillage systématique d'informations, de projets et de documents causant un préjudice commercial et financier à l'entreprise victime de ces procédés.

EXEMPLES

Quand la création d'une entreprise est-elle déloyale ?

- quand le chef de partie d'un traiteur propose parallèlement des services de traiteur à domicile en utilisant sur sa carte de visite le même code couleur que celui de son employeur ;
- quand un ancien salarié envoie un mail à une ancienne collègue pour obtenir les dates d'assemblées générales de copropriétés clientes de son ancien employeur, devenu son concurrent, pour en capter la clientèle ;
- quand la nouvelle entreprise se fait passer pour l'entreprise concurrente ou entretient une confusion dans l'esprit de la clientèle ;
- quand le salarié dénigre l'ancien employeur ;
- quand le salarié pratique le débauchage des salariés de l'ancien employeur, afin notamment de s'approprier son savoir-faire technique et reconstituer «l'ancienne force de vente» ;
- quand le salarié utilise les logiciels et outils informatiques copiés chez l'ancien employeur ;
- quand le salarié débauche la quasi-totalité des salariés de son ancien employeur, démarché sa clientèle et entretient une confusion avec lui sur un site internet.

Le fait que l'ancien employeur n'ait pas subi de préjudice du fait du détournement de clientèle ne peut justifier le comportement déloyal du salarié.

B. Clause de non-concurrence

La liberté du commerce s'oppose en principe à ce qu'une convention contienne une clause interdisant à une personne l'exercice du commerce ou de l'industrie moyennant indemnisation. Toutefois, la pratique des clauses de non-concurrence s'est particulièrement développée dans divers contrats, tels que le contrat de travail, la vente ou la location de fonds de commerce, le contrat de franchise, la cession de parts sociales ou le pacte social, les contrats de sous-traitance ou de collaboration, les contrats d'agents d'assurance, ou encore les règlements de copropriété des centres commerciaux. Ces clauses apportent une limite à la libre création d'une entreprise concurrente par l'ancien salarié, le cédant

du fonds ou le franchisé. Elles sont à ce titre soumises à des conditions rigoureuses de validité. Bien qu'il s'agisse d'un cas de concurrence anticontractuelle, la jurisprudence sanctionne fréquemment leur violation sur le fondement de la concurrence déloyale, et plus particulièrement de la désorganisation.

PLAN

Nous distinguerons :

- la clause de non-concurrence dans le contrat de travail ;
- la clause de non-concurrence dans la vente d'un fonds de commerce.

1. Clause de non-concurrence et contrat de travail

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la portée de la clause de non-concurrence ;
- ses conditions de validité ;
- les conséquences de sa violation.

a. Portée de la clause de non-concurrence

A RETENIR

Il est souvent inséré dans le contrat de travail du salarié, qui a notamment accès aux secrets de fabrique, au savoir-faire ou aux méthodes commerciales de l'entreprise, une clause lui interdisant de créer ou d'exercer une activité concurrente à celle de son ancien employeur. L'obligation de non-concurrence du salarié ne se limite pas à l'existence d'une stipulation expresse de son contrat de travail. En effet, pendant toute la durée du contrat, il est lié par l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie. En cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, la clause de non-concurrence souscrite par un salarié antérieurement au transfert de l'entité économique est transmise au nouvel employeur. À l'expiration du lien contractuel, il retrouve sa pleine et entière liberté de concurrence, mais peut rester soumis à une obligation de loyauté. En revanche, c'est à compter de ce moment que la clause de non-concurrence va trouver à s'appliquer.

Restriction au principe de la liberté du travail, la clause de non-concurrence est d'interprétation stricte. L'engagement du salarié, après la rupture du contrat de travail, de ne pas déposer de brevet pour des créations inventées pendant l'exécution de son contrat, ni publier d'article scientifique, d'information commerciale ou de renseignement technique relatifs à son ex-employeur, n'est pas assimilable à une clause de non-concurrence ouvrant droit au paiement d'une contrepartie financière. Constituent en revanche des clauses de non-concurrence, les clauses dites «de protection de clientèle» ou de «non-détournement de la clientèle», qui interdisent au salarié d'entrer directement ou indirectement en contact avec la clientèle ou d'exercer sa profession dans le secteur d'activité de son employeur, ou encore la clause de «confidentialité» qui interdit au salarié, dans sa lettre de licenciement, de s'intéresser à toute entreprise susceptible de faire concurrence

à son employeur.

Concernant la clause de non-sollicitation, la chambre commerciale et la chambre sociale de la Cour de cassation adoptent des positions distinctes : selon la première, la clause de non-sollicitation ne constitue pas une clause de non-concurrence et, par conséquent, l'exigence d'une contrepartie pécuniaire ne s'y applique pas, tandis que la seconde retient au contraire que la stipulation d'une clause de non-sollicitation porte atteinte à la liberté de travailler des salariés et doit être assortie d'une compensation pécuniaire, à peine de nullité.

A RETENIR

La Haute juridiction considérait auparavant que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle causait nécessairement un préjudice au salarié, même si ce dernier ne la respectait pas. Elle estime désormais que, à défaut pour le salarié de justifier d'un préjudice, la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle n'entraîne pas nécessairement indemnisation si celui-ci exerce après la rupture de son contrat de travail l'activité interdite par la clause.

b. Conditions de validité

A RETENIR

Pour être valable, la clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps, dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et prévoir une indemnité financière.

La clause doit préciser les intérêts de l'entreprise qu'elle protège. Toutefois, même lorsqu'elle est justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la clause de non-concurrence peut voir sa portée restreinte par le juge lorsqu'elle fait obstacle à la liberté de travailler du salarié eu égard à sa formation et son expérience professionnelle.

La validité d'une clause de non-concurrence - qui s'apprécie *in concreto* -, dépend de l'existence, pour le créancier de l'obligation de non-concurrence, d'un intérêt légitime à protéger qui doit être proportionné à la contrainte pesant sur le débiteur de l'obligation. À l'origine, la licéité ne dépendait pas du versement d'une contrepartie pécuniaire, sauf si l'accord des parties ou la convention collective en disposait autrement.

A RETENIR

À la suite d'un revirement, la Cour de cassation subordonne désormais la validité de la clause de non-concurrence à «l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière», cette exigence s'ajoutant aux autres conditions posées par la jurisprudence.

Il ne peut être dérogé à l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence par une convention collective, mais si les dispositions de celle-ci relatives à la compensation financière sont plus favorables que celles de la clause de non-concurrence, elles doivent s'appliquer. Le salarié lié par une clause de non-concurrence, destinée à

prendre effet en cas de rupture du contrat, qu'elle qu'en soit la cause, a droit au paiement de la contrepartie financière. Il en est ainsi en cas de démission, de faute grave, de rupture conventionnelle, l'indemnité n'étant toutefois pas due en cas de décès du salarié.

L'employeur peut renoncer à la mise en œuvre de la clause de non-concurrence, mais cette renonciation doit manifester une volonté non équivoque. La renonciation de l'employeur doit intervenir dès le moment de la rupture du contrat de travail, dans un délai raisonnable qui court de sa connaissance de la prise d'acte de rupture par le salarié et expire à la date du départ effectif du salarié. Lorsque l'employeur a valablement renoncé à la clause de non-concurrence par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au salarié dans les quinze jours suivant la notification de la rupture du contrat de travail et que cet envoi est établi, une cour d'appel ne peut accueillir la demande en paiement de la contrepartie financière du salarié au motif que ce dernier n'a jamais reçu la lettre recommandée, perdue par la poste.

c. Violation

A RETENIR

La violation de l'engagement de non-concurrence engage la responsabilité de son auteur, mais également celle du tiers complice. Ainsi, toute personne qui, sciemment, emploie un salarié en violation d'une clause de non-concurrence commet une faute délictuelle. Le client qui s'adresse à la société créée par d'anciens salariés est même susceptible d'engager sa responsabilité pour tierce complicité de violation de la clause de non-concurrence dont il avait connaissance.

Si l'embauche en connaissance de cause d'un salarié lié par une clause de non-concurrence constitue en soi un acte de concurrence déloyale, l'action en responsabilité fondée sur la tierce complicité de l'entreprise suppose toutefois que soit tranchée la question préalable de la violation de la clause de non-concurrence. La charge de la preuve de la connaissance par le nouvel employeur de l'engagement de non-concurrence pèse sur celui qui s'en prévaut. En revanche, il importe peu qu'aucun préjudice ne soit établi, dès lors qu'il s'infère nécessairement de l'acte déloyal. Le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale autorise le cumul des actions en justice. L'action engagée contre le nouvel employeur du salarié devant la juridiction commerciale n'empêche pas l'action en réparation du préjudice contre l'ancien salarié fautif dès lors qu'elles n'ont ni le même objet, ni la même cause et n'opposent pas les mêmes parties. Le préjudice causé par le tiers complice de la violation d'une clause de non-concurrence est distinct de celui né de cette violation, le premier consistant en une baisse du chiffre d'affaires ou un préjudice moral, le second pouvant être réparé par la juridiction prud'homale par la restitution des indemnités versées au titre de la clause non respectée et éventuellement des dommages et intérêts.

2. Clause de non-concurrence et fonds de commerce

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- les conditions de validité de la clause de non-concurrence ;
- les conséquences de sa violation.

a. Conditions de validité

Par cette clause usuelle dans les ventes de fonds de commerce, le vendeur s'engage à ne pas se rétablir. L'influence de la personnalité, du nom et de l'activité du commerçant sur la conservation de la clientèle rend généralement nécessaire la rédaction d'une telle clause pour protéger l'acquéreur contre la concurrence que lui ferait le vendeur en créant un nouveau fonds. La clause de non-rétablissement existe également dans la location-gérance de fonds de commerce. Pour apprécier la validité de ces clauses, la jurisprudence a établi un compromis entre la liberté contractuelle et la liberté du commerce.

A RETENIR

La validité des clauses de non-rétablissement est soumise à deux conditions. Tout d'abord, elles doivent être limitées dans leur objet, c'est-à-dire ne pas être disproportionnées. La clause qui interdirait au vendeur du fonds de commerce l'exercice de toute activité est illicite. Le vendeur ou le loueur s'interdit, en règle générale, le droit de se rétablir ou de s'intéresser directement ou indirectement à un commerce de même nature. Ensuite, l'interdiction doit être limitée dans le temps ou dans l'espace.

Les deux restrictions peuvent se cumuler, mais au moins une est nécessaire. L'interdiction faite au vendeur de se rétablir peut être perpétuelle dès lors qu'elle est limitée à une zone géographique déterminée. Inversement, elle peut ne comporter aucune limitation géographique si elle est stipulée pour une durée limitée.

La clause de non-concurrence s'interprète restrictivement. Le débiteur de l'obligation de non-concurrence est, en principe, le cédant ou le loueur du fonds. Ainsi, la société nouvellement créée par le cédant, en violation de la clause de non-rétablissement inscrite au contrat de cession, ne peut être condamnée au versement d'une indemnité, dès lors qu'elle n'était pas partie à cet engagement.

b. Violation

A RETENIR

La violation de la clause de non-rétablissement engage la responsabilité de son auteur et de son tiers complice.

Le non-respect de l'obligation de non-concurrence est souvent lié à la notion d'exercice d'une activité similaire. En effet, il est fréquent que le cédant du fonds ne crée pas un nouveau fonds, mais entre au service d'une entreprise concurrente. Dans ce cas, la jurisprudence décide que l'exercice d'une activité salariée n'est pas en soi source de concurrence déloyale. Elle le devient lorsque non seulement le vendeur du fonds a un intéres-

sement dans la société en cause, participe personnellement à la gestion de l'entreprise, ou exploite seul et de manière ostensible un fonds concurrent à proximité, mais encore détourne ainsi la clientèle du fonds cédé. Ainsi, les cédants d'un fonds de commerce de café-restaurant, liés par une clause de non-concurrence d'une durée de dix ans, applicable dans un rayon de 20 km, violent cet engagement lorsqu'ils proposent, dans le cadre de l'exploitation de leur hôtel, des forfaits «soirée-repas» à leurs clients, incluant une prestation de restauration assurée par des restaurateurs des environs, autres que le cessionnaire du fonds.

II. Débauchage

A RETENIR

Une entreprise est libre d'embaucher les anciens salariés de son concurrent. Ce principe découle naturellement de la liberté de concurrence et de la liberté du travail. L'embauche sans surenchère salariale, du salarié d'une société concurrente, qui n'allègue pas de difficultés à pourvoir à son remplacement, ni de désorganisation à la suite de ce départ, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale. Dès lors que l'embauche s'effectue dans des conditions régulières, elle n'est pas en soi fautive. De même, le principe de la liberté du travail autorise un salarié à mettre fin à son engagement pour exercer une activité pour le compte d'un nouvel employeur.

Si le principe de la liberté d'embauche est affirmé par une jurisprudence constante et unanime, des divergences d'interprétation opposaient les juridictions quant à sa portée en cas de démission du salarié. Selon la Chambre commerciale, le nouvel employeur du salarié démissionnaire était susceptible d'engager sa responsabilité solidaire comme complice de la rupture pour avoir engagé un salarié qui se trouve en période de préavis. Ce faisant, la Chambre commerciale ignorait un principe de réalité : comment demander à un salarié, désireux de changer d'emploi, de démissionner et de perdre tous ses droits sans avoir la certitude d'une prochaine embauche et de disposer au moins d'une promesse du nouvel employeur ? La Haute juridiction est revenue sur sa position puisqu'elle estime désormais que tout opérateur est libre de recruter tout salarié utile à son entreprise, fût-ce au sein d'une entreprise concurrente, le salarié ne pouvant se voir reprocher d'exploiter ses compétences et l'entreprise étant en droit de profiter du savoir et du savoir-faire ainsi acquis. Le débauchage de plusieurs salariés par un concurrent ne revêt en effet un caractère fautif que s'il conduit à une désorganisation de l'entreprise ou s'il est accompagné de manœuvres déloyales. L'anormalité économique des conditions d'embauche, révélatrice du caractère déloyal du débauchage, doit être prouvée. La Chambre sociale de la Cour de cassation s'est toujours montrée plus libérale. Elle estime ainsi qu'au cours du préavis, le salarié peut prendre un engagement avec son nouvel employeur.

Les juridictions civiles et commerciales tendent à adopter une position favorable au salarié et au nouvel employeur poursuivis pour concurrence déloyale. Il a ainsi été jugé qu'il n'est pas interdit au nouvel employeur de discuter et d'arrêter les clauses d'un contrat et de s'engager à embaucher le salarié du concurrent, avant même que le salarié ait fait connaître à celui-ci son intention de le quitter, ni même d'aider des salariés n'ayant pas

une bonne maîtrise de la langue française, à rédiger leur lettre de démission. Selon la Cour d'appel de Paris, rien ne peut interdire à un salarié, en cours de contrat de travail, de préparer son embauche éventuelle par un nouvel employeur et à ce dernier de négocier l'embauche d'un salarié encore dans les liens de son contrat de travail.

Le démarchage du personnel d'une entreprise concurrente est déloyal lorsque des offres d'emploi aux salariés d'un concurrent sont répétées de façon systématique et s'accompagnent de manœuvres manifestement destinées à déguiser le débauchage. En effet, le débauchage est un moyen de désorganisation de l'entreprise, constitutif de concurrence déloyale, dans la mesure où le personnel représente un élément fondamental de la lutte concurrentielle par l'accès qu'il a pu avoir au savoir-faire de l'entreprise et les relations qu'il a pu nouer avec les clients. Dans cette perspective, la tentative de débauchage comme le débauchage prémédité sont condamnables. En tout état de cause, les juges doivent rechercher si le débauchage est entouré de circonstances particulières lui conférant un caractère déloyal. Des présomptions de débauchage sont insuffisantes, l'existence d'une faute est nécessaire. En d'autres termes, le débauchage doit être intentionnel et conduire à une désorganisation en profondeur et non à une simple perturbation. Il faut donc apporter la preuve de manœuvres frauduleuses, de pressions ou de promesses d'avantages matériels ou d'une rémunération anormalement élevés, imputables à la société en cause. La seule constatation de l'embauche de salariés démissionnaires de l'entreprise concurrente est insuffisante. 73 salariés sur 170 peuvent ainsi être débauchés par une entreprise concurrente sans faute lorsque leur départ résulte de leur inquiétude pour la pérennité de leur emploi à la suite du rachat de l'entreprise par un concurrent.

EXEMPLES

Quand le débauchage est-il fautif ?

- lorsque l'embauche à seize mois d'intervalle de deux salariés d'un concurrent et leur affectation sur le territoire prospecté pour le compte de leur ancien employeur se sont traduites par une diminution du chiffre d'affaires de ce dernier et une augmentation corrélative de celui du nouvel employeur ;
- lorsque le chef de projet d'un prestataire chargé du développement et de la maintenance du logiciel de la société défenderesse a continué à travailler officieusement pour cette dernière après la résiliation du contrat du prestataire ;
- en cas de départ de 52 salariés sur 325, dès lors que ces départs sont concentrés sur les équipes commerciales et dans un court laps de temps ;
- lorsque le départ des responsables commerciaux et de l'équipe commerciale du concurrent a pour objet et pour effet de le désorganiser gravement ;
- lorsque le débauchage de l'ensemble des collaborateurs du concurrent se traduit par une captation de sa clientèle et la cessation de son activité ;
- lorsqu'une société qui exerce la même activité que la société plaignante, s'installe dans la même commune à moins de deux kilomètres de distance et embauche la totalité des salariés de cette dernière ;
- lorsqu'une entreprise applique des salaires hors normes et inhabituels qui ont été

déterminants du départ d'un nombre important de salariés ayant des compétences essentielles chez un concurrent, alors que ceux-ci n'avaient pas procédé préalablement à une recherche de postes similaires et que l'entreprise en cause n'avait pas non plus lancé une procédure d'embauche pour ces postes ;

- lorsque la démission brutale et quasi concomitante d'une partie de l'équipe dirigeante de deux entreprises pour aller travailler dans une entreprise concurrente créée par un ancien salarié provoque la désorganisation des entreprises victimes, obligées de pourvoir très rapidement ces postes, le directeur général ayant autorisé, avant de démissionner, la réduction du préavis des autres démissionnaires ;
- lorsque le débauchage de six salariés, par sa répétition, son caractère systématique et constant, et son importance eu égard à la petite taille du service commercial ciblé, doit être considéré comme résultant d'une action concertée ;
- lorsqu'une société débauche trois salariés du service commercial d'un concurrent, divisé en deux secteurs et comptant six personnes, ce transfert de personnel ayant eu pour effet le détournement, à son profit, de la clientèle d'un des deux secteurs couverts par le concurrent ;
- lorsque le débauchage a pour objet de détourner le savoir-faire du concurrent.

Quand le débauchage n'est-il pas fautif ?

- en cas de départ concomitant, sans motif plausible, de sept salariés sur treize ou quinze, qui n'équivaut pas à un débauchage massif ;
- lorsque la démission des salariés résulte des mesures de restructuration adoptées par leur ancien employeur.

III. Désorganisation de la production ou de l'activité commerciale

Tout acte qui rompt l'égalité dans les moyens de concurrence est susceptible de constituer une faute de concurrence déloyale.

PLAN

La désorganisation peut résulter en particulier :

- d'actes de détournement du savoir-faire ou de secrets de fabrication ;
- d'actes tendant à perturber l'activité commerciale ;
- de pratiques de prix ou de marque d'appel ;
- d'un démarchage illicite ;
- d'un comportement contraire à la réglementation.

A. Détournement du savoir-faire ou des secrets de fabrique

L'appropriation ou la divulgation du savoir-faire ou des secrets de fabrique d'une entreprise désorganise sûrement sa production. Il faut cependant distinguer l'appropriation ou la divulgation du savoir-faire de celle du secret de fabrique.

Les secrets de fabrique peuvent être définis comme des procédés de fabrication offrant un intérêt commercial. Ils ne sont pas protégés par un droit privatif, mais leur révélation à un tiers à l'entreprise détentrice est réprimée par l'article L. 1227-1 du Code du travail, qui punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euro d'amende la révélation ou la tentative de révélation d'un secret de fabrique par tout membre d'une entreprise.

A RETENIR

Ce n'est que si les éléments constitutifs du délit de révélation de secret de fabrique ne sont pas réunis que le détenteur du secret peut agir en concurrence déloyale.

Le savoir-faire n'est pas à proprement parler un secret au sens pénal du terme. Il s'agit d'un ensemble d'informations, de connaissances résultant de l'expérience de l'entreprise. Il constitue le fruit du travail d'autrui et son appropriation est déloyale si les circonstances révèlent une rupture de l'égalité des moyens de concurrence ou des agissements parasitaires.

Divers procédés permettent de détourner le savoir-faire d'un concurrent : le débauchage, la constitution d'une entreprise concurrente par d'anciens salariés ou l'espionnage commercial ; les contrats dont la communication d'un savoir-faire constitue un des éléments essentiels de la relation (licence, contrat de franchise) ; un détournement d'informations confidentielles qui suppose la démonstration d'un usage malveillant.

Si le fait qu'un cadre ait enregistré sur son ordinateur professionnel des documents réalisés par lui-même ou à l'élaboration desquels il avait participé à l'occasion de ses anciennes fonctions ne prouve pas nécessairement que son nouvel employeur se les soit appropriés et en ait tiré profit, l'appropriation illicite d'un savoir-faire est en revanche démontrée lorsque la société mise en cause a modifié son organisation, sa stratégie commerciale ou ses documents commerciaux après l'embauche de l'ancien salarié de sa concurrente.

B. Désorganisation de l'activité commerciale**A RETENIR**

Entre partenaires économiques, la loyauté et l'équilibre des relations commerciales sont assurés par des dispositions spécifiques du Code de commerce (art. L. 442-2 et s. ; art. L. 442-6). Entre concurrents, si la liberté de la concurrence est garantie par d'autres dispositions du même code (art. L. 420-1), celles-ci visent avant tout la structure du marché. Dès lors, la concurrence déloyale permet de condamner tous les procédés de désorganisation de l'activité commerciale du concurrent qui ne sont pas réprimés par un texte spécifique.

EXEMPLES

Constituent des actes déloyaux :

- le masquage des panneaux publicitaires du concurrent ;
- le détournement de commandes ou d'informations confidentielles ;
- la reprise massive des produits d'un concurrent ;
- l'utilisation du répertoire ou des fichiers d'une entreprise ;
- la vente d'un logiciel de déplombage permettant de dupliquer facilement le logiciel élaboré par le fabricant et rendant inefficace le dispositif anti-piratage ;
- l'octroi de codes télématiques de manière discriminante ;
- le dépôt d'une marque afin d'empêcher l'implantation en Europe de la société titulaire du signe à l'étranger ;
- l'obstruction ou la pratique d'une saisie-contrefaçon irrégulière à l'encontre d'un concurrent ;
- les actions judiciaires mises en œuvre par une entreprise à l'encontre de sa concurrente, petite structure naissante, dès lors qu'elles ont freiné le développement de cette dernière et que les visites et saisies pratiquées sur son compte bancaire ont entraîné des difficultés financières et nuí gravement à sa crédibilité auprès des banques et des clients ;
- la modification brusque et unilatérale de ses conditions générales de vente par un fournisseur qui imposent un paiement par avance à un seul de ses distributeurs dans le seul but de l'écartier du marché et de capter sa clientèle ;
- une rupture de pourparlers ;
- le fait de contribuer activement à la rupture brutale du contrat de sa concurrente pour lui succéder dans ses prestations en tirant un profit indu des investissements de cette dernière tant en matériel qu'en personnel.

Ne constituent pas des actes déloyaux :

- la communauté de clients et/ou de fournisseurs en l'absence de faute ;
- l'embauche d'anciens salariés qui n'établit pas à elle seule la déloyauté ;
- l'exercice d'une activité commerciale en application d'un arrêté municipal dont la légalité n'est pas remise en cause ;
- la participation à plusieurs procédures judiciaires, même déclarées infondées, dès lors que ces actions n'étaient manifestement pas vouées à l'échec ;
- la pratique de prix bas, lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une politique de surenchère salariale, destinée à débaucher un nombre important de salariés qualifiés d'un groupe concurrent.

C. Prix et marque d'appel

La pratique de prix d'appel consiste à revendre des produits à un prix très bas, c'est-à-dire avec une marge bénéficiaire extrêmement réduite, afin d'attirer la clientèle et de l'orienter vers d'autres produits, ceux concernés par le prix d'appel étant en stock insuffisant (méthode dite de la dérive des ventes).

A RETENIR

La pratique d'un prix inférieur n'est pas un acte de concurrence déloyale lorsqu'elle n'excède pas les usages du commerce soumis au principe de l'économie libérale et que le prix n'est pas dérisoire. Toutefois, le prix d'appel est condamnable sur plusieurs fondements. Tout d'abord, il peut être qualifié de pratique commerciale trompeuse à l'égard du consommateur (art. L. 121-2 C. consom.). Ensuite, le prix d'appel peut révéler une revente à perte prohibée par l'article L. 442-2 du Code de commerce. Enfin, en raison du caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale, la pratique du prix d'appel peut être sanctionnée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil.

Cette pratique est en effet un facteur de désorganisation du marché. En outre, lorsqu'elle est combinée avec la méthode de la marque d'appel, elle parasite l'image de la marque.

D. Démarchage illicite

A RETENIR

Il est établi qu'une entreprise ne dispose d'aucun droit privatif sur sa clientèle. Aussi, la simple démarche de cette clientèle est-elle licite. Il en va différemment lorsqu'une entreprise introduit une distorsion artificielle dans la concurrence entre elle et son concurrent, dont elle cherche à capter la clientèle à son profit. Le détournement de clientèle ne sera toutefois retenu que si l'existence d'actes déloyaux de démarchage est établie.

On recense plusieurs procédés déloyaux de captation de la clientèle : actes de confusion, dénigrement, détournement de répertoire et de fichiers clients, utilisation abusive d'une appellation ou d'une dénomination, détournement de l'ordre alphabétique en vue d'apparaître indûment en tête de rubrique d'annuaires, suppression de la référence du concurrent, couponnage électronique - pratique qui consiste à connecter un micro-ordinateur à la caisse enregistreuse d'un magasin pour déclencher à la lecture du code à barres d'un produit l'émission d'un bon de réduction sur le produit concurrent -, modification délibérée de la date d'organisation d'une foire pour la placer à l'intérieur des dates d'autres villes, conditions d'octroi de prêt, incitation à ne pas recourir à certaines entreprises, démarchage effectué par un ancien salarié lié par une clause de non-concurrence ou par un employé utilisant faussement la qualité de salarié d'une société concurrente pour engendrer une confusion ou, en règle générale, tout démarchage systématique des clients du concurrent. Le démarchage illicite peut aussi revêtir une forme indirecte : la société, qui exerce des pressions sur un grand magasin afin qu'il déplace le corner d'une concurrente sous menace de rompre les relations, commet un acte de concurrence déloyale à l'égard de cette dernière. De même, selon la Haute juridiction, un déplacement de clientèle, opéré après l'expiration de son contrat de travail, par un ancien salarié, au

bénéfice de son nouvel employeur, peut être constitutif de concurrence déloyale, lorsqu'il résulte d'un démarchage systématique et ciblé. La migration de la clientèle vers le concurrent doit cependant être établie.

EXEMPLES**Quand y a-t-il démarchage illicite ?**

- lorsqu'un locataire-gérant qui doit veiller à la conservation de la clientèle sans se l'approprier ouvre un second restaurant à proximité du fonds de commerce dont il assure la gérance ;
- lorsqu'un ancien salarié se présente sur les cartes de visite de sa société nouvellement créée comme l'ancien responsable d'une entreprise nommément citée, devenue sa concurrente ;
- lorsqu'un ancien salarié reproduit servilement les fiches et schémas techniques de la société qui l'employait en vue de soumissionner au même appel d'offres et créer une identité de candidatures génératrice de confusion entre le savoir-faire des deux sociétés.

Quand n'y a-t-il pas démarchage illicite ?

- lorsque l'ancien salarié du groupe, qui n'était pas tenu par une clause de non-concurrence, a conservé indûment après son départ, des fichiers clients et informations privilégiées commerciales et les a transférés sur son portable personnel, alors que leur utilisation en vue de démarcher la clientèle n'est pas démontrée ;
- en cas d'immixtion de l'ancien associé sans établir de lien avec la migration de clientèle constatée ;
- lorsqu'un cabinet d'avocats reproche à une avocate salariée et associée, démissionnaire, d'avoir, à l'issue de son préavis, démarché un client pour que celui-ci contracte avec son nouvel employeur et ne renouvelle pas son actuel partenariat, dès lors qu'il a conservé le client et perçu une rémunération jusqu'au terme du contrat de partenariat, qui ne comportait aucune clause d'exclusivité ;
- en cas de reprise d'un fonds de commerce similaire, de l'installation à une distance inférieure à celle prévue par la clause de non-rétablissement.

La captation peut exister en dehors de tout rapport de concurrence entre l'auteur de la faute et la victime ; peu importe, en effet, que le bénéficiaire des actes de concurrence déloyale n'en soit pas l'auteur.

E. Non-respect d'une réglementation**A RETENIR**

La violation des règles en vigueur constitue un acte déloyal de désorganisation du marché, car il confère à celui qui se soustrait à la réglementation un avantage dans la concurrence.

Selon la Cour de cassation, la violation de la réglementation en vigueur crée, en effet, une distorsion dans le jeu de la concurrence, constitutive, en soi, d'un acte de concurrence déloyale, sans qu'il y ait lieu de prouver que l'auteur des faits incriminés en a tiré un profit. En revanche, n'engage sa responsabilité que celui qui s'est personnellement rendu coupable de violation de la réglementation et non l'intermédiaire qui, en fournissant le produit dont les conditions d'utilisation sont réglementées, l'a permise.

EXEMPLES**Quand y a-t-il concurrence déloyale du fait du non-respect d'une réglementation ?**

- lorsqu'une personne effectue des actes de commerce sans avoir souscrit aux formalités administratives et fiscales qui incombent aux autres commerçants ;
- lorsqu'une société qui, en s'affranchissant du respect de certaines obligations légales, notamment en matière de protection de données personnelles, allège ses charges et peut dès lors proposer des prix inférieurs à la concurrence, se trouve favorisée par rapport à ses concurrents ;
- lorsqu'une société favorise le non-respect des dispositions du Code des transports qui interdisent à tous les transporteurs autres que les taxis, la maraude sur la voie publique et le démarchage de clients sans réservation préalable, en recommandant aux chauffeurs de VTC d'utiliser l'application «client», qui leur permet de repérer la zone où la demande est la plus forte pour se rendre rapidement sur le lieu de prise en charge, au lieu de préconiser un retour à la base ou dans un lieu, hors de la chaussée, où le stationnement est autorisé ;
- lorsqu'une société ne respecte pas la loi relative au prix du livre et cause un préjudice concurrentiel à l'opérateur qui commercialise des ouvrages de même nature ;
- en cas de non-respect des règles relatives aux assurances, soldes et à la promotion des ventes, aux ventes liées, à l'étiquetage, à la conformité ou la sécurité des produits, à la publicité en faveur du tabac, à la fiscalité, au repos dominical ou aux procédures collectives ;
- lorsqu'une collectivité octroie une aide d'État illicite ou des aides financières qui permettent la pratique de prix inférieurs au coût de revient ;
- lorsqu'une société se prévaut de la possession d'un brevet, alors que le produit ne bénéficie que d'un certificat d'utilité ;
- en cas de commercialisation de produits contrefaits, dès lors que l'entreprise en cause n'ignorait pas, en sa qualité de professionnel, le caractère litigieux des marchandises ;
- en cas de commercialisation sous une dénomination protégée, lorsqu'il n'est pas possible de vérifier selon des procédures fiables que le produit concerné est bien d'origine protégée et non le résultat d'un mélange ;
- lorsqu'une société, en utilisant une dénomination qui ne constitue pas la dénomination toponymique du domaine qu'elle exploite, viole la réglementation des produits viti-vinicoles.

En revanche, la dénomination «verre français» peut être apposée sur des produits fabriqués à l'étranger sans commettre de tromperie sur l'origine et la qualité des produits, en l'absence de lien particulier entre l'adjectif en cause et les lampes ou luminaires en pâte de verre de style art nouveau, dans la mesure où seules certaines régions françaises, et non toute la France, sont réputées pour ce type de produits. Il n'y a pas non plus non-respect d'une réglementation constitutive d'une concurrence déloyale lorsque la mesure d'annulation d'une licence d'agence de voyages ne sanctionne que de simples vices de forme alors que l'autorisation a finalement été validée.

Le non-respect de la réglementation en matière de publicité comparative ou de pratiques commerciales déloyales, constitutive d'un acte de concurrence déloyale, se trouve au cœur de nombreux litiges. Ce foisonnement s'explique par le caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale qui peut être intentée pour obtenir la réparation civile du comportement fautif du concurrent indélicat. La publicité comparative qui concerne des produits ou services non objectivement identiques en termes de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives, qui exclut des termes de la comparaison des éléments qui lui sont défavorables, qui ne remplit pas les critères de loyauté et de véracité requis par l'article L. 122-1 (anc. art. L. 121-8) du Code de la consommation ou ne rend pas accessibles aux consommateurs les éléments de la comparaison leur permettant d'en vérifier l'exactitude, est déloyale.

A RETENIR

En cas de publicité trompeuse, la concurrence déloyale est constituée indépendamment de la constatation d'une situation de concurrence, l'information déloyale, délivrée au consommateur et de nature à affecter sa décision d'achat pouvant naître soit d'une action, soit d'une omission de l'annonceur.

EXEMPLES

Quand la publicité est-elle déloyale ?

- lorsqu'un spot publicitaire, même s'il mentionne que les prix comparés sont des prix moyens, les présente comme des prix uniques pratiqués uniformément dans l'ensemble des points de vente des réseaux comparés ;
- lorsqu'une publicité compare les prix de deux caddies sans identifier avec précision quels produits les composent, ni même leur prix unitaire ;
- lorsqu'une publicité compare des produits offerts dans des conditionnements différents de sorte que le prix de comparaison est fictif ;
- en cas de diffusion par un centre dentaire sur son site internet et sur un annuaire en ligne, d'informations publicitaires fondées sur des comparaisons de prix non fiables, afin de détourner la clientèle au détriment des chirurgiens-dentistes qui, n'exerçant pas dans le même type de structure, sont privés de tout recours à des procédés de publicité directs ou indirects ;
- en cas de publicité de nature à induire en erreur quant à la supériorité d'un produit ou service sur les autres ;

- en cas de publicité qui attribue à l'annonceur ou à son produit une fausse qualité ou des qualités impossibles à établir ;
- lorsqu'un grand groupe présente une société indépendante, renommée dans sa spécialité, comme faisant partie du groupe pour donner plus de crédit à sa structure ;
- lorsque l'importateur d'un produit, soumis à l'obligation de s'assurer de la conformité de celui-ci aux normes en vigueur, se livre à un contrôle insuffisant ;
- lorsque des cyber-commerçants établis hors de France offrent, par voie de publicité, des produits à des prix inégalables pour les opérateurs français, sans préciser dans leurs conditions générales de vente que le prix du produit proposé doit être augmenté du montant d'une rémunération spécifique ;
- en cas d'apposition de mentions trompeuses, telles que «satisfait ou échangé» ou «approuvé par un laboratoire de tests» ;
- en cas de garantie des prix les plus bas du marché, lorsque cette présentation repose sur de faux arguments qu'il existe en fait des prestations moins onéreuses ;
- lorsque le site comparateur de prix renvoie à des données qui mentionnent seulement les écarts de prix, le nombre de produits et le nombre de magasins sans que le consommateur puisse discerner la marque du produit ou ses caractéristiques, ni rationnellement comparer un produit déterminé ;
- lorsque les prix annoncés sur les tickets de caisse comparatifs exposés à l'entrée du magasin ne sont pas les mêmes que dans les rayons ;
- lorsque des sociétés éditrices d'annonces nécrologiques exploitent en connaissance de cause la situation morale des familles endeuillées en leur imposant une offre globale unique sous la forme d'une vente liée et forcée, sans information préalable sur le coût distinct de chaque prestation, alors même que le décès d'un proche constitue un malheur d'une gravité propre à altérer le jugement des familles qui, en de telles circonstances, ont d'autres préoccupations que de se soucier de la licéité du couplage des annonces par voie écrite et par internet, de demander le coût respectif de chacune d'elles et d'opter pour l'une ou l'autre de ces deux modalités ;
- lorsqu'une offre présentée comme une série limitée s'est poursuivie au-delà du terme annoncé ;
- lorsqu'une entreprise trompe le consommateur moyen sur la composition en cristal et la fabrication en France de produits qui sont en réalité pour une grande partie en cristallin, verre ou luxion, et achetés finis à l'étranger.

En revanche :

- une campagne d'opinion sur la nécessité d'ouvrir à la concurrence la vente de médicaments non remboursés n'est pas déloyale, car ces produits n'étant pas commercialisés par l'annonceur, elle ne peut altérer la décision d'achat des consommateurs ;
- la promotion de pèse-personnes par la mention «précision 100 g» ;
- usuelle depuis longtemps dans la profession, ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse dès lors que ce slogan n'emporte pas une promesse de justesse

conforme à celle des poids et mesures ;

- l'apposition de drapeaux brésiliens sur des tongs importées de Chine n'est pas contraire à l'article L. 121-2 du Code de la consommation, dès lors qu'il n'est pas établi que cette pratique, banale, soit perçue par les consommateurs comme une indication d'origine du produit.

S'agissant des **règles déontologiques**, la jurisprudence a d'abord estimé que ces règles ayant pour objet de fixer les devoirs des membres d'une profession, leur violation expose leur auteur à des sanctions disciplinaires et non des sanctions civiles. La Cour de cassation estime désormais qu'un manquement à une règle de déontologie ne constitue pas nécessairement un acte de concurrence déloyale sauf s'il permet une captation de la clientèle du concurrent. Le seul fait de ne pas se conformer à une norme fixée librement entre professionnels ne peut être constitutif de concurrence déloyale, dès lors qu'elle ne s'impose pas en droit à l'ensemble des opérateurs du marché. En revanche, selon la Cour d'appel de Paris, l'entreprise signataire d'une charte de bonne conduite bénéficiant du label «relations fournisseur responsable» qui ne respecte pas son engagement dans le cadre d'une procédure d'achats d'assurer une mise en concurrence ouverte, libre et transparente, commet un acte de concurrence déloyale. La mise en place par un site internet d'un système de notation des avocats selon des critères contraires à la déontologie de cette profession constitue une faute. De même, la société qui diffuse sur son site internet des offres d'achats groupés sur des prestations médicales accompagnées de commentaires particulièrement attractifs destinés à valoriser la prestation vendue, viole sciemment l'interdiction de publicité posée par le Code de la santé publique à l'égard de la profession et commet ainsi un acte de concurrence déloyale à l'égard de la collectivité des médecins, au bénéfice des souscripteurs des annonces. Si la violation d'une obligation déontologique par un tiers peut être constitutive d'un acte de concurrence déloyale à l'égard de ceux qui sont tenus de cette obligation, la jurisprudence ne semble pas encore fixée sur ce point.

Par ailleurs, le fait de mettre en vente, d'exposer ou d'offrir, sans autorisation, des marchandises sur les lieux publics est réprimé par le Code pénal (art. R. 644-3). Se fondant sur ces dispositions, la profession des fleuristes soutenait que la vente du muguet le 1er mai, par un parti politique, en violation de cette interdiction, constituait un acte de concurrence déloyale. La réponse négative de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation est conforme à la jurisprudence qui refuse de voir dans le paracommercialisme un acte de concurrence déloyale.

IV. Désorganisation et réseaux de distribution

PLAN

Les solutions applicables aux réseaux de distribution se décomposent comme suit :

- la commercialisation hors réseau est en principe licite ;
- l'acquisition irrégulière des produits constitue un acte de concurrence déloyale ;
- la participation à la violation d'une interdiction de revente hors réseau conforme aux règles de concurrence engage la responsabilité de son auteur ;
- les actes de désorganisation du réseau sont sanctionnés.

A. Principe de licéité de la commercialisation hors réseau

A RETENIR

Selon une jurisprudence désormais bien établie, le fait de commercialiser des produits hors réseau ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale, dès lors que l'approvisionnement est régulier.

Il est en effet admis qu'un tiers au réseau satisfasse des commandes avec des produits acquis régulièrement, en connaissance de l'exclusivité ou de l'agrément dont bénéficie le distributeur. Il est par ailleurs loisible à un fabricant tête de réseau de faire coexister un double réseau comportant des distributeurs agréés et un réseau parallèle dès lors qu'il permet aux consommateurs de bénéficier d'une offre plus abondante et plus diversifiée.

Les ventes parallèles cessent en revanche d'être considérées avec indulgence lorsqu'elles constituent des ventes parasites effectuées par des revendeurs hors réseau qui profitent des investissements de la marque sans en supporter les coûts, ni assurer le service au consommateur. Ainsi, l'article 1240 du Code civil trouve à s'appliquer dès lors qu'il peut être relevé à l'encontre du tiers revendeur une faute détachable de la vente. Un soldeur commet non seulement un usage illicite de marque, mais aussi un acte de concurrence déloyale en revendant des produits couverts par un réseau de distribution sélective dans des conditions dévalorisantes. La commercialisation de tels produits dans des hangars, exposés en vrac ou dans des agencements modestes, à proximité d'articles bas de gamme, est fautive dès lors qu'elle est incompatible avec l'image de la marque, la notoriété et l'idée de raffinement qui y sont attachées. De même, Celui qui commercialise sur son site internet des produits authentiques sans avoir la qualité de distributeur agréé porte atteinte à l'image de marque de ces produits .

B. Approvisionnement irrégulier

A RETENIR

Que doit-on comprendre par acquisition irrégulière constitutive de concurrence déloyale ? La réponse à cette question a été fournie par la Cour de cassation. Elle considère que le fait de taire ses sources d'approvisionnement révèle le caractère illicite de l'acquisition.

De même, des distributeurs non agréés, qui s'approvisionnent auprès de distributeurs agréés, par le biais de sociétés de façade, ou en violation de leurs obligations contractuelles, commettent un acte de concurrence déloyale. En revanche, l'acquisition de produits auprès de garagistes ou de loueurs n'est pas irrégulière dès lors qu'il ne s'agit pas de membres du réseau de distribution exclusive agissant en violation de leurs obligations contractuelles.

A RETENIR

Si le promoteur du réseau qui agit en concurrence déloyale doit apporter la preuve de la licéité de son réseau, il n'est pas nécessaire qu'il démontre l'étanchéité de celui-ci ou l'irrégularité de l'approvisionnement.

Toutefois, si la charge de la preuve de l'acquisition régulière pèse sur l'opérateur qui a acquis les produits pour les revendre, aucune présomption d'approvisionnement illicite ne peut lui être opposée. Aussi, n'est-il pas tenu de démontrer la régularité de l'acquisition par le vendeur auquel il s'est adressé, la charge de la preuve incombant aux concessionnaires ou au fabricant. Par ailleurs, pour condamner *in solidum* avec le fabricant un tiers ayant acquis des produits contractuels, les juges doivent rechercher si ce dernier a acquis ces produits en connaissance de la clause contractuelle interdisant au fabricant de les céder sans l'accord préalable du titulaire de la marque.

C. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau**A RETENIR**

Toute participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, dès lors que l'interdiction en cause est conforme au droit de la concurrence (art. L. 442-6, I, 6°, C. com.).

Seuls les accords dont la licéité serait la conséquence d'une exemption sont visés par ce texte. À l'origine cette disposition a paru quelque peu restrictive, les exemptions par catégorie ne concernant que la distribution exclusive et la franchise. L'esprit de la loi impliquait cependant de considérer que des accords licites en vertu de l'application de la règle de raison puissent également fonder la condamnation d'un tiers participant à l'opération de revente hors réseau. La distribution sélective était donc protégée par la disposition. Le règlement d'exemption par catégorie unique relatif aux accords verticaux ne laisse plus de doute. La condamnation de la participation directe ou indirecte à la violation d'un réseau de distribution exempté concerne toutes les formes d'organisation ; les modalités d'application du règlement suscitent néanmoins certaines interrogations. La règle sur la tierce complicité de violation du réseau n'apporte aucune sécurité supplémentaire par rapport à la jurisprudence, qui condamne les tiers extérieurs au réseau pour concurrence déloyale ou usage illicite de marque.

D. Pratiques commerciales déloyales et autres actes de désorganisation

A RETENIR

La publicité de nature à induire le consommateur en erreur sur l'appartenance au réseau est susceptible de caractériser une faute.

La publicité ne doit en effet pas être source de concurrence déloyale. Tel est le cas lorsque l'annonceur crée la confusion sur sa qualité de distributeur exclusif dans le secteur concédé à un autre membre du réseau, de façon à provoquer le report de la clientèle potentielle du secteur vers lui, au détriment du concessionnaire qui y est établi. Des garagistes ne doivent pas laisser entendre dans leur publicité et affichages qu'ils sont membres d'un réseau. Le distributeur non agréé doit également s'abstenir de revendre les produits dans des conditions de nature à tromper le consommateur sur leur origine. Ainsi, le fait, pour un tiers au réseau, de vendre des produits de la marque, qui comportent la mention de leur vente exclusive par des distributeurs agréés, est constitutif de concurrence déloyale.

En revanche, la publicité faite par un revendeur hors réseau de véhicules neufs selon laquelle ceux-ci bénéficient de la garantie du constructeur ne constitue pas un acte de désorganisation dès lors que les véhicules sont acquis auprès de membres du réseau et qu'à ce titre la garantie est effectivement due. Toutefois, la faute est caractérisée si le distributeur agréé omet sciemment d'informer les consommateurs sur le défaut de garantie normalement attachée aux mêmes produits lors de leur commercialisation en réseau. Un garagiste ne commet pas d'acte de concurrence déloyale lorsqu'il se contente d'apposer sur sa façade le terme «entretien» suivi du nom du constructeur.

Constituent également des fautes de concurrence déloyale l'envoi par l'importateur parallèle de circulaires qui dénigrent le constructeur et incitent les distributeurs à violer leurs engagements contractuels, le courrier adressé par un franchisé à d'autres membres du réseau, présentant le franchiseur comme incompetent, sans savoir-faire, peu soucieux d'autrui sinon de lui-même, ou encore le commentaire d'un franchisé posté sur Facebook qui reproche à ses franchiseurs leur «volonté d'arnaquer», leur suggère de s'en aller et cite les meilleurs réseaux sans les y inclure. Il en va de même de la dévalorisation de la marque, la pratique de la marque d'appel, la vente sur un site internet de produits d'un réseau de distribution sélective auquel le vendeur n'appartient pas, ou la tierce-complicité d'une interdiction de revente hors réseau.

SECTION 3

Dénigrement

Le dénigrement consiste à jeter le discrédit sur une personne ou un produit pour en tirer un profit. Pour qu'il soit constitutif de concurrence déloyale, il faut qu'une information malveillante ou péjorative, concernant une personne identifiable, soit diffusée à la clientèle. Ainsi, la campagne de communication qui ne cherche pas à ternir la réputation des pharmaciens, mais seulement à remettre en cause leur monopole, ne constitue pas un dénigrement des pharmaciens et officines de pharmacie.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le domaine du dénigrement ;
- les conditions du dénigrement ;
- le régime de la publicité comparative.

I. Domaine

PLAN

Pour définir le domaine du dénigrement, il faut distinguer :

- le dénigrement de la libre critique ;
- le dénigrement de la diffamation ;
- le dénigrement direct du dénigrement indirect.

A. Dénigrement et libre critique

Le dénigrement se distingue de la critique. Il existe un droit à la libre critique, mais il doit s'exercer dans certaines limites sous peine d'être qualifié de dénigrement.

A RETENIR

L'expression acceptable du droit de libre critique dépend du caractère objectif, neutre et motivé des propos tenus.

EXEMPLES

Ne constituent pas des actes de dénigrement :

- une lettre, qui contient des critiques sur un fabricant, diffusée au sein du réseau de revendeurs d'une société, dès lors qu'elle est confidentielle et n'est pas destinée à détourner la clientèle ;
- l'information par un assureur à destination de ses assurés sur le fonctionnement de sa garantie, les prestations fournies et les remboursements consentis, qui attire leur attention sur les conséquences du défaut d'agrément d'un garagiste qui rend ce dernier plus cher ;
- les observations et réserves visant le maître d'œuvre chargé de la réalisation d'un groupement scolaire, envoyées par une société à une communauté d'agglomération, dans le cadre de sa mission de contrôleur technique ;
- l'utilisation de l'expression «Qui mieux que...» qui peut être associée à la marque d'une entreprise dès lors qu'elle ne sous-entend pas que seules les prestations de réparation ou d'entretien des véhicules par le réseau seraient de nature à assurer la fiabilité et la sécurité, ni n'implique que seul le réseau pourrait procéder à la monte des pièces d'origine, ni ne prétend que la qualité des prestations du réseau est supérieure ;

- la dénonciation à l'Administration des agissements d'un concurrent contraires à la réglementation, dès lors que cette dénonciation s'appuie sur des éléments sérieux ou qu'elle ne dépasse pas ce qu'autorise l'expression légitime d'une position ;
- le fait, pour une association, de corréler une marque dans le secteur de l'énergie atomique à une tête de mort et un poisson malade dès lors qu'elle agit conformément à son objet, par des moyens proportionnés, dans un but d'intérêt général et de santé publique ;
- le fait de décliner une campagne publicitaire sous le slogan «Sucre détox» dès lors que, conformément aux préconisations de l'OMS, elle ne constitue qu'une invitation à la modération et que le sucre n'y est ni discrédité ni déprécié en tant que tel, mais critiqué seulement en cas d'abus de consommation ;
- un argumentaire commercial qui désigne une compote comme «la première compote sans sucre ajouté avec le goût de la vraie compote» dès lors qu'il ne vise aucun concurrent direct et que la critique, même caractérisée, est formulée de manière générale.

Constituent des actes de dénigrement :

- le fait pour un annonceur de se retrancher derrière le caractère «militant» de la mention «Achetez responsable», ou derrière son engagement en faveur d'une agriculture plus respectueuse de la santé et de l'environnement, dès lors que la campagne publicitaire incriminée, même si elle interpelle le public sur les risques propres aux produits phytosanitaires de synthèse, tend, par son contenu, à favoriser la vente des produits biologiques en discréditant publiquement ceux issus d'autres filières de production contre lesquelles il est expressément appelé au boycott ;
- le fait pour l'organisatrice d'une élection concurrente de celle de Miss France de tenir des propos discréditant ce concours et ses organisateurs ;
- le fait pour un annonceur de généraliser des résultats qui ne correspondent qu'à certains cas de figure pour en conclure que le concurrent visé trompe le consommateur ;
- le fait pour un opérateur de diffuser un message informatique qui impute des pratiques concurrentielles anormales à une entreprise explicitement désignée et insinue que l'intérêt des consommateurs lui importe peu ;
- le fait de dénoncer la cherté des prestations par des vocables à connotation pénale, tels que escroquerie, arnaque ou magouille ;
- le fait pour un opérateur de téléphonie de promouvoir dans une publicité son nouveau tarif unique en le comparant à celui de l'opérateur historique en utilisant le slogan «Encore client de X ? comme c'est dommage» ;
- le fait d'employer dans une lettre des propos non mesurés en les justifiant par la défense d'intérêts légitimes ou la recherche d'informations.

B. Dénigrement et diffamation

Le dénigrement doit également être distingué de la diffamation, qui est soumise à des règles spéciales. Le dénigrement ressortit à la compétence du tribunal de commerce, tandis que la diffamation et l'injure relèvent de la compétence du juge répressif.

A RETENIR

La diffamation supposant nécessairement une atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne physique ou morale, les appréciations, mêmes excessives, qui touchent les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle ou commerciale, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881.

À l'inverse, des allégations diffamatoires ne peuvent caractériser un dénigrement en l'absence de faits de concurrence déloyale distincts de la diffamation. Le fait d'imputer à une personne morale déterminée des faits constitutifs d'infractions pénales porte atteinte à son honneur et à sa considération et relève du domaine de la diffamation qui ressortit à la compétence exclusive du tribunal de grande instance. De même, la diffusion, sur des sites internet destinés aux acteurs de la profession, par un syndicat dont la liberté d'expression ne peut être indûment limitée et qui n'est pas un acteur économique en situation de concurrence, de propos qui ne critiquent pas la qualité des produits mais l'attitude d'un constructeur automobile à l'égard des membres de son réseau, porte atteinte à l'honneur et à la probité de ce dernier, mais n'est pas constitutive de dénigrement. En outre, il n'existe pas en matière de dénigrement d'excuse de vérité (L. 29 juillet 1881, art. 35). Les appréciations négatives portées sur un concurrent, même exactes, peuvent être constitutives de dénigrement, en raison de leur absence d'objectivité. Enfin, comme en matière de publicité comparative, le droit de la presse ne trouve pas à s'appliquer. Aucun droit de réponse n'est permis : le dénigrement ne peut donc être excusé par les allégations mensongères précédemment proférées par la personne visée.

C. Dénigrement direct ou indirect

A RETENIR

Le dénigrement peut être implicite lorsqu'il est allusif et déforme l'image du concurrent.

Ainsi, le fait pour un opérateur de vanter ses produits de telle manière qu'il suggère que ceux de son concurrent sont dépourvus de ces qualités constitue un dénigrement indirect. L'exagération publicitaire n'est pas en soi répréhensible. De même que la critique, même excessive, est libre, la publicité exagérément laudative est licite. Elle n'est condamnable que si elle est mensongère ou crée un préjudice au détriment du concurrent indirectement visé. Ainsi, lorsque la publicité d'un vendeur de livres d'occasion se prétendant le principal fournisseur suggère que le concurrent immédiat n'est pas un véritable négociant d'occasion, ce dernier subit un préjudice concurrentiel qui doit être réparé. De même, les allusions laudatives qui incitent le consommateur à croire que le produit concurrent est complètement obsolète ou la présentation de son propre produit comme étant le seul à présenter cette qualité sont indirectement dénigrantes. A l'instar de

la publicité, internet constitue un vecteur qui peut favoriser le dénigrement indirect. Un moteur de recherche peut, involontairement, participer à la campagne de dénigrement d'une entreprise lorsqu'une fonctionnalité de son moteur permet d'associer le nom de l'entreprise au site qui la dénigre. De même, le moteur de recherche, qui fait des suggestions d'association d'expressions ou de mots et réunit ainsi le nom d'une société avec le mot arnaque, sans avertir au préalable les utilisateurs du mode d'établissement de ces propositions, porte atteinte à l'image et à la réputation de la société en cause.

II. Conditions

PLAN

Pour que le dénigrement soit constitué, il faut :

- que l'information en cause porte sur une personne identifiée ou identifiable ou sur un produit ou un service ;
- qu'elle soit malveillante ;
- qu'elle fasse l'objet d'une diffusion publique.

A. Personne identifiée ou identifiable / Produit ou service

A RETENIR

Le dénigrement illicite ne suppose pas que la personne ou l'entreprise visée soit nommément désignée. Il suffit qu'elle soit aisément reconnaissable ou parfaitement identifiable par la référence à ses produits, sa notoriété, son activité, son adresse ou aux thèmes de sa campagne publicitaire.

Le slogan publicitaire qui fait référence au nom sous lequel le concurrent géographiquement proche est traditionnellement connu exclut l'équivoque. De même, la référence à des prénoms peut suffire à identifier les concurrents, victimes de dénigrement. En revanche, le fait de se dire «encore moins cher» que les autres sans viser distinctement une personne ou un produit ou l'allusion à un litige ou à un jugement n'ayant pas fait l'objet d'une publication ne permettent pas de reconnaître le concurrent. Enfin, on peut utiliser un terme, tel que décathlon, pour brocarder l'activité sportive ainsi nommée sans nécessairement dénigrer l'entreprise qui porte le même nom, ou acide ascorbique pour comparer des pâtes à tarte, avec ou sans cet ingrédient, sans permettre d'identifier la marque concurrente qui l'utilise. Le dénigrement peut porter sur un concurrent ou sur tout opérateur économique. En effet, un rapport étroit et direct de concurrence n'est pas nécessaire à l'existence d'un dénigrement illicite. Une clientèle finale identique est suffisante.

A RETENIR

Le dénigrement peut porter non seulement sur l'entreprise, mais aussi sur la qualité ou le prix de ses produits ou de ses services.

C'est d'ailleurs le cas le plus fréquent. Sous couvert d'information ou de comparaison, une entreprise dénigre les produits ou services, concurrents ou non, d'une autre entreprise, pour en détourner la clientèle. Le détournement est compris dans un sens très atténué. L'objectif n'est pas toujours de récupérer la clientèle du concurrent dénigré, puisque le dénigrement peut exister en dehors de toute situation de concurrence, mais peut se limiter à la détacher de lui.

EXEMPLES

Quand y a-t-il dénigrement d'un produit ?

- le message diffusé dans la presse par un fabricant de cigarettes accreditant l'idée que la consommation d'un biscuit est plus nocive que l'inhalation de la fumée de cigarettes détourne l'image positive du biscuit tout en la dévalorisant ;
- le fait de dire que les lessives sans phosphates empoisonnent les rivières ruine l'image de ces produits dans l'esprit du consommateur ;
- une publicité qui présente le sucre sous la forme d'un personnage ridicule et donne du produit une image dévalorisante contribue, par son appréciation péjorative, à la dégradation de son image dans l'esprit des consommateurs.

En revanche, un assureur, tenu de donner des informations et des conseils sur le fonctionnement de sa garantie, sur les prestations fournies par les garagistes et sur les remboursements consentis aux assurés, ne jette aucun discrédit sur les prestations d'un réparateur automobile qu'il n'a pas agréé, lorsqu'il leur indique en toute objectivité que les tarifs de ce dernier sont plus élevés que ceux des autres garages des environs.

B. Information malveillante

A RETENIR

La critique est libre dès lors que l'information est objective, motivée et neutre. Il n'est pas non plus interdit de vanter de manière excessive ses produits lorsque le message délivré n'est pas préjudiciable à d'autres opérateurs économiques identifiables.

Ainsi, le seul fait de déclarer être en mesure de livrer à sa clientèle un produit fini ou semi-fini à la faveur d'une prestation plus globale que sa concurrente, qui livre tout au plus un produit ébauché à ses clients, n'est pas dénigrant. La jurisprudence estime que l'information peut être emphatique, dès lors qu'elle n'induit pas en erreur le consommateur. La comparaison peut même être fantaisiste ou humoristique, à condition de ne pas porter atteinte à l'image ou à la réputation. En particulier, comparer une bière et un sport nautique sur un ton humoristique ne jette pas le discrédit sur ce sport. En revanche, la dérision d'un concurrent, même pratiquée sur un mode humoristique, tend à le discréditer auprès de ses clients potentiels.

L'information revêt un caractère malveillant ou péjoratif, dès lors que les appréciations portées sur une activité professionnelle sont tendancieuses et que l'information n'émane pas d'une personne étrangère à la profession qui ne chercherait qu'à informer de manière

exacte le public sur les avantages et les inconvénients de différents modes de distribution (grossiste et détaillant), mais d'un concurrent, même indirect, qui dénigre les procédés de commercialisation d'un autre opérateur économique, sans émettre de réserves sur ses propres méthodes.

EXEMPLES**Quand l'information est-elle suffisamment malveillante pour fonder une action en dénigrement ?**

- lorsque la lettre adressée à l'organisme adjudicataire d'une commune par un concurrent de l'attributaire du marché, l'informe faussement de la mise en examen de ce dernier pour escroquerie ;
- lorsque le courrier diffusé auprès des clients et mis en ligne sur internet, qui dénonce la pratique des ventes privées par internet, sous le titre «internet ventes privées, coup de gueule : on se moque de vous», qualifie cette méthode de distribution de «dérive très dangereuse pour l'ensemble de notre profession» et accuse les fournisseurs visés de participer à «un chaos commercial» et à des pratiques de «cocufiage» à l'égard des distributeurs, dès lors que les termes employés vont au-delà d'une présentation objective d'un mode de distribution particulier et constituent une présentation péjorative de celui-ci ;
- lorsqu'une entreprise fait courir des rumeurs dans la presse sur une prétendue perte de vitesse de la filiale de son concurrent au moment où celui-ci envisage de la céder, risquant ainsi de diminuer l'intérêt des acquéreurs potentiels pour la filiale et d'entraîner des conséquences négatives sur le comportement boursier de la maison-mère ;
- lorsqu'une entreprise dénonce les agissements délictueux d'un concurrent en envoyant des courriers informant la clientèle de l'introduction d'une action en contrefaçon contre un concurrent, avant même qu'une première décision sur le fond ne soit intervenue ;
- lorsqu'une entreprise fait état auprès de la clientèle de son concurrent d'une supposée faillite de ce dernier ou du différend qui les oppose ;
- lorsqu'une entreprise confie son intention, dans la presse économique, de racheter l'entreprise concurrente, laissant entendre que son avenir est compromis ;
- lorsqu'une entreprise procède à la publication d'un jugement non définitif condamnant un concurrent ;
- lorsqu'une entreprise adresse aux clients d'un concurrent la copie d'une assignation délivrée à l'encontre de ce dernier plusieurs années auparavant, leur laissant faussement croire que l'action introduite sur le fondement de la concurrence déloyale a été définitivement jugée en sa faveur.

Les informations même exactes, qui ne sont pas données en termes généraux, peuvent caractériser un dénigrement dès lors qu'elles visent à jeter le discrédit sur le concurrent, son entreprise, ou ses produits.

Le dénigrement est incontestable lorsque la comparaison des mérites respectifs des produits utilise des termes dépassant la simple critique objective et modérée, et dénote la volonté déterminée de son auteur de tourner en dérision, de dénigrer et de discréditer les produits concurrents, notamment en portant des accusations sur l'incompétence de l'entreprise en cause et l'insuffisance technique notoire de ses produits, en proférant des allégations mensongères sur ses produits ou ses services, en diffusant des informations inexactes sur ses performances, ou en adressant des mises en garde tendant à jeter le discrédit. Répandre la rumeur sur une entreprise concurrente ou ses produits est ainsi constitutif de dénigrement.

La Cour d'appel de Paris a récemment estimé que la diffusion sur internet d'un communiqué relatif à une décision de justice reproduisant des extraits partiels ne revêt pas un caractère dénigrant dès lors que la communication par un opérateur d'une décision prononcée à son égard, définitive ou non, constitue un droit et que la publication n'est accompagnée d'aucun commentaire polémique et désobligeant, même si les extraits publiés ne sont favorables qu'à la thèse de l'auteur du communiqué. La Haute juridiction considère cependant que si la victime peut, sans faute, reproduire sur son site internet le dispositif du jugement de condamnation pour contrefaçon ayant frappé un concurrent, cette reproduction devient fautive lorsque la publicité ainsi donnée au jugement dépasse les limites résultant des termes mêmes de son dispositif.

Par ailleurs, il n'est pas non plus dénigrant de mettre en garde des distributeurs contre les risques judiciaires encourus en cas de commercialisation de copies serviles du modèle déposé d'une marque, sans nommer l'auteur des faits, dès lors qu'il s'agit d'un simple rappel à la loi général et préventif. De même, la contestation de la validité du brevet d'un concurrent ne constitue pas en soi un acte de dénigrement, sauf à faire systématiquement dégénérer en abus de droit la publicité des actions en revendication de brevet et autres contestations de droit de propriété intellectuelle. Enfin, si le dénigrement peut justifier un droit de riposte, c'est seulement à la condition que ce dernier ne devienne pas lui-même dénigrant. Ainsi, une radio, qui, pour riposter à l'annonce de sa concurrente, qui s'était livrée à une comparaison non objective des caractéristiques de leur auditorat, se rend coupable de publicité comparative illicite et dénigrante en adoptant un slogan : «68,8 % des auditeurs de NRJ ont plus de 24 ans», dont la première partie «Tellement pas jaloux qu'on te fait de la pub» relève de l'exercice de la liberté d'expression, mais dont la seconde partie relative à l'auditorat prétendument plus âgé de sa concurrente, dépourvue de tout caractère humoristique, vise à mettre en évidence, dans une publicité en faveur de ses services, sa primauté d'audience auprès de la clientèle des jeunes auditeurs.

C. Diffusion publique

A RETENIR

Le dénigrement suppose une diffusion de l'information à la clientèle. La diffusion purement confidentielle d'une information malveillante ne peut porter atteinte à l'image, à la réputation ou aux produits ou services d'un opérateur économique.

Toutefois, le document interne à une entreprise perd son caractère confidentiel lorsqu'il est diffusé aux salariés de celle-ci afin qu'ils répercutent auprès de la clientèle les infor-

mations dénigrantes qu'il contient.

Les propos malveillants sont portés à la connaissance du public de diverses manières : interview ou annonce dans la presse, lettre circulaire, communiqué, affiche, tract, vidéo-cassette, quiz et internet. La campagne publicitaire est cependant le support le plus fréquemment utilisé. On entend par publicité l'adresse à un destinataire ciblé d'un message de quelque forme et nature que ce soit ayant pour but de valoriser la personne ou l'entreprise pour le compte de laquelle cette communication est réalisée. Cette publicité est nécessaire pour l'opérateur qui veut promouvoir ses produits ou ses services. Il est alors tentant, pour prendre un avantage dans la compétition économique, d'attribuer à ceux-ci des vertus supérieures à ceux des concurrents soit pour substituer son offre à celle de son concurrent, soit pour ruiner la réputation d'un opérateur.

EXEMPLES

Quand une campagne publicitaire est-elle dénigrante ?

- lorsque, menée par un fabricant de phosphates, elle a manifestement pour objet de combattre les effets pernicioeux de celle lancée par un lessivier sur le thème de la protection de l'environnement, dans la mesure où les informations figurant sur les affiches publicitaires dépassent le droit d'informer et jettent le discrédit ;
- lorsqu'elle exagère le nombre d'abonnés d'une revue et lui permet de cette manière d'obtenir beaucoup plus de clients que la revue concurrente ;
- lorsqu'elle fait paraître des entrefilets dirigés contre l'opérateur concurrent en lui reprochant un plagiat ;
- lorsqu'elle sous-entend que seul un circuit de distribution garantit l'achat de produits sûrs ;
- lorsqu'elle détourne le slogan publicitaire d'un concurrent pour le tourner en dérision, ou pour discréditer la qualité de ses produits ou de ses services.

III. Dénigrement et publicité comparative

A. Licéité de principe de la publicité comparative

A RETENIR

La publicité comparative présente un double avantage : elle stimule la concurrence entre les entreprises et améliore l'information des consommateurs. Mais elle comporte un risque de concurrence déloyale. Sous couvert de publicité comparative, l'entreprise peut tenter de jeter le discrédit sur son concurrent.

La jurisprudence considérait traditionnellement comme contraire aux usages du commerce toute comparaison directe faite par un opérateur économique entre les mérites ou les prix de ses produits et ceux de ses concurrents. L'évolution des pratiques et un courant d'idées favorable à la publicité comparative ont amené la Cour de cassation à déclarer licite la publicité portant sur des «prix de produits identiques... vendus dans les

mêmes conditions». En 1992, le législateur est intervenu pour réglementer la publicité comparative. Aux termes de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, la publicité comparative n'est licite que si «elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives» des biens ou services «répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif». Elle ne doit en outre être ni trompeuse ni de nature à induire en erreur le consommateur. Contrairement aux autres types de publicités, dont l'objet est purement commercial, la publicité comparative n'est autorisée que dans la mesure où elle est susceptible de garantir au consommateur une information impartiale sur les avantages et les inconvénients des produits ou services comparés. Aussi la publicité doit-elle rendre accessibles aux consommateurs les éléments de la comparaison leur permettant d'en vérifier l'exactitude, pour répondre à l'exigence d'objectivité posée à l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Tel n'est pas le cas du dépliant publicitaire qui présente deux chariots emplis, pour l'un, de produits vendus sous la marque de l'annonceur et, pour l'autre, de produits de la marque d'un distributeur concurrent, et porte au-dessus la mention «30 % moins cher» pour l'annonceur, dès lors que la seule indication sur le dépliant que la comparaison a été établie à partir de la moyenne des prix relevés sur les produits du concurrent dans plusieurs magasins de l'enseigne ne permet pas au consommateur de vérifier si cet échantillon de magasins est représentatif.

Cette réglementation protectrice du consommateur est-elle applicable aux publicités diffusées auprès de professionnels ? La jurisprudence s'orientait vers une inapplicabilité dans cette hypothèse. En revanche, lorsque la publicité était diffusée auprès de non professionnels, l'annonceur pouvait procéder à une publicité comparative dans les conditions prévues par le Code de la consommation. Depuis lors, un texte européen vise expressément la publicité comparative à destination des professionnels, qui peut être source de concurrence déloyale par dénigrement.

B. Dénigrement par comparaison

En dehors des sanctions pénales qui ont été instituées (art. L. 132-25 C. consom.), les infractions aux règles relatives à la publicité comparative sont soumises à l'article 1240 du Code civil. Aussi bien, le contentieux relatif au dénigrement, qui emprunte la voie de la comparaison, ne s'est-il pas épuisé.

EXEMPLES

Quand la publicité comparative est-elle dénigrante ?

- lorsqu'une société de vente par correspondance mène une campagne publicitaire axée sur la comparaison de son délai de livraison avec celui, plus long, de son concurrent, sans préciser le contenu exact des prestations ;
- lorsqu'une entreprise réalise une publicité comparative en se plaçant délibérément dans le sillage d'un concurrent et ravale, par des allusions laudatives sur son propre produit, le produit concurrent au rang d'une production implicitement dépassée ;
- lorsqu'une entreprise présente le concurrent comme une quille vacillant sous le coup de boule de l'annonceur ;

- lorsqu'une entreprise met en doute l'opportunité des investissements publicitaires d'un concurrent en sous-entendant une mauvaise gestion de ses budgets publicitaires ;
- lorsqu'une entreprise utilise des termes tels que «arnaque», «racket» ou «gruge» laissant penser que le concurrent se comporte comme un escroc à l'égard de ses clients ;
- lorsque la comparaison met exclusivement en avant une caractéristique négative du produit d'un concurrent ;
- lorsque la comparaison présente faussement un produit comme le seul à présenter une certaine qualité ;
- lorsque la comparaison met l'accent sur les caractéristiques favorables du produit et passe sous silence les caractéristiques défavorables tout en faisant l'inverse pour le produit concurrent ;
- lorsqu'une publicité comparant les mérites d'aspirateurs est accompagnée de la photographie d'un modèle précis de la marque critiquée et de celle de son concurrent dont on ne distingue ni le type ni le modèle ;
- lorsqu'un catalogue compare deux produits dont l'un présente des traces de détérioration ;
- lorsque la publicité diffusée par voie d'affichage au bord des routes, compare des forfaits téléphoniques non interchangeables, l'un étant *low cost* et l'autre haut de gamme, afin de suggérer que l'opérateur concurrent est dépassé et excessivement cher.

En revanche, la comparaison des prix ne peut pas en soi entraîner le discrédit ou le dénigrement d'un concurrent qui pratique des prix plus élevés. Pour être dénigrante, la comparaison doit, toutefois, présenter un caractère trompeur ou tendancieux. Dans tous les cas, les juges doivent rechercher si la comparaison repose sur des critères appropriés, c'est-à-dire sur des caractéristiques à la fois essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des services concernés.

SECTION 4

Parasitisme

A RETENIR

Le parasitisme économique consiste à se placer dans le sillage d'autrui, à s'appuyer sur les efforts et les initiatives d'un opérateur économique, concurrent ou non, pour conquérir une clientèle. Le parasite a un comportement suiveur qui se traduit généralement par la reprise de manière identique ou quasi identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise afin d'en profiter sans consentir d'efforts financiers intellectuels, ou promotionnels.

Le parasitisme peut se manifester soit par des comportements parasites ou une concurrence parasite, les intéressés étant en situation de concurrence plus ou moins étroite et disposant à tout le moins d'une clientèle finale commune, soit par des agissements parasites, dont les auteurs ne se trouvent pas en situation de concurrence car ils ne sont pas titulaires de clientèle ou s'adressent à des clientèles totalement différentes.

L'action en réparation ou en cessation des agissements parasites se distingue de l'action en contrefaçon dans la mesure où elle n'est ouverte qu'à la victime ne disposant pas d'une autre voie juridique, ni d'un droit privatif. Le recours à la notion de parasitisme permet ainsi le maintien de la protection d'un modèle pour lequel le droit de propriété intellectuelle a expiré. La reproduction ou l'imitation d'une prestation exclue du champ de la propriété intellectuelle peut être déloyale en raison des circonstances qui l'entourent, notamment du risque de confusion créé dans l'esprit de la clientèle avec les produits du concurrent. Toutefois, en vertu du principe de liberté du commerce, tout intéressé peut reproduire une création non protégée par le droit de propriété intellectuelle. Ainsi, il n'est pas déloyal de vendre un produit utilisant les caractéristiques techniques d'un brevet tombé dans le domaine public. La copie de ce qui n'est pas protégé par un droit est en elle-même licite et il importe peu que son auteur, profitant des investissements d'autrui, réalise ainsi des économies.

Dans la mesure où il consiste à porter atteinte à la valeur économique d'autrui, le parasitisme suppose nécessairement un effort de création de la part du parasite, indépendamment des investissements réalisés par ce dernier. Ainsi, si pour caractériser un comportement parasite, le parasite n'a pas à apporter la preuve concrète d'un risque de confusion, il doit établir la volonté parasite du défendeur à l'action.

Le comportement parasite constituant une faute distincte de la contrefaçon, l'action en concurrence parasite, pour être recevable, doit reposer sur des faits distincts de ceux retenus au titre de la contrefaçon. Tel est le cas de la commercialisation à des prix très bas de produits contrefaits avec une étiquette précisant qu'ils ont été contrôlés par la société titulaire de la marque qui entraîne une confusion avec les produits d'origine, de l'exploitation d'un site internet à une adresse quasi identique correspondant à s'y méprendre au nom commercial et à la dénomination sociale d'un concurrent intervenant dans le même domaine d'activités et avec la même clientèle potentielle, ou de l'utilisation par une entreprise, à titre publicitaire, d'une marque notoire pour vendre ses propres produits et se développer au détriment du distributeur officiel de la marque.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions du parasitisme ;
- les formes du parasitisme.

I. Conditions

PLAN

Pour agir en parasitisme, le parasité doit établir :

- une intention de parasitisme de la part du parasite ;
- la valeur économique de son produit ;
- l'économie injustifiée du parasite ;
- un trouble commercial.

A. Intention de parasitisme

A RETENIR

La Cour de cassation exige la preuve d'une intention de parasitisme : le parasite doit vouloir s'inscrire dans le sillage du parasité.

L'entreprise qui a adopté la dénomination «Enterprise rent a car» dans le but de reprendre une activité débutée aux États-Unis en 1957, selon des codes mondialement connus, n'a pas cherché à se placer dans le sillage d'autrui et ne peut être reconnue coupable d'acte de concurrence parasitaire à l'égard de la société Rent a Car, créée en 1977. En revanche, le fait de diffuser une annonce publicitaire en faveur d'une franchise de salons de coiffure se référant à une émission télévisée de relooking et aux expressions propres à son animatrice, réputée pour ses conseils dans le domaine de la mode et de la beauté, de façon à ce que cette dernière soit associée à la franchise en cause, caractérise un comportement parasitaire.

Le parasitisme, forme aggravée de concurrence déloyale, se distingue ainsi des autres actes de concurrence déloyale pour lesquels la faute peut ne pas être intentionnelle. En outre, selon la Cour de cassation, le parasitisme résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité alors que la faute de concurrence déloyale ne saurait être établie à partir d'un faisceau de présomptions.

B. Valeur économique du produit du parasité

A RETENIR

Puisque le parasitisme consiste à usurper la valeur économique d'autrui sans efforts financiers, le parasité doit établir que le concept ou le modèle usurpé revêtent une telle valeur.

En effet, même si, en principe, un thème, au même titre qu'une idée ne peut faire l'objet d'une appropriation, tel n'est pas le cas lorsque la reprise de certaines thématiques conduit à établir un rapprochement entre les produits du parasite et ceux du parasité. Le parasitisme est exclu si le prétendu parasité ne justifie d'aucun d'effort de recherche particulier, ni d'aucun investissement promotionnel ou commercial, ni d'un savoir-faire qui lui soit propre, ni d'un travail intellectuel dépassant celui qui est habituellement nécessaire. La preuve d'une économie injustifiée du parasite ne saurait se déduire de la seule longévité et du succès de la commercialisation du produit parasité. En d'autres termes,

il ne peut être reproché au parasite de s'enrichir sans cause si le parasité ne prouve pas l'atteinte à une valeur économique qui lui est propre.

EXEMPLES

Quand le parasitisme est-il exclu ?

- lorsqu'une société, non-fabricante des produits qu'elle commercialise, a acheté des produits constituant des copies serviles, dès lors que cet achat ne saurait constituer une économie d'investissement de mise au point ;
- lorsqu'une société ne fait que conclure un contrat de distribution portant sur un jeu, sans rien y apporter, se bornant tout au plus à en franciser l'appellation et à en adapter la notice pour le public français ;
- lorsque le produit parasité est un produit banal pour la commercialisation duquel le commerçant n'a fourni aucun effort particulier ;
- lorsqu'un distributeur reproche à sa concurrente d'avoir parasité sa campagne publicitaire consistant à associer la recommandation de la consommation d'au moins cinq fruits et légumes par jour à une opération promotionnelle, compte tenu du caractère descriptif et usuel du concept et du slogan publicitaires utilisés, issus d'une politique nutritionnelle lancée en 2001 par le ministère de la Santé ;
- lorsqu'une entreprise utilise des couleurs similaires à celles employées par le parasité, même si cette utilisation s'applique à des produits de même type et vise un même public ;
- en cas de copie des éléments structurels et des règles d'un jeu qui n'est lui-même que la reprise d'un brevet tombé dans le domaine public et dont aucune originalité notable n'est établie.

En revanche :

- le fait de commercialiser un produit en l'associant visuellement par une référence subliminale aux produits du concurrent et d'y apposer son propre visuel, afin d'attirer l'attention de la clientèle sur son produit d'un prix inférieur, constitue un acte de concurrence parasitaire qui vise à tirer profit du bénéfice supplémentaire procuré par l'insertion de ses propres investissements dans le sillage des campagnes publicitaires initiées depuis deux ans par le concurrent ;
- une entreprise adopte un comportement parasitaire lorsque, après avoir acheté de nombreux coloriages géants «Ville de Paris» à une société, elle développe et commercialise un produit similaire l'année suivante.

La notion d'«investissements intellectuels et matériels» recouvre différentes hypothèses. Il peut s'agir d'investissements promotionnels ou commerciaux, réalisés par la victime pour le lancement de son produit ou d'efforts intellectuels (recherche et développement, création d'un slogan publicitaire, par ex.).

La valeur économique du produit ou du concept résulte de sa notoriété et de son ori-

ginalité, elles-mêmes fruit du travail intellectuel et des investissements du parasité. Si le parasité n'a pas à apporter la preuve de l'existence d'un risque de confusion, il doit en revanche établir l'antériorité de ses modèles, la reproduction servile de ses produits, et les investissements qu'il a réalisés.

C. Économie injustifiée du parasité

A RETENIR

Il ne peut y avoir parasitisme en l'absence de preuve d'une économie injustifiée du parasité.

L'entreprise à qui on impute le parasitisme doit avoir détourné les investissements économiques, au sens large, réalisés par le parasité.

EXEMPLES

Quand le parasité détourne-t-il les investissements réalisés par le parasité ?

- lorsqu'une société qui transforme le packaging de ses conserves par simple copiage du packaging de la société leader du marché, sans supporter les investissements assumés par cette dernière, fait indûment l'économie d'investissements de marketing ;
- lorsqu'une entreprise s'approprie purement et simplement, sans la moindre contrepartie financière, les conditions générales de vente d'un concurrent ;
- lorsqu'une association de défense des animaux, en reprenant de manière systématique le signe SPA de France, alors que ce terme ne constitue pas sa dénomination, et crée ainsi une confusion dans l'esprit du public avec la Société Protectrice des Animaux (SPA), cherche à se placer dans le sillage de cette dernière afin de bénéficier de sa notoriété et de ses investissements humains et financiers, notamment publicitaires, et en particulier des dons et legs effectués pour la cause de l'animal ;
- lorsque le parasité, en s'épargnant les efforts financiers importants qui auraient été indispensables s'il avait créé ex nihilo l'activité concernée, a bénéficié d'une rentabilité quasi-immédiate et échappé aux aléas d'une croissance hypothétique sur un marché dont il a écarté un concurrent.

Le parasité, dans la mesure où il n'engage pas de dépenses en matière de recherche, de conception et de publicité, s'épargne tous risques économiques. Il réalise ainsi dans tous les cas un profit à moindre coût, notamment en copiant le produit du parasité. Grâce aux économies indûment réalisées, le parasité va pouvoir développer son produit de façon accélérée, le lancer directement sur le marché sans risques, ni aléas, et/ou à des tarifs inférieurs, en connaissant une croissance plus rapide.

L'égalité dans les moyens de concurrence entre opérateurs s'en trouve rompue. La recherche d'un avantage concurrentiel au détriment de la victime n'est toutefois pas requise, dès lors que l'intention du parasité de promouvoir sa propre activité commerciale en profitant gratuitement et sans risque du fruit des efforts de toute nature et des investissements d'autrui est démontrée.

Toutefois, le montant des investissements réalisés par le prétendu parasité ne suffit pas, en soi, à établir un comportement parasitaire : il faut nécessairement démontrer qu'une utilisation ou une exploitation illicite des investissements, du travail ou de la réputation d'autrui est caractérisée. Les investissements doivent en outre avoir été consacrés au modèle ou à l'œuvre prétendument détournés. Le fait que le parasite ait lui-même effectué des investissements importants peut exclure l'enrichissement sans cause. Selon la Cour de cassation, une société qui justifie de ses coûts et de ses efforts intellectuels pour l'élaboration d'une émission télévisée ne peut être qualifiée de parasite. De même, le fait de qualifier une gourde filtrante de «bouteille d'eau» ne suffit pas à établir la volonté de se placer dans le sillage des eaux embouteillées et de bénéficier de leur image, dès lors les mises en cause ont réalisé des investissements pour développer et promouvoir leur produit et que les plaignantes ne peuvent se prévaloir d'un droit exclusif sur les termes «bouteille d'eau». Enfin, l'entreprise qui apporte des améliorations de son cru à un produit banal, résultant de ses recherches techniques et de ses investissements n'adopte pas un comportement parasitaire.

D. Trouble commercial du parasité

A RETENIR

Le trouble commercial constitue en soi un préjudice direct, actuel et certain, qui s'infère des actes parasitaires. Le trouble commercial peut exister du simple fait que le parasite réalise des économies grâce auxquelles il est à même de se montrer plus compétitif sur le marché.

Dès lors, il est susceptible soit d'offrir ses produits au même prix que ceux du parasité et l'emporte sur ce dernier en termes de profits, soit de pratiquer des tarifs inférieurs et réaliser une captation de clientèle. Dans ce cas, un dommage indépendant de l'enrichissement sans cause du parasite est caractérisé. Il suffit d'apporter la preuve de l'intention du parasite de promouvoir sa propre activité commerciale, en profitant gratuitement et sans risque du fruit et des efforts d'autrui. Toutefois, le préjudice subi du fait d'actes de parasitisme ne s'identifie pas à l'économie réalisée par l'auteur de ces actes. En effet, à la frontière de la faute et du dommage, le trouble commercial peut prendre la forme d'économies injustifiées du parasite et corrélativement de la perte d'une chance ou d'un gain manqué du parasité, voire d'un dommage indépendant du parasité qui pourra consister en une captation de clientèle, une dévalorisation de la marque et/ou une dépréciation du produit. Seul le trouble commercial provoqué par le comportement incriminé permet de retenir le parasitisme.

Si la pratique d'un prix inférieur n'est en principe pas condamnable, elle est déloyale lorsqu'elle constitue l'aboutissement d'un acte de parasitisme, notamment quand elle conduit à une banalisation des produits de la marque concernée. La concurrence déloyale par les prix peut être indirecte, le parasite en tirant profit consciemment. Il en est ainsi lorsqu'une entreprise vend des produits contrefaits de qualité moindre à des producteurs tandis que le créateur livre les siens à des détaillants : les producteurs, à même de proposer des prix plus intéressants que ceux du créateur, exercent une concurrence déloyale. Cependant, la pratique de meilleurs prix que le concurrent sans vendre à perte,

ni fixer un vil prix, ne caractérise pas un acte de parasitisme. De même, un site internet peut, sans faute, présenter un produit compatible avec un produit principal fabriqué par un tiers à un prix inférieur à celui pratiqué par ce dernier pour ses propres consommables, ainsi que les gammes de prix pratiqués par les deux opérateurs.

Le préjudice indemnisable dans le cadre de l'action en responsabilité pour parasitisme peut résider dans la privation des gains résultant de la perte effective des marchés en cause remportés par le parasite au détriment de la victime. Toutefois, la perte d'une chance ne peut être réparée qu'à condition que l'existence de la chance, comme sa perte, soit certaine. L'entreprise parasitée peut également obtenir réparation du préjudice résultant soit de la dévalorisation ou de la dépréciation de son produit, en raison de la qualité médiocre de la reproduction servile, ou de son image, soit de la banalisation de l'œuvre ou de la marque. Le préjudice moral du parasité peut également être pris en compte, notamment lorsque l'offre du produit contrefaisant banalise effectivement celle du produit qu'il commercialise et en réduit tant l'attractivité commerciale que l'image de créativité associée à l'exclusivité dont il aurait dû bénéficier. Un manque à gagner et un détournement de clientèle peuvent également résulter du comportement parasitaire dont la réparation peut être obtenue, en plus de la dépréciation de l'image. Un préjudice hypothétique n'est pas indemnisable.

II. Formes

Même si la recherche de confusion ne constitue pas une condition de l'incrimination, il faut, en pratique, distinguer l'usurpation du travail d'autrui par détournement de connaissances ou de savoir-faire, de l'imitation d'un produit ou d'une œuvre. Dans le premier cas, les juges sanctionnent le caractère déloyal de l'obtention des informations, indépendamment de la confusion. Dans le second, ils répriment le rattachement à une notoriété préexistante qui se réalise soit par la reprise d'éléments caractéristiques du travail du parasité, conduisant à une captation de clientèle, soit par la reproduction servile, génératrice d'un risque de confusion ou d'association.

PLAN

Le parasitisme peut résulter de :

- l'usurpation du travail d'autrui ;
- l'usurpation de la notoriété d'autrui.

A. Usurpation du travail d'autrui

A RETENIR

Le parasitisme consiste à utiliser la valeur économique du travail d'un tiers pour s'introduire sur un marché. L'action en concurrence déloyale sanctionne, en cas de parasitisme, l'usurpation d'une valeur économique, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel, qui n'est protégée par aucun droit spécifique.

L'entreprise investit, crée, acquiert un savoir-faire ou une technique qui lui procure un avantage concurrentiel, dont le parasite cherche à bénéficier en adoptant un comportement suiveur. L'usurpation de savoir-faire est dommageable dans la mesure où elle aboutit à priver le parasite d'une valeur patrimoniale. L'usurpation résulte soit de la reprise des éléments de la réussite commerciale du concurrent (modèle, emballage, documents commerciaux et textes de présentation, agencement du magasin, concept publicitaire), soit de l'utilisation de plans ou de projets établis par un concurrent dans le cadre de relations contractuelles ou précontractuelles, du détournement de bases de données, du fichier service après-vente, des fichiers clients et fournisseurs, des bons de commandes et d'intervention, des devis de matériel et de maintenance ou encore des brochures commerciales. Mais, pour qu'il y ait parasitisme, la preuve doit être apportée de la nouveauté et/ou de l'originalité des produits ou services concernés. L'offre de prestations identiques ou similaires à un prix identique, déterminées par l'entretien et la réparation des mêmes produits, selon les prescriptions des constructeurs, qui n'est que la traduction du jeu de la concurrence, ne caractérise pas un comportement parasitaire. En outre, lorsque le produit prétendument copié n'est qu'à l'état de recherche et de développement, son concepteur ne peut faire valoir le pillage d'un savoir-faire qu'il ne maîtrise pas.

La seule similitude ne démontre toutefois pas l'appropriation du travail d'autrui : la réalité de l'usurpation doit être prouvée, et non seulement alléguée. D'anciens salariés peuvent, sans faute, utiliser dans le cadre de leurs nouvelles fonctions le savoir-faire, l'expérience et les connaissances acquises au sein de leur ancienne entreprise. Cependant, un recrutement ciblé qui a pour but l'acquisition à coût réduit des procédés de réglage de l'outil de fabrication d'un produit concurrent, issu d'investissements de recherche et de développement, peut caractériser un acte de parasitisme par détournement de savoir-faire. La volonté délibérée de s'inscrire dans le sillage d'un produit notoirement connu est établie par la reprise de l'ensemble des éléments caractérisant aux yeux du public le produit concurrent en ce qu'il a d'attractif. La preuve de la notoriété du savoir-faire, des investissements réalisés pour lui conférer une valeur économique et du caractère délibéré de son appropriation doit être apportée. L'originalité du savoir-faire doit aussi être établie : la seule présentation d'un produit fromager dans un filet auquel une étiquette est fixée ne suffit pas à caractériser l'existence d'un savoir-faire ni celle d'un travail intellectuel susceptible d'être usurpé.

L'usurpation peut se traduire de diverses manières :

1) Copie servile ou quasi servile d'un modèle : il peut s'agir de la reproduction, à partir des mêmes composantes ou d'un matériau de même nature mais de qualité inférieure, des caractéristiques techniques (couleurs, formes, dimensions), fonctions d'utilisation ou conditionnement d'un produit concurrent, selon une même présentation. Les ressemblances peuvent être visuelles, phonétiques ou conceptuelles. Par essence, la copie servile suppose l'antériorité du modèle imité. Toutefois, le fait que le parasite ne puisse se prévaloir d'aucune antériorité de ses modèles par rapport à ceux du parasite commercialisés en même temps ne suffit pas à écarter le grief de parasitisme, si les modèles en litige figuraient dans le catalogue de la victime avant d'apparaître dans celui du parasite. Le parasitisme est exclu, si les éléments caractéristiques du modèle copié sont usuels ou standard dans le secteur concerné ou résultent de contraintes techniques ou de nécessi-

tés fonctionnelles et d'un souci de normalisation.

2) **Imitation de l'œuvre d'autrui au sens large** : ouvrage, annuaire, guide, magazine, photographies, articles de joaillerie ou d'orfèvrerie, carte culinaire, fragrance d'un parfum ou de son univers, codes couleurs, film ou dessin animé pour commercialiser des produits similaires, ou encore reprise de l'univers d'un film, comédie musicale, personnage de bande dessinée afin de promouvoir un produit ou une activité autre.

3) **Imitation des éléments de la réussite commerciale d'un concurrent** : reprise de l'agencement, l'architecture intérieure ou l'ambiance d'un lieu, des supports de vente, d'une création publicitaire - slogan, idée publicitaire, catalogue, argumentaire, visuel, affiche, charte graphique, plaquette publicitaire -, d'un concept d'émission de télévision ou de site internet, ou de manifestation sportive ou politique.

4) **Détournement d'investissements** en matière de recherche et développement, en matière commerciale - reprise d'une innovation commerciale, de conditions générales de vente -, détournement de connaissances ou appropriation du contenu d'une base de données, de plans, d'un site internet ou d'un logiciel.

B. Usurpation de la notoriété d'autrui

A RETENIR

La valeur économique du travail d'une entreprise réside dans son savoir-faire. Mais, grâce à ce travail, elle acquiert une renommée, une notoriété dont le parasite cherche à profiter sans consentir les efforts financiers et intellectuels nécessaires pour l'atteindre.

La liberté du commerce étant la règle, les juges se montrent cependant rigoureux dans l'appréciation de l'usurpation de la notoriété d'autrui.

L'absence de notoriété de la dénomination et le défaut d'efforts intellectuels privent dans tous les cas la soi-disant victime de parasitisme du bénéfice de l'action.

EXEMPLES

Quand l'usurpation de la notoriété d'autrui est-elle exclue ?

- lorsqu'un commerçant offre à la vente des produits de parapharmacie dans un environnement dépourvu d'originalité, impropre par sa banalité à caractériser le cadre type d'une officine de pharmacie, et sur la conception duquel il ne dispose d'aucune latitude, eu égard aux contraintes imposées par les fournisseurs de ces produits ;
- lorsqu'une entreprise utilise la marque d'un prestigieux constructeur automobile pour des services bancaires dès lors que la dénomination en cause est inconnue du grand public ;
- lorsqu'une publicité salue la victoire du vainqueur d'une compétition sponsorisée par une autre entreprise, dont les investissements ne sont pas ainsi détournés.

En revanche :

- la société qui met en œuvre une campagne de «teasing» anonyme utilisant les termes usuellement associés à sa concurrente et qui, en laissant planer un doute sur l'auteur de cette opération publicitaire, cherche à semer la confusion afin d'attirer l'attention du public sur le lancement de sa nouvelle offre mobile tout en profitant de la notoriété d'autrui, commet un acte de parasitisme ;
- la société qui se place volontairement dans le sillage de sa concurrente en entretenant une confusion sur son statut de repreneur, en vue de bénéficier du succès et de la notoriété de ses spectacles, adopte un comportement parasitaire.

Les entreprises ont recours en matière promotionnelle à une technique dénommée l'«*ambush marketing*» qui consiste à se rendre visible du public lors d'un événement sportif ou culturel, pour y associer son image, sans rémunérer les organisateurs. Cette pratique est susceptible de caractériser un acte de parasitisme. Ainsi, une société de conciergerie qui se présente comme travaillant en étroite collaboration avec les principaux acteurs touristiques de la côte d'Azur et propose à la vente des invitations pour le Festival de Cannes comprenant une montée des marches et une projection, sans autorisation de l'organisateur de cet événement, tire indûment profit dans le cadre de son activité commerciale du prestige attaché au festival. De même, le fait d'utiliser des affiches et la notoriété d'une association dénommée Les Grands Ballets de Tahiti, en vue de promouvoir un spectacle polynésien, est fautif en soi. En revanche, un constructeur automobile peut pour promouvoir un véhicule utiliser les résultats d'un match de rugby, l'annonce du prochain et les noms des nations concernées, sans induire en erreur les lecteurs du journal sportif où l'annonce est publiée sur l'identité réelle des partenaires de la compétition, dès lors que le lectorat, dans ce domaine, est averti et accoutumé aux encarts publicitaires de parrains officiels qui se présentent clairement et habituellement au moyen d'une appellation incluant le terme «officiel», comme partenaire (ou parrain, sponsor ou fournisseur) du XV de France (ou de l'équipe de France).

Pour acquérir une notoriété visuelle et être susceptible d'appropriation déloyale, un mode de communication doit être utilisé durant un certain temps.

PLAN

L'usurpation peut porter sur :

- le nom commercial ou la dénomination sociale ;
- une marque ;
- une appellation d'origine ou un label.

1. Usurpation du nom commercial ou de la dénomination sociale**A RETENIR**

L'usage d'une dénomination sociale, même notoire, n'est pas source de parasitisme lorsque les deux sociétés en cause exercent des activités différentes.

Ainsi, l'utilisation de la dénomination notoire «Caisse d'Épargne» n'est pas répréhensible, lorsque le terme est reproduit dans une publicité en faveur d'une voiture, afin de marquer, sur un mode humoristique, le caractère utile et économique de l'acquisition de ce véhicule. Tout commerçant est en effet libre d'adopter comme nom commercial ou enseigne, une dénomination de fantaisie, un nom patronymique ou un pseudonyme, sous réserve de ne pas créer de confusion avec une dénomination préexistante. La notoriété du parasite n'empêche pas la constatation d'un parasitisme fondé sur le détournement de la notoriété d'autrui.

EXEMPLES

Quand y a-t-il usurpation du nom commercial ou de la dénomination sociale ?

- lorsqu'une société utilise le nom de son prétendu directeur commercial dans le seul but d'être assimilée à un célèbre groupe ;
- lorsqu'un cédant crée une entreprise portant une dénomination quasi identique à celle cédée et chargée de la distribution des mêmes produits dès lors que son comportement lui permet de tirer profit, sans rien dépenser, des investissements engagés par cette société pour développer la clientèle ;
- lorsqu'un opérateur cite dans une publicité le nom de son cocontractant, dans le but d'en utiliser la notoriété pour asseoir son message aux yeux du grand public ;
- lorsqu'une entreprise ouvre un magasin ayant la même activité, sous une dénomination similaire, à proximité immédiate du concurrent usurpé ;
- lorsqu'une entreprise fabrique et commercialise, sous une dénomination identique, des chaises «portoir» et «brancard» similaires à celle d'un concurrent ;
- lorsqu'une entreprise utilise l'acronyme CPESUP dans le même domaine de formation que l'organisme, notoirement reconnu qui se sert de l'acronyme CPES pour des classes préparatoires aux études de santé ;
- lorsqu'une entreprise usurpe le nom commercial et la dénomination sociale du prestataire officiel de la Caisse nationale d'assurance maladie auprès des officines de pharmacie ;
- lorsque l'organisateur du concours Miss France reproduit sur ses publicités la dénomination sociale de la chaîne de télévision avec laquelle il était contractuellement lié et le visage d'un de ses animateurs associé traditionnellement à la présentation du spectacle ;
- lorsque la société de décoration intérieure utilise le patronyme d'un célèbre designer pour commercialiser des éléments mobiliers de même nature que ceux créés et vendus par ce dernier.

2. Usurpation de la marque

A RETENIR

L'usurpation de la notoriété s'illustre particulièrement en matière de marque et peut résulter de l'imitation d'une marque notoire ou de son usage illicite.

Le dépôt d'une dénomination similaire à celle d'une marque notoire constitue aussi un détournement de la notoriété d'autrui dans la mesure où les clients, qui associent à celle-ci une image de sérieux et de qualité, n'ont pas une conscience claire et immédiate de l'étendue, ni même de la nature exacte, des produits qu'elle couvre.

EXEMPLES

Quand y a-t-il usurpation de la marque ?

- lorsqu'une entreprise imite une marque notoire par reproduction de ses éléments caractéristiques, telle que la reprise d'une formule dont la renommée a été obtenue par un effort publicitaire soutenu et grâce à la qualité des produits vendus, en attirant une clientèle dont elle suscite un réflexe favorable, la commercialisation de tablettes de chocolat revêtues de dénominations «Noir Eclats» et «Lait Eclats» contrefaisant la marque «Eclat Noir» ;
- lorsqu'une entreprise utilise, pour des chaussures, une semelle rouge, signe caractéristique d'une marque renommée ;
- lorsqu'une entreprise reproduit, sous son propre nom, une gamme de produits similaire à celle du concurrent, présentés dans des conditionnements permettant une confusion ou une association entre les produits ;
- lorsqu'une entreprise reprend pour un parfum la combinaison des éléments constitutifs de l'identité visuelle d'un célèbre joaillier afin de le placer dans l'univers de luxe de la haute joaillerie ;
- lorsqu'une entreprise utilise une marque dans un slogan publicitaire pour un produit concurrent ;
- lorsqu'une entreprise utilise la dénomination d'un modèle de voiture appartenant à une marque prestigieuse pour désigner des services bancaires destinés aux automobilistes ;
- lorsqu'un ancien distributeur utilise le signe distinctif du fournisseur ;
- lorsqu'une entreprise fait référence, dans le cadre d'une loterie, aux produits d'une marque prestigieuse ;
- lorsqu'un revendeur hors réseau utilise le pouvoir attractif de la marque pour proposer les produits revêtus de celle-ci à très bas prix et profite d'une promotion des ventes pour d'autres produits.

En revanche :

- l'utilisation dans le titre d'un ouvrage compilant les photographies parues dans un magazine, du nom de celui-ci, ne procède d'aucune usurpation dès lors que le photographe concerné a contribué à la qualité et à la notoriété du magazine en lui fournissant dans le cadre d'une longue collaboration un nombre important d'œuvres photographiques.

L'usurpation de la notoriété de la marque a trouvé un nouveau support avec internet. La règle «du premier arrivé premier servi» applicable au dépôt du nom de domaine a favorisé la pratique du «cybersquatting» ou «cybersquattage», qui consiste à déposer des noms de marques notoires comme noms de domaine, empêchant le titulaire de la marque d'en faire usage. Si le «cybersquattage» de la marque notoire est répréhensible sur le fondement des articles L. 713-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, il l'est également au titre de la concurrence déloyale : l'utilisation de la marque notoire peut constituer un comportement parasitaire, à condition toutefois que le nom de domaine comporte une partie distinctive ou qu'il ne soit pas intégralement descriptif.

EXEMPLES**En-dehors du cybersquattage, comment peut-on usurper la notoriété d'une marque sur internet ?**

- en exploitant un site internet à une adresse quasi-identique correspondant à s'y méprendre au nom commercial et à la dénomination sociale d'un concurrent intervenant dans le même domaine d'activité et par rapport à la même clientèle potentielle ;
- en réservant des liens de référencement utilisant une marque notoire comme mots-clés, même si le titulaire de la marque et le propriétaire du site ne sont pas concurrents ;
- en adoptant un référencement qui reprend la dénomination sociale, le nom de domaine ou le nom commercial d'un concurrent, dès lors qu'il s'agit d'un signe suffisamment distinctif ;
- pour un revendeur, en utilisant la marque de son fournisseur à titre de mot-clé sur les moteurs de recherche et dans l'adresse url de son propre site ;
- en reprenant, pour le référencement de son site web, le code source et les mots-clés d'un concurrent ;
- en introduisant les mots-clés «Mum Box» dans la balise titre de sa page internet, qui n'entraînent pas un référencement commercial identifiable par le consommateur mais un référencement naturel faisant apparaître son site «www.mylittlebox.fr» comme résultat de la recherche effectuée à partir de ces mots-clés, alors qu'ils correspondent à la marque d'une société concurrente, un tel référencement caractérisant un acte de détournement de clientèle qui lui permet de profiter sans frais de la notoriété de la société plaignante.

En revanche :

- en l'absence de circonstances caractérisant un risque de confusion entre des sites internet, le démarchage de la clientèle d'autrui au moyen de l'achat d'un mot-clé, constitué de la marque ou de la dénomination d'un concurrent, est licite s'il ne s'accompagne pas d'un acte déloyal.

Par ailleurs, les violations répétées, par un hébergeur, de son obligation de prompt retrait des contenus qu'il sait illicites, constituent autant d'actes de concurrence parasitaire. En revanche, la société qui fournit à ses partenaires un module, à charge pour ses affiliés de créer un site intégrant ce module, ne saurait être tenue pour responsable des actes de parasitisme commis par l'un d'entre eux, à défaut d'avoir joué un rôle actif dans le choix du nom de domaine ou de la sélection des noms de domaine mis en ligne, la rémunération qu'elle a perçue ne constituant que la contrepartie de la création des conditions techniques ayant permis l'usage des signes litigieux.

3. Usurpation d'une appellation d'origine ou d'un label**A RETENIR**

La notoriété n'est pas seulement attachée à la marque. L'arrêt le plus célèbre en matière d'usurpation de notoriété a, en effet, été rendu à propos d'une appellation d'origine contrôlée : Champagne.

Un créateur avait choisi cette dénomination pour un nouveau parfum de luxe ; il avait en outre opté pour un conditionnement rappelant le bouchon caractéristique des bouteilles de vin de Champagne. Il lui a été reproché d'avoir effectué ces choix pour créer un effet attractif emprunté au prestige de l'appellation et d'avoir ainsi détourné la notoriété de celle-ci. Condamné sur le fondement du parasitisme pour usurpation de la notoriété dont seuls les producteurs et négociants en Champagne peuvent se prévaloir pour commercialiser le vin ayant droit à cette appellation, le créateur a du «débaptiser» son parfum sous le nom d'«Ivresse» (Paris, 15 décembre 1993, Yves Saint Laurent et Elf Sanofi / Institut National des Appellations d'Origine, Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Champagne Lanson Père et fils, Brugnion, Champagne Moët et Chandon, LawLex021609). Dans une autre affaire portant sur l'appellation Champagne, la Haute juridiction a estimé qu'une société cherche nécessairement à bénéficier de la valeur économique et de l'attractivité de l'appellation Champagne lorsqu'elle utilise ce terme pour les produits qu'elle commercialise pour leur dénomination, leur emballage ou publicité alors que ce vin n'entre que pour 2 % dans leur composition et est imperceptible d'un point de vue gustatif pour le consommateur. En revanche, le parasitisme est exclu lorsque, malgré la reprise d'éléments caractéristiques de l'appellation Champagne, il n'existe aucun risque, même résultant d'une simple association, d'affaiblissement de la distinctivité de l'appellation. De même, le recours à un vocabulaire lié à l'œnologie lors du lancement de produits de nature très différente des vins, à savoir des cosmétiques, alors que le consommateur n'est pas incité à penser que du vin entre dans la composition de ces produits, ne saurait entraîner une dépréciation de la valeur économique attachée à ces termes dans le domaine du vin ; en outre, l'utilisation des signes «premier cru» et

«premier grand cru» pour de tels produits revendiquant une qualité élevée n'est pas de nature à diminuer l'attractivité de ces signes pour les vins ou à ternir l'image des vins les utilisant.

EXEMPLES**Quand l'utilisation d'une appellation d'origine ou d'un label constitue-t-elle un acte de parasitisme ?**

- en cas d'utilisation de l'appellation «Pashmina» pour des étoles en «viscose» proposées à un prix nettement inférieur à celui des produits fabriqués dans cette laine très recherchée ;
- en cas de vente d'un gruyère générique, avec l'indication de sa fabrication en Franche-Comté ;
- lorsqu'une société commercialisant des produits de charcuterie, ne respecte pas les critères définis par le Code rural et de la pêche maritime pour l'obtention d'un label et utilise frauduleusement cette nomenclature protégée.

TITRE II**Négociation commerciale****INTRODUCTION****I. Histoire et structure du droit de la négociation commerciale**

- A. Réformes antérieures à la loi EGalim et à l'ordonnance du 24 avril 2019
- B. Loi EGalim et ordonnance du 24 avril 2019

II. Commission d'examen des pratiques commerciales**III. Pouvoirs spéciaux de l'Administration**

- A. Transaction
- B. Composition pénale et ordonnance pénale
- C. Pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie
- D. Pouvoir d'injonction et amendes administratives

INTRODUCTION

A RETENIR

Le titre IV du Livre IV du Code de commerce intitulé «De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées» réglemente les relations entre professionnels intervenant à des stades différents du processus économique. D'une part, ces dispositions tendent à assurer la transparence tarifaire entre opérateurs économiques. À ce titre, elles introduisent un certain formalisme dans la relation commerciale. Ainsi, il faut émettre une facture qui doit répondre à un certain nombre d'exigences, sous peine d'amende, communiquer les conditions générales de vente sur demande si elles ont été établies et rédiger un contrat qui concrétise l'accord de commercialisation entre fournisseurs et distributeurs. D'autre part, le titre IV sanctionne un ensemble de comportements susceptibles d'affecter les relations commerciales. Il s'agit d'éviter que des professionnels prennent un avantage dans la concurrence en usant de pratiques restrictives - revente à perte, prix imposés - à l'égard de leur partenaire commercial.

Enfin, il prohibe des pratiques ou clauses abusives afin de lutter notamment contre les abus de puissance d'achat, tels que le déréférencement ou le non-référencement abusifs, et de protéger les fournisseurs en position de faiblesse. Que la sanction encourue soit de nature civile, administrative ou pénale, ces règles établissent une prohibition *per se*, c'est-à-dire indépendante de l'incidence sur le marché du comportement en cause. Elles échappent à la compétence de l'Autorité de la concurrence, sauf si elles sont simultanément l'expression d'une pratique anticoncurrentielle.

Le formalisme de cette réglementation et le caractère automatique des prohibitions qu'elle édicte ont été critiqués au point que sa suppression a été proposée. Les enseignements les plus récents de la théorie économique montrent en effet que la revente à perte ou les prix imposés ne sont pas forcément nocifs, et qu'une prohibition absolue n'est pas justifiée. La revente à perte ne semble pas pouvoir être durablement mise en œuvre lorsqu'elle n'est pas le fait d'une entreprise disposant d'un important pouvoir de marché, dont le contrôle fait l'objet du droit des pratiques anticoncurrentielles. Un prix imposé peut s'avérer nécessaire à la distribution de nouveaux produits dont il faut assurer le lancement à travers un réseau de distribution stable ; il est alors une garantie de la qualité des services rendus par les distributeurs membres du réseau. Un tel prix n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence dès lors qu'existe sur le marché une vive concurrence intermarques et que la pénétration n'est pas entravée par des barrières à l'entrée. Toute condamnation automatique devrait donc être exclue. Inversement, la transparence du marché que tend à réaliser la réglementation tarifaire peut, sur certains marchés concentrés, se révéler anticoncurrentielle car elle supprime l'incertitude et le secret qui constituent les conditions d'une concurrence active. De surcroît, la transparence tarifaire entraîne de nombreux effets pervers. La déconfidentialité des conditions générales des entreprises françaises, imposée par l'article L. 441-1 du Code de commerce, parallèlement au maintien de l'opacité de celles de leurs concurrents étrangers, ne représente pas un facteur de compétitivité internationale mais place les entreprises françaises dans une situation d'infériorité concurrentielle tout en les privant de la souplesse de négociation dont bénéficient les entreprises des pays tiers.

Au cours de ces trente dernières années, le droit français de la négociation commerciale a connu de profondes évolutions, en passant par des phases de renforcement successives depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986 jusqu'aux mesures de déconstruction partielle auxquelles l'on assiste aujourd'hui. Ainsi, après s'être battues pour conserver le droit d'adopter des dispositions relatives aux pratiques restrictives lors des négociations ayant conduit à l'adoption du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002, les autorités françaises ont adopté une attitude plus réservée vis-à-vis du droit des pratiques restrictives pour en limiter les effets pervers : le seuil de revente à perte a été revu à la baisse par la loi Chatel du 3 janvier 2008, avant d'être relevé par la loi EGalim du 30 octobre 2018, l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires abrogée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, et la liste des abus de dépendance plus de la moitié des treize cas a été supprimée.

PLAN

Nous présenterons successivement :

- l'histoire et la structure du droit de la négociation commerciale ;
- la Commission d'examen des pratiques commerciales, organe spécifique qui participe à la mise en œuvre de ces règles ;
- les pouvoirs spéciaux dont dispose l'Administration dans ce domaine.

I. Histoire et structure du droit de la négociation commerciale

A. Réformes antérieures à la loi EGalim et à l'ordonnance du 24 avril 2019

L'ensemble de ces dispositions tente d'appréhender les rapports entre le commerce et l'industrie, qui ont beaucoup évolué. À l'origine, une industrie toute puissante faisait face à un commerce atomisé. Les règles traditionnelles du droit de la concurrence ont d'abord été conçues pour lutter contre les pratiques restrictives des offreurs, notamment en vue de réduire les discriminations entre les différentes formes de distribution (grands distributeurs et commerce traditionnel). Ensuite, ce rapport de forces s'est inversé au profit du commerce, qui a connu de profondes mutations : prédominance de la grande distribution de masse, émergence de systèmes de distribution spécialisée et intégrée, disparition des petits commerces de centre ville. Les industriels se sont trouvés en position d'infériorité économique face à certains de leurs clients. Pour tenter de remédier à ce phénomène, l'ordonnance de 1986 a, pour la première fois, incriminé l'abus de dépendance économique. Mais ce texte n'a pas répondu de manière satisfaisante à l'objectif de protection des fabricants contre certaines pratiques abusives des grandes surfaces. Les premières modifications de l'ordonnance de 1986 ont été limitées ; elles ont concerné les délais de paiement et les conditions générales de vente. Des réformes plus ambitieuses ont été tentées par la suite, sans néanmoins atteindre les résultats escomptés.

1. Lois Galland et NRE

Il a fallu attendre la loi 96-588 du 1er juillet 1996, dite loi Galland, pour voir le législateur tenir compte de la nouvelle donne entre producteurs et distributeurs. Le texte portait essentiellement sur les dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce. **Son objectif déclaré était d'assurer la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. À cette fin, il a institué une incrimination nouvelle, l'abus de dépendance, et abrogé la prohibition du refus de vente entre professionnels.** Les producteurs retrouvaient ainsi la liberté de vente, contrepartie de la liberté d'achat des distributeurs. Ces dispositions n'ayant pas permis de remédier efficacement aux pratiques abusives de la grande distribution, le législateur est intervenu derechef dans le but déclaré de «moraliser les pratiques commerciales».

La loi du 15 mai 2001, dite loi NRE a créé de nouveaux cas d'abus de dépendance. Pour garantir l'efficacité de la prohibition, elle a renforcé les pouvoirs du ministre de l'Économie qui pouvait désormais agir en nullité des contrats en cause. Parallèlement, une Commission d'examen des pratiques commerciales a été créée, dont la mission est toutefois principalement consultative.

2. Loi Dutreil

Très concentrée, la grande distribution française réalise depuis longtemps des transferts de marge à son profit en ponctionnant ses fournisseurs. Ces transferts de ressources importantes lui ont permis de se développer et de financer son expansion internationale mais ont en même temps affaibli les industriels.

Le titre VI de la loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, qui se fixe pour objectif la «modernisation des relations commerciales», tentait une nouvelle fois de réformer les relations entre distributeurs et fournisseurs.

La réforme était libérale d'un double point de vue : au stade de la vente des producteurs aux distributeurs, elle rétablissait la liberté de négociation des conditions de vente ; à celui de la revente, elle restaurait la concurrence par les prix en facilitant la rétrocession d'une partie des marges arrières aux consommateurs grâce à leur intégration dans le seuil de revente à perte.

3. Loi Chatel

Adoptée le 3 janvier 2008, la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs qui réforme le droit des relations commerciales traduit un recul de l'interventionnisme étatique en accordant aux revendeurs une plus grande marge de manœuvre dans la fixation de leurs prix. **La disposition phare du texte, «destinée à restaurer le pouvoir d'achat des consommateurs», concernait le seuil de revente à perte, dont l'incrimination était maintenue, mais dont les modalités de calcul étaient considérablement assouplies.**

Dans le même temps, la loi encadrait strictement la définition des services que les distributeurs peuvent rendre et accroît le formalisme. En effet, la loi substituait au contrat de coopération commerciale unique, déjà très contraignant, un contrat écrit unique d'une portée extrêmement large, qui portait non seulement sur les conditions de l'opération de

vente des produits et des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale, mais aussi sur les services qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente et qui sont propres à favoriser la revente des produits et sur les services distincts.

4. Loi de modernisation de l'économie

Un nouveau pas est franchi avec la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008. **Le texte instaure la libre négociabilité des conditions de vente et des tarifs.** Le principe selon lequel les conditions générales constituaient le socle de la négociation commerciale demeurait cependant.

5. Loi Hamon

Le droit de la négociation commerciale a été modifié par la loi relative à la consommation du 17 mars 2014, dite loi Hamon. La tendance à la libéralisation des relations entre distributeurs et fournisseurs qui caractérisait les précédentes réformes s'estompe avec ce texte d'inspiration dirigiste. Sans bouleverser complètement l'équilibre institué par la loi de modernisation de l'économie, la loi Hamon apporte de nombreuses précisions et modifications. Surtout, elle durcit très nettement les sanctions en cas de manquement aux prescriptions du Code de commerce en matière de transparence tarifaire, de pratiques restrictives et d'autres pratiques prohibées.

Pour éviter que les conditions générales d'achat des distributeurs ne servent de point de départ à la négociation, les conditions générales de vente deviennent le socle «unique» de la négociation commerciale. Afin d'assurer le respect de cette obligation, l'article L. 441-3 du Code de commerce dispose que la convention écrite «indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation».

La convention écrite doit contenir, sous peine d'amende administrative, un certain nombre d'informations concourant à la détermination du prix convenu entre le fournisseur et le distributeur. Le calendrier des négociations de la convention est formalisé, même si aucune sanction spécifique n'est attachée au défaut de communication : les conditions générales de vente doivent être communiquées au plus tard trois mois avant le 1^{er} mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, deux mois avant le départ de la période de commercialisation. La loi prévoit que le prix convenu s'applique au plus tard le 1^{er} mars. Pour certains produits dont les prix de production sont significativement affectés par les fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, la loi impose l'insertion dans la convention écrite d'une clause relative aux modalités de renégociation du prix, pour prendre en compte ces fluctuations, «à la hausse comme à la baisse».

L'extension des pouvoirs d'enquête simple de la DGCCRF et le renforcement de son pouvoir de sanction constituent les principales innovations de la loi. Celle-ci se voit dotée du pouvoir de prononcer des injonctions et des amendes administratives, de 3 000 à 75 000 euro pour une personne physique et de 15 000 à 375 000 euro, pour une personne morale, ces plafonds pouvant pour certaines infractions être doublés en cas de récidive. Ces nouveaux pouvoirs sont exercés sous le contrôle du juge administratif.

6. Loi Macron

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, du 6 août 2015 a, par petites touches, légèrement réformé le droit de la négociation commerciale. Ainsi, **l'article L. 441-6 [devenu L. 441-10, I] du Code de commerce plafonne les délais de paiement à 60 jours**, transforme le délai de 45 jours fin de mois en simple dérogation à ce principe et pérennise le régime dérogatoire en faveur des produits présentant un caractère saisonnier particulièrement marqué prévu par la loi du 22 mars 2012. La loi Macron allège également à la marge le formalisme de la convention unique dans les rapports entre fabricants et grossistes, dont elle livre une définition légale et étend le régime de la clause de renégociation du prix aux produits sous marque de distributeur. Elle ajoute par ailleurs un nouveau mode de détermination de l'amende civile sanctionnant les pratiques restrictives : celle-ci peut s'élever, à proportion des avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise contrevenante. Enfin, les articles L. 311-5-1 à L. 311-5-4 du Code de tourisme prohibent formellement les clauses d'alignement tarifaire dans les relations entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne.

7. Loi Sapin II

La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II, du 9 décembre 2016 apporte de nouvelles retouches au droit de la négociation commerciale, dont les plus significatives affectent le droit de la transparence tarifaire. **Ainsi, pour alléger la charge pesant sur les entreprises, la convention écrite de droit commun, comme la convention grossiste, peut désormais être pluriannuelle.** Dans cette hypothèse, les parties doivent fixer les modalités de révision du prix, si elles le souhaitent par référence à des indices publics, à condition que ceux-ci présentent un rapport direct avec les produits concernés par la convention. La loi Sapin II encadre encore davantage la négociation dans le secteur agricole, en formalisant les mécanismes de fixation du prix et en plafonnant le montant des instruments promotionnels. En matière de délais de paiement, elle introduit une nouvelle dérogation aux délais de paiement conventionnels au profit des entreprises qui exportent en dehors de l'Union, afin de ne pas les désavantager face à leurs concurrents étrangers : dans cette hypothèse, le délai de paiement peut atteindre quatre-vingt-dix jours à compter de la date d'émission de la facture. Mais dans le même temps, la loi renforce la sanction du non-respect des délais de paiement, en augmentant très lourdement l'amende encourue par les personnes morales, en supprimant le plafond légal en cas d'infractions multiples et en prévoyant une publication systématique des condamnations.

B. Loi EGalim et ordonnance du 24 avril 2019

1. Loi EGalim

La loi 2018-938 du 30 octobre 2018, dite EGalim s'inscrit dans le prolongement des États généraux de l'alimentation du dernier semestre 2017. Elle comporte cinq grands volets :

- un encadrement renforcé de la contractualisation en matière agricole ;
- un relèvement du seuil de revente à perte et un encadrement des promotions pour

les produits alimentaires ;

- un renforcement du contrôle des accords de centrale de référencement ou d'achat par l'Autorité de la concurrence ;
- une accentuation de la lutte contre les prix abusivement bas ;
- et une réforme d'ensemble du titre IV du Livre IV du Code de commerce.

L'encadrement de la contractualisation en matière agricole, le relèvement du seuil de revente à perte et la réglementation des opérations promotionnelles ont pour objet de rééquilibrer les rapports de force dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire au profit des agriculteurs.

a. Contractualisation en matière agricole

La loi EGalim généralise la contractualisation obligatoire dans le secteur agricole. Le nouvel article L. 631-24, I du Code rural et de la pêche maritime dispose que l'encadrement de la contractualisation s'applique à «tout contrat de vente de produits agricoles livrés sur le territoire français» conclu sous forme écrite, sous réserve de quelques exceptions. La loi entend inverser le processus contractuel : le contrat de vente écrit n'a plus pour origine une proposition contractuelle de l'acheteur mais doit être précédé d'une proposition du producteur agricole (art. L. 631-24, II). Le contenu du contrat est strictement réglementé, une liste de clauses devant y figurer impérativement, telles que le prix et les modalités de détermination du prix qui doivent tenir compte d'un certain nombre d'indicateurs de coûts, de prix et de critères (art. L. 631-24, III).

b. Relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des opérations promotionnelles

La loi EGalim a autorisé le Gouvernement à prendre, par ordonnance avant le 1^{er} mars 2019, deux séries de mesures. **Le seuil de revente à perte (SRP) est relevé de 10 % pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Les opérations promotionnelles financées par le distributeur ou le fournisseur portant sur la vente aux consommateurs de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de campagne sont encadrées en valeur et en volume, et des sanctions administratives sont adoptées pour assurer l'effectivité de ces dispositions.** Ces mesures sont adoptées pour une durée limitée à deux ans afin d'en tester les résultats et l'efficacité. Il est par ailleurs interdit, dès l'entrée en vigueur de la loi, d'utiliser le terme «gratuit» comme outil marketing et promotionnel dans le cadre de la vente d'un produit alimentaire.

L'Autorité de la concurrence, suivie par la doctrine, a émis un avis très réservé sur le relèvement du SRP et l'encadrement en volume des promotions, et un avis négatif sur leur encadrement en valeur. L'Autorité craint que ces mesures ne produisent un effet inflationniste. Elle considère qu'une meilleure mise en œuvre du dispositif sanctionnant les pratiques commerciales restrictives et l'application des dispositions relatives à la contractualisation auraient été préférables. Certains économistes se sont également montrés critiques quant aux effets de ces mesures : ils doutent que le relèvement des marges des distributeurs produise un effet de ruissellement vers l'amont en faveur des agriculteurs et estiment qu'au contraire il risque de conduire à un détournement des clients des produits à marque de fabricant (MDF) vers les produits à marque de distribu-

teur (MDD), ce qui entraînera une pression à la baisse des prix des produits MDD dont 60 % sont d'origine française. Les premières études statistiques sur les conséquences de la loi EGalim montrent un effet inflationniste général limité, pouvant être élevé pour certains produits (4,8 % sur le Top 100, contre 0,1 % en général) avec une péréquation entre marques nationales (prix en hausse de 0,3 %) et MDD (- 0,3 %).

c. Contrôle des centrales de référencement et d'achat des distributeurs

La loi EGalim donne la possibilité à l'Autorité de la concurrence de prendre de sa propre initiative des mesures conservatoires pour tout accord conclu par une centrale de référencement ou une centrale d'achat si ce dernier est de nature à entraîner une atteinte sensible à la concurrence présentant un caractère suffisant de gravité (art. L. 462-10 C. com.).

d. Lutte contre les prix abusivement bas

La loi EGalim a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour modifier les dispositions de l'article L. 442-7 et élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires. Intervenue le 24 avril 2019, l'ordonnance 2019-358 prévoit à l'article 1er la suppression des conditions relatives à l'existence d'une crise conjoncturelle et de forte hausse des matières premières et élargit le champ d'application à l'ensemble des produits agricoles et aux denrées alimentaires, avec, en vertu de l'article 2, une entrée en vigueur différée de quatre mois pour les contrats en cours d'exécution à la date de publication de l'ordonnance. L'Autorité de la concurrence s'est montrée sceptique quant à l'effectivité de la mesure et a rappelé l'importance des remèdes structurels en réponse aux problèmes de l'agriculture française comme le regroupement de l'offre des produits agricoles et le développement de la qualité de la production.

2. Ordonnance du 24 avril 2019 relative à la refonte du titre IV du Livre IV du Code de commerce.

La réforme la plus importante pour l'économie française en général résultant de la loi EGalim réside dans les dispositions de l'article 17 qui autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi pour modifier le droit de la négociation commerciale. A la suite de cette autorisation, la DGCCRF a diffusé et soumis à consultation deux projets d'ordonnance modifiant les règles de formalisation de la relation commerciale et le droit des pratiques restrictives et abusives du titre IV du Livre IV du Code de commerce, conformément à l'article 17 de la loi EGalim. Le 24 avril 2019, le Gouvernement a adopté l'ordonnance 2019-359 portant refonte du titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Ce texte a pour objectif de clarifier les dispositions applicables aux négociations commerciales, en supprimant notamment celles devenues inutiles, et de réorganiser le titre IV dans un plan chronologique et thématique de la relation commerciale.

L'article L. 441-1 est remanié, mais les conditions de vente ne font toujours pas partie du contenu des CGV. Il n'y aura désormais non plus trois mais deux régimes de convention unique : une convention unique de droit commun relativement souple, également applicable aux grossistes, et une convention particulière pour les produits de grande

consommation. Le texte n'apporte aucune modification significative des règles relatives à la facturation et aux délais de paiement.

Au lieu de la vingtaine de comportements figurant auparavant au sein du Code de commerce, l'Administration a recentré la réglementation autour de deux pratiques chapeaux, que sont «l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné» (art. L. 442-1, I, 1^o) et la soumission à un déséquilibre significatif (art. L. 442-1, I, 2^o), et deux pratiques plus spécifiques, la rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442-1, II) et la tierce complicité de violation d'obligations contractuelles (art. L. 442-2).

PLAN

Tant dans le cadre de la négociation commerciale que de celui des pratiques restrictives et abusives, la réforme réalise à la fois un assouplissement et à une simplification positive, mais à parfaire, de notre droit de la négociation commerciale :

- un assouplissement du droit de la transparence tarifaire ;
- une simplification du droit des pratiques restrictives.

a. Un assouplissement du droit de la transparence tarifaire

L'ordonnance assouplit l'obligation de communication des conditions générales de vente (CGV). Celle-ci est désormais limitée au seul cas où les CGV ont été établies. Ce changement majeur était souhaitable, l'activité de nombreuses entreprises étant incompatible avec le pré-établissement des conditions générales. Ces entreprises n'auront plus à démontrer en justice, lors d'une demande de communication, que leur activité ne se prête pas à l'établissement de CGV. Le texte allège également le contenu obligatoire des CGV en n'exigeant plus que les conditions de vente en fassent partie.

Le régime de la convention écrite de droit commun ainsi que le calendrier de la négociation sont également plus souples que le cadre actuel, en opposition au régime plus sévère de la convention écrite applicable aux fournisseurs de produits de grande consommation (PGC).

L'ordonnance met fidèlement en œuvre l'article 17, I, 2^o de la loi EGalim en matière de clarification des règles de facturation en harmonisant les dispositions du Code de commerce avec celles du Code général des impôts. Elle substitue des sanctions administratives aux sanctions pénales.

Enfin, les dispositions relatives aux délais de paiement sont organisées de façon plus logique et compréhensible qu'auparavant.

L'ordonnance conserve l'obligation de communiquer dans les CGV la méthode de calcul du prix des prestations de services ou un devis détaillé. Ce maintien semble paradoxal par rapport à la liberté de ne pas communiquer de CGV si l'on n'en établit pas, précisément parce que le prix du service ne peut pas être déterminé a priori avec exactitude.

Le formalisme des conventions écrites demeure excessif même s'il a été assoupli pour la convention de droit commun.

Si le droit de la facturation a été aligné quant à la date d'émission sur le droit fiscal, l'ajout

de deux mentions supplémentaires assorties d'amendes potentiellement élevées ne paraît pas opportun alors que notre droit de la facturation est déjà très formaliste.

Enfin, la substitution de sanctions administratives aux sanctions judiciaires civiles, commerciales ou pénales, ne s'imposait pas nécessairement. Le fait que le même organe instruit, poursuit et sanctionne est difficile à justifier : il aurait été plus approprié que les litiges relatifs au non-respect par les entreprises des règles applicables à la transparence soit soumis par l'Administration aux tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

b. Une simplification à parfaire du droit des pratiques restrictives

La simplification radicale du dispositif de l'ancien article L. 442-6 qui énumérait treize pratiques et cinq clauses interdites, qui se traduit par un recentrage autour de deux pratiques chapeaux, deux pratiques spécifiques et deux clauses interdites, est bienvenue. De même, l'encadrement de la rupture des relations commerciales établies, dont les effets pervers ont été de maintes fois dénoncés, et le maintien du régime de la revente hors réseau, apparaissent opportuns. Du point de vue procédural, l'élargissement des options des victimes constitue aussi un point positif.

L'ordonnance aurait dû prévoir des dispositions transitoires, notamment pour l'application dans le temps du préavis de 18 mois qui met l'auteur de la rupture à l'abri d'une responsabilité pour rupture brutale de relations commerciales établies.

De nombreuses questions de fond restent également non résolues. L'encadrement du droit de la rupture des relations commerciales établies s'avère trop minimaliste : il aurait été plus efficient de prévoir un délai plafond de 12 ou 18 mois plutôt qu'un délai de 18 mois qui permet à l'auteur de la rupture de s'exonérer de sa responsabilité pour durée insuffisante de préavis, ce qui, en cas de préavis inférieur à 18 mois, risque de générer des demandes de préavis supérieur et d'engendrer une importante insécurité juridique. De même, tous les effets pervers du droit de la rupture de relations commerciales établies ne sont pas traités. Deux défauts majeurs subsistent. Une entreprise peut toujours bénéficier d'un long préavis et donc d'une indemnité compensatrice de préavis importante, même si elle s'est immédiatement reconvertie, ce qui est à la fois inéquitable et inefficace. Il faudrait impérativement que le délai de préavis tienne compte de la reconversion de la partie résiliée et qu'en l'absence de préjudice effectif du fait de la reconversion, aucune indemnisation d'un préjudice inexistant ne puisse être ordonnée.

En outre, le texte demeure applicable à des contrats, de distribution notamment, exécutés en-dehors du territoire français. En quoi le droit français des pratiques restrictives a-t-il vocation à s'appliquer de façon extraterritoriale et à protéger les cocontractants étrangers dans leurs relations avec les entreprises françaises ? Il aurait fallu prendre exemple sur le droit belge de la concession exclusive qui certes protège les distributeurs dont le contrat s'exécute sur le territoire belge mais n'est pas applicable lorsque le contrat de distribution s'exécute en-dehors de Belgique.

D'autres faiblesses de fond du droit des pratiques abusives demeurent, telles que la fragilité intrinsèque du fondement de l'action du ministre de l'Économie, que la jurispru-

dence fait reposer sur la protection de la structure du marché, ce qui peut la rendre incompatible avec le droit européen de la concurrence, le maintien d'une incrimination per se des prix imposés (art. L. 442-6) ou le contrôle des prix autorisé par la jurisprudence sur le déséquilibre significatif qui apparaît incompatible avec les règles de l'économie de marché. En matière agricole, la cascade d'indicateurs constitue certainement un formalisme excessif largement inapplicable en pratique et dont les effets pervers ne sont pas encore connus.

Notre droit de la négociation commerciale comme notre droit des affaires semble indéniablement avoir besoin d'un choc de simplification et d'efficacité. La doctrine a clairement mis en lumière la perte de compétitivité, d'attractivité et d'efficacité du droit français des affaires, aggravée par la récente réforme du droit des contrats. Le rapport au Président de la République dresse un diagnostic exact des contraintes excessives des conventions uniques et du droit de la rupture de relations commerciales établies mais n'en tire pas toutes les conséquences. L'assouplissement et la simplification du titre IV du Livre IV demeurent trop timides. Nos entreprises et notre pays ont besoin d'une réforme qui aille beaucoup plus loin et soit inspirée par une véritable doctrine.

II. Commission d'examen des pratiques commerciales

Créée par la loi 2001-420 du 15 mai 2001 (art. L. 440-1 C. com.), la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a pour mission la surveillance des pratiques commerciales, facturations et contrats entre producteurs, fournisseurs et revendeurs. Instance consultative, elle peut également donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires et les pratiques commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs. Elle joue en outre un rôle d'observatoire des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs.

La CEPC est proche de la Commission des clauses abusives. Ses avis ou recommandations n'ont pas force obligatoire. En dépit d'un début d'activité difficile et de l'absence de caractère normatif attaché à ses avis, études et recommandations, les travaux de la CEPC exercent une certaine influence sur les relations commerciales. Les producteurs et les distributeurs s'y réfèrent pour étayer leurs points de vue ou contester les positions de leurs partenaires. Ses travaux alimentent également le débat doctrinal, administratif et législatif. Les limites du travail de la Commission résident dans le risque commercial susceptible de peser sur une partie en cas de saisine, ainsi que dans l'absence de publication d'une partie des avis rendus. L'expérience montre que les saisines horizontales (relations entre fournisseurs) tendent à l'emporter sur les saisines verticales (relations fournisseurs/distributeurs), qui avaient initialement justifié la création de la CEPC, et que les demandes d'avis émanent davantage des fournisseurs que de leurs organisations professionnelles.

1. Composition

Placée auprès du ministre de l'Économie (art. D. 440-1 du Code de commerce), la CEPC est composée (art. D-440-2 du Code de commerce) d'un député et d'un sénateur ainsi que de 24 membres titulaires (magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire, représentants des secteurs de la production, représentants les grossistes et distributeurs, person-

nalités qualifiées.

S'agissant des représentants du monde de l'offre et de la demande, la Commission comprend un nombre égal de fournisseurs et revendeurs.

Les membres issus des juridictions, des secteurs de la production et de la distribution et les personnalités qualifiées sont nommés pour trois ans par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Économie et ministre chargé du Commerce.

Les chambres d'examen de la Commission sont présidées par un magistrat et comprennent un nombre égal de représentants des producteurs et des distributeurs (art. D. 440-5). Le président de la Commission peut désigner un ou plusieurs rapporteurs en raison de leur compétence, le secrétariat de la Commission étant assuré par la DGCCRF (art. D. 440-6).

2. Saisine

La Commission peut être saisie (art. L. 440-1, IV) par :

- le ministre chargé de l'Économie ;
 - le ministre du secteur économique concerné ;
 - le président de l'Autorité de la concurrence ;
 - toute personne morale (notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs, les chambres consulaires ou d'agriculture) ;
 - tout producteur, fournisseur, revendeur victime, c'est-à-dire «s'estimant lésé par une pratique commerciale» ;
 - les juridictions pour connaître son avis sur des pratiques prévues au titre IV du Livre IV du Code de commerce, relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies.
- La décision de consulter la Commission ne peut pas faire l'objet d'un recours. La Commission rend son avis dans un délai maximal de quatre mois à compter de la saisine.

Durant ce délai ou jusqu'à réception de l'avis, il est sursis à toute décision au fond jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Des mesures urgentes ou conservatoires peuvent être prises le cas échéant. L'avis ne lie pas la juridiction et est publié après la décision rendue par la juridiction saisie pour avis.

Elle a également la faculté de se saisir d'office. La Commission assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres (art. L. 440-1, I). Le président et le vice-président veillent à assurer l'anonymat de tous documents, rapports d'enquête et informations recueillies avant leur communication à la Commission (art. D. 440-11). A cette fin, le secrétariat de la Commission supprime toute mention nominative ou, le cas échéant, retire les pièces rendant identifiable une personne ou une entreprise (art. D. 440-11 *in fine*).

3. Procédure devant la Commission

La Commission entend les personnes et fonctionnaires, dont l'audition est utile à l'accomplissement de sa mission. Le président de la Commission peut en outre diligenter une enquête, effectuée par les agents habilités par les articles L. 450-1 du Code de commerce et L. 511-3 et suivants du Code de la consommation. Le compte-rendu de l'enquête remis au président préserve l'anonymat des personnes concernées.

4. Avis ou recommandation

La Commission rend un avis ou adopte une recommandation. L'avis porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont la Commission est saisie. En l'absence de précision, on peut considérer que l'appréciation s'effectue au regard de l'ensemble des règles, et non du seul droit de la concurrence. La recommandation peut concerner, au-delà des questions dont la Commission est saisie, toutes celles relevant de sa compétence, notamment relatives au développement des bonnes pratiques. Elle est communiquée au ministre de l'Économie et publiée à l'initiative de la Commission.

Les avis et recommandations de la Commission et des chambres appelées à se prononcer sont adoptés à la majorité de leurs membres présents. En cas de partage des voix, le président a voix prépondérante (art. D. 440-12 du Code de commerce). Conformément aux dispositions de l'article D. 440-8 du Code de commerce, les avis adoptés par la CEPC ne sont publiés que sur décision de la Commission. En 2016, elle tenu 6 séances plénières et 7 séances en groupe de travail et adopté 19 avis qui ont tous été rendus publics. En 2017, la Commission a tenu 6 séances plénières et réunions en groupe de travail et adopté 13 avis, tous publiés. L'on constate ces dernières années une publication systématique des avis ce qui n'était pas le cas auparavant (en 2015, la Commission avait émis 28 avis dont seulement 17 avaient été rendus publics).

5. Rapport d'activité

Chaque année la Commission établit un rapport d'activité rendu public. Il existe un décalage entre l'année d'activité et la publication du rapport. Ainsi, le rapport pour l'année 2017 a été adopté le 20 septembre 2018. Depuis la loi Dutreil du 2 août 2005, ce rapport doit comprendre une analyse détaillée du nombre et de la nature des infractions aux dispositions du titre IV ayant fait l'objet de sanctions administratives ou pénales ainsi que les décisions rendues en matière civile sur les opérations engageant la responsabilité de leurs auteurs.

III. Pouvoirs spéciaux de l'Administration

PLAN

Pour mettre en œuvre le droit de la négociation commerciale, le législateur a doté l'Administration de pouvoirs spéciaux :

- la transaction ;
- la composition pénale et l'ordonnance pénale ;
- les pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie ;
- le pouvoir d'injonction et de sanction administrative.

A. Transaction

Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut transiger, après un accord du procureur de la République. Aux termes de l'article L. 490-5 du Code de commerce, la transaction concerne les délits prévus au titre IV du Livre IV du Code de commerce pour lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue (par exemple les infractions aux règles de la revente à perte ou des prix imposés). L'autorisation du procureur de la République a pour effet d'interrompre la prescription de l'action publique. Celle-ci est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction exécute dans le délai imparti les obligations fixées dans la transaction. Les modalités de la procédure sont exposées aux articles R. 490-9 et R. 490-10 du Code de commerce.

Pour le système juridique, la transaction n'est pas sans risque : favorisant l'opacité et l'arbitraire des décisions, elle peut conduire à la rupture de l'égalité devant la loi.

B. Composition pénale et ordonnance pénale

Aux termes de l'article L. 490-6 du Code de commerce, la composition pénale de l'article 41-2 du Code de procédure pénale est autorisée pour les personnes morales qui reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits pour lesquels aucune peine d'emprisonnement n'est encourue. Elle s'apparente à une transaction, et est organisée par le Parquet. La procédure de composition (proposition du Parquet, approbation de la personne mise en cause dans les dix jours, réparation du préjudice de la victime dans un délai de six mois, requête en homologation au juge, audience, ordonnance, exécution, voire retour à la procédure classique en cas d'inexécution) s'avère tout aussi complexe que la procédure correctionnelle classique. Aussi a-t-il été prévu de recourir à la procédure simplifiée d'ordonnance pénale, procédure expéditive, unilatérale et non contradictoire conduisant au prononcé d'une ordonnance susceptible d'opposition dans les 45 jours (art. 495 s. C. pr. pén.).

C. Pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie

Le ministre de l'Économie est investi d'importants pouvoirs spéciaux en matière d'infractions économiques. L'article L. 490-8 du Code de commerce lui reconnaît la faculté de déposer des conclusions et de les développer oralement à l'audience, ainsi que celle de produire des procès-verbaux et des rapports d'audience. En matière de transparence tarifaire et de pratiques restrictives de concurrence, seul l'article L. 442-4, relatif à des cas d'abus de dépendance *per se* et à un certain nombre de nullités, mentionne le ministre au titre des personnes titulaires du droit d'agir. **Au-delà des pratiques visées par l'article L. 442-4, le Ministre peut intervenir sur le fondement de l'article L. 490-8 quelle que soit la pratique restrictive ou la règle de transparence concernée.** Ces prérogatives relèvent de la protection générale d'un ordre public économique fondé sur la liberté des prix et de la concurrence. Le ministre ne peut dès lors se voir opposer toutes les règles processuelles ordinairement applicables aux parties à l'instance. Ainsi, lorsqu'il exerce l'action prévue par l'article L. 442-4 et les voies de recours y afférentes, il est dispensé de représentation par un avocat (art. R. 442-1 C. com.). La même règle vaut lorsqu'il intervient sur le fondement de l'article L. 490-8 du Code de commerce (art. R. 490-1 C. com.). Son intervention doit en revanche, selon la règle de procédure civile, présenter un

lien suffisant avec les prétentions des parties et suit le sort de l'action principale en cas d'irrecevabilité de cette dernière.

La question de la compétence d'attribution se pose, lorsque la pratique poursuivie met en cause un commerçant et un non-commerçant. En effet, le ministre peut, en principe, saisir au choix la juridiction civile ou commerciale, conformément à la théorie dite de l'acte mixte. Néanmoins, certaines décisions ont estimé qu'agissant en lieu et place de la victime, la faculté de choix de la juridiction ne lui appartenait pas. En réalité, la détermination de la juridiction compétente *ratione materiae* est fonction de la qualité des opérateurs économiques en cause. Si la victime est la partie non commerçante, le ministre peut agir indifféremment devant l'une ou l'autre des juridictions ; en revanche, si elle est la partie commerçante, l'action ne peut être introduite que devant la juridiction commerciale. Ainsi, dans le cadre des relations producteurs/distributeurs, l'action du ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-4 est de la compétence du tribunal de commerce. Le fait que l'action du ministre soit aujourd'hui considérée comme autonome ne devrait pas remettre en cause cette règle.

Le ministre de l'Économie peut demander la cessation des pratiques visées ou la nullité des clauses ou contrats illicites. Il peut aussi agir en responsabilité, obtenir la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile qui peut s'élever à 5 millions d'euro, être fixée au triple des sommes indûment versées et même être portée à 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise contrevenante, ou au triple des avantages tirés du manquement (art. L. 442-4). L'ordre public de protection semble ici clairement céder la place à l'ordre public de direction. Ces dispositions ont donné lieu à des décisions de justice largement médiatisées ordonnant le remboursement par certains grands distributeurs de sommes indûment perçues au détriment de leurs fournisseurs. De même, la nature de l'action du ministre de l'Économie et sa faculté d'agir en l'absence ou même contre la volonté des fournisseurs, victimes de pratiques abusives de distributeurs, a fait l'objet d'une importante controverse jurisprudentielle à laquelle la Cour de cassation a mis fin en disant pour droit que l'action du ministre constitue une action autonome, et non de substitution, qui vise à la protection du marché et de la concurrence, et n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs. Ultérieurement, le Conseil constitutionnel a néanmoins précisé que lorsqu'il agit en nullité des conventions, le ministre doit informer les fournisseurs de l'exercice de son action. L'article L. 442-4 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 consacre cette solution en précisant que «les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice».

D. Pouvoir d'injonction et amendes administratives

L'article L. 470-1 du Code de commerce consacre, tout d'abord, le pouvoir d'injonction de la DGCCRF : les agents habilités au sens de l'article L. 450-1, II peuvent désormais, «après une procédure contradictoire, enjoindre à tout professionnel, en lui impartissant un délai raisonnable, de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite». Le texte confère ensuite à «l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation» le pouvoir de prononcer les «amendes administratives sanctionnant les manquements mentionnés

au titre IV», ainsi que l'inexécution des mesures d'injonction. Lorsque le professionnel n'a pas déféré dans le délai imparti à une injonction qui lui a été notifiée «à raison d'une infraction ou d'un manquement passible d'une amende administrative», l'Administration peut prononcer à son encontre une amende administrative d'un montant maximal de 3 000 euro pour une personne physique et de 15 000 euro pour une personne morale.

La loi semble ainsi limiter la condamnation à une amende administrative pour non-respect d'une injonction à l'hypothèse où celle-ci porte sur une infraction susceptible de faire elle-même l'objet d'une amende administrative. Quel sera l'effet utile d'une injonction portant sur une infraction ou un manquement qui n'est pas expressément sanctionné ? Le décret 2014-1109 du 30 septembre 2014, qui devait adapter le régime des sanctions ne règle malheureusement pas la question.

Selon l'article L. 470-2, les manquements sanctionnés doivent faire l'objet d'un procès-verbal et la personne mise en cause doit être informée de l'existence d'une procédure à son encontre et de la possibilité qu'elle a de se faire assister par le conseil de son choix. Elle a, à compter de cette information, soixante jours pour présenter ses observations écrites ou orales mais doit également être mise en mesure de prendre connaissance des pièces du dossier. Passé ce délai, l'autorité administrative peut, par décision motivée, prononcer l'amende. Il peut être prononcé autant d'amendes que d'infractions individuelles constatées. L'action de l'Administration se prescrit par trois années à compter du jour où le manquement a été commis, si, dans ce délai, aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement n'a été réalisé.

Sont passibles d'une amende administrative ne pouvant excéder 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale :

- la violation de l'obligation de communication des conditions générales de vente prévue par l'article L. 441-1 du Code de commerce ;
- la violation de l'interdiction de bénéficier de remises, rabais et ristournes pour l'achat de fruits et légumes frais prévue à l'article L. 443-2, II du Code de commerce ;
- la violation de l'obligation de présenter un bon de commande ou un contrat pour les fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France prévue à l'article L. 443-3 du Code de commerce.

Sont passibles d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale :

- le fait de ne pas respecter les règles de facturation de l'article L. 441-9 du Code de commerce ;
- le fait de ne pas conclure dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences de l'article L. 441-3 du Code de commerce ;
- le fait de ne pas conclure une clause de renégociation conforme à l'article L. 441-8 du Code de commerce, de ne pas respecter ses prescriptions, ou de porter atteinte au cours de la renégociation aux secrets de fabrication ou au secret des affaires.

Sont passibles d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 2 millions d'euro pour une personne morale :

- la violation des dispositions relatives aux délais et aux modalités de computation des délais prévues à l'article L. 441-10 du Code de commerce, ainsi que toutes clauses ou pratiques ayant pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement ;
- le fait de ne pas respecter, le cas échéant, le délai supplétif de 30 jours ;
- le fait de ne pas respecter les délais contractuels maximums de 45 jours fin de mois ou 60 jours date d'émission de la facture, ou le délai de 45 jours date de facture en cas des factures périodiques ;
- le fait de ne pas respecter le délai de 30 jours prévu pour le secteur des transports ;
- le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à l'article L. 441-10, II du Code de commerce ;
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard selon des modalités non conformes à ce même alinéa ;
- le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties conformément au deuxième, troisième et quatrième alinéas du I de l'article L. 441-10 ;
- les manquements aux dispositions de l'article L. 441-11, II du Code de commerce relatif aux délais de paiement pour les denrées alimentaires périssables.

Le montant maximal encouru est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. Doit-on en déduire que l'Administration tiendra un «casier administratif» des condamnations prononcées ? Le décret pris en application de l'article L. 470-2 est resté muet sur cette éventualité. La décision infligeant la sanction administrative peut être publiée par voie de presse, électronique ou d'affichage. La publication peut porter sur tout ou partie de la décision. Elle peut prendre la forme d'un communiqué portant à la connaissance du public les motifs et le dispositif de la décision. La diffusion de la décision est faite au Journal Officiel, par un ou plusieurs organes de presse, ou un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique. La publication de la décision présente un caractère obligatoire, quelle que soit l'infraction sanctionnée, depuis l'ordonnance du 24 avril 2019 (art. L. 442-4, II).

La décision prononçant l'injonction comme celle infligeant la sanction administrative peuvent être contestées devant le ministre de l'Économie par la personne qui en fait l'objet, ce recours étant exclusif de tout autre recours hiérarchique (C. com., art. R. 470-1 et R. 470-2, II).

PLAN

Le droit de la négociation commerciale est constitué de deux catégories de règles :

- la transparence tarifaire (Chapitre 1) ;
- les pratiques restrictives et abusives (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 **Transparence tarifaire**

SECTION 1

Conditions générales de vente

I. Obligation de communication

- A. Parties
- B. D'une obligation inconditionnelle à une obligation limitée
- C. Obligation de communication spontanée dans le cadre de la convention écrite

II. Objet de la communication

- A. Conditions de vente différenciées
- B. Conditions particulières de vente
- C. Réductions de prix
- D. Conditions de règlement
- E. Conditions générales de vente/Conditions générales d'achat

III. Forme de la communication

IV. Sanctions du défaut de communication

- A. Sanction administrative
- B. Sanction civile

SECTION 2

Convention écrite

I. Conditions de forme

- A. Convention écrite de droit commun
- B. Convention écrite relative aux produits de grande consommation
- C. Convention écrite dans le cadre d'une sous-traitance

II. Conditions de fond

- A. Conditions de l'opération de vente
- B. Prix convenu
- C. Services de coopération commerciale
- D. Rémunération des services rendus
- E. Obligations destinées à favoriser la relation commerciale
- F. Clause de renégociation

SECTION 3

Facturation

I. Obligation du vendeur de délivrer une facture conforme

- A. Champ d'application *ratione personae*
- B. Champ d'application *ratione materiae*
- C. Champ d'application *ratione loci*

II. Obligation de l'acheteur de réclamer une facture conforme

III. Obligation de délivrance immédiate de la facture

IV. Formalisme

- A. Dénomination précise du produit ou du service
- B. Prix unitaire hors taxe
- C. Réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services
- D. Escomptes assimilables à une réduction
- E. Conditions de règlement

SECTION 4

Délais de paiement

I. Délais de paiement maximum

- A. Délais de droit commun
- B. Dérogations sectorielles
- C. Dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables
- D. Dispositions spécifiques aux marchés publics
- E. Dispositions spécifiques au transport routier de marchandises

II. Pénalités de retard

III. Sanctions

SECTION 5

Règles spécifiques aux produits agricoles périssables

CHAPITRE I **Transparence tarifaire**

L'exigence de transparence est apparue concomitamment à la réglementation des pratiques discriminatoires. Afin que le commerçant sache s'il est victime d'une discrimination par rapport aux opérateurs placés dans la même situation, le législateur a imposé la transparence tarifaire (L. 73-1193 du 27 décembre 1973). Le droit de la transparence conditionnait au départ la mise en œuvre des règles relatives aux pratiques restrictives avant que celles-ci ne prennent leur autonomie avec la consécration de l'abus de dépendance.

Placée sous le signe de la libre concurrence, la réglementation en vigueur cherche à garantir la transparence des transactions aux différents moments de la relation commerciale. Ainsi, tout acheteur doit pouvoir effectuer son choix en connaissance de cause, notamment en se faisant communiquer les prix et conditions générales de vente des différents offreurs (art. L. 441-1). Pour que l'accord des parties puisse être constaté, une facture doit être établie dans le respect des prescriptions légales, afin de déterminer le contenu de la relation contractuelle (art. L. 441-9).

La libéralisation progressive des parties les plus importantes du droit des pratiques restrictives n'a pas fondamentalement remis en cause le droit de la transparence. Ainsi, l'assouplissement du droit de la revente à perte qui permet de tenir compte des avantages sur facture et hors facture pour abaisser le seuil de revente à perte n'a pas modifié le formalisme des mentions sur facture.

Curieusement, bien que la loi LME ait supprimé l'interdiction *per se* des pratiques discriminatoires, elle a maintenu en vigueur l'ensemble du droit de la transparence tarifaire. Le maintien d'une obligation de transparence s'explique principalement aujourd'hui par la volonté des fournisseurs de faire des conditions générales de vente la base des négociations commerciales et d'encadrer, grâce à elles, les délais et conditions de paiement.

PLAN

La transparence tarifaire est assurée par les règles qui régissent :

- les conditions générales de vente ;
- la convention écrite ;
- la facturation ;
- les délais de paiement ;
- spécifiquement, les produits agricoles périssables.

SECTION 1**Conditions générales de vente****PLAN**

Nous distinguerons :

- l'obligation de communication ;
- l'objet de la communication ;
- la forme de la communication ;
- les sanctions du défaut de communication.

I. Obligation de communication**PLAN**

Pour déterminer la portée de l'obligation de communication, il convient :

- d'identifier ses débiteurs et créanciers ;
- de définir sa nature ;
- d'apprécier son contenu en cas de convention écrite.

A. Parties**A RETENIR**

Selon la conception retenue par notre droit de la négociation commerciale, la transparence des transactions commerciales suppose de permettre à l'acheteur potentiel de connaître le contenu et de comparer les offres des vendeurs avant d'opérer un choix. Aussi, l'article L. 441-1 impose-t-il à toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services la communication de ses conditions générales de vente (CGV), s'il en établit, à l'acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle.

Les débiteurs de l'obligation de communication sont les personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services, qui établissent des CGV. L'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 a sensiblement modifié l'obligation de communication. En effet, auparavant, tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur était tenu de communiquer ses CGV à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestation de services qui en faisait la demande pour une activité professionnelle. Il n'était pas obligatoire d'établir des CGV mais il était exigé de les communiquer sur demande, ce qui s'apparentait à une obligation d'établissement en cas de demande. Cette obligation a donné lieu à de nombreux contentieux à l'encontre des opérateurs économiques qui ne souhaitaient pas ou ne pouvaient pas communiquer leurs CGV. Depuis le 26 avril 2019, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance 2019-359, l'entreprise qui n'établit pas de CGV n'est plus tenue de les communiquer même en cas de demande expresse.

Les créanciers sont les acheteurs, qui agissent dans le cadre de leur activité professionnelle. La notion d'acheteurs professionnels ne se limite pas à la qualité de revendeurs

mais elle n'englobe pas pour autant les concurrents non-acheteurs, qui invoqueraient le bénéfice de la communication indépendamment de tout besoin professionnel. L'acheteur doit-il toutefois être forcément un client actuel ? Les juges du fond s'opposent sur la réponse à apporter à cette question. Alors que la jurisprudence traditionnelle se contentait de relations potentielles, des décisions plus récentes exigent désormais l'existence de relations commerciales actuelles. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a récemment validé le refus de communication opposé par la tête d'un réseau de distribution sélective à un revendeur non agréé, dès lors que ce dernier ne peut pour cette raison être acheteur des produits contractuels.

B. D'une obligation inconditionnelle à une obligation limitée

Avant l'ordonnance du 24 avril 2019, l'absence de barèmes ou de conditions générales préétablis ne permettait pas de se soustraire à une demande de communication régulière des conditions de remises et ristournes effectivement pratiquées. L'obligation de communication s'imposait de manière absolue au producteur qui engageait sa responsabilité s'il s'y opposait ou l'exécutait volontairement de manière incomplète. Aucun fait justificatif ne l'en dispensait, pas même, aux yeux de la jurisprudence la plus sévère, la mauvaise foi du demandeur. Le juge a cependant fini par consacrer quelques exceptions limitées, comme l'impossibilité pratique d'établir de telles conditions, compte tenu de la nature des produits ou services concernés ou encore l'impossibilité juridique pour le demandeur d'être acheteur des biens concernés.

A RETENIR

Le nouvel article L. 441-1 remet en question le caractère inconditionnel de l'obligation de communiquer les conditions générales de vente puisqu'il limite celle-ci aux opérateurs qui en ont établi.

Ce changement est bienvenu d'autant que l'activité de nombreuses entreprises est incompatible avec le pré-établissement de conditions générales. Il est opportun que ces entreprises ne soient plus contraintes de démontrer en justice que leur activité ne se prête pas à l'établissement de CGV en cas de demande de communication. Il demeure cependant une incohérence dans le texte du Code de commerce. En effet, l'ordonnance a conservé l'exigence selon laquelle «lorsque le prix d'un service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, le prestataire de services est tenu de communiquer au destinataire qui en fait la demande la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé». Cette disposition existait déjà sous l'empire du droit antérieur mais semblait être tombée en désuétude. Elle était en effet déjà contraire à la jurisprudence dominante écartant l'obligation de communication des CGV lorsque les prestations demandées relèvent d'offres sur mesure ne se prêtant pas au pré-établissement de conditions générales. Son maintien apparaît d'autant plus illogique que le nouveau droit des CGV a limité l'obligation de communication sur demande des CGV à l'hypothèse dans laquelle la personne concernée en établit. Il est paradoxal de conférer une liberté de ne pas communiquer de CGV si l'on n'en établit pas, notamment parce que le prix du service ne peut être déterminé a priori ou indiqué avec exactitude, et d'obliger néanmoins le prestataire de services à communiquer dans ce cas au destinataire

qui en fait la demande la méthode de calcul de prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé. Le dernier alinéa du nouvel article L. 441-1, III devrait donc être abrogé, comme l'ont demandé plusieurs répondants à la consultation qui a précédé l'adoption de l'ordonnance du 24 avril 2019.

Au-delà de la contradiction intrinsèque de l'article L. 441-1, III in fine avec la liberté reconnue à l'article L. 441-1, II, d'obliger tout prestataire de services à communiquer à tout destinataire qui en fait la demande dans les rapports B to B, l'obligation de communiquer la méthode de calcul du prix ou un devis suffisamment détaillé institue une charge très lourde qui se comprend dans les rapports entre professionnels et consommateurs ou non professionnels, mais non dans les relations B to B. La formulation donne à penser que la fourniture du devis est obligatoire. Or, un devis est juridiquement une promesse unilatérale de contrat d'entreprise à titre onéreux en cas de prestation spécifique ou une offre en cas de prestation standardisée. La disposition aboutit à réinstaurer une interdiction du refus de vente en matière de prestation de services entre professionnels alors que le refus de vente entre professionnels a été abrogé depuis 1996 et que la jurisprudence a reconnu la validité du refus de communication des CGV lorsque le destinataire pouvait légitimement faire l'objet d'un refus de vente ou d'agrément.

C. Obligation de communication spontanée dans le cadre de la convention écrite

Si la communication des CGV sur demande d'un acheteur n'est obligatoire que si le destinataire de la demande en a établi, le texte pourrait laisser penser que les fournisseurs relevant de l'obligation d'établir une convention écrite avec leurs distributeurs en vertu de l'article L. 441-3 du Code de commerce sont contraints d'établir des CGV qu'ils ont l'obligation de communiquer à leurs distributeurs. En effet, afin de garantir que la négociation commerciale se fonde sur les conditions générales de vente du fournisseur, «socle unique» de la négociation, et qu'elle se déroule aussi rapidement que possible en évitant les communications tardives, l'article L. 441-3 qui régit la convention de droit commun prévoit une communication dans un délai raisonnable avant le 1er mars ou, pour les produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation. L'article L. 441-4 relatif à la convention pour les produits de grande consommation pose une règle plus stricte.

Cependant, l'Administration a interprété cette règle de manière favorable aux fournisseurs et considère que cette disposition n'a pas pour objet de rendre obligatoire l'établissement de CGV même si leur rédaction reste vivement recommandée.

A RETENIR

En revanche, si des CGV ont été établies, l'Administration impose qu'elles soient communiquées spontanément par les fournisseurs tenus à l'établissement d'une convention écrite.

En effet, le fournisseur défaillant s'expose au risque de se voir imputer la responsabilité de l'absence de conclusion d'une convention écrite dans les délais impartis ou reprocher d'avoir conclu une convention écrite non conforme à l'article L. 441-3 ou L. 441-4 du Code de commerce. Dans les deux cas, le fournisseur défaillant encourt une amende ad-

ministrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale (art. L. 441-6).

II. Objet de la communication

L'article L. 441-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, dispose : «Les conditions générales de vente comprennent notamment les conditions de règlement ainsi que les éléments de détermination du prix tels que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix».

Pour les CGV relatives aux produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, lorsque les indicateurs de coûts et de prix prévus au Code rural existent, ces indicateurs doivent à la fois faire l'objet d'une référence et d'une explication quant à la façon dont il en est tenu compte pour la détermination du prix dans les CGV, ce qui constitue un formalisme non seulement extrêmement lourd mais difficile à mettre en œuvre en pratique. Le texte définit précisément le contenu des conditions générales de vente tout en laissant la possibilité d'y inclure d'autres éléments comme les conditions de vente dès lors qu'elles ont été établies. Enfin, les CGV constituent le «socle unique» de la négociation commerciale, la loi consacre le principe de l'antériorité des conditions générales de vente sur les conditions particulières et les conditions générales d'achat (art. L. 441-1, III).

PLAN

L'analyse du contenu et de la portée des CGV implique d'examiner successivement :

- les conditions de vente différenciées ;
- les conditions particulières de vente ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement ;
- les relations entre conditions générales de vente et conditions générales d'achat.

A. Conditions de vente différenciées

A RETENIR

Depuis que la loi LME a consacré la libre négociabilité des conditions générales de vente, les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de prestations de services (art. L. 441-11, II, al. 2). L'obligation de communication ne concerne, dans cette hypothèse, que les acheteurs ou demandeurs d'une même catégorie, à condition toutefois que le fournisseur soit en mesure de justifier des critères selon lesquels il a défini ses catégories d'acheteurs et établisse que, selon ces critères, le demandeur n'appartient pas à la catégorie concernée.

Le recours aux conditions catégorielles de vente ne doit naturellement pas être abusif. Tel serait le cas si des CGV catégorielles étaient rédigées pour une enseigne ou un client. Une catégorie ne saurait être constituée d'un opérateur particulier. En revanche, il est possible de prévoir des CGV catégorielles même si le fournisseur n'a qu'un seul client de cette catégorie. Cependant, la jurisprudence s'est montrée assez rigoureuse en considérant qu'un fournisseur «ne peut refuser à un acheteur la communication des conditions générales de vente applicables à une catégorie de clientèle que s'il établit, selon des critères objectifs, que cet acheteur n'appartient pas à la catégorie concernée». Il est par ailleurs admis d'appliquer, pour un même groupe, des CGV catégorielles différentes selon l'appartenance des différentes entités de ce groupe à des catégories différentes, par exemple des CGV Grandes et moyennes surfaces et des CGV Magasins de proximité. Selon la Cour d'appel de Paris, le chiffre d'affaires réalisé avec une catégorie d'acheteurs, la nature de leur clientèle, mode de distribution, le secteur d'activité et la destination finale du produit peuvent justifier une différenciation des conditions de vente.

La différenciation des conditions générales rencontre cependant certaines limites. Ainsi, sa reconnaissance par le droit des pratiques restrictives n'entraîne pas nécessairement sa légitimité au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles.

B. Conditions particulières de vente

A RETENIR

La loi Dutreil avait prévu la possibilité de convenir de conditions particulières de vente (CPV) au sein d'une même catégorie d'acheteurs, justifiées par la spécificité des services rendus et non soumises à l'obligation de communication. Pour favoriser la liberté de négociation entre les parties, la loi LME avait supprimé du texte de l'ancien article L. 441-6 l'obligation de justifier les conditions particulières de vente par des services spécifiquement rendus. L'ordonnance du 24 avril 2019 conserve ce régime (art. L. 441-1, III, al. 1).

Est-ce à dire que les conditions particulières de vente pourraient être fixées librement, de façon totalement dérogoire aux conditions générales, sans limite ni justification ? La prudence impose de prévoir une contrepartie aux CPV. D'abord, il apparaît préférable que les CPV soient, de façon générale, justifiées par une contrepartie dès lors que toute convention doit, pour être valable, avoir une cause au sens du droit civil (pour les contrats antérieurs au 1er octobre 2016) ou un contenu licite et certain (depuis la réforme du droit des contrats applicable aux contrats conclus à compter du 1er octobre 2016) et qu'en outre, des accords dérogoires dépourvus de justification peuvent caractériser un abus de dépendance. Ensuite, l'article L. 441-3 exige que soient mentionnés «la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elle se rapporte et la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations».

L'essor du contrôle des clauses et des comportements qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties doit par ailleurs conduire à une prudence renforcée en matière de CPV. En pratique, il faut d'autant plus prévoir une contrepartie que la jurisprudence autorise désormais les juges à contrôler le caractère abusif des clauses relatives à la détermination du prix puisqu'elle considère que «le prin-

cipe de la libre négociabilité n'est pas sans limite» et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, dès lors qu'elle procède «d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif». La Cour de cassation requiert clairement dans sa jurisprudence la plus récente une contrepartie à toute réduction de prix. Cette interprétation a été validée par le Conseil constitutionnel. En outre, la jurisprudence procède déjà depuis des années à un contrôle des contreparties aux réductions de prix au-delà du seul contrôle de la coopération sur le fondement d'une interprétation extensive des dispositions de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce validée par le nouvel article L. 442-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2019-359, qui sanctionne l'obtention ou la tentative d'obtention «de l'autre partie (d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

Enfin, les pratiques discriminatoires mises en œuvre par des entreprises titulaires d'une part de marché située au-delà du seuil d'exemption de 30 % fixé par le règlement 330-2010 (qui sert de guide d'analyse en droit interne) peuvent tomber sous le coup de la prohibition des ententes, voire constituer un abus de position dominante.

C. Réductions de prix

A RETENIR

Il est admis de façon classique par la jurisprudence que les rabais, remises et ristournes que le producteur est prêt à consentir à ses clients, en rémunération des économies d'échelle qu'il réalise (ex. : remises par palier de chiffre d'affaires, remises de progression...), entrent dans le champ d'application de l'obligation de communication des conditions générales de vente.

En effet, les rabais et ristournes consentis, même à titre occasionnel, font partie, selon un usage professionnel, des informations communiquées aux distributeurs dans un souci de transparence. L'article L. 441-1, I, du Code de commerce rappelle que les CGV comprennent «les éventuelles réductions de prix». Cependant, l'obligation de communication ne concerne pas les rémunérations hors facture qui sont octroyées en vertu d'un accord de commercialisation, à titre occasionnel, en rémunération d'engagements commerciaux.

D. Conditions de règlement

A RETENIR

L'article L. 441-1 du Code de commerce impose au fournisseur de communiquer avec ses CGV «les conditions de règlement». Il s'agit principalement des délais de paiement et conditions d'application des pénalités de retard et du taux d'intérêt de ces pénalités.

Les parties sont toutefois extrêmement contraintes à cet égard car, conformément au droit européen, les délais de paiement sont plafonnés et le taux d'intérêt des pénalités de retard est soumis à un niveau minimum.

En effet, la Commission a adopté, en 2000, une directive concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales, qu'elle a modifiée et remplacée en 2011. La directive 2011-7 s'applique à tous les paiements effectués en rémunération des transactions commerciales (art. 1), c'est-à-dire de toutes les opérations entre entreprises ou entre entreprises et pouvoirs publics conduisant à la fourniture de marchandises ou à la prestation de services contre rémunération (art. 2). Tout dépassement de délais de paiement contractuels ou légaux constitue un retard de paiement. Le texte tend à lutter contre la pratique du « crédit-fournisseur », lorsque celui-ci est abusivement imposé aux fournisseurs ou sous-traitants (sur les conditions manifestement abusives : art. 3, paragr. 5 et 7). Les États membres doivent veiller à l'exigibilité d'intérêts de retard (art. 3) et à la mise en place de procédures de recours rapides et efficaces pour les créanciers (art. 10). Selon la Cour de justice, la directive 2011-7 ne s'oppose pas pour autant à une réglementation nationale qui permet au créancier, après la conclusion du contrat, de renoncer à exiger les intérêts pour retard de paiement et l'indemnisation pour frais de recouvrement en contrepartie du paiement immédiat du montant principal de créances exigibles, sous réserve qu'une telle renonciation soit librement consentie. Les États membres doivent également prévoir, dans le respect du droit national et du droit international privé, une réserve de propriété en faveur du vendeur jusqu'au paiement intégral (art. 9). Une procédure d'acceptation ou de vérification, permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services avec le contrat, peut être prévue. Dans ce cas, le délai de paiement ne devra pas excéder trente jours après la date de réception des marchandises ou de prestation des services (art. 3, paragr. 4).

L'article L. 441-10, II du Code de commerce prévoit que les conditions de règlement qui doivent être mentionnées dans les CGV au titre de l'article L. 441-1, I du Code de commerce, précisent :

- les conditions d'application et le taux des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ;
- le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes sont réglées en retard par rapport à la date de règlement figurant sur la facture.

Sauf disposition contraire, qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux légal, ce taux est égal au taux de la Banque centrale européenne, majoré de 10 points de pourcentage. L'article D. 441-5 du Code de commerce fixe le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement à 40 euro. Enfin, pour éviter le contournement des délais de paiement maximaux par le recours à des procédures d'acceptation ou de vérification permettant de certifier la conformité des marchandises ou des services au contrat, le texte dispose que la durée de la procédure ne doit pas excéder trente jours à compter de la date de réception des marchandises ou de réalisation de la prestation de services. De façon encore plus contraignante il est prévu que la procédure de vérification ou d'acceptation ne peut avoir pour effet ni d'augmenter la durée, ni de décaler le point de départ du délai maximal de paiement, à moins que cette possibilité soit expressément stipulée par contrat, à condition qu'une telle stipulation ne constitue pas une clause ou une pratique abusive.

E. Conditions générales de vente/Conditions générales d'achat

A RETENIR

Si le vendeur est tenu de communiquer des conditions générales de vente sur demande s'il en établit, l'acheteur peut de son côté établir ses propres conditions générales d'achat (par ex. modalités de livraison, exclusion de réserve de propriété, pénalités pour livraison tardive ou incomplète). Leur contradiction avec les conditions générales de vente se résout traditionnellement selon le droit commun des contrats. L'incompatibilité des clauses se traduit par leur neutralisation, le contrat demeurant valable à condition que les clauses annulées portent sur un élément secondaire de la relation contractuelle.

Ainsi, lorsque deux clauses attributives de juridiction figurant sur les instruments contractuels sont inconciliables, ces stipulations s'annulent, la juridiction territorialement compétente étant désignée conformément aux dispositions des articles 42 et 46 CPC.

En précisant expressément que les conditions générales de vente constituent le «socle unique» de la négociation commerciale, le législateur a consacré le principe d'antériorité des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat.

L'ordonnance du 24 avril 2019 apparaît toutefois moins protectrice des vendeurs que les textes qui l'ont précédée. Le nouvel article L. 441-1 subordonne désormais à l'établissement de conditions générales le principe selon lequel elles constituent le socle unique de la négociation commerciale. Par ailleurs, le nouvel article L. 441-3 relatif au droit commun de la convention écrite ne mentionne pas le barème de prix. Cette mention n'est maintenue que pour la convention relative aux produits de grande consommation du nouvel article L. 441-4.

Néanmoins, le fait d'imposer les CGA sans discussion relèvera toujours de la soumission ou de la tentative de soumission à des obligations déséquilibrées. Les CGV demeurent le socle unique de la négociation sur la base duquel elle doit s'engager. En pratique, il est vraisemblable que les distributeurs feront mine de commencer les négociations sans exclure d'emblée les CGV pour éviter de tomber sous le coup d'une pratique abusive mais essaieront ensuite de faire prévaloir leurs CGA. La pratique des lettres de réserve des fournisseurs signant les accords visant les CGA sous réserve des dispositions contraires de leurs CGV perdurera certainement aussi, au moins pour ceux disposant d'un certain pouvoir de négociation.

III. Forme de la communication

A RETENIR

L'article L. 441-1 précise que la communication des CGV s'effectue par tout moyen constituant un support durable.

En optant pour un formalisme moderne, allégé le cas échéant, le législateur tient compte des besoins des professionnels, pour qui rapidité et souplesse doivent présider aux relations contractuelles. La communication doit néanmoins être complète et actuelle, et se faire dans un délai raisonnable. En particulier, est incomplète la communication qui ne

comprend «pour l'ensemble des produits ni catalogues ni documentation technique ni informations précises sur les conditions de paiement». Si elle ne peut plus être verbale, elle peut emprunter les systèmes numérisés de communication, dès lors que ces modes de communication permettent un enregistrement durable des CGV. A priori, il peut sembler préférable d'avoir recours à un document écrit préétabli qui facilitera la preuve, par le fournisseur, de l'absence de pratiques abusives. En outre, l'article 1365 (ancien art. 1316) du Code civil inclut dans le droit de la preuve non seulement l'écrit, mais encore tous les supports offerts par les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).

IV. Sanctions du défaut de communication

PLAN

Le défaut de communication des CGV peut faire l'objet :

- d'une sanction administrative ;
- d'une sanction civile.

A. Sanction administrative

A RETENIR

La communication incomplète des conditions générales de vente ou le refus de communication peuvent d'abord faire l'objet d'une injonction de la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 470-1 du Code de commerce.

Par ailleurs, l'article L. 441-1 punit, en son paragraphe IV, d'une amende administrative, dont le montant ne peut excéder 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale, tout manquement à l'obligation de communiquer les conditions générales de vente, sans d'autres précisions.

En outre, si la relation commerciale relève de l'obligation de rédiger une convention écrite, le fournisseur doit, quel que soit le régime de convention applicable, communiquer ses CGV au distributeur dans les délais fixés par les articles L. 441-3 et L. 441-4. Le fournisseur défaillant encourt une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale (art. L. 441-6 C. com.).

En cas de poursuite initiée par l'Administration, les sanctions administratives se sont substituées complètement aux sanctions judiciaires. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 justifie cette substitution de la façon suivante : «Pour être sanctionné le défaut de communication des CGV nécessite donc la saisine des juridictions judiciaires et ainsi l'initiation d'un contentieux qui peut prendre plusieurs années d'abord devant le tribunal de commerce, puis la cour d'appel et parfois enfin devant la Cour de cassation. La saisine des juridictions judiciaires et l'initiation d'une procédure civile qui peut s'avérer longue et complexe ne sont pas justifiées pour des pratiques telles que le défaut de communication des CGV. Ainsi, dans un objectif de simplification, mais aussi de cohérence et d'efficacité (poursuite du mouvement de remplacement des sanctions pénales et civiles par des sanctions administratives entamé

par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation), l'ordonnance prévoit de remplacer la sanction civile par une sanction administrative de 15 000 euro pour une personne physique et de 75 000 euro pour une personne morale. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer cette amende».

Cette argumentation ne convainc qu'à moitié. Les reproches faits à la procédure civile sont en effet transposables à la procédure administrative qui peut s'avérer tout aussi longue, voire plus longue, si l'on cumule l'instruction administrative, le recours gracieux, le recours hiérarchique et le recours contentieux devant le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel ou le Conseil d'État. Par ailleurs, si la procédure judiciaire est considérée comme efficiente en matière de pratiques abusives, pourquoi ne le serait-elle pas en matière de CGV ou de transparence tarifaire en général ? Enfin, le fait que le même organe administratif instruit, poursuit et sanctionne pose problème comme l'a fait observer la doctrine, même si la jurisprudence administrative n'y voit rien à redire. Si sa décision est susceptible d'un contrôle, il ne s'agit pas d'un contrôle par le juge judiciaire, garant traditionnel des libertés. Il serait à la fois plus cohérent et plus légitime de donner compétence au juge civil et au juge commercial pour toutes les actions relatives aux CGV et de façon générale pour l'ensemble du droit de la transparence tarifaire et des pratiques abusives.

B. Sanction civile

Est-il encore possible de sanctionner civilement un manquement à l'obligation de communication alors que l'ordonnance du 24 avril 2019 a abrogé les textes prévoyant une sanction civile et lui a substitué une sanction administrative ?

A RETENIR

A notre sens, la réforme ne signifie pas que la victime d'un refus de communication de CGV établies de façon générale ou d'un refus de communication des CGV dans le cadre d'une convention unique n'aura plus d'autre recours que de s'adresser à l'Administration. Elle pourra toujours se prévaloir d'une violation d'une disposition d'ordre public lui causant un préjudice et engager une action en référé pour faire cesser un trouble illicite et/ou un dommage imminent.

La question de l'établissement des CGV en dehors d'une convention unique pourrait toutefois se heurter à des difficultés de preuve. Le trouble manifestement illicite pourrait s'appuyer sur la violation de la loi s'il apparaît que les CGV existent et n'ont pas été communiquées et le dommage imminent être constitué par l'impossibilité pour le demandeur d'acheter les produits en cause. L'action sera plus aisée en cas de non-communication spontanée des CGV dans le cadre de la convention écrite puisque celle-ci est obligatoire, l'excuse de non-établissement ne pouvant être invoquée, et le dommage imminent étant avéré, puisque la non-communication peut empêcher la négociation dans les délais de la convention qui expose les deux parties à des sanctions administratives.

SECTION 2

Convention écrite**A RETENIR**

Pour diverses raisons (différenciation de l'offre de produits, concurrence intermarques, exigence de traçabilité de certains produits pour des motifs de qualité), la commercialisation d'un produit peut requérir la fourniture de services que le distributeur est le plus à même de rendre et pour lesquels il peut se faire rémunérer par ses fournisseurs. Cette pratique a été qualifiée de «coopération commerciale». Les services de coopération commerciale sont placés sous le signe de la liberté contractuelle. Ils se distinguent des conditions générales de vente dans la mesure où ils échappent à l'obligation de communication de l'article L. 441-1 ; ils n'ont pas à être publiés et n'ont pas à être communiqués à tout acheteur professionnel qui en fait la demande. Ils sont couverts par le secret des affaires. Ils doivent nécessairement faire l'objet d'une convention écrite.

L'article L. 441-6 punit d'une amende dont le montant ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale tout manquement aux articles L. 441-3, L. 441-4 et L. 441-5, ces montants étant portés respectivement à 150 000 et 750 000 euro, en cas de réitération de l'infraction dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. L'amende administrative est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du Code de commerce.

En outre, lorsqu'à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement. Même s'il convient d'espérer que l'Administration utilisera ses pouvoirs de sanction avec modération, compte tenu de la multitude des partenaires en amont et en aval de nombreuses entreprises, le dé plafonnement des amendes autorise théoriquement l'infliction de sanctions colossales.

L'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit désormais deux régimes pour la convention écrite : un régime général simplifié applicable à toute relation entre fournisseurs et distributeurs, y compris les grossistes (art. L. 441-3) et un régime plus strict propre aux produits de grande consommation (PGC), non applicable aux grossistes (art. L. 441-4). Des dispositions spécifiques sont également consacrées à la sous-traitance comme c'était déjà le cas auparavant, et aux produits alimentaires vendus sous marque distributeur (art. L. 441-7). Selon le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, les modifications apportées tendent à une meilleure cohérence et lisibilité des dispositions applicables aux conventions écrites qui ont fait l'objet de multiples réformes au cours des quinze dernières années.

PLAN

La convention écrite, pour être licite, doit respecter :

- des conditions de forme ;
- des conditions de fond.

I. Conditions de forme

PLAN

D'un point de vue formel, il faut distinguer entre :

- la convention écrite de droit commun ;
- la convention écrite relative aux produits de grande consommation ;
- la convention écrite conclue dans le cadre d'une sous-traitance.

A. Convention écrite de droit commun

A RETENIR

Librement négociée, la convention doit faire l'objet d'un contrat écrit entre le fournisseur et le distributeur (art. L. 441-3, I).

La convention peut être pluriannuelle. En effet, afin d'alléger la charge pesant sur les entreprises, l'article L. 441-3, IV prévoit que «[l]a convention écrite est conclue pour une durée d'un an, de deux ans ou de trois ans, au plus tard le 1er mars de l'année pendant laquelle elle prend effet (délai butoir) ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier».

L'ordonnance du 24 avril 2019 a allégé le formalisme de la convention écrite. L'article L. 441-3 ne requiert plus la mention du barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation. Extérieure à la relation fournisseur/consommateur, la convention écrite de droit commun ne contiendra pas non plus de stipulations relatives aux avantages promotionnels. En revanche, l'article L. 441-3, III, 1° prévoit, afin de permettre aux parties de faire évoluer avec souplesse le prix convenu sans avoir à conclure nécessairement de nombreux avenants formels que la convention de droit commun devra, le cas échéant, fixer les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées. Cet assouplissement concerne les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, c'est-à-dire les prix et les réductions de prix (rabais, remises et ristournes) de l'article L. 441-3, I, 1°. Il ne semble pas valoir pour les services de coopération commerciale et les autres obligations de l'article L. 441-3, I, 2° et 3°, qui doivent toujours faire l'objet d'un avenant en cas de changement ou nouvelle prestation en cours d'année.

La convention précise enfin l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution pour les services de coopération commerciale et les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale. Elle indique, pour la coopération commerciale, la rémunération des services, les produits ou services auxquels ils se rattachent et la rémunération globale afférente à ces obligations. Lorsqu'elle est conclue pour deux ou trois ans, la convention doit en outre fixer les modalités de révision du prix convenu. Les parties peuvent à cet effet prévoir la prise en considération d'un ou de plusieurs indicateurs disponibles reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Pour conférer plus de souplesse aux entreprises, la CEPC a proposé d'admettre la négociation en cours d'année d'une nouvelle prestation non prévue dans la convention initiale ainsi que la stipulation d'avenants dès lors que l'équilibre commercial est maintenu. L'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 a codifié cet avis à l'article L. 441-3, II, mais se montre plus exigeante puisque «sans préjudice des articles L. 442-1 à L. 442-3, tout avenant à la convention mentionnée au I fait l'objet d'un écrit qui mentionne l'élément nouveau le justifiant». Lorsque les parties ont prévu dans leur convention «les types de situation dans lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées», elles pourront échapper au formalisme de l'avenant écrit si elles veulent modifier le prix tarif et les réductions de prix afférentes, en particulier pour remporter un appel d'offres. En revanche, si elles n'ont pas prévu ces types de situation et modalités dérogatoires ou souhaitent modifier les services de coopération commerciale ou les autres obligations en cours d'année, elles seront contraintes de rédiger un avenant contenant l'élément nouveau le justifiant.

La lourdeur du mécanisme de la convention unique a conduit la CEPC à limiter son champ d'application. Elle a ainsi déduit du texte de la loi (la convention «indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale») que l'exigence de convention écrite était subordonnée d'une part à une certaine permanence de la relation commerciale dont les flux doivent pouvoir être canalisés dans des engagements annuels et, d'autre part, à la condition qu'il soit d'usage de négocier des relations de ce type dans le secteur concerné. En revanche, lorsque la relation commerciale se borne à la conclusion de contrats instantanés sur la base des CGV générales ou catégorielles, l'obligation d'établir une convention devrait tomber. Bien qu'il s'agisse seulement d'un avis, il devrait, notamment en cas d'enquête de la DGCCRF, justifier l'exclusion de la convention écrite pour les ventes ponctuelles aux professionnels.

EXEMPLES

Doivent être considérés comme non soumis au régime de la convention écrite :

- les contrats instantanés conclus sur la base des CGV ;
- les opérateurs économiques qui transforment les produits avant de les revendre, en particulier dans le cadre d'une prestation de services globale ;
- les opérateurs économiques qui achètent des produits pour leur propre usage, dans la mesure où la notion de distributeur au sens de l'article L. 441-3 vise exclusivement les opérateurs qui achètent des produits en vue de les revendre en l'état ;
- les opérateurs économiques qui agissent comme simples courtiers ;
- les fournisseurs de produits agricoles périssables ou de circuits courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou de produits de la pêche et de l'aquaculture soumis à l'article L. 443-2.

En revanche des commissionnaires à l'achat ont été considérés comme relevant de la convention écrite.

B. Convention écrite relative aux produits de grande consommation

A RETENIR

L'article L. 441-4 prévoit des dispositions spécifiques aux produits de grande consommation (PGC) qui écartent le régime plus souple de la convention de droit commun. Les grossistes sont expressément exclus du champ d'application du texte même s'ils vendent des PGC.

L'article L. 441-4, II définit le grossiste comme «toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité». Ne relèvent pas de cette définition les entreprises ou groupements de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou des magasins de détail ainsi que les centrales d'achat ou de référencement de la grande distribution.

Les produits visés sont «des produits non durables à forte fréquence et à forte récurrence de consommation». Leur liste a été fixée par le décret 2019-1413 du 19 décembre 2019, qui insère un nouvel article D. 441-9 dans le Code de commerce. Aux termes de celui-ci, **constituent des produits de grande consommation :**

- les produits alimentaires et boissons non alcoolisées ;
- les boissons alcoolisées ;
- les piles électriques pour tous usages ;
- les produits de lavage et d'entretien tels que savons, poudres à lessiver, produits lessiviels liquides, poudres à récurer, détergents, eau de Javel, assouplissants, produits pour vitre, déboucheurs, désinfectants et eau distillée, à l'exclusion des cires, cirages, teintures, insecticides et fongicides ;
- les articles pour le nettoyage tels que balais, brosses à récurer, pelles à poussière et balayettes, plumeaux, chiffons, torchons, serpillières, éponges ménagères, tampons à récurer, paille de fer et peaux de chamois ;
- les articles en papier tels que filtres, nappes et serviettes de table, papier de cuisine, sacs pour aspirateurs et vaisselle en carton, y compris feuilles d'aluminium et sacs plastique pour poubelles ;
- les pansements adhésifs ou non ;
- les aliments pour animaux d'agrément ;
- les appareils non électriques tels que rasoirs et leurs lames, limes à ongles, brosses à dents, à l'exclusion des tondeuses mécaniques et leurs lames, ciseaux, peignes, blaireaux, brosses à cheveux, brosses à ongles, épingles à cheveux, bigoudis, pèse-personnes, pèse-bébés ;
- les articles d'hygiène corporelle tels que savon de toilette, savon médicinal, huile et lait de toilette, savon, crème et mousse à raser, pâte dentifrice ;
- les produits de beauté, parfums et déodorants tels que rouges à lèvres, vernis à ongles, produits pour le maquillage et le démaquillage (y compris poudriers, pinceaux

et houppettes), laques et lotions capillaires, produits avant et après rasage, produits solaires, produits dépilatoires, parfums et eaux de toilette, désodorisants corporels, produits pour le bain ;

- les autres produits tels que papier hygiénique, mouchoirs en papier, serviettes en papier, tampons hygiéniques, coton hydrophile, cotons-tiges, couches jetables pour bébés, éponges de toilette.

Outre les conditions fixées par l'article L. 441-3, I, les conventions relatives aux produits de grande consommation doivent indiquer :

- le barème des prix unitaires tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation ainsi que les réductions de prix ;

- le chiffre d'affaires prévisionnel, le plan d'affaires de la relation commerciale et les modalités de révision du chiffre d'affaires prévisionnel (art. L. 441-4, IV).

Les conditions dans lesquelles des avantages promotionnels sont octroyés aux consommateurs font l'objet de mandats confiés au distributeur ou au prestataire de services, soumis à l'article 1984 du Code civil (art. L. 441-4, VII).

L'article L. 441-4, V exige une concomitance entre la date d'entrée en vigueur des obligations mentionnées aux 1° à 3° de l'article L. 441-3 et la date d'effet du prix convenu.

Enfin, les CGV devront être communiquées au plus tard trois mois avant le 1er mars, soit avant le 1er décembre, le distributeur ne disposant plus d'un délai d'un mois mais d'un délai raisonnable pour notifier par écrit les motifs de son refus des CGV, son acceptation ou, le cas échéant, les dispositions des CGV qu'il souhaite soumettre à négociation (art. L. 441-4, VI).

C. Convention écrite dans le cadre d'une sous-traitance

A RETENIR

L'article L. 441-5 prévoit qu'une convention écrite est établie dans le respect des articles L. 441-1 et L. 442-1 à L. 442-3 du Code de commerce, «pour tout achat de produits manufacturés, fabriqués à la demande de l'acheteur en vue d'être intégrés dans sa propre production». Cette obligation ne concerne cependant que les transactions dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret à 500 000 euro.

Les contrats de sous-traitance sont donc soumis à un formalisme important. En effet, sans aller jusqu'à leur imposer toutes les mentions figurant à l'article L. 441-3 du Code de commerce, le texte prévoit que la convention écrite comporte :

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 ;

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, 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.

La convention écrite de sous-traitance a fait l'objet de sévères critiques des professionnels concernés dont certains ont fait valoir qu'il s'agissait d'«un carcan contractuel pervers» qui aboutit «faute de conditions claires et cohérentes», à «un concentré d'insécurité juridique au mépris des besoins réels des entreprises concernées».

II. Conditions de fond

PLAN

Pour déterminer le contenu de la convention écrite, il convient de distinguer :

- les conditions de l'opération de vente ;
- le prix convenu ;
- les services de coopération commerciale ;
- la rémunération des services rendus ;
- les obligations destinées à favoriser la relation commerciale ;
- la clause de renégociation.

A. Conditions de l'opération de vente

A RETENIR

L'article L. 441-3, I, du Code de commerce relatif à la convention écrite de droit commun impose de mentionner dans un document unique les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. L'article L. 441-3 qui fixe le régime général de cette convention écrite simplifiée n'exige pas d'autres mentions que celles des conditions de l'opération y compris les réductions de prix, ainsi que, le cas échéant, les conditions dérogatoires de l'opération de vente.

En revanche, l'article L. 441-4 applicable à la convention PGC exige que le barème des prix unitaires du fournisseur tel qu'il l'a préalablement communiqué avec ses CGV ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation figurent dans la convention.

Même si le texte est ambigu et ne semble pas requérir formellement de joindre les CGV à la convention écrite, mais uniquement le barème de prix, la prudence incite à les joindre. En pratique, il est vraisemblable que l'acheteur imposera qu'elles soient jointes afin de pouvoir démontrer que la négociation a commencé sur la base des CGV sans application immédiate des CGA, de manière à limiter le risque de se voir reprocher l'imposition d'obligations manifestement déséquilibrées.

B. Prix convenu

A RETENIR

Pour mieux tenir compte de la réalité de la vie des affaires, l'article L. 441-3 définit le prix convenu comme celui qui comprend les conditions de l'opération de vente des produits ou prestations de services, y compris les réductions de prix, les services de coopération commerciale et les autres obligations.

Cette nouvelle approche en triple net du prix convenu ne fait pas l'unanimité au sein des opérateurs. Certaines entreprises font valoir que les négociations qui portent sur les éléments de prix et de remises doivent être indépendantes et déconnectées de celles relatives aux services de coopération commerciale afin de faire en sorte que ces services soient, au vu de la palette de services proposés, négociés au cas par cas, voire adaptés au niveau local. En outre, ces négociations ne relèvent pas toujours des mêmes personnes et services au sein de l'entreprise.

En pratique, les renégociations de prix à l'aval avec des professionnels, qui imposent des renégociations à l'amont avec les fournisseurs, sont quotidiennes dans de nombreux secteurs. Contraindre à la signature d'autant d'avenants à la convention pour formaliser les dérogations paraît excessif : il semble justifier d'y substituer l'admission de la preuve par tous moyens (échanges de mails, de fax, de correspondances, de documents commerciaux, etc.) des dérogations convenues, conformément au principe de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cette souplesse a été consacrée par l'ordonnance du 24 avril 2019 à l'article L. 441-3, II, 1°, relatif à la convention de droit commun.

C. Services de coopération commerciale

A RETENIR

L'article L. 441-3 issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 utilise la notion de «services de coopération commerciale».

Selon la définition classique, les services de coopération commerciale regroupent des services spécifiques, c'est-à-dire des services qui ne sont pas habituellement pris en charge par le distributeur dans le cadre normal de ses fonctions, dont la rémunération relève des conditions générales de vente.

Les services extérieurs au contrat d'achat-vente concernent essentiellement les opérations de promotion du produit ou du service.

EXEMPLES

Revêtent un caractère spécifique et constituent des services de coopération commerciale :

- la mise en avant ou la publicité des produits sur les lieux de vente ;
- l'attribution de têtes de gondole ou d'emplacements privilégiés ;
- la mise en œuvre de nouveaux critères d'implantation des rayons par une réallocation de l'espace ;

- une modification des lieux de circulation de la clientèle ;
- une réorganisation des zones plus ou moins fréquentées par les consommateurs ;
- une mise en valeur des produits frais ;
- une restructuration des rayonnages et de la signalisation du point de vente ;
- l'élaboration et la diffusion de planogrammes ;
- un service d'intermédiation entre les fournisseurs, les plateformes de distribution et le transporteur, qui dispense ce dernier d'avoir à négocier autant de contrats et de tarifs et lui procure un volume d'affaires certain et régulier.

Sont en revanche exclus du champ de la coopération commerciale :

- la «présentation astucieuse des produits» réalisée par «tout commerçant soucieux d'assurer une bonne vente de ses marchandises» ;
- des services qui ne se distinguent pas de la mise en rayon des produits ou constituent l'essence même du commerce de produits de consommation courante ;
- des prestations d'optimisation des commandes, de paiement centralisé, d'unicité de négociation et de décision, de logistique et de service qualité, effectuées par une centrale d'achat et facturées à un fournisseur ;
- un service d'assortiment commun qui n'apporte rien aux fournisseurs par rapport aux préconisations qu'ils effectuent eux-mêmes dans le cadre de leurs rencontres directes avec les magasins de l'enseigne ;
- la réalisation d'un chiffre d'affaires déterminé ou d'objectifs de vente ;
- des services de maintien, de détention ou de suivi de gammes.

D. Rémunération des services rendus

A RETENIR

L'article L. 441-3, III, 2° précise que la convention écrite indique, pour les services ne relevant pas des actes d'achat ou de vente, «la rémunération de ces services ainsi que les produits ou services auxquels ils se rapportent», ainsi que la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

On peut regretter que le nouvel article L. 441-3 n'explicite pas la notion de rémunération globale. Il serait, en effet, nécessaire de pouvoir déterminer quelle est la personne en charge de fixer et communiquer cette enveloppe globale. Dans son rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, le Gouvernement précise que l'obligation de prévoir la «rémunération globale» suppose que doit être déterminée dès le 1er mars l'enveloppe globale des services de coopération commerciale (exprimée en valeur et/ou en pourcentage de chiffre d'affaires) puisque le prix convenu doit dorénavant être exprimé en «triple net» dans la convention. En revanche, cette nouvelle définition ne devrait pas avoir d'impact sur la facturation de la coopération commerciale par le prestataire dans la mesure où les autres obligations intervenaient déjà dans la définition du prix

convenu.

L'entreprise, qui obtient ou tente d'obtenir de son partenaire commercial «un avantage économique ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu», engage sa responsabilité au titre de l'article L. 442-I, I, 1^o, du Code de commerce.

La loi n'exige que la mention de la rémunération de la coopération commerciale (qui peut dès lors être exprimée en pourcentage ou en valeur absolue) et des produits ou services auxquels se rapportent les obligations en cause, ainsi que celle de la rémunération globale afférente à ces obligations. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 confirme la possibilité de prévoir les services de coopération commerciale en pourcentage ou en valeur absolue puisqu'il précise que l'enveloppe globale de ces services devant être mentionnée dans les conventions écrites peut être «exprimée en valeur et/ou en pourcentage de chiffre d'affaires».

E. Obligations destinées à favoriser la relation commerciale

A RETENIR

Après avoir enserré la coopération dans un corset très strict de règles, le législateur a été contraint de prévoir une catégorie subsidiaire pour les services détachables de l'acte d'achat-vente, mais ne répondant pas à l'ensemble des conditions posées pour relever des services de coopération commerciale. L'article L. 441-3, III, 3^o dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019, vise ainsi «les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur».

Le nouvel article L. 441-3, I n'opère quasiment plus de distinction, du point de vue du formalisme requis entre les services de coopération commerciale et les autres obligations. Un contrat écrit unique ou un ensemble formé d'un contrat cadre et de contrats d'application devra les formaliser au plus tard le 1^{er} mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation lorsqu'il s'agit de produits ou services soumis à un cycle de commercialisation particulier, et indiquer l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque service. Contrairement aux services de coopération commerciale, il n'est pas nécessaire de préciser les produits ou les services auxquels ils se rapportent. L'article L. 441-3, III, 3^o précise que la convention écrite doit mentionner la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à l'ensemble de ces obligations.

Ces autres obligations «concourent à la détermination du prix convenu».

Les opérateurs ont le choix entre l'octroi d'une réduction de prix par le fournisseur ou l'émission d'une facture par le distributeur.

L'option entre réduction du prix et rémunération des autres obligations n'est pas neutre du point de vue fiscal. En droit fiscal, les stocks sont strictement évalués à leur coût de revient, c'est-à-dire au prix d'achat minoré des remises, rabais commerciaux et escomptes, sans que les prestations de services facturées par le distributeur, qu'il s'agisse de coopération commerciale ou de services distincts aujourd'hui englobés dans les autres obligations, ne puissent venir minorer la valeur du stock, sous peine de réintégration

dans la valorisation du stock, et donc dans le bénéfice imposable, avec pénalités, le cas échéant, en cas de contrôle.

Enfin, la rémunération et les réductions de prix ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la valeur des obligations. L'article L. 441-3 précise, dès son premier alinéa, que la négociation commerciale doit être menée dans le respect des articles L. 442-1 à L. 442-3. Or, le premier sanctionne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

F. Clause de renégociation

Le prix convenu est en théorie figé pour la durée de la convention (sauf à considérer et à convenir que le fournisseur est en droit de le modifier unilatéralement, sans en abuser et en étant en mesure de le justifier, conformément à la position de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et au droit commun des contrats).

A RETENIR

Le prix peut être modifié par un avenant au contrat, négocié par les parties, mais cette solution risque en pratique d'être rejetée par l'une ou l'autre des parties. Pour tenir compte de cette difficulté et de la situation particulière des produits dont le coût est très dépendant des fluctuations de prix des matières premières agricoles et alimentaires, le législateur a imposé à l'article L. 441-8 du Code de commerce que certains contrats contiennent, sous peine d'amende administrative, une clause de renégociation du prix qui doit permettre de prendre en considération ces fluctuations «à la hausse comme à la baisse». La loi EGalim du 30 octobre 2018 a complété ces dispositions en précisant que peuvent désormais être concernés par les fluctuations de prix non seulement les matières premières agricoles et alimentaires, mais également tout produit agricole et alimentaire figurant sur une liste fixée par décret.

La clause doit préciser les conditions de déclenchement de la renégociation et faire nécessairement référence à un ou plusieurs indices publics des prix des produits agricoles ou alimentaires. Des accords interprofessionnels ainsi que l'observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires peuvent proposer aux parties des indices publics, ainsi que les modalités de leur utilisation en vue de déclencher la renégociation.

Le législateur impose que la renégociation soit conduite de bonne foi, dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires, et dans le délai contractuellement prévu, ramené à un mois maximum par la loi EGalim. La répartition des économies ou des surcoûts liés aux fluctuations de prix devra être «équitable». Un compte rendu de cette négociation devra être établi, dont les modalités seront fixées par décret (art. L. 441-8, al. 3, *in fine*).

La loi EGalim prévoit les conséquences de l'échec des négociations : faute d'accord au terme du délai d'un mois, il sera fait application de l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime sans que le contrat puisse prévoir un autre dispositif de médiation. Le texte organise une procédure devant le médiateur des relations commerciales agricoles, qui, en cas d'échec, pourra être suivie de la saisine du juge des référés du tribunal com-

pétent, qui devra se prononcer sur le fondement des recommandations du médiateur.

Cette disposition, qui poursuit une intention louable, alourdit considérablement le formalisme imposé aux entreprises.

Le fait de ne pas prévoir dans les contrats qui y sont soumis une clause de renégociation conforme aux exigences de l'article L. 441-8 du Code de commerce, de dépasser le délai de deux mois pour la renégociation, de ne pas établir de compte rendu de celle-ci ou de porter atteinte aux secrets de fabrication ou au secret des affaires est passible d'une amende administrative de 75 000 euro pour une personne physique et de 375 000 euro pour une personne morale, prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 470-2. Le maximum de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Cette nouvelle obligation ne manquera pas de soulever de nombreuses difficultés d'interprétation et d'application. Pour éviter tout risque, ou tout au moins tenter de le limiter, les entreprises devront être très attentives à la rédaction de la clause de renégociation.

SECTION 3

Facturation

Le non-respect des dispositions de l'article L. 441-9 relatives à la délivrance de la facture et aux mentions obligatoires est désormais puni d'une amende administrative qui ne peut excéder 75 000 euro pour une personne physique et 375 000 euro pour une personne morale, maximum qui peut être porté respectivement 150 000 euro et 750 000 euro en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est compétente pour prononcer cette amende.

Avant la réforme introduite par l'ordonnance du 24 avril 2019, la violation en connaissance de cause de la réglementation relative à la facturation engageait la responsabilité pénale de son auteur.

La substitution de sanctions administratives aux sanctions judiciaires, ici pénales, fait débat. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance 2019-359 apporte d'intéressantes justifications à cette réforme des sanctions en faisant valoir que le texte, sanctionné jusqu'à présent par une amende pénale de 75 000 euro ne donne lieu le plus souvent qu'à des transactions ou à des suites pédagogiques et qu'en 2017, 115 dossiers ont fait l'objet d'une transaction, 35 d'un jugement et 10 d'un arrêt. Il justifie le passage aux sanctions administratives par la volonté de dépénalisation des pratiques restrictives de concurrence entamée par la loi Hamon afin d'accroître le caractère dissuasif des sanctions en renforçant leur effectivité. Il est vrai que notre système de procédure et de sanction pénale n'est pas adapté au droit de la concurrence de manière générale. Les délais sont beaucoup trop longs, le droit pénal par essence trop strict et les peines souvent inadaptées. Néanmoins, comme cela a déjà été évoqué pour les CGV, le fait que le même organe instruit, poursuit et sanctionne est difficile à justifier et il serait nettement plus approprié que l'Administration poursuive les entreprises auxquelles elle

reproche une facturation irrégulière devant les tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

L'inexactitude ou l'omission sur les factures ou documents qui en tiennent lieu sont également l'objet de sanctions fiscales. L'article 1737 CGI permet aux agents des impôts de condamner à une amende de 15 euro par omission ou inexactitude les assujettis. On citera parmi les mentions soumises à cette sanction celles relatives à la date de la facture et son numéro, au nom du vendeur ou du prestataire, à la quantité, la dénomination précise, au prix unitaire HT, à la TVA. Fait également l'objet de sanctions fiscales sur le fondement de ce texte le fait de travestir ou dissimuler l'identité ou l'adresse du fournisseur ou du client, ou d'accepter une identité fictive (amende égale à 50 % du montant de la transaction).

Enfin, alors qu'aucune conséquence civile n'est attachée au non-respect des dispositions relatives à l'obligation de facturation, le texte est souvent invoqué devant les juridictions civiles, afin d'échapper au paiement de factures non conformes. Toutefois, le non-respect de ces dispositions ne permet pas de faire obstacle à une demande de paiement.

PLAN

Le droit de la facturation impose que :

- le vendeur délivre une facture conforme ;
- l'acheteur réclame une facture conforme ;
- la délivrance de la facture soit immédiate ;
- certaines conditions de forme soient respectées.

I. Obligation du vendeur de délivrer une facture conforme

PLAN

Le champ d'application de l'obligation de facturation du vendeur peut se définir dans trois dimensions :

- *ratione personae* ;
- *ratione materiae* ;
- *ratione loci*.

A. Champ d'application *ratione personae*

«Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle fait l'objet d'une facturation» (art. L. 441-9 C. com.). L'obligation de facturation pèse sur les personnes agissant dans le cadre d'une activité professionnelle.

A RETENIR

La facture doit donc être établie uniquement lors des transactions entre des professionnels (industriels, commerçants, artisans, prestataires de services), sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les sociétés appartiennent ou non à un même groupe.

Sont exclus les intermédiaires qui agissent au nom et pour le compte d'un mandant sans intervenir à l'acte. Tel n'est pas le cas de l'agent commercial ou du commissionnaire de transport, qui, en tant que prestataires de services, sont soumis à l'obligation de facturation. Une centrale d'achat est également tenue d'établir une facture dès lors qu'en achetant en son nom pour le compte de ses adhérents, elle est l'unique vendeur des marchandises à l'égard de ces derniers.

Les particuliers ne sont pas en principe tenus d'établir une facture à moins que les ventes faites à des professionnels dans le cadre de leur activité «ne revêtent un caractère significatif par leur quantité et par leur répétition».

B. Champ d'application *ratione materiae*

Les règles de concurrence s'appliquent «à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques» (art. L. 410-1 C. com.). Aussi, l'obligation d'établir une facture concerne-t-elle toutes les opérations de vente ou d'achat de produits, en l'état ou transformés, et toutes les prestations de services, accomplies par une personne privée ou par une personne publique, sous réserve de dispositions spécifiquement applicables à celle-ci (règles de la comptabilité publique et Code des marchés publics, notamment). Ainsi, un concessionnaire de marchés communaux est soumis à l'obligation de facturation pour les prestations de mise à disposition de matériel aux usagers.

A RETENIR

Si l'obligation de facturation concerne toutes les ventes ou achats de produits ou prestations de services, elle ne concerne que ces opérations.

Les actes juridiques, tels que la cession d'un droit au bail, sont exclus de son champ d'application. Il en va de même du contrat de dépôt-vente. L'article L. 441-9 précise en son alinéa 2 que «le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation de services». Or, dans le cadre du dépôt-vente, la propriété n'est pas transférée du fournisseur au dépositaire, qui reçoit uniquement dépôt avec mandat de vendre. La vente étant effectuée pour le compte du fournisseur par le dépositaire, aucune facture n'est exigée du fournisseur. Enfin, lorsqu'il revend la marchandise, le dépositaire n'est pas le débiteur de l'obligation de facturation.

Les ventes aux consommateurs n'entrent pas dans le champ d'application de l'article L. 441-9. La Cour de cassation a toutefois estimé, dans une décision isolée, qu'un constructeur de maison individuelle est soumis à l'obligation de délivrer une facture conforme lorsqu'il contracte avec des particuliers.

C. Champ d'application *ratione loci*

Les dispositions de l'ancien article L. 441-3 étant sanctionnées pénalement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, la facturation s'imposait à toutes les activités réalisées sur le territoire français, car la loi pénale française s'applique aux infractions commises sur le territoire de la République (art. 113-2 C. pén.). Ainsi, la Cour de cassation avait estimé que l'ordonnance de 1986 s'applique aux produits achetés en France, même s'ils doivent être distribués ou revendus à l'étranger. De même, il a été jugé que l'importateur français doit exiger de son fournisseur étranger l'établissement d'une facture conforme aux dispositions de l'ancien article L. 441-3 du Code de commerce. Le nouvel article L. 441-9 ne sanctionne plus pénalement le non-respect des règles relatives à la facturation, qui fait désormais l'objet d'une sanction administrative.

A RETENIR

Toutefois, les sanctions administratives étant soumises aux principes applicables en droit pénal, le champ d'application *ratione loci* de l'article L. 441-9 devrait demeurer identique à celui de l'ancien article L. 441-3 : les règles de facturation s'appliquent à toutes les activités ayant lieu sur le territoire français.

II. Obligation de l'acheteur de réclamer une facture conforme

A RETENIR

L'article L. 441-9 du Code de commerce impose non seulement une facturation pour tout achat de produits ou toute prestation de services, mais aussi l'insertion de l'ensemble des mentions obligatoires. Il précise que le vendeur doit délivrer la facture et que l'acheteur doit la réclamer.

La question de l'imputabilité du non-respect des règles de facturation a toujours été discutée. Doit-on reprocher l'irrégularité dans la rédaction de la facture au seul vendeur ou prestataire de services qui en est l'auteur ou peut-on également l'imputer à l'acheteur ou au client qui a reçu la facture litigieuse et s'est abstenu de demander une facture conforme ? Malgré les hésitations de la jurisprudence, la réponse est invariablement extensive. Sous l'empire de la réglementation tarifaire antérieure à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la Cour de cassation avait déjà considéré que les textes relatifs à la facturation mettaient à la charge du vendeur et de l'acheteur des obligations réciproques et indivisibles. En dépit des critiques dont il a fait l'objet, notamment de la part des destinataires des factures qui ne les ont pas rédigées, le principe de responsabilité réciproque a néanmoins été confirmé par les juridictions du fond, puis par la Cour de cassation. L'achat sans facture est sanctionnable.

La Haute juridiction estime, en effet, que les dispositions «selon lesquelles tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facture mentionnant, notamment, les rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis et le montant chiffrable au moment de la vente, s'imposent indistinctement au vendeur et à l'acheteur, tenus à des obligations complémentaires et réciproques». La jurisprudence a par la suite précisé les contours de l'obligation de l'acheteur. Il doit

exiger une facture conforme aux prescriptions légales et ne peut se borner à la réclamer. Ainsi, le fait, pour un acheteur, de préciser dans ses conditions générales d'achat que les fournisseurs doivent se conformer à la réglementation en vigueur ne lui permet pas d'échapper à toute sanction, à défaut d'acte positif, telle une mise en demeure enjoignant le respect de ces règles.

La détermination de la qualité d'acheteur se révèle parfois délicate. En principe, celui qui a la maîtrise de la facturation endosse la responsabilité du manquement. La Cour de cassation a ainsi estimé qu'un chirurgien est tenu de réclamer une facture conforme lorsqu'il achète des prothèses, même si elles sont destinées à ses patients, dès lors qu'il lui incombe, en tant que professionnel, d'opérer le choix du matériau. Elle a, au contraire, considéré que l'adhérent d'une centrale d'achat ne peut être sanctionnée pour avoir accepté une facture non conforme. De même, lorsque les produits sont directement facturés aux distributeurs, le directeur d'une centrale de référencement n'est pas soumis à l'obligation de réclamer une facture conforme.

La Cour de cassation a par ailleurs précisé que l'obligation de l'acheteur n'est pas contraire au principe de libre circulation des marchandises.

III. Obligation de délivrance immédiate de la facture

A RETENIR

La facture est remise dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de services au sens de l'article 289, I, 3 du Code général des impôts.

L'ordonnance du 24 avril 2019 consacre pleinement l'harmonisation entre les règles du Code de commerce et celles du Code général des impôts puisque le nouvel article L. 441-9 indique expressément que la facture est délivrée dès la réalisation de la livraison ou de la prestation de services «au sens du 3 du I de l'article 289 du code général des impôts». L'article 5, III, de l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que «les dispositions de l'article L. 441-3 du Code de commerce relatives aux factures restent applicables dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, aux factures émises avant le 1^{er} octobre 2019».

IV. Formalisme

A RETENIR

L'article L. 441-9, alinéa 3, issu de l'ordonnance du 24 avril 2019, précise que «la facture sous forme papier est rédigée en double exemplaire». Elle doit être conservée par l'acheteur et le vendeur. Toutefois, le développement de l'informatique a donné naissance à un nouveau mode de remise des factures : la transmission par échange de données informatisées. Cette facture dématérialisée peut tenir lieu de facture d'origine à certaines conditions (art. 289 CGI).

L'Administration doit avoir préalablement autorisé ce mode de transmission. Les informations portées sur la facture doivent être identiques à l'émission et à la réception et être

conservées dans l'ordre chronologique de l'émission par l'émetteur et de la réception par le récepteur. Une liste récapitulative sur papier des messages doit pouvoir être émise pour contrôler la transmission. Enfin, l'entreprise qui émet ou reçoit des factures sous forme numérique doit s'assurer qu'elles sont tenues et conservées sur support papier ou sur support informatique pendant un délai de 6 ans (art. L. 102 B LPF).

La facture doit-elle être rédigée en langue française ? La question a fait l'objet de débats. L'article 2 de la loi 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dispose en effet que «dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire». La jurisprudence initiale rendue après l'entrée en vigueur de la loi a d'ailleurs exigé la rédaction en français des factures destinées à des entreprises ou des professionnels. Dans la mesure où l'objectif de la loi sur l'emploi de la langue française est de permettre au consommateur d'exercer son choix et de faire jouer la concurrence en disposant des informations sur la qualité et le prix des biens et services dans la langue qui lui est directement compréhensible, le français, de disposer des modes d'emploi et d'instructions rédigées en français pour utiliser un matériel à bon escient et de garantir sa sécurité et celle de son entourage, l'Administration a fait une lecture plus compréhensive du texte. Elle considère que «l'obligation d'employer le français ne s'applique pas aux documents (factures par exemple) échangés par les professionnels, personnes de droit privé françaises et étrangères qui ne sont pas consommateurs ou utilisateurs finaux des biens, produits et services». Sur le plan fiscal, l'article 289, IV, alinéa 2, du Code général des impôts prévoit que «lorsqu'elle est rédigée dans une langue étrangère, le service des impôts peut, à des fins de contrôle, exiger une traduction en français».

La facture doit être conservée, sous sa forme originale ou en copie fidèle sur microfilms, bandes ou disques magnétiques, pendant trois ans à compter de la vente ou de la prestation de services. Des délais différents s'appliquent en matière fiscale et commerciale. L'Administration fiscale peut exiger la communication des pièces comptables pendant six ans à compter de leur établissement (art. L. 102 B LPF) ; les commerçants sont par ailleurs tenus de conserver leurs documents comptables et les pièces justificatives (factures) pendant dix ans (art. L. 123-22, al. 2, C. com.).

De manière générale, notre droit de la facturation se montre très exigeant eu égard au nombre de mentions obligatoires qu'il impose. La réforme initiée par l'ordonnance du 24 avril 2019 n'a pas allégé ce formalisme puisqu'elle ajoute au contraire deux nouvelles mentions : l'adresse de facturation si elle est différente de l'adresse des parties et le numéro du bon de commande s'il a été préalablement établi par l'acheteur.

Une ultime difficulté non résolue par la réforme réside dans le fait qu'aux mentions obligatoires du titre IV du Livre IV du Code de commerce s'ajoutent celles requises par le droit des sociétés et les règles fiscales qui ne se confondent que partiellement avec les règles commerciales et adoptent parfois des solutions différentes.

PLAN

Parmi les principales mentions obligatoires requises par l'article L. 441-9 du Code de commerce figurent :

- la dénomination précise du produit ou du service ;
- le prix unitaire hors taxe ;
- les réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services ;
- les escomptes assimilables à une réduction ;
- les conditions de règlement.

A. Dénomination précise du produit ou du service

A RETENIR

L'article L. 441-9 impose la mention sur la facture de la «dénomination précise» des produits vendus et des services rendus. La Cour de cassation a indiqué qu'il faut entendre par «dénomination précise du produit», non seulement l'identification de la nature du produit, mais aussi de ses caractéristiques (ex : catégorie de classement de fruits) qui permettent d'assurer la transparence des prix pratiqués. La marque du produit vendu ou son origine et sa catégorie doivent être indiquées.

La désignation ne doit pas être générique. Le professionnel qui commercialise des lots de produits variés doit donc détailler le contenu exact de ceux-ci. L'imprécision des mentions relatives aux produits vendus ou aux services rendus a conduit à de fréquentes condamnations à l'époque où le non-respect de la réglementation était pénalement sanctionné. Trop souvent, en effet, les entreprises se contentaient de mentions vagues du type «coopération commerciale», «mise en avant», «animation-rayon», systématiquement condamnées par le juge qui ne s'estimait pas en mesure de vérifier dans ce cas la réalité et la proportionnalité de la rémunération des services concernés. Lorsque les produits concernés sont de caractéristiques ou de nature différentes, la facture doit les individualiser en les ventilant par format et par prix. Le fait de communiquer ses conditions générales de vente à l'acheteur ne peut se substituer à l'obligation de mentionner précisément les prestations effectuées, et notamment le taux horaire, le temps passé, les fournitures et leurs prix. En effet, les factures doivent se suffire à elles-mêmes et ne peuvent être complétées par des éléments extrinsèques. De même, il a été jugé que la facture des services de coopération doit comporter la désignation précise des services rendus sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux contrats en vertu desquels ils sont rendus.

B. Prix unitaire hors taxe

A RETENIR

La facture doit mentionner le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus, y compris la contribution Eco-Emballages.

L'exigence de mention du prix unitaire des produits ou services rendus, qui peut paraître anodine, suscite parfois des difficultés. Une société informatique a ainsi été condamnée

pour infraction aux conditions de facturation parce qu'elle n'avait pas fait apparaître le prix unitaire de chaque élément d'une solution informatique vendue aux professionnels. Le prix unitaire hors taxe est le prix unitaire des produits ou des services avant toute imputation des réductions de prix éventuellement accordées par le fournisseur et non le prix final effectivement payé. Ce prix est, en application de l'article L. 410-2 du Code de commerce, librement déterminé. Les parties peuvent donc convenir, sans qu'il puisse leur en être fait grief, d'un prix supérieur à celui du marché. Par extension, aucune règle n'impose à un commissionnaire de transport de préciser, sur les factures adressées aux commettants, le montant de la marge qu'il réalise sur la prestation de transport sous-traitée.

C. Réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services

1. Réductions de prix acquises

A RETENIR

Est juridiquement acquise la réduction de prix qui constitue pour le client une créance certaine, liquide et exigible, c'est-à-dire dont l'existence est incontestable, le montant déjà chiffré et qui peut être demandée sans terme ni condition. La facture doit indiquer toutes les réductions à caractère automatique, systématique et inconditionnel accordées par le fournisseur.

Ainsi, la Chambre criminelle a affirmé que les ristournes conditionnelles, telles que les ristournes de fin d'année dont le bénéfice n'est acquis au distributeur des produits d'une marque qu'après réalisation de certains seuils de chiffre d'affaires ou d'opérations de promotion, ne peuvent être considérées comme acquises au moment de la vente tant que la condition n'est pas réalisée. Ne doivent donc pas figurer sur la facture les réductions assorties d'une condition suspensive, c'est-à-dire celles dépendant d'un événement futur et incertain. Il a été jugé que lorsque l'acheteur s'est engagé contractuellement à réaliser un objectif en contrepartie d'une réduction de prix, celle-ci doit être indiquée sur la facture puisque l'événement n'est pas incertain en raison de cet engagement. Toutefois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est revenue sur la position de la Chambre criminelle. Selon la Haute juridiction, l'article L. 441-9 du Code de commerce dispose que la facture doit mentionner toute réduction de prix acquise à la date de la vente, mais n'interdit pas d'y faire figurer également une remise conditionnelle.

2. Réductions directement liées à la vente ou à la prestation de services

A RETENIR

Au caractère acquis de la réduction de prix s'ajoute l'exigence d'un lien direct avec la vente ou la prestation de services facturée. Il s'agit notamment de rendre plus efficace la lutte contre la revente à perte, la facture constituant le document de base dans la détermination du seuil de revente à perte.

En exigeant un lien direct entre la réduction et l'opération facturée, le texte vise à empêcher la mention sur la facture des services de coopération commerciale pour abaisser directement le seuil de revente à perte. Ces accords doivent faire l'objet d'une facturation séparée émanant du distributeur. La règle permet surtout d'éviter la pratique de la

«cagnotte», consistant pour un distributeur à capitaliser des ristournes au moyen d'un prix d'achat artificiellement élevé, et à les utiliser ultérieurement, pendant une période de vente promotionnelle, pour compenser les prix de revente très bas proposés à ce moment-là à la clientèle.

D. Escomptes assimilables à une réduction

A RETENIR

Les «escomptes non prévus sur la facture» mentionnés in fine de l'article L. 441-9, 1, alinéa 4, ne doivent pas être confondus avec les conditions d'escompte de l'alinéa 5 du même article.

Il s'agit ici des escomptes assimilés à une réduction de prix, qui ne peuvent donc en principe concerner que des escomptes acquis à la date de la vente, c'est-à-dire résultant de conventions d'escompte conclues antérieurement entre l'acheteur et le vendeur et qui prévoiraient l'application automatique d'un paiement anticipé. La Cour de cassation en impose la mention sur la facture dès lors que l'acheteur s'est contractuellement engagé à un règlement anticipé par rapport aux conditions générales de vente.

E. Conditions de règlement

A RETENIR

La facture doit mentionner la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente.

Lorsque le paiement est effectué au comptant, ce mode de règlement doit figurer sur la facture. Le paiement comptant ne dispense pas d'indiquer les conditions de règlement. Les conditions de règlement comprennent :

1) **La date de règlement.** Cette mention doit figurer au recto de la facture. La date s'entend du quantième du mois, du mois et de l'année auxquels le paiement doit être réalisé. Si les paiements sont fractionnés, la date de règlement est celle à laquelle intervient le dernier paiement portant règlement définitif du prix du produit ou du service. Les échéances sont mentionnées si telle est la volonté des parties. La date de règlement est celle convenue entre les parties ; elle peut par conséquent être différente de celle figurant dans les conditions générales de vente. Le règlement est réputé réalisé à la date de mise à disposition des fonds par le client (date convenue ou date des CGV).

2) **Les conditions d'escompte.** Les conditions d'escompte correspondent à tout taux ou montant de réduction du prix en raison du paiement anticipé. Elles doivent être mentionnées sur la facture, à moins que les conditions générales de vente prévoient un règlement au comptant, c'est-à-dire le jour même de la livraison du bien ou du service, ou par virement permanent ou prélèvement automatique, empêchant tout paiement anticipé. Lorsque l'escompte est calculé selon un élément de référence, susceptible d'évoluer dans le temps, comme le taux de l'intérêt légal, la date à laquelle cet élément a été retenu doit être précisée. La date de référence pour l'application de l'escompte est celle

des conditions générales de vente. Aussi, seule la mention des conditions d'escompte pour les paiements intervenant avant cette date est-elle obligatoire. Si la date de règlement convenue entre les parties diffère de celle des conditions générales de vente, les conditions d'escompte pour les paiements effectués entre ces deux dates n'ont pas à être mentionnées sur la facture. Il en va autrement lorsque ces dates coïncident.

3) Les pénalités de retard. Les conditions dans lesquelles des pénalités sont imposées pour paiement tardif figurent obligatoirement dans les conditions de règlement. Il s'agit de la somme due en cas de paiement après la date figurant sur la facture, lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente. Leur taux est égal, sauf convention contraire, au taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majorée de dix points. Le taux minimum des pénalités de retard est fixé à trois fois le taux d'intérêt légal.

4) Le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier en cas de retard de paiement. Cette exigence transpose les dispositions de l'article 6 de la directive 2011-7 du 16 février 2011 relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Conformément à la directive, l'article D. 441-5 du Code de commerce a fixé ce montant à 40 euro.

SECTION 4

Délais de paiement

L'application des règles françaises relatives aux délais de paiement dans les rapports internationaux a toujours posé problème : faut-il appliquer les sanctions administratives prévues par le droit français en cas d'effet en France de délais de paiement non conformes aux règles françaises ou tenir compte des stipulations des parties ?

La question n'a pas été tranchée en jurisprudence mais a fait l'objet d'avis successifs, pas nécessairement cohérents, de la CEPC.

Dans la mesure où le texte est une loi de police et que des délais de paiement trop longs imposés par des clients étrangers à des fournisseurs français sont susceptibles de produire des effets négatifs en France, la CEPC a d'abord considéré qu'«en l'état du droit positif, on peut penser que les sanctions administratives qui viennent assortir le dépassement des délais impératifs de paiement pourraient être mises en œuvre dans les rapports entre un vendeur français et un acheteur étranger malgré la soumission du contrat à la loi interne d'un État étranger, notamment lorsque l'ensemble de la relation commerciale se déroule en France».

Elle s'est prononcée par la suite sur le cas inverse d'un vendeur étranger et d'un acheteur français dans l'hypothèse où la vente relève de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (CVIM). Elle a estimé que «les contrats de vente internationale de marchandises relevant de la convention de Vienne du 11 avril 1980 ne sont pas soumis au plafond des délais de paiement prévu par l'ancien article L. 441-6, I, alinéa 9, du Code de commerce», mais a atténué la portée de cette affirmation en retenant que «par l'application combinée de la convention, des principes généraux dont elle s'inspire et de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre les

retards de paiement dans les transactions commerciales, les délais de paiement convenus entre les parties ne devraient pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire traduire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages commerciaux, contraire à la bonne foi et à un usage loyal, compte tenu de la nature du produit». La solution ne devrait pas varier sous l'empire des nouveaux articles L. 441-10 à L. 441-16.

PLAN

Le droit des délais de paiement :

- définit les délais de paiement maximum ;
- détermine les pénalités de retard ;
- sanctionne les manquements à ses règles.

I. Délais de paiement maximum

L'ordonnance du 24 avril 2019 a complètement réorganisé les dispositions relatives aux délais de paiement (nouveaux art. L. 441-10 à L. 441-16 C. com.) sans pour autant modifier le régime des délais de droit commun.

Les dispositions relatives aux délais de paiement sont désormais présentées de façon beaucoup plus claire et compréhensible qu'auparavant. Alors que les règles relatives aux délais de paiement étaient jusqu'à présent éparpillées dans quatre articles différents traitant également d'autres questions, elles sont désormais regroupées en une sous-section spécifique, sans modification de fond majeure. La nouvelle sous-section aborde dans un cadre logique les dispositions générales de fond (art. L. 441-10), les dérogations relatives aux denrées périssables, au transport, aux accords dérogatoires, à l'export et à l'outre-mer (art. L. 441-11, 12 et 13), les obligations des commissaires aux comptes (art. L. 441-14), la faculté de rescrit (art. L. 441-15) et les sanctions (art. L. 441-16).

PLAN

Pour brosser un tableau d'ensemble du droit des délais de paiement, il convient de distinguer entre :

- les délais de paiement de droit commun ;
- les dérogations sectorielles ;
- les dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables ;
- les dispositions spécifiques aux marchés publics ;
- les dispositions spécifiques au transport routier de marchandises.

A. Délais de droit commun

Au-delà de leur régime légal, les délais de règlement ont fait l'objet de codes de bonne conduite, d'accords interprofessionnels encouragés par les pouvoirs publics et de rapports, préconisant leur réduction progressive. L'ensemble de ces dispositifs législatifs et interprofessionnels ont été jugés insuffisants. Les délais de paiement, en moyenne plus longs en France que dans les autres pays européens (en 2017, 74 jours contre 54 en

Allemagne, 50 aux Pays-Bas et 47 au Danemark), pèsent sur la compétitivité des entreprises qu'ils fragilisent en cas de faillite d'un acteur de la chaîne de production ou de distribution. Aussi, l'action législative au cours de ces dernières années a-t-elle régulièrement eu pour objet de réduire les délais de paiement.

A RETENIR

Le délai supplétif fixé par l'article L. 441-10, I du Code de commerce est de trente jours après la date de la réception de la marchandise ou d'exécution de la prestation demandée. Mais les parties peuvent déroger sous certaines limites à ces délais. S'agissant des plafonds des délais conventionnels, le délai de soixante jours à compter de la date d'émission de la facture constitue le principe, et celui de quarante-cinq jours fin de mois, l'exception, qui ne peut s'appliquer que si les parties l'ont expressément stipulé au contrat et à condition qu'il ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier (art. L. 441-10, I, al. 2 et 3).

Compte tenu de la sanction administrative attachée au non-respect des modalités de computation des délais de paiement, les entreprises ont intérêt à les préciser clairement dans le contrat : soixante jours à compter de la date d'émission de la facture ou quarante cinq jours à compter de la fin du mois de l'émission de la facture, ou à la fin du mois à l'expiration d'un délai de quarante cinq jours. En principe, le mode de computation doit au moins figurer dans les CGV du fournisseur.

Pour ne pas désavantager les entreprises exportatrices françaises par rapport à leur concurrentes étrangères, l'article L. 441-12 prévoit que pour les achats de biens destinés à faire l'objet d'une livraison en l'état hors de l'Union européenne, effectués en franchise de la taxe sur la valeur ajoutée en application de l'article 275 du Code général des impôts, le délai de paiement pourra atteindre quatre-vingt-dix jours à compter de la date d'émission de la facture. Néanmoins, la dérogation n'est pas applicable aux achats effectués par les grandes entreprises. En outre, le délai convenu entre les parties devra être expressément stipulé dans le contrat et ne pas constituer un abus manifeste à l'égard du créancier. Si en définitive, les biens ne sont pas exportés en dehors de l'Union, les pénalités de retard mentionnées au II de l'article L. 441-10 redeviennent exigibles.

Enfin, lorsque les parties prévoient une procédure d'acceptation ou de vérification, celle-ci ne peut avoir pour effet ni d'augmenter la durée, ni de décaler le point de départ du délai maximal de paiement, à moins que le contrat ne stipule expressément le contraire et à condition que cela ne constitue pas une clause ou pratique abusive, au sens de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 441-16 ou de l'article L. 442-1, sous peine d'amende administrative (art L. 441-10, III, C. com.).

B. Dérogations sectorielles

Afin de raccourcir les délais de paiement, le législateur a prévu que leur plafond pouvait être réduit par secteur par des accords interprofessionnels.

Des accords interprofessionnels dans un secteur déterminé pouvaient cependant définir un délai maximum supérieur à quarante-cinq jours si le dépassement était motivé par des raisons économiques objectives, spécifiques au secteur concerné et si l'accord prévoyait

une réduction progressive vers le délai légal du délai dérogatoire. La dérogation devait revêtir une durée limitée et cesser le 1^{er} janvier 2012. En application de cette disposition, trente-neuf accords ont été négociés et validés par décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Entre-temps, la directive 2011-7 du 16 février 2011 s'est substituée à la directive 2000-35. L'article 3, paragraphe 5, de la directive prévoit que «les États membres veillent à ce que le délai de paiement fixé dans le contrat n'excède pas soixante jours civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier». Ce texte, transposé par la loi 2012-287 du 22 mars 2012, a permis à la France de proroger la pratique des accords dérogatoires aux délais de paiement maximum. La dérogation est néanmoins strictement encadrée : elle ne profite qu'aux secteurs qui ont déjà fait l'objet d'accords interprofessionnels et doit être justifiée par le caractère saisonnier particulièrement marqué des produits ou prestations en cause ; l'accord interprofessionnel doit fixer des délais inférieurs à ceux prévus par les précédents accords et avoir une durée maximale de trois ans. Sept accords ont été conclus : dans le secteur du vin, du jouet, du commerce des articles de sport, des véhicules de loisir, de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie (HBJO), des agro-équipements et dans la filière du cuir.

L'ordonnance du 24 avril 2019 intègre les délais de plafond dérogatoires à l'article L. 441-11. Le texte fixe ainsi les délais de paiement pour les achats de produits alimentaires périssables, viandes congelées ou surgelées, poissons surgelés, plats cuisinés, conserves fabriqués à partir de produits périssables, de bétail sur pied et de viandes fraîches dérivées, de boissons alcooliques, de raisins et de moûts, pour le secteur de l'agroéquipement, pour les secteurs dont l'activité est quasi exclusivement saisonnière (articles de sport, équipements pour les sports de glisse sur neige), pour la filière du cuir, pour le secteur de l'horlogerie, bijouterie, joaillerie et orfèvrerie et pour le secteur des jouets. Le III de l'article L. 441-11 exige que le délai maximum soit expressément stipulé par contrat et ne constitue pas un abus manifeste du créancier. Cette exigence ne vaut que pour les secteurs mentionnés aux 6° à 10° du texte. Ne sont pas concernés les produits alimentaires et viti-vinicoles ou le transport routier. En l'absence de stipulation expresse, le délai de droit commun s'applique.

C. Dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables

Bien qu'elles figurent dans le chapitre consacré à la transparence, les dispositions relatives aux délais de paiement de certains produits alimentaires visent en réalité à lutter contre certaines pratiques abusives affectant les relations entre fournisseurs et acheteurs.

L'article L. 441-11 du Code de commerce fixe des délais de paiement inférieurs aux délais de droit commun pour certains produits, sans qu'il puisse y être dérogé contractuellement. Sous peine d'amende administrative, ces délais ne peuvent être supérieurs :

1° à trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du Code rural et de la pêche maritime ;

2° à vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la

consommation et de viandes fraîches dérivées ;

3° à trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du Code général des impôts.

D. Dispositions spécifiques aux marchés publics

Des délais de paiement maximums spécifiques existent en matière de marchés publics conclus avec l'État ou ses établissements publics administratifs, sauf exception, lorsque la personne publique est en position d'acheteur. Ils ont été fixés à 30 jours.

Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai ainsi que d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement.

E. Dispositions spécifiques au transport routier de marchandises

Pour le transport routier de marchandises, la location de véhicules avec ou sans conducteur, la commission de transport ainsi que les activités de transitaire d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

II. Pénalités de retard

A RETENIR

Les conditions de règlement, qui résultent soit directement des CGV soit de la convention après la négociation commerciale, doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et conditions d'application des pénalités pour paiement tardif, ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après l'expiration du délai. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'aucun rappel ne soit nécessaire.

Le taux minimum des pénalités de retard s'élève à trois fois le taux légal. Le taux applicable en l'absence de mention dans les CGV ou la convention des parties est le taux de la BCE majoré de dix points. Dans cette hypothèse, le taux applicable pendant le premier semestre de l'année concernée est le taux en vigueur au 1er janvier de l'année et pour le second semestre, celui en vigueur au 1er juillet.

L'indemnité forfaitaire de frais de recouvrement, qui ne s'applique qu'entre professionnels, a été fixée à 40 euro ; mais si les frais de recouvrement exposés sont supérieurs à ce montant, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification. L'indemnité s'applique à chaque facture réglée avec retard par un client à son fournisseur.

Les pénalités de retard, qui ne sont pas assimilables à une clause pénale réductible par le juge, ne peuvent être cumulées avec une telle clause dans l'hypothèse d'un non-paiement à l'échéance : en cas de conflit, les pénalités de l'article L. 441-10 doivent prévaloir dès lors que le taux prévu par la clause ne dépasse pas trois fois le taux de l'intérêt légal.

Comme les intérêts moratoires, avec lesquels elles peuvent en revanche se cumuler, les pénalités de retard peuvent être capitalisées conformément à l'article 1343-2 (ancien art. 1154) du Code civil. On a fait valoir que l'augmentation du taux des pénalités de retard demeurerait sans conséquence dès lors que les pénalités sont rarement réclamées en pratique. Selon la jurisprudence, les pénalités sont dues de plein droit même si elles n'ont pas été indiquées dans les conditions générales de vente.

Les pénalités de retard ne sont considérées comme imposables que lors de leur encaissement.

III. Sanctions

Comme dans d'autres domaines, les sanctions administratives se sont substituées aux sanctions pénales. Leur application rétroactive à des dépassements commis avant leur introduction n'a pas été jugée contraire aux droits de la défense car elles sont plus favorables aux entreprises. Les textes punissent tout manquement à la réglementation sur les délais de paiement d'une amende administrative d'un montant de 75 000 euro pour une personne physique. Le montant de 2 millions d'euro, combiné à l'absence de tout plafond en cas de cumul d'amendes administratives résultant de la nouvelle rédaction de l'article L. 470-2, VII, peut désormais conduire à l'infliction de sanctions d'un montant colossal, proprement inadmissibles dans un État de droit. En outre, jusqu'alors facultative, la publication de la décision est devenue systématique (C. com., art. L. 470-2, V). Il résulte des travaux préparatoires de la loi ayant consacré un droit à l'erreur des administrés que le non-respect des dispositions sur le délai de paiement de droit commun de 60 jours, considéré comme une erreur grossière, est de ce fait exclu du droit à l'erreur.

En vertu du nouvel article L. 411-16, les amendes administratives punissent :

- le fait de ne pas respecter les délais maximum de paiement (de droit commun et/ou dérogatoires) ;
- le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard ;
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité des pénalités de retard contraires aux spécifications de l'article L. 441-10, II ;
- le fait de ne pas respecter les modalités de computation des délais de paiement convenues entre les parties ;
- le fait d'insérer des clauses ou d'adopter des pratiques qui ont pour effet de retarder abusivement le point de départ des délais de paiement.

Le montant de l'amende encourue est porté à 150 000 euro pour une personne physique et 4 millions d'euro pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

La sanction est prononcée par la DGCCRF dans les conditions prévues à l'article L. 470-2 du Code de commerce. Les contestations doivent être portées devant le juge administratif.

Il serait cependant nettement plus approprié que l'Administration poursuive les entreprises auxquelles elle reproche des irrégularités devant les tribunaux de commerce qui ont démontré leur capacité à juger rapidement et de manière efficiente les pratiques abusives poursuivies par la DGCCRF.

De façon générale, s'agissant de la refonte globale de notre droit de la négociation commerciale opérée par l'ordonnance du 24 avril 2019, il n'y a rien à redire quant à la réorganisation et à la clarification des règles relatives aux délais de paiement. Les axes d'amélioration sont plutôt à rechercher dans la pratique des contrôles et des sanctions. L'expérience montre que les contrôles se sont multipliés et qu'ils peuvent aboutir à des amendes pouvant faire l'objet de publications très préjudiciables pour l'image des entreprises alors que les entreprises en cause affichent des taux de paiement dans des délais exemplaires, supérieurs à 95 % par exemple. Il conviendrait de partir du principe que la recherche d'un taux de paiement dans les délais à 100 % est illusoire et qu'il n'est pas équitable de sanctionner, même par des amendes limitées, des entreprises qui affichent des taux de paiement dans les délais très importants, d'autant plus que les retards résiduels sont en général dus à un envoi tardif des factures par les fournisseurs, la responsabilité de l'acheteur étant alors mise en cause parce qu'il aurait omis de relancer ses fournisseurs défaillants. Or, il faut garder à l'esprit que le service en charge du traitement des factures n'est bien souvent pas en mesure de connaître la date précise à laquelle la facture doit être émise par le fournisseur, et qu'il n'est jamais en mesure de savoir à l'avance que le fournisseur adressera sa facture avec retard.

Comme toutes les sanctions administratives prononcées par l'Administration elle-même qui se sont substituées aux sanctions judiciaires prononcées par le juge civil ou pénal à la suite d'une procédure engagée par l'Administration, les sanctions administratives des délais de paiement posent un problème en soi dès lors que le même organe instruit, poursuit et sanctionne, comme l'a fait observer à juste titre la doctrine. La fréquence des contrôles des délais de paiement et l'importance des sanctions prononcées ont conduit certaines entreprises à contester la validité des sanctions administratives des délais de paiement, mais leurs arguments sont quasiment toujours rejetés par la jurisprudence administrative. Ne constituent pas des fait justificatifs ou des circonstances atténuantes le fait que l'auteur du retard de paiement soit lui-même confronté à des dépassements de délais de la part de ses propres clients, ou qu'une partie des factures litigieuses n'aient été réglées qu'avec un très léger retard de paiement.

SECTION 5

Règles spécifiques aux produits agricoles périssables

Comme l'expose le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019, la réforme du titre IV du Livre IV entrée en vigueur le 26 avril 2019 a également pour but de clarifier les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires en créant un nouveau chapitre III dans le titre IV du Livre IV du Code de commerce au sein duquel ont été regroupées sinon toutes, du moins la plupart des dispositions spécifiquement applicables aux produits agricoles et alimentaires. Cette réorganisation a pour objet de permettre aux opérateurs des secteurs concernés d'identifier les

obligations relatives au formalisme contractuel et aux pratiques qui leur sont applicables.

L'objectif n'est que partiellement atteint puisque bon nombre de règles figurent au sein du Code rural et de la pêche maritime et que les dispositions relatives aux conventions écrites et aux délais de paiement demeurent régies par les chapitres I et II du titre IV du Livre IV.

Le chapitre III consacré aux produits agricoles et alimentaires comprend une succession d'articles très techniques.

L'article L. 443-4 définit les règles relatives aux indicateurs à prendre en considération dans les CGV et les conventions portant sur des produits agricoles ou alimentaires qui comportent un ou plusieurs produits agricoles.

Cette disposition est politiquement très importante même si sa mise en œuvre risque de s'avérer difficile, car elle impose un formalisme extrêmement lourd. Le texte vise à s'assurer que tout au long de la chaîne contractuelle, de l'agriculteur au distributeur final, il est tenu compte des indicateurs qui permettent de fixer le prix et sont mentionnés à l'avant dernier alinéa du III de l'article L. 631-24 du Code rural et de la pêche maritime ainsi qu'aux articles L. 631-24-1, L. 631-24-2 et L. 631-24-3.

Pour les produits agricoles ou les produits alimentaires comportant un ou plusieurs produits agricoles, les indicateurs doivent, lorsqu'ils existent, faire l'objet d'une référence et d'une explicitation de la manière dont il en est tenu compte pour la détermination du prix dans :

- les CGV ;
- la convention écrite de droit commun ;
- la convention MDD portant sur la conception et la production de produits alimentaires répondant aux besoins particuliers de l'acheteur et vendus sous marque distributeur ;
- et la convention produits agricoles périssables.

L'article L. 441-2-2 modifié par l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que tout manquement à l'interdiction de bénéficier de remises pour l'achat de fruits et légumes frais est passible d'une amende administrative de 15 000 euro pour une personne physique et de 75 000 euro pour une personne morale, montants doublés en cas de récidive dans les deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

L'on peut légitimement s'interroger sur la compatibilité de la loi avec le droit européen dans la mesure où elle paraît s'appliquer non seulement aux fruits et légumes produits en France mais aussi aux produits importés et pourrait constituer une mesure d'effet équivalent : elle empêche les exportateurs européens de fruits et légumes de consentir des rabais aux distributeurs français et de concurrencer les producteurs nationaux. On rappellera, à propos du prix du livre fixé par l'éditeur, que la loi Lang n'a été jugée compatible avec le principe de libre circulation des marchandises que parce qu'elle ne s'appliquait pas aux livres importés ou réimportés. En outre, l'exception relative aux conditions de vente prévue par l'arrêt Keck et Mithouard ne semble pas applicable dès lors que le prix ne se

rattache pas de façon évidente à la condition des produits ou aux modalités de vente. Enfin, la mesure, même si elle a été édictée pour la protection du monde rural, apparaît disproportionnée par rapport à l'objectif à atteindre. Il n'est pas certain que l'interdiction de tous rabais, remises ou ristournes dans un secteur apporte aux opérateurs concernés la protection recherchée. Elle présente en revanche des inconvénients majeurs, notamment celui de ne pouvoir récompenser autrement que par la négociation du prix les économies d'échelle liées à l'importance des volumes achetés. Or, la négociation d'un prix en fonction du volume s'avère infiniment plus complexe que celle d'un rabais de quantité.

Le dispositif de la convention écrite ne concerne pas les produits agricoles périssables. L'article L. 443-2 prévoit la rédaction d'un contrat écrit comprenant les engagements de volumes, les modalités de détermination du prix, et la fixation d'un prix, ainsi que les avantages tarifaires consentis au distributeur. Certains agriculteurs bénéficient ainsi d'un régime de faveur en vue de les protéger contre la demande de réductions de prix ou de services sans contrepartie. Sont visés par ce régime spécifique :

- les fruits et légumes, à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus à l'état frais au consommateur ;
- les miels ;
- les œufs ;
- et les viandes fraîches, congelées ou surgelées de volailles et de lapins.

Le législateur a prévu que pour l'ensemble de ces produits, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de réductions de prix ou prévoir la rémunération de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, ou de services ayant un objet distinct, qu'à la condition qu'ils aient été stipulés dans un contrat écrit portant sur la vente des produits par le fournisseur. Ce contrat écrit doit impérativement contenir des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités et des services concernés et à la fixation d'un prix. Il mentionne les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier.

L'article L. 443-2, III punit tout manquement à ces règles d'une sanction administrative de 15 000 euro pour une personne physique et 75 000 euro pour une personne morale.

CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives

SECTION 1

Abus de dépendance

SOUS-SECTION 1

Typologie

I. Obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné

II. Soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif

- A. Conditions de l'incrimination
- B. Typologie de clauses et de comportements

III. Rupture brutale de relations commerciales établies

- A. Champ d'application
- B. Relation commerciale établie
- C. Rupture
- D. Caractère brutal de la rupture
- E. Sanctions

IV. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau

V. Clauses ou contrat nuls de plein droit

- A. Remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs
- B. Clause du client le plus favorisé

SOUS-SECTION 2

Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance

I. Action en responsabilité

- A. Intérêt à agir
- B. Compétence
- C. Spécialisation des juridictions
- D. Référé

II. Action en cessation ou en nullité

- A. Action en cessation
- B. Action en nullité

III. Action du ministre de l'Économie

- A. Pouvoirs d'action
- B. Soumission aux règles de la procédure civile

IV. Action du président de l'Autorité de la concurrence

SECTION 2

Autres abus de dépendance

I. Pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires

II. Enchères inversées à distance

SECTION 3

Revente à perte

I. Prohibition

- A. Champ d'application
- B. Élément matériel : le seuil de revente à perte
- C. Élément intentionnel
- D. Compatibilité avec le droit européen

II. Exceptions

- A. Exception d'alignement
- B. Produits à caractère saisonnier
- C. Produits périssables
- D. Produits démodés
- E. Baisse des cours
- F. Ventes volontaires ou forcées
- G. Soldes

III. Responsabilité pénale

- A. Imputation
- B. Sanctions pénales
- C. Action de la partie civile

IV. Responsabilité civile

SECTION 4

Prix imposés

I. Typologie

- A. Imposition de prix conseillés
- B. Prix maximum inférieur au seuil de revente à perte
- C. Clauses de prix imposés

II. Sanctions

SECTION 5

Paracommercialisme

III. Typologie

- A. Pratiques paracommerciales des organismes à vocation non commerciale
- B. Utilisation irrégulière du domaine public

IV. Sanctions

CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives

Les règles relatives à la transparence tarifaire assurent aux opérateurs économiques une meilleure information sur les prix et les conditions de vente. Elles permettent également aux industriels et commerçants d'organiser librement leurs relations, dans le respect, toutefois, de prescriptions légales non dénuées d'un certain formalisme destiné à garantir la loyauté des transactions. Cette loyauté est assurée parallèlement par le droit des pratiques restrictives. Ces dispositions sont dominées par le principe d'égalité dans la concurrence. Selon cette conception qui domine encore largement le droit positif français, un fournisseur ou un acheteur ne doit pas être désavantagé dans la concurrence par rapport à un autre fournisseur ou acheteur se trouvant dans une situation identique, ni être victime de l'état de dépendance dans lequel il se trouve à l'égard de son partenaire commercial. Les relations commerciales doivent être loyales et équilibrées. La revente à perte et la pratique d'un prix minimum sont par conséquent interdites sous peine de sanctions ; les abus de dépendance engagent la responsabilité civile de leur auteur. Enfin, la loyauté de la concurrence implique un contrôle de certaines formes de paracommercialisme. En revanche, le refus de vente et de prestations et les pratiques discriminatoires ne sont plus prohibés *per se* en droit français.

PLAN

Les «pratiques restrictives» au sens de la loi recouvrent :

- les abus de dépendance ;
- les «autres» abus de dépendance ;
- la revente à perte ;
- les prix imposés ;
- le paracommercialisme.

SECTION 1

Abus de dépendance

La sanction de l'abus de dépendance économique sur le fondement des pratiques anti-concurrentielles (art. L. 420-2) ayant révélé ses limites, il est apparu nécessaire de créer des cas d'abus de dépendance, prohibés *per se* et sanctionnés civilement. Bien que le texte soit aussi susceptible de s'appliquer aux relations que les producteurs entretiennent avec leurs propres fournisseurs, il visait essentiellement à sanctionner certains abus de puissance d'achat, tels que le déréférencement ou le non-référencement abusifs, dont sont parfois victimes les fournisseurs de la part de certains grands distributeurs ou de leurs centrales, tenant ainsi compte de l'évolution des relations commerciales, caractérisée par un renversement du rapport de forces traditionnel entre fournisseurs et distributeurs au profit de ces derniers. L'efficacité de ces dispositions a été très limitée dans la mesure où les fournisseurs, en situation de faiblesse, n'ont souvent d'autre choix que d'accepter les conditions qui leur sont imposées pour assurer le maintien de leurs débouchés.

Une suite de réformes successives a abouti à un texte complexe qui comportait treize cas d'abus de dépendance réprimés *per se* (sans compter les abus de dépendance dans

le domaine agricole) et cinq clauses noires. En pratique, l'efficacité de ces dispositions était extrêmement variable. Si la rupture de relations commerciales établies a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, certains abus de dépendance n'ont le plus souvent été appliqués que dans le cadre d'actions intentées par l'Administration alors que d'autres n'ont pratiquement jamais été invoqués.

L'ordonnance du 24 avril 2019 prise en application de la loi EGalim du 30 octobre 2018 simplifie le régime des abus de dépendance. Le nouvel article L. 442-1, I ne conserve que deux pratiques chapeaux : «l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie» (1°) et le déséquilibre significatif (2°). Viennent ensuite quatre comportements spécifiques :

- la rupture brutale de relations commerciales établies (art. L. 442-1, II) ;
- l'interdiction de revente hors réseau (art. L. 442-2) ,
- la possibilité de bénéficier rétroactivement de remises, ristournes ou d'accords de coopération commerciale (art. L. 442-3, a) ;
- la possibilité de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (art. L. 442-3, b)).

Si, conformément au souhait de la doctrine, le déséquilibre significatif semble constituer le pivot du droit des pratiques abusives, notamment grâce à la suppression de toute référence au partenariat commercial, le Gouvernement a maintenu des comportements abusifs sans lien avec la soumission, comme l'interdiction de la participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau, ou l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou assorti d'une contrepartie disproportionnée. Selon le rapport au Président de la République sur l'ordonnance 2019-359, les abus de dépendance qui ne sont plus visés pourront toujours être sanctionnés sur l'un ou l'autre des fondements plus généraux. En effet, l'article L. 442-1 appréhende les comportements abusifs de la négociation à l'exécution du contrat.

Le droit des relations commerciales établies avait par ailleurs besoin d'être clarifié pour mettre fin à des dérives jurisprudentielles souvent sources d'insécurité juridique. Il était notamment souhaitable que le délai de préavis soit plafonné. L'article L. 442-1, II tient compte en partie de ces demandes et précise qu'un préavis de 18 mois exonère la partie qui met fin à la relation de sa responsabilité pour rupture de relations commerciales établies sans préavis suffisant.

L'article L. 442-4 relatif aux actions en cas d'abus de dépendance permet enfin aux victimes de formuler les mêmes demandes que le ministre de l'Économie, à l'exception de l'amende civile, dont le plafond est fixé au plus élevé des montants suivants : 5 millions d'euro, le triple du montant des prestations et/ou avantage indûment perçus, 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.

Il retient pour les comportements qu'il prohibe la responsabilité de toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de services pour un préjudice causé dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat. La question se pose toutefois de savoir quelles sont les personnes qui pourraient invoquer ce texte. Les professions libérales, notamment, sont-elles exclues de son champ

d'application ? Selon une jurisprudence dominante, les professions libérales réglementées ne sont généralement pas autorisées à pratiquer des actes de commerce et les règles relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies ne leur sont donc pas applicables au moins pour la partie non commerciale de leur activité. L'article L. 442-1, II du Code de commerce issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 faisant référence à la notion de «relation commerciale établie», la jurisprudence antérieure qui excluait les professions libérales du champ d'application du droit de la rupture des relations commerciales, au moins pour la partie de leur activité non commerciale, devrait continuer de s'appliquer. En revanche l'incertitude demeure pour les dispositions relatives à l'obtention d'un avantage disproportionné ou au déséquilibre significatif. Dans son rapport au Président de la République, le Gouvernement précise que la notion d'«autre partie» permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée au cocontractant dans le cadre d'une activité de production, de distribution ou de services.

Enfin, la directive 2019/633 du 17 avril 2019 relative aux pratiques commerciales déloyales dans le secteur agroalimentaire pourrait donner lieu à de nouvelles retouches du droit de la négociation commerciale d'ici le 1er mai 2021. En effet, alors que le droit français vient d'opter pour une approche globale des pratiques abusives, regroupées sous deux incriminations chapeaux en lieu et place des treize précédemment sanctionnées, la directive réintroduit un système de liste de pratiques prohibées *per se* ou autorisées sous conditions, plutôt qu'une définition générale des pratiques commerciales déloyales. Le besoin d'harmonisation ne concernera que les pratiques imposées par les acheteurs aux fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, ce qui nécessitera d'établir de nouvelles distinctions au sein des règles françaises, à moins que le législateur français ne décide, ce qui apparaît peu probable, d'étendre l'application des règles protectrices à l'ensemble des secteurs de l'économie française. La directive est d'harmonisation minimale : les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des règles assurant un niveau de protection plus élevé aux fournisseurs (art. 9). Elle définit plusieurs fourchettes de chiffres d'affaires susceptibles de traduire une disproportion du pouvoir de négociation entre acheteurs et fournisseurs. Le plafond de protection de ces derniers est fixé à 350 millions d'euro de chiffre d'affaires (art. 1er, paragr. 2). Pour bénéficier de la protection, il suffit que l'une au moins des deux parties soit établie dans l'Union. La directive dresse une liste noire et une liste grise de pratiques commerciales déloyales. Les premières sont interdites *per se*, les secondes uniquement si elles ne sont pas préalablement stipulées en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté dans l'accord de fourniture ou dans tout accord ultérieur entre le fournisseur et l'acheteur.

Parmi les pratiques interdites *per se*, on peut citer :

- l'interdiction des délais de paiement excédant 30 jours pour les produits agricoles ou alimentaires périssables ou 60 jours pour les produits non périssables ; si ces délais semblent conformes à ceux déjà prévus par les articles L. 441-10 et L. 441-11 du Code de commerce, leurs points de départ diffèrent ;
- l'interdiction des annulations de commandes de produits agricoles et alimentaires périssables à bref délai ; la modification unilatérale des conditions contractuelles ; le transfert des risques de la perte ou de la détérioration de la chose au fournisseur ; la menace de représailles commerciales à l'encontre d'un fournisseur qui exerce ses

droits contractuels ou légaux ; ces pratiques tombent sous le coup de l'actuel article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, qui sanctionne le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, mais le texte français exige la preuve d'une soumission ou tentative de soumission ainsi que celle d'un déséquilibre alors que le droit de l'Union les prohibe per se ;

- l'imposition de paiements qui ne sont pas en lien avec la vente des produits du fournisseur ; une telle pratique relève de l'actuel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, qui prohibe l'obtention d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie.

Les pratiques interdites si elles ne sont pas préalablement convenues en termes clairs et dépourvues d'ambiguïté dans l'accord entre l'acheteur et le fournisseur relèveraient de l'article L. 442-1, I, 1°, telles que les demandes, par le fournisseur, de paiement i) du stockage, de l'exposition, du référencement ou de la mise à disposition de ses produits ; ii) de la publicité faite par l'acheteur pour les produits du fournisseur ; iii) de la commercialisation de ses produits ; iv) des frais de personnel affectés à l'aménagement des locaux utilisés pour la vente des produits du fournisseur. En effet, la plupart de ces fonctions ne se distinguent pas de l'achat-vente et ne devraient pas être facturées par l'acheteur. Le texte européen vise également le renvoi gratuit des invendus au fournisseur, pratique susceptible de tomber sous le coup de l'interdiction du déséquilibre significatif.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les types d'abus de dépendance ;
- les actions ouvertes en cas d'abus de dépendance.

SOUS-SECTION 1

Typologie

PLAN

Depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, les abus de dépendance recouvrent :

- l'obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné ;
- la soumission ou la tentative de soumission à un déséquilibre significatif ;
- la rupture brutale de relations commerciales établies ;
- la participation à l'interdiction de revente hors réseau ;
- les clauses nulles de plein droit.

I. Obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné

A RETENIR

Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la contrepartie consentie engage la responsabilité de son auteur (art. L. 442-1, I, 1^o). La coopération commerciale constitue le terrain d'élection de cette pratique abusive.

Tenant compte de la jurisprudence, l'ordonnance du 24 avril 2019 a étendu le texte au-delà de la coopération commerciale, aux réductions de prix ainsi qu'à tout avantage.

Pour constituer une contrepartie, le service rendu doit présenter une véritable utilité pour le fournisseur, et non seulement pour le distributeur et ne pas avoir déjà été facturé par ailleurs. Lorsqu'il est conforme à l'intérêt commun des parties, le juge doit s'assurer de la contribution de chacun à son financement. Le distributeur doit démontrer la réalisation effective du service, la preuve contraire pouvant résulter de son absence de définition ou de l'imprécision de celle-ci.

La preuve d'une disproportion manifeste entre l'avantage et sa contrepartie doit être établie. La Cour de cassation a estimé, sous l'empire de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, que le texte a défini de manière claire, précise et non ambiguë le comportement qu'il vise, sans qu'il soit possible de faire valoir qu'il ne permet pas aux parties de savoir par avance quand la rémunération du service sera considérée comme manifestement disproportionnée. Le faible montant de la rémunération de services de coopération commerciale peut ainsi exclure l'obtention d'un avantage dénué de contrepartie. Toutefois, si la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par le distributeur sur le ou les produits concernés par une action de coopération commerciale ou l'absence de progression significative des ventes pendant cette période de référence peuvent constituer des éléments d'appréciation, elles ne peuvent à elles seules constituer la preuve de la disproportion manifeste, les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale n'étant pas tenus à une obligation de résultat. A l'inverse, selon la Cour d'appel de Paris, même l'augmentation du chiffre d'affaires des fournisseurs concernés ne suffirait pas à démontrer la réalité du service facturé par le distributeur. L'appréciation doit être globale : l'on ne saurait pointer le caractère disproportionné de la rémunération d'un service lorsque celui-ci n'est pas représentatif de l'ensemble des prestations facturées. La disproportion peut en revanche s'établir en comparant la rémunération versée au distributeur avec celle facturée par des tiers pour des services similaires ou au regard de la différence des taux appliqués pour le même service selon les fournisseurs.

L'exercice de l'action qui tend à sanctionner l'obtention d'un avantage sans contrepartie n'est pas subordonné à la preuve d'un mouvement de fonds du fournisseur au distributeur : l'avantage peut être consenti en nature. De même, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un vice du consentement ou d'une quelconque pression exercée sur le fournisseur, même si l'absence de dépendance d'un partenaire envers l'autre et la preuve d'une réelle négociation sont susceptibles d'exclure l'application du texte.

Le distributeur qui a obtenu de ses fournisseurs des rémunérations manifestement dis-

proportionnées devra rembourser le trop-versé, c'est-à-dire les montants qui excèdent la valeur réelle des services rendus.

II. Soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif

L'article L. 442-1, I, 2° réprime le fait de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Après avoir été surtout employé dans le cadre d'actions de la DGCCRF contre les enseignes de la grande distribution, au point que la doctrine a pu caractériser une application duale du texte entre la grande distribution, fréquemment et sévèrement sanctionnée, et les autres acteurs économiques, faisant l'objet d'une application plus rare et surtout plus modérée, il commence à être utilisé contre les GAFAs et pourrait à terme constituer un nouvel outil de lutte contre leurs pratiques.

L'ordonnance du 24 avril 2019 a indéniablement étendu le champ d'application de l'article L. 442-1, I, 2° en abandonnant la notion de partenaire commercial au profit de celle d'autre partie. Il reste que le texte pose des conditions très précises puisqu'il subordonne son application à l'existence d'un contrat, du stade de sa négociation à celui de son exécution, entre personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services. Enfin, la jurisprudence constante qui écartait l'application de l'ancien article L. 442-6 aux activités soumises à une réglementation spéciale (banque, bail commercial, droit des sociétés, etc.) devrait perdurer.

PLAN

Nous présenterons successivement :

- les conditions de l'incrimination ;
- une typologie de clauses et de comportements abusifs.

A. Conditions de l'incrimination

PLAN

Pour que l'article L. 442-1, I, 2° s'applique, trois conditions doivent être satisfaites :

- l'existence d'une «autre partie» ;
- une soumission ;
- un déséquilibre significatif.

1. Du «partenaire commercial» à l'«autre partie»

L'ancien article L. 442-6, I, 2° faisait référence à la notion de partenaire commercial pour punir le déséquilibre significatif. Le partenaire s'entendait de tout professionnel qui exerce une activité de production, de distribution ou de service, notamment des fabricants, grossistes, vendeurs ou acheteurs.

Certains rapports de droit ou activités étaient cependant exclus du champ d'application du texte. Il en allait ainsi des activités des sociétés de financement, qui ne relèvent que du

Code monétaire et financier, des relations entre les associés-coopérateurs et la coopérative, qui sont soumises au seul droit des sociétés, ou de celles entre le bailleur d'un local de centre commercial et le preneur, qui ressortissent au seul statut des baux commerciaux, en l'absence de concours des partenaires à une quelconque activité de production, de distribution ou de services. Les modalités de retrait du membre d'un GIE, prévues par le contrat constitutif ou par une clause du règlement intérieur de ce groupement, étaient également exclues du champ d'application du texte.

Les juges du fond exigeaient, à l'instar de l'ancienne jurisprudence en matière de pratiques discriminatoires, une relation commerciale entre l'auteur de la clause et celui à qui elle est imposée. Le processus de sélection du partenaire, en particulier le recours à une procédure d'enchères électroniques inversées, n'était pas justiciable de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, dès lors qu'il se situait en amont de la conclusion du contrat. De même, le déséquilibre ne pouvait être invoqué ni par un concurrent de l'une des parties, ni par un tiers au contrat, dès lors que le texte impliquait l'existence d'échanges commerciaux directement entre les parties. En effet, la qualification de partenaire commercial impliquait une continuité dans la relation d'affaires. Elle ne pouvait se limiter à une opération ponctuelle de location financière, dès lors qu'un tel contrat ne traduisait pas une volonté commune et réciproque d'entreprendre de concert des activités de production, de distribution ou de services. Un contrat de maintenance d'appareil de reprographie ne relevait pas davantage de l'ancien article L. 442-6, I, 2° lorsqu'il ne s'inscrivait pas dans des rapports de distribution ou de partenariat. Allant plus loin, la Cour d'appel de Paris avait même exigé des relations commerciales générant un courant d'affaires stable et continu. La Cour de cassation a censuré cette approche restrictive du partenariat, estimant que par ces exigences, la cour d'appel avait ajouté à la loi des conditions qu'elle ne comportait pas. Interprétant l'ancien article L. 442-6, I, 2° à la lumière du nouvel article L. 442-1, I, 2°, la Haute juridiction a posé en principe que le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale.

Le champ d'application du nouvel article L. 442-1, I, 2° apparaît plus étendu en raison de l'abandon de la notion de partenaire commercial au profit de celle d'«autre partie» et de son applicabilité à la phase précontractuelle. Néanmoins, le texte pose des conditions très précises en subordonnant son application à l'existence d'un contrat, du stade de sa négociation à celui de son exécution, entre personnes exerçant une activité de production, de distribution ou de services. Il n'existe pas d'éléments nouveaux allant à l'encontre de la jurisprudence constante qui écartait l'application de l'ancien article L. 442-6 aux activités soumises à une réglementation spéciale (banque, bail commercial, droit des sociétés, etc.) qui devrait perdurer.

2. Soumission

A RETENIR

Le texte punit la soumission comme la tentative de soumission. Dès lors, le juge n'est pas tenu de mesurer les effets précis du déséquilibre identifié. La tentative ne résulte pas nécessairement de l'exercice de pressions irrésistibles ou d'une coercition.

Dans un premier temps, la jurisprudence, y compris de la Cour de cassation, a admis que la soumission ou la tentative de soumission pouvait résulter de l'existence d'un rapport de forces déséquilibré entre les parties, voire de la seule insertion, par le distributeur, d'une clause déséquilibrée dans ses contrats-types. Néanmoins, sans doute par souci de canaliser une application exagérément extensive du texte, elle adopte aujourd'hui une interprétation restrictive, qui la conduit à estimer que la concentration du marché de la distribution ou l'insertion de clauses déséquilibrées par un distributeur puissant ne constituent pas des conditions suffisantes pour caractériser la soumission, mais seulement des éléments d'un faisceau d'indices qui doit nécessairement être complété par la preuve d'une absence de négociation effective.

EXEMPLES**Quels indices permettent d'établir la preuve de l'absence de négociation ?**

- le refus systématique ou le défaut de réponse du distributeur aux demandes de modifications ou aux réserves des fournisseurs, qui confère aux accords le caractère de contrats d'adhésion ;
- la prévalence systématique, sans négociation possible, des conditions générales d'achat du distributeur sur les conditions générales de vente du fournisseur ;
- le fait que la clause figure non pas dans les conditions générales des fournisseurs, mais dans l'annexe du contrat-type établi par le distributeur, paraphée sans modification par l'ensemble de ses partenaires ;
- le fait que, contrairement aux autres stipulations du contrat, la clause ne comporte pas d'espace libre pour en modifier le contenu et ne fait pas l'objet de négociation véritable eu égard à l'uniformité des conditions appliquées à tous les fournisseurs ;
- le fait qu'une centaine de distributeurs réunis ne parviennent pas à obtenir la modification d'une clause imposée par leur fournisseur ;
- le fait que des clauses manifestement contraires aux intérêts des fournisseurs soient rédigées de manière uniforme, générale et imprécise, sans que la preuve soit apportée qu'une véritable discussion portant sur leur insertion ou leur suppression ait eu lieu entre les parties.

En revanche, il est indifférent que parmi les fournisseurs, certains disposent d'un réel pouvoir de négociation, dès lors que le ministre peut limiter ses prétentions aux contrats conclus par ceux qui ne bénéficient pas d'un tel pouvoir.

Le distributeur qui récusé la soumission à un déséquilibre doit apporter la preuve de l'existence des exceptions négociées par les fournisseurs : l'accord passé avec un seul client n'établit pas, à lui seul, que le distributeur fait facilement droit à une demande de suppression de la part de ses autres fournisseurs. Le distributeur ne peut pas non plus se contenter de produire des contrats anonymisés ou incomplets qui ne permettent pas d'apprécier le poids de leurs signataires ni de vérifier si les modifications obtenues ne sont pas contrebalancées par d'autres dispositions ou l'attestation d'un fournisseur selon laquelle aucun déséquilibre n'affecte les accords qu'il prétend avoir librement signés avec

une grande enseigne, dès lors que son auteur est concerné par la procédure.

Le fournisseur qui ne démontre pas avoir soulevé une quelconque objection à certaines des conditions proposées par le distributeur, alors qu'il en a contesté d'autres et obtenu des modifications, n'établit pas la condition de soumission à un déséquilibre. De même, le fournisseur qui a pu négocier le prix, obtenir la suppression d'une clause de reprise des invendus ou la diminution du taux des remises accordées au distributeur, ou de plusieurs autres clauses de la convention, ne peut prétendre avoir été «soumis» à un déséquilibre significatif. Enfin, le distributeur qui ne répond pas dans le délai imposé par le fournisseur à son offre de contrat et conteste l'application de la convention annuelle témoigne d'une force de négociation qui exclut le grief de soumission à un déséquilibre significatif, à plus forte raison lorsqu'il distribue de manière prépondérante des marques concurrentes.

Lorsque la preuve d'une soumission ou d'une tentative de soumission à des clauses déséquilibrées n'est pas établie, il n'est pas nécessaire de vérifier l'existence d'un déséquilibre.

3. Déséquilibre significatif

Qu'est-ce qu'un déséquilibre significatif ?

Approuvant les grandes tendances qui se dégagent des décisions rendues au fond, la Cour de cassation a précisé la notion de déséquilibre.

A RETENIR

Selon la Haute juridiction, constitue une clause déséquilibrée une stipulation qui impose une obligation dénuée de réciprocité (sauf si l'absence de réciprocité peut être objectivement justifiée) ou de contrepartie, dont l'application est laissée à l'entière appréciation de l'une des parties, ou qui n'a pas fait l'objet de négociation. Le déséquilibre peut également résulter de la disproportion entre les droits et obligations des parties.

Selon le juge, l'équilibre des droits et obligations des parties s'apprécie au regard de l'économie juridique du contrat et non de sa rentabilité économique. En revanche, la mise en œuvre d'une pratique discriminatoire ne traduit pas en soi l'existence d'un déséquilibre et ne saurait donc être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2^o (ancien art. L. 442-6, I, 2^o) du Code de commerce.

Comme l'article L. 212-1 du Code de la consommation, l'article L. 442-1, I, 2^o du Code de commerce, qui utilise l'expression plurielle «des obligations créant un déséquilibre dans les droits et obligations des parties» semble préconiser une appréciation globale de l'équilibre des obligations des parties. Alors que la plupart des juges du fond s'étaient prononcés en faveur d'une telle méthode, certains avaient privilégié une appréciation clause par clause et d'autres retenu que le distributeur qui souhaite que le juge se livre à une appréciation globale de l'équilibre du contrat, doit établir l'existence de clauses susceptibles de compenser le déséquilibre des obligations individuelles qui lui est reproché. **La Cour de cassation a tranché en faveur d'une analyse concrète et globale du contrat, qui tient compte du contexte de sa conclusion et vérifie si les clauses éventuellement déséquilibrées ne sont pas corrigées par d'autres stipulations.** Par ailleurs, le juge estime qu'une entreprise ne peut, pour établir le déséquilibre, effectuer un rapprochement entre

deux obligations respectives des parties, sans aucun lien l'une avec l'autre. Un prestataire ne prouve pas davantage que certaines clauses du contrat en rééquilibrent d'autres lorsque l'accord n'a pas été négocié et que les avantages qu'il prétend accorder à l'autre partie sont rémunérés par cette dernière et ne sont pas propres à son service.

Le juge a toujours adopté une solution plus sévère que celle retenue jusqu'à présent en droit de la consommation lorsque se pose la question de l'applicabilité de l'article L. 442-1 à une clause qui n'a pas été mise en œuvre ou qui n'est plus appliquée. Alors qu'en pareille hypothèse, il estimait l'action des associations de consommateurs irrecevable, il accueille au contraire sans réserve l'action du ministre. Selon lui, l'article L. 442-1 vise aussi bien l'acte consommé que la tentative et l'action du ministre en matière de police économique ne peut être assimilée à celle des associations de consommateurs qui ne font que contribuer, aux côtés des pouvoirs publics, au respect des droits des consommateurs, sans en être les garants. De même, alors que le droit de la consommation ne sanctionne que les clauses abusives, le droit commercial du déséquilibre significatif a été interprété largement par la jurisprudence et appliqué à des comportements unilatéraux dans la mesure où il ne vise pas uniquement des « clauses » mais des « obligations déséquilibrées ». Le régime de sanction des clauses abusives entre professionnels du droit de la consommation se rapproche du droit de la consommation en ce qu'il permet aux associations de défense des consommateurs de demander à la juridiction civile ou pénale de déclarer une clause abusive réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur avec des consommateurs, y compris dans les contrats qui ne sont plus proposés, et de leur ordonner d'en informer les consommateurs concernés par tout moyen approprié.

B. Typologie de clauses et de comportements

Un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties peut se matérialiser dans une grande variété de clauses : clauses déséquilibrées en matière de révision de prix, de parité, de transfert des risques, relatives aux délais de paiement, fixant les pénalités de retard, sanctionnant une inexécution, limitatives ou exonératoires de responsabilité, fixant la rémunération manifestement disproportionnée de services de coopération commerciale, de renonciation au bénéfice de créances résultant d'une action en justice, relatives à la rupture, imposant la charge des retours au fournisseur des produits dégradés par la clientèle ou encore relatives à la cession du contrat. Il a été jugé que les règles du droit de la consommation prohibant les clauses qui réduisent le droit à réparation des consommateurs sont transposables au contentieux de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

EXEMPLES

Quelles sont les clauses et comportements qui présentent un caractère déséquilibré au sens de l'article L. 442-1, I, 2° ?

- la clause qui prévoit que « chaque partie s'engage à intervenir dans toute procédure ou instance qui viendrait à être engagée par un tiers au contrat, pour faire valoir sa position sur celui-ci tel qu'il a été négocié ou conclu », qui par la généralité de ses termes, dépourvus d'exceptions, de limites ou de prise en considération de circonstances particulières, porte atteinte au droit d'agir en justice ;

- la clause qui conduit à renverser la charge de la preuve de la réalisation de sa prestation par le distributeur, en posant une présomption d'exécution de celle-ci en cas de règlement par le fournisseur ;
- les demandes de renégociation des accords conclus formulées en cours d'année ;
- le fait d'imposer, sans l'accord du fournisseur, des codes promotionnels sur certains produits de sa marque ;
- les notes de débit, postérieures à la conclusion de la convention unique ;
- la clause d'un contrat de location financière qui, en liant la maintenance à la location du matériel financé, a pour effet d'imposer au preneur la reconduction indéfinie du contrat sous peine de s'exposer à des paiements exorbitants ;
- la clause qui impose au preneur un préavis de rupture d'un an alors que le bailleur peut résilier le contrat sous huit jours.

Dans des affaires ne concernant pas les rapports entre les fournisseurs et la grande distribution, des clauses de fixation d'un prix forfaitaire, de reconduction tacite, de préavis, de non-concurrence et d'exclusivité, des clauses pénales ou prévoyant la facturation de l'intégralité de la période en cas de résiliation ou de non-paiement d'une facture à l'échéance ou encore des clauses résolutoires ou d'arbitrage n'ont pas été jugées, en elles-mêmes et en raison de leur caractère usuel dans les relations commerciales, source de déséquilibre.

Pour être sanctionnés, des comportements unilatéraux doivent revêtir les mêmes caractères que les clauses jugées abusives. Tel n'est pas le cas de la réduction des encours par un fournisseur en raison d'une baisse d'activité entre les partenaires et de l'exigence d'un paiement comptant des marchandises, tant que subsistent des impayés.

Le déséquilibre n'est caractérisé que lorsqu'aucune autre clause du contrat ne vient le compenser. De même, le déséquilibre supposant l'absence de réciprocité, la clause résolutoire contenue dans un contrat de distribution ne peut caractériser un déséquilibre significatif dès lors qu'elle peut être mise en œuvre par chacune des parties.

La jurisprudence a exclu que le droit du déséquilibre significatif puisse être invoqué pour sanctionner une pratique discriminatoire compte tenu de l'abrogation par la loi LME de l'interdiction per se des pratiques discriminatoires entre entreprises. De même, il a été jugé que les avantages obtenus dans le cadre d'une transaction ayant fait l'objet de concessions réciproques ne peuvent être revus sur le fondement du déséquilibre significatif.

Une partie peut-elle remettre en cause une clause relative à la détermination du prix, par exemple une remise ou une ristourne obtenue d'un fournisseur, ou même le prix lui-même, en faisant valoir que cette clause ou le prix convenu traduisent une soumission à un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ? En principe, la question devrait recevoir une réponse négative : l'appréciation du déséquilibre significatif ne devrait pas pouvoir porter sur l'adéquation du prix à la prestation.

L'on sait en effet que le droit des clauses abusives en matière de consommation exclut expressément le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation, sauf en cas de clauses

obscur. Si l'on a entendu protéger le fonctionnement du jeu du marché et la liberté de fixation des prix dans les relations entre professionnels et consommateurs, tel devrait être a fortiori le cas entre professionnels.

Alors que le Tribunal de commerce de Paris a suivi ce raisonnement et écarté la remise en cause de remises ou ristournes par le biais du déséquilibre significatif, la Cour d'appel de Paris a autorisé le contrôle du prix ou tout au moins celui des clauses relatives à la détermination du prix.

La Cour de cassation affirme clairement que «l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties». L'immixtion du juge dans la détermination du prix convenu entre partenaires commerciaux pose problème. Dans une économie de marché, le contrôle judiciaire du prix doit demeurer exceptionnel. La faculté de remise en cause de l'accord des parties sur un élément aussi déterminant pendant la durée de prescription de 5 ans fragilise les contrats et crée une insécurité juridique importante. Cette jurisprudence doit conduire les parties à une prudence accrue dans la justification du prix et de ses composantes, rabais, remises et ristournes notamment. La prudence s'impose d'autant plus que par le même arrêt, la Cour de cassation impose une contrepartie à toute réduction de prix en affirmant que «le principe de libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou d'une tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif». Enfin, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a définitivement validé le contrôle juridictionnel du prix : il a considéré qu'il n'est contraire ni au principe de légalité des délits et des peines, ni aux libertés contractuelles et d'entreprendre.

Cette évolution de la jurisprudence est préoccupante. Elle conduira en pratique à deux réactions. La première consistera à une négociation en prix nets dès lors qu'un prix net sera plus difficile à contester qu'un prix issu de l'application de multiples rabais, remises ou ristournes dont chacun pourrait faire l'objet d'un contrôle. La seconde reviendra sans doute, à défaut de négociation en prix net, à justifier chaque réduction de prix par une contrepartie, en augmentant significativement les coûts de transaction. La liberté de négociation que la loi LME avait voulu instaurer se trouve donc à nouveau singulièrement encadrée et restreinte.

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, seul le ministre de l'Économie pouvait demander l'annulation d'une clause déséquilibrée. Désormais, le nouvel article L. 442-4 issu de l'ordonnance du 24 avril 2019 prévoit que la partie victime des pratiques peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites. De même, la jurisprudence considérait que le contentieux en matière de déséquilibre significatif excédait la compétence du juge des référés. Dorénavant, aux termes de l'article L. 442-4, II, dernier alinéa, le juge des référés peut, au besoin sous astreinte, ordonner la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

Introduit par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1171 du Code civil qui réprime les clauses abusives pose la question de son articulation avec les dispositions du Code de commerce. Aux termes de l'article 1171 du Code civil, «dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation». L'article 1171 revêt une portée plus large que l'article L. 442-1 car, contrairement à ce dernier, son application n'est pas réservée aux rapports entre parties dans le cadre d'une négociation commerciale. Mais l'article 1171 apparaît sous un autre angle plus restrictif que l'article L. 442-1 puisqu'il suppose l'existence d'un contrat d'adhésion. Or, si la jurisprudence assimile parfois l'exigence de soumission à une absence de négociation, elle ne la limite pas à cette seule hypothèse. Par ailleurs, contrairement à l'article L. 442-1, l'article 1171 exclut expressément, dans son alinéa 2, le contrôle des clauses relatives à l'objet principal du contrat ou de l'adéquation du prix à la prestation. De telles divergences justifient-elles l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, expressément consacré par l'alinéa 3 de l'article 1105 du Code civil ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'adage ne vaut que si les dispositions invoquées sont contradictoires. Or, en dépit de conditions de mise en œuvre différentes, les articles L. 442-1, I, 2° et 1171 visent le même objectif : la sanction de clauses déséquilibrées. Rien n'interdit donc d'invoquer les deux fondements alternativement, ou cumulativement, notamment pour demander réparation du préjudice causé par l'insertion dans le contrat d'une clause non écrite. L'article 1171 pourrait également être préféré à l'article L. 442-1 pour échapper à la spécialisation des juridictions imposée par les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce. Cependant, il faudra dans ce cas justifier de l'existence d'un contrat d'adhésion au sens de l'article 1110 du Code civil et ne pas viser dans son action une clause définissant l'objet principal du contrat ou relative au prix de la prestation.

III. Rupture brutale de relations commerciales établies

L'article L. 442-1, II du Code de commerce sanctionne la rupture brutale, même partielle, d'une relation commerciale établie, sans préavis écrit suffisant. Alors qu'à l'origine, elle était destinée à lutter contre la pratique des déréférencements abusifs de certains distributeurs, la disposition a été rédigée en des termes si généraux qu'elle a pu être appliquée à l'ensemble des relations commerciales. L'article L. 442-1 a réalisé une extension considérable du champ d'application de la rupture de relations commerciales établies. L'incrimination couvre la quasi-totalité des professionnels, pour l'ensemble de la durée de la relation dont le caractère établi est largement admis, la rupture pouvant n'être que partielle et même résulter du non-renouvellement de contrats à durée déterminée. Pour autant, le droit commun de la rupture des relations commerciales établies ne déroge pas aux règles spéciales prévoyant des délais de préavis. Il en est ainsi pour les contrats-types de transport public de marchandises, les contrats d'agence commerciale dont la durée de préavis de rupture est fixée par l'article L. 134-11 du Code de commerce, les crédits bancaires, les baux commerciaux, ainsi que les relations des associés coopérateurs avec les coopératives relevant de la loi du 10 septembre 1947.

La protection accrue des cocontractants a pour revers une rigidification des relations commerciales et le maintien obligatoire de courants d'affaires avec des partenaires qui

ne sont pas nécessairement les plus compétitifs. La perte d'efficacité qui en résulte s'accompagne d'autres effets pervers comme le lancement permanent d'appels d'offres dans le seul but de rendre la relation précaire ou l'arrêt des relations avec tout fournisseur dépassant un certain taux de dépendance.

En outre, la jurisprudence a encore accentué la rigidification des relations commerciales en allongeant par différents procédés le préavis, qu'elle ne dispense de respecter qu'en cas de faute grave. Elle a ainsi privé d'efficacité les clauses résolutoires permettant la résiliation sans préavis en cas de simple manquement à une obligation si la faute à l'origine de la rupture n'était pas suffisamment grave. La Cour de cassation a ainsi estimé que, en l'absence de faute grave, la mise en œuvre d'une clause qui autorisait la résiliation sans préavis en cas de non-atteinte de 80 % des objectifs était contraire à l'ancien article L. 442-6, I, 5° lorsque le mandataire n'avait réalisé que 40 à 65 % de ses objectifs, même si le taux de réalisation général du réseau était de 105 %. Surtout, en cas d'insuffisance du préavis accordé dans le cadre d'une résiliation ordinaire, la Chambre commerciale a eu tendance à octroyer au partenaire évincé une indemnité correspondant au nombre de mois de préavis manquants, sans tenir compte de sa reconversion ni de son absence de préjudice réel. Ce protectionnisme jurisprudentiel contredit directement l'objectif d'efficacité économique.

Un certain degré de liberté contractuelle dans le contentieux de la rupture a néanmoins été préservé. Dans un arrêt important, la Cour de cassation a reconnu aux partenaires la faculté, lorsque la rupture est consommée, de convenir des modalités de celle-ci et/ou de transiger sur l'indemnisation, en dépit du caractère d'ordre public de l'article L. 442-6. La solution prend appui sur une jurisprudence constante en vertu de laquelle : « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ». Les partenaires peuvent désormais négocier, dans des conditions de plus grande sécurité juridique, les modalités de leur désengagement sans encourir le risque de voir leurs accords remis en cause par le juge.

L'ordonnance du 24 avril 2019 apporte une modification essentielle au régime de la rupture des relations commerciales établies en prévoyant une exonération de responsabilité pour rupture sans préavis suffisant en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois sans préciser les modalités de calcul du préjudice. La responsabilité de l'auteur de la rupture ne pourra donc être engagée pour insuffisance de préavis, en cas de litige sur la durée de celui-ci, s'il a accordé un préavis de 18 mois. Il aurait cependant été plus judicieux de plafonner la réparation en cas de préavis insuffisant car le texte actuel pourrait conduire les plaideurs à continuer de réclamer des préavis de deux à trois ans en cas d'octroi d'un préavis inférieur à 18 mois. Il aurait également été utile de préciser que la marge pouvant être obtenue s'entend déduction faite des frais évités, comme l'a fait la Cour de cassation. Il est également regrettable, puisque ce critère ne constitue pas, selon une jurisprudence constante, un élément d'appréciation des indemnités accordées à la partie résiliée, que le texte ne fasse pas de la reconversion un critère à part entière dans la fixation de la durée du préavis. Enfin, le législateur aurait pu affirmer que l'application de cette mesure protectionniste à des contrats soumis au droit français destinés à être exécutés en dehors du territoire national ne se justifie pas.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le champ d'application du texte ;
- la définition de la relation commerciale établie ;
- les formes de la rupture ;
- la définition de son caractère brutal ;
- les sanctions applicables.

A. Champ d'application

L'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales établies édictée par l'article L. 442-1, II du Code de commerce, est-elle limitée aux rapports de distribution ?

À s'en tenir aux travaux préparatoires de la loi de 1996, la réponse devrait être positive. L'objectif du législateur était de lutter contre les pratiques de déréférencement abusif constatées dans le secteur de la grande distribution. Cependant, le texte ne vise explicitement aucun type de rapports en particulier, de sorte que la jurisprudence en a étendu l'application à de nombreux domaines.

EXEMPLES

A quelles relations s'applique l'article L. 442-1, II ?

- à la sous-traitance ;
- à des contrats d'entreprise, telles les prestations de services informatiques ;
- à l'activité de formation ou d'enseignement privé ;
- à la communication financière ;
- aux relations entre un courtier et son client ;
- au mandat de gestion financière ou à l'expertise en assurances ;
- aux architectes ;
- aux mutuelles dont le caractère non lucratif de l'activité n'exclut pas qu'elles effectuent des prestations de service dans un cadre concurrentiel ;
- aux relations entre un EHPAD revêtant la forme d'une association et un pharmacien en raison de l'activité commerciale entretenue par l'association et le pharmacien, caractérisée par le fait que le pharmacien qui achète et revend des médicaments accomplit des actes de commerce et que le service gratuit rendu par le pharmacien avait une contrepartie économique pour les deux partenaires.

Les juges ne s'attachent pas à la qualité de la personne mais à la nature de l'activité : il n'est pas exigé que le demandeur à l'action ait la qualité de commerçant, mais seulement que la relation en cause présente un caractère commercial. Dès lors, il a été jugé que les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes pour connaître de l'action fondée sur

la rupture des relations commerciales établies entre un commerçant et le concessionnaire chargé de l'exploitation des marchés communaux.

EXEMPLES**A qui ne s'applique pas l'article L. 442-1, II ?**

- à tous les professionnels libéraux dont le statut légal ou le régime déontologique interdit d'effectuer des actes de commerce (les médecins libéraux, huissiers, notaires, avocats, conseils en propriété intellectuelle, sociétés civiles immobilières ou agricoles)
- aux syndicats, qui n'interviennent pas dans le secteur concurrentiel
- aux caisses d'assurance sociale qui exercent une mission de service public ;
- aux entreprises publiques qui agissent dans le cadre de leur mission de service public et les États ;
- aux coopératives, qui relèvent d'un texte spécial ;
- aux membres d'un GIE, lorsque la sortie de celui-ci est régie par ses statuts ;
- à la cessation d'un bail commercial ne visant que les activités de production de biens ou de prestation de services ;
- au secteur de la production audiovisuelle à qui ne s'applique pas non en raison de sa nature, mais de la précarité qui s'attache nécessairement à ce type de relations ;
- à un fournisseur de produits destinés aux enfants et adolescents, soumis à des modes éphémères ou au succès de certains programmes télévisés sur lesquels il détient une licence, ne peut s'attendre à aucune pérennité des relations ;
- au secteur de la mode, par nature instable et en perpétuelle évolution ;
- à une association, en l'absence de perception d'une commission ou de prise en charge des frais d'exploitation du partenaire et à qui ne s'applique pas le défaut de preuve de l'accomplissement d'actes de commerce par l'association.

Alors que l'exclusion des relations précaires et des relations à régime spécial paraît acquise, la jurisprudence apparaît partagée eu égard aux professions libérales qui sont autorisées à effectuer certains actes de commerce comme les experts-comptables auxquels le régime de l'article L. 442-1, II est tantôt refusé, tantôt appliqué.

Le champ d'application du nouvel article L. 442-1, II dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019 devrait demeurer identique. En effet, le texte mentionne toujours les activités de production, de distribution et de services. La rupture brutale concerne toujours une relation commerciale. Aussi l'exclusion des professions libérales ou des activités soumises à un régime spécial, comme l'agence ou le bail commercial, ne devrait-elle pas être remise en cause.

B. Relation commerciale établie

PLAN

Définir une relation commerciale établie implique :

- d'identifier les parties à la relation ;
- d'établir son caractère établi.

1. Parties à la relation

A RETENIR

En l'absence de définition légale, la notion de relation commerciale a été précisée par la jurisprudence. Le rapport contractuel doit être direct.

EXEMPLES

Quand n'existe-t-il pas de relation directe entre les parties ?

- entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage, à moins que le premier ne soit expressément mentionné dans le contrat de prestation et n'ait été directement rémunéré par le second ;
- entre un fabricant et un revendeur agréé qui s'est procuré la marchandise auprès du distributeur exclusif de la marque ;
- entre l'agent automobile - en relations avec le seul concessionnaire - et le constructeur ;
- entre les salariés de la société cliente et le prestataire.

Toutefois, l'interposition d'un tiers n'empêche pas nécessairement l'applicabilité de l'article L. 442-1, II.

EXEMPLES

Quand existe-t-il une relation directe entre les parties ?

- en cas d'intervention d'un grossiste entre un fabricant et les revendeurs/installateurs lorsque le fabricant négocie directement les prix avec les revendeurs ou leur notifie lui-même la rupture ;
- lorsque l'interposition du tiers n'est que temporaire ;
- lorsque le tiers n'agit qu'à titre de mandataire ;
- lorsque les tiers sont placés dans une situation de dépendance à l'égard de la victime et bénéficient d'un intérêt personnel et direct à agir.

L'intermédiaire peut engager sa responsabilité si, ayant connaissance de la cessation future de la relation entre ses deux cocontractants, il n'en informe pas la victime suffisamment à l'avance. De même, l'intermédiaire chargé de négocier le référencement des produits d'un fournisseur auprès d'une enseigne de la distribution doit être considéré comme l'auteur de la rupture lorsqu'il ne démontre pas la véracité de son allégation selon laquelle l'enseigne a passé un appel d'offres pour trouver de meilleures conditions tarifaires.

La jurisprudence a même étendu le bénéfice de l'article L. 442-1, II à la victime par ricochet d'une rupture brutale de relations commerciales établies. La Cour de cassation estime en effet qu'«un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice». Une telle solution apparaît critiquable à un double titre. D'abord, elle caractérise un détournement de l'article 1240 du Code civil, le demandeur étant dispensé de respecter les conditions d'application de l'article L. 442-1, II tenant à l'existence d'une relation directe entre partenaires commerciaux, tout en bénéficiant des avantages procurés par ce texte, qui consiste dans l'obligation pour le défendeur de respecter un préavis conforme à la durée des relations. Ensuite, elle crée un système de responsabilité en cascade gravement préjudiciable à la sécurité juridique des entreprises qui s'exposent au risque d'être poursuivies par tous les sous-traitants ou fournisseurs du partenaire évincé. La jurisprudence la plus récente semble d'ailleurs limiter le champ de cette exception, comme le montre le refus d'indemnisation opposé à l'actionnaire majoritaire de la société victime de la rupture, fondé sur son absence de relations commerciales avec le client ou le constat de l'inapplicabilité de l'article L. 442-1, II entre un fournisseur et un détaillant qui n'a commandé qu'auprès de grossistes, en l'absence de relations directes. En outre, pour que la personne qui se prétend victime par ricochet puisse agir en réparation de son dommage, encore faut-il que le partenaire direct de l'auteur de la rupture s'en plaigne lui-même et qu'elle établisse l'existence du manquement contractuel sur lequel elle fonde son action délictuelle.

Afin de contourner l'exigence de rapports directs, le juge s'attache parfois davantage à la marque ou aux produits distribués qu'à la personne des parties. Il a notamment été jugé que la durée dont il faut tenir compte, pour apprécier le caractère établi d'une relation, est celle pendant laquelle un distributeur a commercialisé les produits d'une marque, quel que soit le nombre de ses fournisseurs successifs, et non celle pendant laquelle il a été en relation avec le dernier de ces fournisseurs. Ce courant reste cependant très minoritaire et ce sont bien les partenaires et non pas les produits ou les marques distribués qui caractérisent la relation. Ainsi, pour déterminer le dommage du fournisseur victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, il convient de prendre en considération la durée des relations entretenues entre le distributeur et le fournisseur stricto sensu et non la durée pendant laquelle le distributeur a commercialisé la marque du fournisseur. De même, des relations entre les mêmes parties peuvent présenter un caractère établi bien qu'elles aient pu porter sur des produits différents au cours de la période considérée. Le changement de qualité du revendeur, qui passe du statut d'agent commercial à celui de distributeur indépendant, n'affecte pas la continuité de la relation entretenue avec le fournisseur. En cas de fusion, la cession des marques à un tiers ne fait

pas obstacle à l'action intentée par le distributeur de celles-ci à l'encontre de la société ayant repris la société auteur de la rupture. Enfin, les relations nouées entre une enseigne de la distribution et un revendeur indépendant pour la commercialisation d'un vin ne comptent pas pour le calcul de la durée de la relation directe qui a ultérieurement lié l'enseigne et le producteur de ce même vin.

La question de l'imputabilité de la rupture suscite des difficultés particulières lorsque son auteur appartient à un groupe de sociétés ou fait l'objet d'une restructuration. La Cour de cassation se montre réticente à engager la responsabilité solidaire des membres du même groupe.

EXEMPLES

Quand la responsabilité solidaire des membres du même groupe ne peut-elle être engagée ?

- quand le fournisseur dépendant à l'égard de deux enseignes de distribution appartenant à un même groupe, pour évaluer le préjudice causé par son déréférencement, ne démontre pas que ces dernières ne sont pas autonomes dans les relations commerciales qu'elles entretiennent avec lui ou qu'elles ont agi de concert ;
- quand il n'est pas établi que la société mère d'un groupe de distribution est intervenue personnellement dans la décision de rupture notifiée par sa filiale à l'un de ses fournisseurs ;
- quand les relations entretenues entre la victime de la rupture et les autres sociétés du groupe, auquel appartient son cocontractant, portent sur d'autres projets et couvrent d'autres régions géographiques ;
- quand le partenaire évincé n'a jamais entretenu de relations avec la personne morale dont il recherche la responsabilité du seul fait que celle-ci appartient au même groupe de sociétés que son cocontractant ;
- quand la victime demande à ce qu'il soit tenu compte des relations antérieures avec une société appartenant au même groupe que son client actuel pour le calcul de la durée du préavis ;
- quand la victime se fonde exclusivement sur l'existence de liens capitalistiques entre personnes morales distinctes et le transfert d'établissements de la société mère à la filiale pour leur conférer la qualité d'entité unique vis-à-vis d'elle ;
- quand l'entreprise qui a travaillé pour deux sociétés d'un même groupe prétend à l'existence d'une seule relation alors qu'il n'existe pas de centre de décision unique propre à ces dernières, qui n'interviennent pas sur le même marché, qu'elles proposent des produits différenciés et qu'elles lui sont liées par des contrats distincts qu'elles ont résilié individuellement, quoique de manière concomitante.

En revanche :

- une relation unique avec plusieurs sociétés d'un même groupe est caractérisée lorsqu'une entreprise effectue la même prestation pour le compte de ces dernières et que chacun des contrats conclus, rédigés dans des termes similaires, lui interdit

toute activité au nom d'un concurrent de l'une quelconque des sociétés du groupe.

L'identification des partenaires est déterminante pour évaluer la durée de la relation en cas de restructuration.

EXEMPLES

Quand la relation nouée avec une première société se poursuit-elle de plein droit avec celle qui lui a succédé ?

- dans l'hypothèse d'une fusion, en vertu du principe de la transmission universelle du patrimoine ;
- en cas de cession de fonds de commerce, s'il existe une manifestation expresse de volonté de reprendre les relations précédentes ;
- lorsque le repreneur endosse par avenant certaines obligations de son prédécesseur ;
- lorsque la «continuation» est démontrée, soit par l'identification d'une volonté de poursuite des échanges, soit par un faisceau d'indices démontrant l'absence de véritable altérité du nouveau partenaire ;
- en cas de mention, dans le contrat conclu entre les parties, que l'accord annule et remplace les précédents contrats conclus entre l'un d'eux et une société tierce ;
- lorsqu'une société reprend, dans le cadre d'un plan de cession, les actifs d'une autre en relation d'affaires avec un distributeur et que le contrat que celui-ci conclut avec le repreneur présente les mêmes caractéristiques que le contrat initial ;
- même si aucun nouveau contrat n'a été conclu ou un avenant stipulé, dès lors que la prestation est identique et qu'il n'y a pas eu interruption du flux d'affaires ;
- en cas de changements successifs de dirigeants à la tête de la société évincée, la notion de relation commerciale établie étant de nature économique et non juridique.

Quand la relation nouée avec une première société ne se poursuit-elle pas de plein droit avec celle qui lui a succédé ?

- lorsque l'acte de cession évoque une relation *intuitu personae* et que le cessionnaire a négocié un prix de rachat moindre en raison de l'aléa tenant à la continuité de la relation ;
- lorsque l'accord de cession vise la clientèle du cédant, sans nommer expressément le partenaire en cause ;
- lorsqu'aussitôt après la cession, le cessionnaire d'un fonds de commerce a initié un nouveau mode de fonctionnement avec ses prestataires, fondé sur le lancement d'appels d'offres réguliers.

A défaut de pouvoir invoquer la poursuite de la relation avec le cessionnaire, le partenaire du cédant peut-il reprocher à ce dernier de ne pas avoir inclus son contrat dans le périmètre de la cession ? C'est ce qu'a admis la Cour d'appel de Paris qui a estimé que cette abstention constituait une rupture brutale de relation commerciale établie. Une telle solution est cependant très dangereuse, car elle est de nature à hypothéquer la liberté de cession de son affaire par tout commerçant et institue une responsabilité de plein droit en cas de refus par le cédant.

2. Caractère établi de la relation

A RETENIR

Une relation est établie lorsqu'elle s'inscrit dans la durée (continuité du courant d'affaires) et la stabilité (intensité des échanges ou progression constante du chiffre d'affaires).

Des commandes ponctuelles ne suffisent pas à former une relation commerciale établie, à moins qu'elles se succèdent régulièrement et portent sur le même objet. Selon la Cour de cassation, des relations de quelques mois ne suffisent pas à caractériser une relation établie. Il est ainsi très rare qu'il soit tenu compte de relations inférieures à six mois, voire à une année, à plus forte raison lorsqu'elles se réduisent à des projets non aboutis.

L'importance économique de la relation est également décisive. Des relations qui ne se sont pas encore concrétisées par des flux financiers entre les parties ne présentent pas de caractère établi. Si la progression constante du chiffre d'affaires constitue un indicateur de la stabilité de la relation, le fait que ce chiffre varie à la hausse comme à la baisse au cours de la relation ou soit en diminution à la fin de celle-ci ne suffit pas à remettre en cause l'applicabilité de l'article L. 442-1, II du Code de commerce, dès lors qu'il demeure significatif. Pour fixer le point de départ de relations commerciales établies, il faut se placer à la date où elles ont débuté, et non celle où le chiffre d'affaires des partenaires s'est stabilisé.

L'application de l'article L. 442-1, II suppose seulement une relation de clientèle, situation contractuelle née de l'habitude (série d'achats chez le fournisseur), indépendamment de tout contrat, au sens juridique du terme. Aucun écrit n'est exigé. La Cour de cassation considère que l'absence de contrat-cadre, d'exclusivité ou de garantie de chiffre d'affaires n'empêche pas de caractériser une relation établie.

La conjonction de facteurs multiples peut précariser une relation : selon la Cour de cassation, des relations caractérisées par une absence de garantie de volume de commandes minimum, un chiffre d'affaires très fluctuant en fonction des années, des collections et de la conjoncture, et marquées par de vives tensions entre les partenaires, ne présentent pas de caractère suivi, stable et habituel, de nature à autoriser ces derniers à anticiper raisonnablement, pour l'avenir, une certaine continuité du flux d'affaires. D'ailleurs, dans certains cas, la stabilité de la relation semble impossible. Il en est ainsi, notamment, dans le domaine du transport, pour le sous-traitant dont la prestation dépend par nature des commandes obtenues par le donneur d'ordres auprès des industriels de l'automobile. Il en va de même du sous-traitant qui intervient pour le compte d'un donneur d'ordres

sommé par son client de régulariser ses non-conformités en matière de droit social, notamment sur les questions de sous-traitance. Une décision a même écarté la protection de l'article L. 442-1, II pour les relations soumises à la renégociation légale prévue par l'article L. 441-3 du Code de commerce, mais d'autres estiment qu'une renégociation annuelle des tarifs entre les partenaires ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies dès lors qu'elle s'inscrit dans une volonté de continuité, démontrée par la persistance d'un flux régulier d'affaires.

Notion économique et non juridique, la notion de relation commerciale établie peut concerner une succession de contrats à durée déterminée. Toutefois, la jurisprudence est partagée lorsque le contrat comporte une clause excluant sa reconduction tacite : certaines décisions considèrent que cette circonstance constitue un facteur de précarité de la relation, d'autres l'estiment indifférente, dès lors que le contrat a été renouvelé. Les relations entre un entrepreneur de travaux publics et un vendeur d'engins ne constituent pas un partenariat pouvant être qualifié de relation commerciale établie, même si elles se sont renouvelées ponctuellement dans le temps par des contrats de ventes successifs, dès lors que leurs activités économiques ne sont pas liées. De même, le passage d'une relation caractérisée par des mandats d'un an renouvelables par tacite reconduction à un régime de mandats de même durée, mais sans tacite reconduction, renouvelables uniquement par avenants, ne peut raisonnablement laisser envisager au partenaire la pérennité des relations.

L'extinction d'un contrat ne met pas nécessairement un terme aux relations. Des relations commerciales maintenues après l'échéance d'un contrat ou interrompues durant une année puis reprises deux années de suite ne peuvent être rompues à tout moment. Lorsque les relations se sont poursuivies après l'expiration du contrat à durée déterminée, il doit être tenu compte de l'intégralité de la relation. En revanche, des relations qui ne se poursuivent après la rupture du précédent contrat que dans l'attente de l'éventuelle négociation d'un nouvel accord présentent un caractère provisoire qui les fait échapper à l'article L. 442-1, II. La relation s'inscrit également dans une perspective de précarité lorsqu'elle se poursuit après l'expiration du contrat dans un cadre prévoyant l'éventualité de la cessation des relations à l'expiration du nouveau contrat. Enfin, les flux d'affaires issus d'un contrat et ceux qui se sont poursuivis après sa rupture, sur un mode et un fondement différent, ne peuvent, à défaut de continuité suffisante, former une relation commerciale établie entre les parties.

En dépit de l'extension continue du champ d'application de l'article L. 442-1, II, il existe des moyens juridiques de précariser la relation, telle la mise en concurrence systématique des opérateurs. Selon la jurisprudence, le recours quasi systématique à des procédures d'appel d'offres pendant toute la durée de la relation place cette dernière dans une situation de précarité certaine, même si le partenaire a été sélectionné durant plusieurs années et même si les relations sont formalisées par des contrats-cadres. Dans certains cas cependant, le recours aux appels d'offres ne remet pas en cause la stabilité de la relation. Il en est ainsi lorsqu'il intervient dans le contexte de rapports caractérisés par une pause dans l'utilisation de ces procédures puis de reconductions successives des contrats initiaux avec les mêmes partenaires. Ainsi, le fait que des relations aient débuté à la suite d'un appel d'offres ne les rend pas précaires dès lors que, après l'expiration

du premier contrat, les échanges se sont poursuivis de manière informelle. De même, la demande au prestataire ou au fournisseur habituel de ses «meilleurs tarifs» ou la notification par le client de son intention de recourir à un appel d'offres ne suffisent pas à précariser les relations en l'absence de mise en œuvre effective d'une telle procédure ou de préavis suffisant laissé au prestataire pour s'organiser rapidement afin d'y faire face. Enfin, les appels d'offres lancés par un client ne précarisent pas sa relation avec le prestataire incité à y soumissionner lorsqu'ils ne concernent pas les missions qui lui étaient jusqu'alors confiées.

La relation peut aussi être précarisée par des restrictions contractuelles à la reconduction d'une relation à durée déterminée, comme la nécessité de constater les prestations effectuées et de signer un avenant trois mois avant l'échéance ou de parvenir à un accord sur les tarifs de l'année à venir. Enfin, l'article L. 442-1, II du Code de commerce n'est pas applicable lorsque les relations se caractérisent par la transformation de rapports informels en un contrat à durée indéterminée suivi d'un contrat à durée déterminée non renouvelable par tacite reconduction ou par le passage d'un contrat à durée déterminée avec engagement ferme de commandes et clause de reconduction tacite à un contrat à durée déterminée vidé de ces clauses.

C. Rupture

PLAN

La rupture peut revêtir la forme :

- d'un déréférencement ;
- d'une rupture partielle ;
- d'un refus de vente ou de commande ;
- du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ;
- d'une modification des conditions contractuelles.

1. Dééréférencement

A RETENIR

L'article L. 442-1, II a eu dès l'origine principalement pour objectif de lutter contre les pratiques de dééréférencement abusif. Que le dééréférencement soit total ou partiel, lorsqu'il est brutal, il engage la responsabilité de son auteur.

Ainsi, une centrale de référencement commet un abus de puissance d'achat en dééréférencant un fournisseur sans respecter un préavis suffisant. Le délai de préavis doit notamment permettre au fournisseur qui a consenti d'importants investissements, en particulier incorporels, d'assurer son redéploiement. La rupture est brutale lorsqu'un fournisseur est dééréférencé au motif qu'il a fait jouer l'exception d'inexécution et suspendu ses livraisons dans l'attente du règlement de créances exigibles. De même, le dééréférencement de nombreux produits qui représentent une part significative du marché confié au fournisseur, puis le lancement d'appels d'offres portant sur des articles essentiels de sa gamme, accompagnés d'une baisse drastique des commandes, traduisent une rupture brutale de

relations commerciales établies. Toutefois, le déréférencement d'un fournisseur lui est imputable lorsqu'il a fait l'objet de nombreux avertissements relatifs à la mauvaise qualité des produits livrés ou, lorsqu'à la suite d'une restructuration interne, il se trouve dans l'incapacité d'assurer le suivi des commandes et de la relation.

2. Rupture partielle

A RETENIR

Au même titre que la rupture totale, la rupture partielle est expressément visée par l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Une chute importante du volume d'affaires réalisé entre deux partenaires commerciaux caractérise une rupture partielle de relations commerciales établies.

La responsabilité de l'auteur de la rupture partielle est engagée, même si de nouvelles commandes sont ultérieurement passées, dès lors qu'elles n'atteignent pas le niveau initial. Cependant, un prestataire ne peut se fonder sur les chiffres d'affaires réalisés au cours d'une année exceptionnelle pour prétendre que les résultats ultérieurs, plus conformes à ceux des années précédentes, traduisent une rupture partielle des relations commerciales établies. L'existence d'une rupture partielle est également exclue lorsque la baisse des commandes est justifiée par les difficultés financières du client ou ne résulte pas d'une stratégie volontaire du donneur d'ordres mais s'explique par une baisse d'activité. Une jurisprudence de plus en plus fournie considère que la rupture d'une relation commerciale établie n'est pas imputable à son auteur dès lors qu'elle est justifiée par une baisse d'activité consécutive à la crise économique. La crise invoquée doit impacter significativement l'activité de l'auteur de la rupture, de manière pérenne et non seulement ponctuelle, pour pouvoir être répercutée sur le cocontractant. En outre, la chute des achats auprès d'un fournisseur ne peut être justifiée par la crise économique lorsque le client s'est tourné vers des tiers pour ses approvisionnements. Le seul maintien d'un volume d'affaires ne vaut pas préavis et n'exclut donc pas l'application de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Certaines décisions, de moins en moins isolées, retiennent qu'il ne peut y avoir de rupture partielle de relations établies lorsque les partenaires ne se sont pas engagés sur un nombre annuel de missions ou sur un volume minimal d'achat. D'autres, plus nombreuses, estiment que la baisse de commandes n'engage pas la responsabilité de son auteur lorsqu'elle n'entraîne pas de perte significative de chiffre d'affaires pour le partenaire ou ne revêt pas de caractère délibéré. La Cour de cassation précise cependant que même si elle ne produit qu'un impact limité sur le partenaire, la réduction des commandes ne doit pas être fondée sur des motifs discriminatoires.

La réduction du périmètre d'intervention d'un prestataire ou la perte d'une exclusivité sont souvent assimilées à une rupture partielle de relations commerciales établies, ce que contestent la Cour de cassation ainsi que, de façon de plus en plus fréquente, certains juges du fond. De même, le fait pour un fournisseur d'établir des rapports directs avec un client de son partenaire ne constitue pas une rupture partielle en l'absence de cessation du courant d'affaires.

3. Refus de vente ou de commande

A RETENIR

Si l'annulation d'une commande ferme n'est pas assimilable à la rupture d'une relation commerciale établie, tel n'est pas le cas du refus de commande.

Dans une affaire où les partenaires en cause étaient liés par un contrat permettant aux clients de recourir aux services de livraison d'un prestataire «en cas de besoin», la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que le simple fait de ne plus passer d'ordres caractérisait une rupture brutale de relations commerciales établies. Il en est de même lorsqu'un client baisse drastiquement le volume de ses commandes auprès d'un prestataire qui pouvait légitimement croire à la continuité des relations eu égard aux chiffres d'affaires réalisés jusqu'alors, même s'il a stipulé qu'il était libre de recourir ou non aux services du prestataire, qu'il ne lui garantissait aucun chiffre d'affaires et ne lui réservait aucune exclusivité.

EXEMPLES

Quand un refus de vente ou de commande est-il susceptible de tomber sous le coup de l'article L. 442-1, II ?

- lorsque le distributeur cesse de passer commande auprès de son fournisseur, même si celui-ci ne lui a pas expédié de nouvelles références, dès lors qu'il dispose des tarifs pour l'année en cours ;
- lorsque le distributeur passe une commande exorbitante à livrer à très brève échéance après plusieurs mois de silence ;
- lorsque des magasins d'une enseigne ne passent plus de commandes sans adresser le moindre courrier de rupture pour créer une situation tendant à faire endosser la responsabilité de celle-ci à ses fournisseurs ;
- en cas de cessation de toute commande par un client, à la suite du refus du prestataire de lui accorder une remise dont ce dernier conteste la légitimité, même si cette remise est effectivement due ;
- en dépit du principe de libre réorganisation du réseau, lorsqu'un fournisseur oppose un refus de vente à un ancien distributeur, sans établir le caractère anormal de la commande et l'impossibilité matérielle de la satisfaire ;
- lorsqu'un fournisseur cesse de fournir une marque de produits, même si l'importateur propose des produits de substitution, dès lors ceux-ci ne sont pas de qualité équivalente et ne disposent pas de la même réputation commerciale.

En revanche :

- un client ne peut se voir imputer la rupture des relations commerciales établies en raison d'un prétendu refus de passer commande lorsque son partenaire n'a donné aucune réponse à une précédente demande de prestations, qu'il est au demeurant dans l'impossibilité de satisfaire eu égard à sa liquidation judiciaire ;

- le refus de vente n'est pas condamnable lorsqu'il repose sur une série d'incidents de paiement de la part de sa prétendue victime.

La Cour d'appel de Paris a estimé que le refus d'honorer une commande déterminée, qui constitue certes une faute contractuelle, ne caractérise pas une rupture brutale lorsque ce comportement n'a pas été réitéré. Il a même été jugé que l'absence d'exécution de 23 commandes sur une période de 9 mois ne pouvait être assimilée à une rupture de relation commerciale dès lors qu'après cette période, une collaboration avait continué d'exister entre les partenaires. Le revendeur qui reproche à son fournisseur d'avoir rompu les relations commerciales établies en cessant de l'approvisionner doit démontrer l'existence de commandes qui n'auraient pas été satisfaites.

Comme le refus de vente, le refus de prestation peut tomber sous le coup de l'article L. 442-1. Ainsi, le partenaire qui refuse de reprendre l'exécution d'une prestation, qui a fait l'objet d'une rupture partielle, doit endosser la responsabilité de la rupture définitive des relations.

4. Non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée

A RETENIR

Le juge a progressivement construit le régime juridique applicable aux contrats à durée déterminée au regard de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Si un seul contrat à durée déterminée ne crée pas en principe de relation commerciale établie, il en va différemment en cas de succession de contrats.

Dans ce cas, les modalités de la rupture négociée entre les parties, et notamment la durée du préavis pour mettre fin au contrat à durée déterminée, doivent être conformes aux dispositions légales. Ce qui importe, c'est la stabilité de la relation. La durée déterminée du contrat et l'absence de tacite reconduction n'entrent pas en ligne de compte : la soumission du renouvellement à un accord exprès et écrit des parties n'a pas pour effet d'exclure l'application de l'article L. 442-1, II, dès lors que les parties ont entretenu une relation commerciale sans interruption pendant plus de quinze années.

Cependant, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne tombe pas sous le coup de l'article L. 441, II lorsqu'il ne présente pas le caractère d'imprévisibilité ou de brutalité justifiant l'exercice d'une action en responsabilité.

EXEMPLES

Quand le renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne tombe-t-il pas sous le coup de l'article L. 442, II ?

- lorsque, dans le cas de relations commerciales établies depuis plus de dix années, son auteur a non seulement respecté le préavis contractuel de trois mois, mais encore accepté de prolonger les relations pendant une année ;
- dans le cas du non-renouvellement notifié neuf mois avant son échéance, même pour des parties en relation depuis dix-huit ans, dès lors que cette mesure était pré-

visible au regard du cadre contractuel ;

- dans le cas du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, notifié en temps utile et justifié par la mauvaise qualité des prestations ;
- lorsque, subordonné à la réalisation d'un chiffre d'affaires non atteint, il était prévisible.

5. Modification des conditions contractuelles

A RETENIR

La modification unilatérale des conditions contractuelles est soumise aux dispositions de l'article L. 442-1, II dès lors qu'elle est substantielle.

EXEMPLES

Quand une modification des conditions contractuelles s'identifie-t-elle à une rupture ?

- lorsque le fournisseur modifie ses conditions de vente en indiquant au distributeur que les produits commandés sont désormais payables au comptant à la livraison et au prix public, contrairement aux pratiques antérieures ;
- lorsque le fournisseur augmente unilatéralement et sensiblement les tarifs pratiqués ;
- lorsque le concédant cesse de produire l'un des articles constituant l'objet principal de l'accord rompt brutalement les relations commerciales établies qui le lient à son distributeur exclusif ;
- lorsque le client informe tardivement son prestataire de services de la mise en location-gérance de son fonds de commerce, avec la conséquence inéluctable de la cessation de leur partenariat ;
- lorsque le fabricant diminue progressivement le volume de commandes pendant onze mois ou réduit très significativement le volume de commandes, au motif qu'il a perdu son plus important client ;
- lorsque le client demande à son prestataire d'aligner ses tarifs sur ceux d'un tiers, sans les lui fournir, puis rompt les relations sans préavis écrit ;
- lorsque la réorganisation par le fournisseur de son système de distribution entraîne une modification des zones de desserte d'un transporteur et une affectation de zones dotées d'un potentiel économique moindre, ou se traduit par l'obligation faite au seul distributeur de la marque sur un territoire de passer commande auprès du nouveau dépositaire agréé sans garantie de maintien des conditions initiales.

En revanche :

- une simple proposition de modification des conditions contractuelles, dont il n'est pas démontré qu'elle n'est pas négociable, ne peut ni caractériser, ni fonder une rupture immédiate de relations commerciales établies par l'autre partenaire ;

- en l'absence d'exclusivité de droit, un distributeur ne peut considérer que la nomination d'un nouveau revendeur constitue une rupture brutale de relations commerciales établies de la part du constructeur dès lors qu'il ne démontre pas avoir essuyé des refus d'approvisionnement ou pâti de conditions de vente plus rigides.

La modification imposée doit revêtir un caractère suffisamment substantiel et défavorable au partenaire pour constituer, en cas de refus de ce dernier, une rupture brutale de relations commerciales établies. Ainsi, ne caractérisent pas une rupture brutale des modifications contractuelles qui, appréciées *in concreto*, n'alourdissent pas sensiblement les obligations du partenaire.

EXEMPLES

Quand une modification des conditions contractuelles ne s'identifie-t-elle pas à une rupture ?

- lorsque le fournisseur exige des garanties bancaires et un paiement préalable des marchandises commandées, contrairement à la pratique antérieure des délais de paiement à 90 jours, accompagnée d'une augmentation de tarif ne présentant un caractère ni anormal ni inhabituel ;
- lorsque le fournisseur réduit de 5 % du taux de remise accordé à un grossiste pour des opérations qui ne concernent que 35 % de son chiffre d'affaires ;
- lorsque le fournisseur contracte directement avec le principal client de son partenaire ;
- en cas de baisse de commandes en raison des difficultés générées par la crise économique ;
- en cas de baisse de commandes justifiée par le choix d'un autre composant dans le cadre d'une démarche d'innovation, en l'absence de volume d'achat garanti et de violation de la clause d'exclusivité ;
- en cas de baisse de commandes due à une augmentation des prix du fournisseur de l'ordre de 25 % sans que ce dernier accepte d'accorder des délais suffisants pour répercuter une telle hausse sur la clientèle ;
- en cas d'ouverture par le fournisseur d'une boutique à proximité immédiate de celle de l'un de ses distributeurs multimarques, à plus forte raison lorsque ce distributeur exploite plusieurs établissements dans la même ville.

D. Caractère brutal de la rupture

A RETENIR

La rupture de relations commerciales établies n'a pas en principe à être motivée. L'inanité des motifs allégués par l'auteur de la rupture n'est donc pas de nature à engager sa responsabilité.

En effet, le texte de l'article L. 442-1, II ne pose pas d'autres conditions à la rupture que l'existence d'un préavis écrit et suffisant. Des relations commerciales établies peuvent être rompues sans motif en respectant un préavis écrit, la motivation n'étant requise qu'en cas de rupture immédiate pour inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure.

PLAN

La rupture peut être brutale à cause de :

- l'absence de fait justificatif ;
- l'insuffisance de la durée du préavis ;
- ses circonstances.

1. Absence de fait justificatif**a. Manquement d'une partie à ses obligations****A RETENIR**

Le manquement d'un partenaire à ses obligations contractuelles dispense l'auteur de la rupture de préavis, à plus forte raison lorsque les parties ont érigé l'obligation en cause en obligation de résultat.

Encore faut-il, pour que la dispense de préavis s'applique, que le juge ait retenu l'existence d'un contrat entre les parties ou que l'obligation invoquée existe bien dans leurs rapports personnels et ne dérive pas d'un contrat conclu entre l'une d'elles et un tiers. En l'absence de rapports contractuels, la jurisprudence exige en règle générale que le manquement présente les caractères d'une faute grave.

EXEMPLES

Quand le manquement du cocontractant est-il suffisamment grave pour dispenser de préavis ?

- lorsque le distributeur commet des actes déloyaux à l'égard de son fournisseur ;
- lorsque le distributeur revend les produits contractuels à des tiers non agréés ;
- lorsque le distributeur viole *l'intuitus personae* ;
- lorsque le distributeur ne respecte pas les procédures d'encaissement et porte atteinte à l'image du réseau ;
- lorsque le distributeur se rend coupable d'impayés malgré les délais de paiement accordés et ne respecte pas les conditions d'agrément du réseau ;
- lorsque le distributeur commercialise des produits contrefaits ;
- lorsque le bénéficiaire d'une exclusivité territoriale cesse toute commande auprès de son fournisseur durant une longue période ou refuse délibérément de respecter la clause d'exclusivité, en dépit de multiples rappels à l'ordre ;
- lorsque le membre d'un réseau de distribution sélective s'approvisionne hors ré-

seau en violation de ses obligations contractuelles ;

- même lorsqu'une clause n'est pas stipulée, en l'absence totale de vente de produits neufs pendant vingt-huit mois ;
- lorsque le fournisseur augmente unilatéralement ses prix sans engager de négociation tarifaire avec son client ;
- lorsque des problèmes majeurs de qualité et de traçabilité du produit livré sont survenus dans un court laps de temps, sans que le fournisseur y remédie, malgré les injonctions du client ;
- lorsque l'agrément nécessaire à l'exercice d'une activité n'a pas été obtenu en dépit des délais accordés ;
- lorsqu'un prestataire ne respecte pas d'importantes consignes sanitaires ou les conditions générales de son partenaire ;
- lorsqu'un représentant obtient le versement de pots-de-vin de la part des clients du représenté en rémunération de ses prestations ;
- lorsqu'un sous-traitant ne s'acquitte pas des formalités légales nécessaires à l'exercice de l'activité, exposant son donneur d'ordres à des sanctions pénales ou porte atteinte à la crédibilité commerciale du donneur d'ordres à l'égard du client final ;
- lorsque les faits présentent une gravité telle qu'ils ont été dénoncés à la justice.

En revanche :

- la seule dégradation des relations entre les partenaires ne peut, en l'absence d'inexécution contractuelle, justifier une rupture immédiate de relations commerciales établies.

EXEMPLES

Quand le manquement du cocontractant n'est-il pas suffisamment caractérisé pour dispenser de préavis ?

- en cas de problèmes de qualité et de livraison, à plus forte raison lorsque le client attend de trouver un nouveau fournisseur avant de rompre ses relations avec son partenaire ;
- en cas de reprise d'une activité concurrente de celle du partenaire dans une zone où il n'est pas encore présent ;
- en cas de refus de diminuer ses prix ;
- en cas de prétendus impayés alors que les créances invoquées sont de faible montant ou ne sont pas échues à la date de la notification ;
- en cas de factures en souffrance dont le montant n'excède pas les facilités de paiement jusqu'ici accordées au distributeur ;
- en cas de perte de confiance dans le partenaire ;

- en cas de simples soupçons de fraude en l'absence de preuve de concert frauduleux ;
- en cas de doutes sur la capacité du prestataire à financer l'acquisition de la matière première
- dans le cas de relations avec une personne physique lorsque l'âge est invoqué ;
- en cas de cession de parts sociales à un tiers concurrent du partenaire commercial ;
- en cas de faillite d'une société distincte, même société sœur du distributeur ;
- les partenaires étant en relation au titre de deux activités, lorsque la faute commise dans le cadre de l'une est invoquée pour justifier la rupture de relations concernant l'autre ;
- en cas de non-conformités qui font obstacle à l'obtention du label social, mais qui ne constituent pas des manquements contractuels.

S'agissant de la portée du non-respect d'une clause d'objectifs, la jurisprudence apparaît aujourd'hui exagérément protectrice du débiteur de l'obligation. Même en présence d'une clause résolutoire en cas de non-atteinte des objectifs, la Cour de cassation estime que le manquement du distributeur ne constitue pas une faute suffisamment grave pour justifier une rupture immédiate.

La sévérité du juge se manifeste aussi par le fait que l'auteur de la rupture ne peut se prévaloir de fautes graves commises par son partenaire pour justifier la brutalité de la rupture lorsqu'il lui a spontanément accordé un préavis, alors qu'une faute grave, par son importance, rend impossible le maintien du contrat. Cette solution paraît injustifiée car elle est contraire aux usages du commerce selon lesquels l'auteur d'une rupture pour faute peut souhaiter par longanimité laisser un bref délai à son cocontractant pour mettre en œuvre la fin des relations, et incitera les entreprises à ne laisser aucune flexibilité à leurs partenaires en cas de faute grave.

De même, certaines décisions retiennent que des manquements qui n'ont pas fait l'objet d'observations ou de mises en demeure, qui ne sont pas visés dans la lettre de rupture ou ont été découverts *a posteriori* ne peuvent être considérés comme des fautes graves.

b. Force majeure

A RETENIR

En principe, la force majeure peut justifier la rupture sans préavis, à condition que les faits invoqués à l'appui de la rupture présentent un caractère fortuit et involontaire.

EXEMPLES

Quand la force majeure peut-elle être invoquée et dispenser de préavis ?

- en cas de fermeture administrative d'un établissement ;
- en cas de changement du cadre réglementaire d'exercice de l'activité ;
- en cas d'incendie des locaux du client entraînant l'interruption de commandes de prestations sans préavis.

Quand la force majeure ne peut-elle être invoquée ?

- en cas de restructuration interne du service commercial du fournisseur qui a provoqué la suspension de toute livraison pendant plusieurs saisons ;
- en cas de délocalisation ultérieure de la production ;
- en cas de conditions météorologiques difficiles lorsque celui qui les invoque ne démontre pas qu'elles ont paralysé son activité ou fait obstacle à la passation de commandes ;
- en cas de problèmes d'approvisionnement et de cession de son activité par le fournisseur qui ne démontre pas de caractère imprévisible, insurmontable, ou irrésistible ;
- en cas de simples difficultés économiques.

Les juges du fond adoptent des positions divergentes lorsque l'auteur de la rupture se prévaut de la conjoncture économique pour justifier la rupture immédiate pour force majeure. Selon la Cour de Dijon, l'auteur de la rupture est déchargé de toute responsabilité lorsqu'indépendante de sa volonté, elle résulte de l'évolution de la conjoncture qui s'est traduite par une diminution de 62 % de son propre chiffre d'affaires en raison de la perte de commandes qu'il a lui-même subie en qualité de sous-traitant. Au contraire, la Cour d'appel de Paris se montre particulièrement stricte : après avoir estimé que les difficultés économiques du secteur ne constituent un cas de force majeure que si l'entreprise concernée en démontre l'imprévisibilité et si elles ont sensiblement affecté l'activité de l'entreprise, elle estime dorénavant que la conjoncture économique ne caractérise pas un cas de force majeure dès lors qu'elle touche dans la même mesure l'auteur et la victime de la rupture. De même, elle considère que la perte d'un client par le donneur d'ordres ne constitue pas un cas de force majeure l'autorisant à se dispenser de préavis dans ses relations avec le sous-traitant. Enfin, elle considère que la crise survenue en 2008 ne peut être invoquée pour justifier une rupture notifiée en 2016. La jurisprudence se montre beaucoup plus sensible aux difficultés invoquées par l'auteur de la rupture lorsque les poursuites sont fondées sur la rupture partielle : dans cette hypothèse, la Cour d'appel de Paris admet que la rupture n'est pas condamnable si la baisse des commandes est justifiée par les difficultés financières du client ou ne résulte pas d'une stratégie volontaire du donneur d'ordres mais s'explique par une baisse d'activité.

2. Durée du préavis

PLAN

Pour apprécier le caractère suffisant ou non de la durée du préavis, il faut tenir compte de :

- sa longueur ;
- son point de départ.

a. Longueur du préavis

A RETENIR

Le préavis doit être fixé compte tenu de la durée de la relation commerciale. Il doit prendre en considération non seulement l'ancienneté des relations, mais aussi la nature de l'activité elle-même, c'est-à-dire la globalité de la relation. En outre, l'article L. 442-1, II, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, exclut que la responsabilité de l'auteur soit engagée pour insuffisance de préavis s'il a accordé un préavis de 18 mois.

1) Délai de préavis contractuel

Selon la Cour de cassation, **l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas les juges du fond d'examiner si ce délai tient compte de la durée de la relation commerciale et des circonstances au moment de la notification.** La faible ancienneté des relations peut ainsi justifier une réduction de la durée stipulée au contrat. A l'inverse, en présence d'une relation longue et continue et d'une clause de non-concurrence couvrant un secteur économique touché par la crise, les juges ont estimé nécessaire d'allouer un préavis supérieur au préavis contractuel.

2) Facteurs accessoires

La notoriété, l'implantation et l'importance de l'auteur de la rupture peuvent accessoirement entrer en ligne de compte. La jurisprudence se réfère parfois à l'importance des investissements effectués par le fournisseur et à la part du chiffre d'affaires réalisé avec le distributeur ou à la dépendance de la victime de la rupture. La Cour d'appel de Paris considère que les investissements dédiés à la relation n'influent pas sur la durée du préavis utile lorsqu'ils n'ont pas été exigés par l'auteur de la rupture et qu'il n'est pas établi qu'ils n'ont été ni amortis, ni profitables à la victime. Selon la Cour de cassation, le fait que le partenaire évincé ait réussi sa reconversion n'exclut pas l'obligation pour le juge de contrôler le caractère suffisant du préavis accordé eu égard à la durée de la relation commerciale et aux autres circonstances au moment de la notification de la rupture. Après avoir dans un premier temps considéré que l'absence de perte de chiffre d'affaires dans l'année suivant la rupture ne remettait pas en cause la brutalité de la mesure, la Cour d'appel de Paris a semblé s'opposer frontalement à la Haute juridiction, en retenant que la reconversion possible ou effective du partenaire évincé en cours de préavis atténuait ou hypothéquait son droit à réparation. N'ayant pas réussi à infléchir la position de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris a abandonné sa résistance et retient aujourd'hui que pour apprécier le préjudice de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, il n'y a pas lieu de tenir compte de la réorientation de

son activité au cours du préavis. Un fournisseur ne saurait être privé de son droit à un préavis utile sous prétexte qu'il a spontanément développé une activité complémentaire à celle objet de la relation.

3) Préavis suffisant

A RETENIR

Le nouvel article L. 442-1, II, alinéa 2, institue une exonération de responsabilité pour préavis insuffisant en cas d'octroi d'un préavis de 18 mois. Sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 5°, la durée du préavis n'était pas plafonnée et variait selon les circonstances de l'espèce.

EXEMPLES

Quels délais de préavis ont été jugés suffisants ?

- un préavis d'une année pour rompre des relations ininterrompues depuis trente années peut être justifié eu égard aux difficultés qui ont émaillé les relations au cours des trois dernières années et de la part modeste du chiffre d'affaires réalisé entre les partenaires ;
- un préavis de quatre ans pour mettre un terme à des relations vieilles de quarante ans lorsque les investissements invoqués par le partenaire résilié ne sont pas spécifiques à la marque et ont été amortis ;
- un préavis de deux ans pour rompre, même partiellement, une relation commerciale établie depuis trente-huit ans.

La liberté de rompre demeure néanmoins la règle et un préavis de trente mois exigé par des distributeurs a été jugé excessif et ramené à six mois pour des relations établies depuis quatre années.

4) Modification de la durée du préavis

A RETENIR

Lorsque le préavis est jugé trop bref au regard de la durée des relations antérieures, le report du point de départ du délai de préavis ne suffit pas à exonérer automatiquement l'auteur de la rupture de sa responsabilité.

La Cour de cassation considère qu'une lettre postérieure à la notification de la rupture, dans laquelle le fournisseur propose un allongement du préavis initialement accordé, ne peut être prise en considération pour apprécier le caractère raisonnable de ce dernier. Dans le prolongement de cette solution, la Cour d'appel de Paris retient que le refus opposé par un distributeur à la proposition de son fournisseur de prolonger la durée du préavis initialement accordé ne se répercute pas sur le montant de son indemnité dès lors que la victime d'un comportement fautif n'est pas tenue de limiter son droit à indemnisation au profit de son auteur. Quand les relations ont été interrompues pendant plusieurs années, puis reprises, le juge ne peut, pour calculer le préavis, tenir compte que

de la deuxième période. Par ailleurs, lorsqu'une rupture totale des relations fait suite à une rupture partielle, il convient d'accorder un préavis différent pour chacune d'elles, qui tienne compte de la durée des relations à la date de la notification de la mesure. Enfin, la durée de la clause de non-concurrence qui s'impose au partenaire évincé s'ajoute à la durée des relations dont il est tenu compte pour apprécier le préavis. Ainsi, la durée du préavis accordé à un locataire-gérant doit être portée de six à douze mois pour tenir compte du fait qu'il est tenu par une clause de non-concurrence sur le territoire de la commune où il a exercé son activité pendant un an.

5) Règlement d'exemption

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les dispositions de l'article L. 442-1, II s'appliquent lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat valable en vertu d'un règlement d'exemption qui fixe un délai de préavis en cas de résiliation ordinaire. La jurisprudence a d'abord considéré, à juste titre, qu'un distributeur résilié pour réorganisation du réseau avec un préavis d'un an ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 442-1, II pour contester la durée du préavis, ce texte devant être interprété à la lumière du droit européen qui prime le droit national. Puis, différents arrêts ont affirmé la compatibilité de l'article L. 442-1, II avec le droit européen de la concurrence, sur la base de raisonnements contradictoires : i) parce que les règlements d'exemption européens ne fixeraient que des durées minimales de préavis ; ii) parce que les règlements d'exemption ne comporteraient pas de prescriptions contraignantes puisque le règlement automobile 1400-2002 ne prévoyait qu'une durée de préavis minimale et que le règlement 1-2003 permet aux États membres d'adopter des règles plus strictes que le droit européen pour sanctionner des comportements unilatéraux ; ou encore iii) parce que les articles 101 et 102 TFUE poursuivraient des objectifs différents de ceux visés par l'article L. 442-1. En réalité, la jurisprudence sanctionnant des contrats exemptés en droit européen au motif que le préavis contractuel conforme au droit européen de la concurrence serait trop court par rapport aux exigences de l'article L. 442-1, II du Code de commerce apparaît critiquable. Si les textes européens et français ont tous deux pour objectif de protéger le marché et la concurrence, dès lors que le droit européen de la concurrence est applicable et permet d'exempter un contrat qui prévoit un préavis contractuel conforme aux dispositions du règlement, une remise en cause de l'exemption sur le fondement de l'article L. 442-1, II devrait être exclue. Il apparaît en effet contradictoire d'affirmer que ce dernier texte relève de l'ordre public économique et protège le fonctionnement du marché et de la concurrence et de refuser d'en tirer les conséquences quant à la primauté de l'article 101 TFUE sur l'article L. 442-1, II. Se fonder, pour faire prévaloir les dispositions de l'article L. 442-1, II, sur le fait que le règlement 1-2003 autorise l'adoption de règles plus strictes en matière de comportements unilatéraux semble peu convaincant. Une telle interprétation revient à condamner l'invocation par une partie d'une stipulation contractuelle exemptée sur le fondement du droit de l'Union. La Cour de justice devrait être saisie d'une question préjudicielle afin de mettre fin aux errements de la jurisprudence nationale ou le juge français devrait trouver un autre fondement aux pouvoirs du ministre que la protection du marché et de la concurrence pour rationaliser l'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

6) Spécificités sectorielles

A RETENIR

Le caractère raisonnable de la durée du préavis s'apprécie au regard des spécificités de l'activité en cause. Dans certains secteurs professionnels, comme l'agriculture, le commerce du vin ou le prêt-à-porter, le préavis doit être fixé en tenant compte du caractère saisonnier du cycle de production.

Il a ainsi été jugé que pour un cycle de production de 6 mois, un préavis de 4 mois, avec une notification en début de cycle, est insuffisant. De même, la rupture intervenue en fin de saison de «collection été» est brutale dès lors qu'elle prive la victime de la possibilité d'une «collection hiver» susceptible d'être substituée. En d'autres termes, la rupture doit être notifiée à la victime dans un délai qui lui permette de reconvertir ses activités. Un préavis de trois mois est dès lors insuffisant pour rompre des relations de vingt-trois ans sur un marché oligopolistique où l'exercice de l'activité suppose de respecter une réglementation particulière et de disposer d'équipements spécialisés. L'intervention sur un marché caractérisé par le nombre réduit de clients et sur lequel les reconversions sont longues, coûteuses et difficiles, peut justifier l'octroi d'un préavis de dix-huit mois. En revanche, la spécificité de l'activité en cause ne constitue pas un critère d'appréciation pertinent lorsque les achats de l'auteur de la rupture ne représentent qu'une infime partie de l'activité de la victime ou qu'il existe des solutions alternatives qui pourront facilement être mises en œuvre. La rupture est exempte de critique lorsque le fournisseur offre de maintenir la relation commerciale pendant une durée permettant la mise en œuvre d'une solution de remplacement, même si cette solution nécessite une nouvelle relation contractuelle entre les parties.

7) Accords interprofessionnels

A RETENIR

Le préavis doit respecter la durée minimale fixée par les accords interprofessionnels, en référence aux usages du commerce.

Ainsi, les usages professionnels entre éditeurs et imprimeurs s'appliquent à la durée du préavis qui doit être accordée lors de la rupture de la relation commerciale établie entre un imprimeur et un graphiste. De même, en matière de transport de marchandises, le délai minimum de préavis ne peut être inférieur à trois mois en application du contrat-type relatif à la sous-traitance en matière de transports, qui, selon la Cour de cassation, exclut l'application de l'article L. 442-1, II. L'applicabilité du contrat-type implique cependant l'existence de rapports tripartites entre un donneur d'ordres, un transporteur principal et un sous-traitant. En présence de rapports bipartites, l'article L. 442-1, II retrouve son empire. Par ailleurs, lorsque les partenaires à un contrat de sous-traitance de transport stipulent un délai de préavis, elles manifestent leur volonté d'exclure l'application du contrat-type approuvé par le décret du 26 décembre 2003, de sorte que la rupture de leurs relations relève de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. L'existence d'usages professionnels ne dispense pas le juge de vérifier si le préavis accordé en vertu de ces usages tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances

de l'espèce, notamment de l'état de dépendance de l'entreprise évincée. En effet, selon le juge, les usages professionnels applicables dans le secteur en cause constituent le minimum qui peut être accordé au partenaire évincé.

8) Préavis légaux

A RETENIR

Le délai de préavis peut être légalement fixé.

Il en est ainsi de l'article L. 134-11 du Code de commerce pour le contrat d'agence commerciale qui n'est pas soumis à l'article L. 442-1, II du même code, ce contrat étant en outre de nature civile. De même, la rupture d'un concours bancaire dans le respect du délai de préavis prévu par l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier ne peut être remise en cause sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Cette solution ne s'applique pas au contrat de gérance-mandat, dont les conditions de la rupture sont certes fixées par l'article L. 146-4 du Code de commerce mais pas la durée du préavis.

Avant la réforme du droit de la négociation commerciale par l'ordonnance du 24 avril 2019, l'ancien article L. 442-6, I, 5° prévoyait que si la relation commerciale portait sur la fourniture de produits sous marque distributeur, la durée minimale du préavis était portée au double de celle qui serait applicable pour des produits autres. La règle du doublement du préavis ne figure plus à l'article L. 442-1, II.

9) Relations des parties

A RETENIR

Durant le préavis les relations se poursuivent selon les mêmes modalités et le volume d'affaires doit, en principe, se maintenir même s'il ne doit pas nécessairement atteindre un niveau équivalent. La modification des conditions du contrat doit présenter un caractère substantiel pour être assimilée à une inexécution du préavis.

EXEMPLES

Que ne peut-on pas faire en cours de préavis ?

- baisser de 50 % le chiffre d'affaires sans que la baisse soit justifiée par des circonstances extérieures exceptionnelles ;
- faire chuter brutalement les commandes de prestations en tentant d'imposer à son partenaire des tarifs nettement inférieurs à ceux pratiqués par le passé ;
- pour le client, cesser ou refuser de passer commande en cours de préavis ;
- pour un fournisseur, prétendre exécuter effectivement le préavis accordé à son distributeur lorsqu'il lui retire de facto la vente des services qui génèrent le plus de marge ;
- pour l'auteur de la rupture, augmenter les obligations de son partenaire en cours de préavis, notamment en conditionnant la signature d'un nouveau contrat à la ré-

alisation, au cours de cette période, de ventes supérieures aux objectifs contractuels ou en modifiant la procédure de passation de commandes en imposant au client de passer un nombre minimum d'ordres dans l'année pour bénéficier de remises auparavant inconditionnelles ;

- retirer l'exclusivité au cours du préavis et priver celui-ci de tout intérêt en mettant le partenaire évincé dans l'impossibilité de le mettre à profit pour se réorganiser ;
- pour un fournisseur, démarcher les clients de son distributeur en cours de préavis ;
- pour un fournisseur, refuser de livrer les commandes passées par le partenaire évincé, à moins qu'elles ne présentent un caractère inhabituel eu égard aux stocks encore en possession du distributeur ou que ce dernier soit encore débiteur de très lourds impayés.

En revanche :

- le retrait de l'exclusivité est licite lorsque l'abandon de l'exclusivité est réciproque ;
- les ventes sur le territoire sont licites en l'absence d'exclusivité préalable ;
- l'atteinte à l'exclusivité est autorisée lorsque le partenaire évincé est commissionné pour les ventes effectuées en violation de son exclusivité.

Selon la Cour de cassation, une clause, qui, au cours du préavis, permet au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs, et au concessionnaire de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné afin de faciliter sa reconversion commerciale, ne constitue qu'un aménagement contractuel de l'exécution du préavis qui n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

Du reste, pour pouvoir prétendre que le préavis n'a pas été respecté, encore faut-il que le partenaire évincé justifie des commandes que son fournisseur aurait refusé de satisfaire.

En outre, une rupture en cours de préavis est possible lorsque le partenaire évincé commet de nouvelles fautes pendant cette période, comme l'accumulation d'impayés. Enfin, l'article L. 442-1, II n'impose pas la poursuite des relations durant le préavis lorsque l'auteur de la rupture propose une compensation pécuniaire adéquate à son partenaire.

b. Point de départ du préavis

A RETENIR

Le délai de préavis court dès la manifestation par l'auteur de la rupture de son intention de ne pas poursuivre les relations et non du jour où la rupture est consommée. La lettre annonçant le terme des relations doit marquer sans ambiguïté la volonté de rompre.

Ainsi, un distributeur ne peut se plaindre d'une absence totale de préavis lorsqu'il résulte des termes clairs et précis de deux courriers de son fournisseur, adressés plus d'un an avant la rupture, que celui-ci n'avait pas l'intention de renouveler le contrat à son échéance, même s'il n'excluait pas d'examiner sa candidature pour un nouveau contrat.

Par ailleurs, la notification de la rupture par lettre simple suffit à faire courir le préavis, même si le contrat prévoit une lettre recommandée avec accusé de réception, dès lors que son destinataire ne conteste pas l'avoir reçue.

En revanche, le seul ralentissement des commandes ou des courriers qui font seulement état de problèmes de qualité ne peuvent tenir lieu de préavis. Un préavis oral, délivré au cours d'une réunion, ne suffit pas non plus. Enfin, selon certaines décisions, la lettre de rupture ne fait courir le préavis que si elle indique la durée de celui-ci.

Lorsque l'une des parties lance un appel d'offres, elle marque sa volonté de ne pas poursuivre la relation aux conditions antérieures. Le lancement de l'appel d'offres ne doit toutefois pas avoir été présenté au prestataire habituel comme une simple formalité. En outre, le lancement d'un appel d'offres par une société sœur du client, avec laquelle le fournisseur est également en relations, ne vaut pas notification de la rupture des relations entre ces derniers. Le point de départ du préavis doit être fixé au jour de l'émission de l'appel d'offres et non à celui où la proposition du partenaire habituel n'est pas retenue. La mise en concurrence dans le cadre d'un appel d'offres d'un partenaire commercial avec d'autres entrepreneurs équivaut donc à une rupture de relations commerciales établies, à condition que la procédure d'appel d'offres ait fait l'objet d'une notification écrite au partenaire, le cas échéant, selon la Cour de cassation, sous la forme d'un courriel. Si le partenaire est sélectionné, de nouvelles relations s'instaurent.

3. Circonstances de la rupture

A RETENIR

La brutalité de la rupture s'apprécie au regard des accords interprofessionnels, des usages ou de la relation commerciale. Elle implique «l'imprévisibilité, la soudaineté et la violence», ainsi que l'absence de préavis suffisant.

Le respect du préavis contractuel exclut, selon la Cour de cassation, la brutalité ou l'imprévisibilité de la rupture, sous réserve que le préavis contractuel soit lui-même suffisant eu égard à la durée de la relation commerciale. Les mobiles de la rupture n'ont pas à être examinés par le juge dès lors que son auteur a respecté un préavis conforme à l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Le juge ne peut cependant se contenter, pour appliquer le texte, de constater que l'un des partenaires a pris l'initiative d'une rupture immédiate mais doit au préalable se prononcer sur la durée du préavis qui aurait dû être respecté.

EXEMPLES

La rupture n'est pas brutale :

- en cas de non-renouvellement de relations commerciales, même anciennes, dès lors que le processus de rupture s'étale sur plusieurs mois ;
- lorsque le partenaire a notifié son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures ;
- lorsque le partenaire a annoncé une possible réorganisation de ses approvision-

nements ou de ses activités et la réduction significative du volume d'affaires qui en résultera, voire la possibilité de l'exclusion d'un distributeur ;

- lorsqu'elle a été précédée de fréquents rappels à l'ordre d'un prestataire sur la qualité de ses prestations, de ses produits ou de son organisation ;
- lorsqu'elle intervient après la dégradation continue des rapports entre les partenaires durant une longue période ;
- lorsque l'entreprise, qui avait connaissance de sa mise en concurrence avec d'autres opérateurs, a été alertée de la nécessité de réduire son taux de dépendance ;
- lorsque l'entreprise a elle-même fortement diminué ses approvisionnements auprès de son client ;
- lorsqu'elle fait suite à une année de négociations stériles entre les partenaires sur la revalorisation du prix des marchandises.

La Cour de cassation a cependant remis cause ces solutions en posant en principe qu'une rupture, quoique prévisible, demeure brutale si sa victime n'a pas bénéficié d'un préavis suffisant. Ainsi, des menaces de rupture, mêmes graves et réitérées à plusieurs reprises, ne tiennent pas lieu de préavis lorsqu'elles ne sont pas mises à exécution et sont même suivies de nouvelles commandes. Désormais, la prévisibilité de la rupture ne la prive plus de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis.

A RETENIR

L'invocation d'un état de dépendance ne constitue pas un facteur d'appréciation en soi de la brutalité de la rupture.

D'abord, l'existence d'un rapport d'exclusivité entre les partenaires, ou la difficulté à trouver des solutions de substitution, ne s'identifie pas à un état de dépendance. Tel est le cas, en particulier, lorsque l'exclusivité résulte du propre choix de la victime de la rupture, notamment lorsque cette dernière ne diversifie pas sa clientèle en dépit de l'annonce, par son partenaire, d'une modification future des modalités de la relation. *A fortiori*, le distributeur qui n'est lié par aucune exclusivité, puisqu'il commercialise des produits concurrents, et a pu réorienter ses activités au cours du préavis, ne peut faire valoir sa dépendance. Il en va de même du distributeur qui n'a pas eu à se retirer du marché en cause et a, certes avec difficulté, retrouvé des fournisseurs à l'étranger ou du prestataire qui n'est tenu par aucune exclusivité ou clause de non-concurrence et n'a pas réalisé d'investissements spécifiques puisqu'il ne fait que détacher de la main d'œuvre chez son client, pour travailler sur des matières premières fournies par ce dernier. Ensuite, selon la Cour de cassation, le fait que le distributeur réalise une part très élevée de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture ne suffit pas à caractériser la dépendance du premier à l'égard du second, en l'absence d'exclusivité dans les relations contractuelles. Elle impose ainsi au partenaire, qui réalise 77,25 % de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture, de s'expliquer sur son choix de ne pas diversifier son activité ou sur l'état du marché sur lequel il intervient et ses perspectives de reconversion. Un prestataire qui ne réalise

que 32 à 35 % de son chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture n'est pas en état de dépendance vis-à-vis de ce dernier, même si celui-ci détient 50 % de part de marché, dès lors qu'il n'est pas établi qu'il ne puisse travailler pour les numéros 2 et 3 du secteur ou accentuer sa reconversion vers d'autres segments du marché, voire vers d'autres secteurs. Le partenaire contractuellement invité à diversifier sa clientèle et à informer son client lorsque son taux de dépendance excède 20 % ne peut ultérieurement se prévaloir d'une telle situation à l'égard de celui-ci. Tel est aussi le cas lorsque l'exclusivité ne concerne que les activités concurrentes de celles déployées par le client et permet au prestataire de contracter avec des non-concurrents. Enfin, le prestataire qui intervient sur un marché sur lequel une diversification facile et rapide de la clientèle est possible, ne peut se prévaloir d'aucune dépendance.

A RETENIR

La dépendance constitue cependant parfois un critère d'évaluation complémentaire de la durée du préavis.

Ainsi, selon la Cour de cassation, le juge n'est pas tenu de se limiter au critère de la durée des relations antérieures mais peut compléter son appréciation en tenant compte de l'état de dépendance du partenaire évincé, notamment pour vérifier si ce dernier peut facilement obtenir d'autres clients des commandes techniquement et économiquement équivalentes à celles résultant de la relation. Ainsi, la dépendance d'un fabricant à l'égard de son fournisseur, qui contrôle le marché avec une autre entreprise, justifie l'octroi de trois ans de préavis, lorsqu'il ne dispose pas de sources alternatives d'approvisionnement à un coût satisfaisant pour lui et ses clients. De même, la dépendance d'un distributeur en relations depuis trente-cinq ans avec un fournisseur qui lui a imposé une obligation de non-concurrence peut justifier l'allocation d'un préavis de deux ans dès lors que sur le marché en cause, qui présente des caractéristiques particulières et sur lequel la marque occupe une position importante, l'organisation de la reconversion nécessite une formation du personnel, la prise en considération de contraintes liées aux stocks de pièces de rechange et la recherche de nouveaux clients. Le client qui exige que son transporteur lui dédie la plupart de ses camions, impose que ceux-ci soient floqués à sa marque et que les chauffeurs portent des vêtements à ses couleurs, place ce dernier dans un état de dépendance dont il convient de tenir compte dans l'appréciation du préavis, même s'il l'a invité à se diversifier. Enfin, l'importance d'un client sur le marché français de l'approvisionnement de la grande distribution en fruits et légumes, sa part dans le chiffre d'affaires du fournisseur, l'interdiction faite à ce dernier de vendre directement à la grande distribution ou de fournir d'autres clients sans son autorisation préalable et l'immixtion dans sa gestion quotidienne établissent l'existence d'une dépendance subie, et non choisie, qu'il faut prendre en considération.

A RETENIR

Enfin, la forme de la rupture peut constituer un indice de sa brutalité.

Des relations qui durent depuis dix ans ne peuvent être rompues à l'expiration d'un délai de 48 heures, équivalent dans ce cas à une absence de préavis. De même, la rupture de relations établies depuis douze ans, notifiée dix jours seulement avant sa prise d'effet, présente un caractère brutal même si le fournisseur offre au distributeur de l'approvisionner jusqu'à l'ouverture de sa filiale de distribution. Tombe également sous le coup de l'article L. 442-1, II, la rupture de relations commerciales établies depuis 25 ans qui n'est pas annoncée au moyen d'un préavis écrit, mais d'un communiqué de presse, diffusé seulement un mois avant sa prise d'effet, dont le partenaire n'a eu connaissance que fortuitement. Dans tous les cas, la présence dans le contrat d'une clause autorisant la rupture de plein droit en cas de survenance d'un événement déterminé ne dispense pas les parties de respecter un préavis. La rupture est également abusive lorsque son auteur a laissé espérer à son partenaire la poursuite normale de leurs relations.

EXEMPLES

Quand l'auteur de la rupture fait-il indûment espérer à son partenaire la poursuite des relations ?

- en définissant avec ce dernier le plan marketing de l'année à venir ;
- en acceptant des hausses tarifaires et en demandant de nouvelles évolutions du produit ;
- en concluant, à l'issue d'une période de crise, un protocole d'accord prévoyant de nouvelles commandes et en maintenant un important volume d'affaires par la suite ;
- en adoptant, après la notification de la rupture, une attitude ambivalente sur la continuité du courant d'affaires qui empêche le partenaire de mettre à profit le préavis pour se reconvertir ;
- en incitant le distributeur à réaliser d'importants investissements pour combler les lacunes géographiques du réseau et en laissant croire à un renouvellement ;
- en lui adressant un courrier de félicitations qui envisage les perspectives d'activité pour les années à venir ou en poursuivant les relations plus d'un an après l'incendie des locaux invoqué pour y mettre un terme.

E. Sanctions

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la portée de la responsabilité ;
- l'évaluation du préjudice ;
- l'application de la règle dans les relations commerciales internationales.

1. Responsabilité

a. Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

L'article L. 442-1, II du Code de commerce prévoit que l'auteur d'un abus de dépendance, et notamment de la rupture brutale de relations commerciales établies, engage sa responsabilité. La nature de la responsabilité est déterminante pour désigner le tribunal territorialement compétent pour connaître du litige. En effet, l'article 46 du Code de procédure civile fixe des règles d'attribution de compétence différentes selon que l'action est contractuelle ou délictuelle. Le Code de commerce étant muet sur ce point, on en déduisait généralement qu'il s'agissait d'un cas de responsabilité civile générale, contractuelle ou délictuelle. Ainsi, lorsque de nombreux contrats de vente successifs ont été passés entre le fournisseur et son client, il a été jugé que celui-ci peut rechercher la responsabilité contractuelle du fabricant qui a rompu ces relations commerciales régulières.

A RETENIR

La Cour de cassation a décidé, de façon implicite mais nécessaire, que la responsabilité au titre de l'article L. 442-6, I, 5°, devenu L. 442-1, II est de nature délictuelle.

Cette prise de position en faveur de la nature délictuelle de l'action en rupture de relations commerciales établies sans préavis suffisant a été affirmée clairement depuis par la Chambre commerciale à l'occasion de multiples affaires, en dépit d'une assez forte résistance des juges du fond et de la prise de position contraire de la Cour de justice dans les rapports internationaux (CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-196-15, Granarolo, LawLex161360, qui estime que l'action fondée sur l'article L. 442-1, II présente un caractère contractuel dans l'ordre international). Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine qui estime que le fondement de la responsabilité pour rupture de relations commerciales établies n'est ni contractuel, ni délictuel, mais légal, ou encore qu'elle conduit à qualifier différemment un même type de responsabilité dans l'ordre juridique national et international. **A la suite de l'arrêt Granarolo de la Cour de justice, la jurisprudence interne a dû aligner ses solutions sur le droit de l'Union en ce qui concerne les rapports comportant un élément d'extranéité.** Plus fondamentalement, la rupture d'une relation commerciale établie intervient le plus souvent dans un cadre contractuel et nécessite très fréquemment une appréciation de la violation des obligations contractuelles (justifiant la privation de préavis), ou de leur bonne exécution, ou un jugement quant à la modification des conditions contractuelles (équivalente à une rupture totale ou partielle). Il apparaît dès lors peu cohérent d'inférer de la seule inscription d'un principe de responsabilité dans une loi son caractère délictuel.

La jurisprudence de la Chambre commerciale en faveur de la reconnaissance du caractère délictuel de la responsabilité avait pour corollaire l'éviction des clauses attributives de compétence au profit du juge du contrat. Elle apparaissait ainsi contraire à la jurisprudence de la première Chambre civile qui reconnaît traditionnellement l'application des clauses attributives de compétence quelle que soit la nature de la responsabilité invoquée. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence pour se rapprocher de la position adoptée par la première Chambre civile dans les rapports internationaux. Elle a ultérieurement confirmé sa position en considérant qu'une clause

attributive de compétence figurant au verso de factures réglées sans contestation par le distributeur, qui attribue compétence aux juridictions allemandes pour tous litiges découlant des relations contractuelles, est suffisamment large pour s'appliquer à la rupture de relations commerciales établies, quelle que soit la nature, contractuelle ou délictuelle, de la responsabilité encourue. En revanche, dans les rapports purement internes, les clauses attributives de compétence ne sont valables que pour autant qu'elles ne dérogent pas aux règles de spécialisation des juridictions fixées aux articles L. 442-4, D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce.

La consécration du caractère délictuel de l'action dans les relations internes entraîne l'application du principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Cependant, ce principe n'interdit pas au créancier d'une obligation contractuelle de présenter une demande distincte fondée sur l'article L. 442-1, II. Enfin, l'article 1240 du Code civil ne peut être invoqué à titre subsidiaire au soutien de prétentions fondées sur l'article L. 442-1, II lorsqu'aucune faute distincte de la seule rupture brutale n'est établie.

L'action se prescrit selon les règles de la prescription commerciale de droit commun, ramenée de dix ans à cinq ans par le nouveau droit de la prescription.

b. Maintien des relations contractuelles

La sanction de la rupture brutale peut-elle se traduire par le maintien des relations contractuelles ?

A RETENIR

Selon la Cour de cassation, si la rupture valable de relations commerciales établies ne saurait donner lieu à la condamnation du fournisseur à poursuivre les relations avec le distributeur, le juge des référés peut cependant, pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui en résulte et prévenir un dommage imminent, décider de prolonger la durée du préavis accordé au fournisseur par une centrale d'achats ou imposer, pour une durée déterminée, la reprise des livraisons ou le maintien des relations commerciales avec ses clients à une société dont la dissolution et la liquidation précipitée révèle une manœuvre délibérée pour se soustraire à ses obligations.

La Cour d'appel de Paris a même considéré que lorsqu'il y a encore lieu, le juge des référés peut, sur le fondement de l'article L. 442-4 du Code de commerce, faire injonction à un partenaire de reprendre les relations auxquelles il a manifestement mis fin de manière illicite ou ordonner l'extension du préavis accordé. Les conditions de l'injonction sont d'interprétation stricte : l'absence de trouble illicite et/ou de dommage imminent exclut *ipso facto* le maintien des relations. Aussi, les pertes financières et licenciements invoqués par la prétendue victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies ne justifient-ils pas l'octroi des mesures demandées lorsqu'ils sont la conséquence non de l'insuffisance de préavis octroyé, mais de la rupture elle-même, due à l'arrivée du terme du contrat conclu entre les partenaires.

c. Amende civile

A RETENIR

Comme tous les manquements à l'article L. 442-1 du Code de commerce, l'auteur d'une brusque rupture s'expose à une amende civile pouvant s'élever à un montant de 5 millions d'euro, au triple du montant des sommes indûment versées ou à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques en cause ont été mises en œuvre (art. L. 442-4, I).

Les interventions de la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 442-1, II qui sont beaucoup plus rares qu'en matière de déséquilibre significatif, ont notamment lieu dans des affaires où les victimes ne peuvent agir pour des raisons juridiques ou de rapports de force. Le montant de l'amende civile est fixé selon une analyse multicritères minorants et aggravants.

d. Publication de la décision

L'article L. 442-4, II du Code de commerce rend obligatoire la publication de la décision, même si très peu de décisions appliquent cette sanction.

e. Impact de la spécialisation des juridictions sur le contentieux

A RETENIR

Le décret du 11 novembre 2009, codifié aux articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, désigne huit juridictions spécialisées au titre du droit de la concurrence pour connaître du contentieux de l'article L. 442-1 du Code de commerce, la Cour d'appel de Paris étant la seule juridiction de second degré compétente pour les appels dirigés contre leurs décisions. Seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions de première instance spécialisées doivent être portés devant la Cour d'appel de Paris. Si une juridiction non spécialisée s'est prononcée, la cour d'appel de son ressort est seule compétente pour statuer sur le recours contre le jugement. Elle devra relever d'office l'excès de pouvoir commis par le premier juge, annuler sa décision et statuer le cas échéant sur le litige dans les limites de sa compétence.

Comment combiner l'attribution de compétence au profit de huit juridictions spécialisées avec les clauses attributives de compétence convenues entre les parties ? Faut-il faire prévaloir la clause attributive de compétence en considérant qu'elle doit s'appliquer même lorsque l'action est délictuelle conformément à la jurisprudence de la Chambre civile dans l'ordre international et à la jurisprudence la plus récente de la Chambre commerciale ? La solution la plus respectueuse de la volonté des parties consisterait à attribuer compétence au tribunal saisi, à vérifier qu'il fait partie des huit juridictions spécialisées et, à défaut, à opérer un renvoi à la juridiction spécialisée pour le ressort du tribunal désigné par les parties. La jurisprudence estime néanmoins que le caractère d'ordre public de la compétence des juridictions spécialisées exclut l'application des clauses attributives de compétence stipulées par les parties.

Enfin, la spécialisation des juridictions s'applique-t-elle aussi en cas de référé ? Si la juridiction locale saisie n'est pas compétente, cette incompétence doit logiquement viser

toutes les formations du tribunal, qu'il s'agisse du juge des référés ou du juge du fond. Telle est la solution retenue par la Cour de cassation.

2. Évaluation du préjudice

Les entreprises poursuivies au titre de la rupture de relations commerciales ont longtemps hésité à se défendre sur le terrain du préjudice car il leur semblait qu'elles auraient ainsi indirectement reconnu une faute. Lorsqu'il retenait une faute dans la résiliation du contrat, le juge se contentait le plus souvent d'accueillir les demandes des victimes qui réclamaient invariablement des dommages-intérêts à hauteur de la marge brute. La stratégie judiciaire des défendeurs a changé par la suite. Ils ont fait valoir que le préjudice devait être apprécié compte tenu de la marge nette ou semi-brute et non plus brute. La solution paraît pleinement justifiée : en l'absence de poursuite des relations, une grande partie des frais liés à l'activité ne sont plus supportés par l'entreprise. Toutefois, la jurisprudence a dans un premier temps majoritairement continué de se référer à la perte de marge brute, dont la définition varie selon que l'on est en présence d'activités de production ou de prestations de services. La Cour d'appel de Paris, dans ses fiches méthodologiques sur l'indemnisation du préjudice économique, préconise désormais d'indemniser non plus la perte de marge brute, mais la perte de marge sur coûts variables, c'est-à-dire de retrancher du chiffre d'affaires les charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité. Néanmoins, si certaines formations de la Cour d'appel de Paris ont aussitôt mis en œuvre ces principes, d'autres continuent malheureusement de se référer à la perte de marge brute.

A RETENIR

La Cour de cassation a validé l'appréciation du préjudice sur le fondement de la marge déduction faite des coûts évités, qui peuvent s'étendre à des charges fixes non supportées lors du préavis non effectué.

Selon la Cour de cassation, la perte de marge se calcule non à partir du chiffre d'affaires global de la victime, mais de celui réalisé avec l'auteur de la rupture ou l'activité considérée. La période de référence pour le calcul de la marge ne peut être celle d'avant crise, dès lors qu'il n'est pas établi qu'en cas de poursuite des relations, le même chiffre d'affaires aurait été réalisé. De même, la victime de la rupture ne peut exiger que son indemnité soit calculée sur la base du chiffre d'affaires réalisé au cours d'une année marquée par un événement exceptionnel. Lorsque les relations se sont poursuivies pour une partie des produits contractuels, il doit être tenu compte dans le calcul de la marge brute du volume d'affaires conservé durant ce laps de temps. L'indemnisation des pertes d'exploitation ne peut être contractuellement exclue. Les dommages-intérêts doivent tenir compte du temps de préavis effectué : il ne peut être octroyé deux années de marge à la victime qui a bénéficié d'un préavis effectif de dix mois et demi, même si le juge estime que le préavis aurait dû être de deux ans. Le juge qui condamne une entreprise pour rupture brutale de relations commerciales établies ne peut assortir l'indemnité accordée à la victime des intérêts aux taux prévus par l'article L. 441-10 du Code de commerce, qui ne s'appliquent qu'en cas de non-paiement de factures à bonne date. En revanche, les indemnités versées à titre de dommages-intérêts par l'auteur d'une rupture brutale de relations commer-

ciales établies sont assujetties à la TVA. Enfin, l'existence même du préjudice doit être établie : un distributeur ne peut invoquer aucun préjudice lorsqu'au cours du préavis qui lui a été accordé, il a réalisé une marge plus importante avec les commandes passées auprès de son fournisseur que les dommages-intérêts qu'il réclame.

A RETENIR

Seul le préjudice lié à l'insuffisance du préavis peut être réparé et non celui résultant de l'arrêt de la relation elle-même.

L'action ne peut par conséquent pas tendre à la réparation du préjudice constitué par la perte partielle du fonds de commerce et les coûts de licenciement du personnel, l'obligation de réactualiser sa politique de commercialisation ou d'engager des investissements pour la recherche de nouveaux clients, les frais de réinstallation, le remboursement du stock ou la perte de clientèle. Les investissements spécifiques engagés par le partenaire évincé ne doivent être indemnisés que s'ils ne sont pas amortis et réutilisables. Par ailleurs, l'absence de préavis constitue un préjudice distinct du fait de maintenir un partenaire dans l'ignorance de la poursuite ou non des relations pendant six mois, qui doit être réparé par l'allocation de six mois supplémentaires de marge brute. En cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, le préjudice de la victime s'apprécie compte tenu de la durée restant à courir jusqu'au terme normal du contrat. La jurisprudence considère en outre que le préjudice de la victime s'apprécie compte tenu du préavis dont elle a effectivement bénéficié et non de celui accordé par son partenaire.

A RETENIR

La jurisprudence de la Cour de cassation tend actuellement à accorder au partenaire évincé une indemnisation forfaitaire de la marge perdue qui tient compte du nombre de mois de préavis manquants par rapport au préavis fixé par le juge, indépendamment des événements postérieurs à la rupture, tels que la reconversion réussie du partenaire, et donc sans tenir compte du préjudice réel lié à l'insuffisance du préavis.

La Haute juridiction estime ainsi que «le délai de préavis s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture», ce qui s'oppose à la prise en considération d'éléments survenus après la rupture. Cette jurisprudence est préoccupante. Le préavis a normalement pour objet d'assurer la reconversion du partenaire et non de lui garantir une indemnité automatique. Par ailleurs, si l'indemnisation dépend uniquement d'un nombre de mois de préavis manquants, déconnecté du dommage réel, la réparation n'est pas octroyée sur le fondement du droit de la responsabilité, mais représente un tarif forfaitaire, qui apparaît contraire tant à l'esprit qu'à la lettre de l'article L. 442-1, II du Code de commerce qui pose le principe d'une action en responsabilité visant à «réparer le dommage causé».

Enfin, la Cour de cassation reconnaît aux partenaires la faculté, lorsque la rupture est consommée, de convenir des modalités de celle-ci et/ou de transiger sur l'indemnisation, en dépit du caractère d'ordre public de l'article L. 442-1. La solution prend appui sur une jurisprudence constante en vertu de laquelle : «s'il est interdit de renoncer par avance aux

règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles». Les partenaires peuvent donc négocier, dans des conditions de plus grande sécurité juridique, les modalités de leur désengagement sans encourir le risque de voir leurs accords remis en cause par le juge. Pour être valable, la transaction ne doit pas être entachée par le vice du consentement de l'un de ses signataires. La transaction conclue entre les partenaires sur l'indemnisation de la rupture de leurs relations n'est pas affectée du vice de violence du seul fait qu'elle intervient au cours de l'appel d'offres lancé par le client, dès lors qu'il n'est pas démontré que la participation à cette procédure était subordonnée à la finalisation de l'accord. Conformément à l'article 2044 du Code civil, la transaction doit également se traduire par des concessions réciproques des parties : tel est le cas lorsque l'auteur de la rupture consent à allonger le préavis contractuel de six mois en échange de la renonciation de son partenaire à agir en justice. Les concessions acceptées ne doivent pas être dérisoires. La transaction est valable lorsque les sommes versées, conséquentes, sont celles qui ont été réclamées par le partenaire évincé dans un courrier antérieur ou lorsque le préavis accordé est supérieur à celui considéré suffisant par le juge et prévoit un niveau de commandes très élevé. Les juges s'opposent en revanche sur les effets de la transaction à l'égard du ministre de l'Économie. Alors que la Cour d'appel de Metz retient que le désistement d'action de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, à la suite d'une transaction conclue avec son ancien partenaire, n'empêche pas le ministre d'intervenir pour la défense de l'ordre public économique, la Cour d'appel de Paris estime qu'une transaction valable lui est opposable, y compris dans son rôle de gardien de l'ordre public économique, et fait obstacle à toute condamnation d'un partenaire à une amende civile ou à l'allocation de dommages-intérêts.

3. Application aux relations commerciales internationales

L'application de l'article L. 442-1, II aux rapports internationaux est à l'origine d'importantes difficultés. Pour éviter la mise en jeu de leur responsabilité au titre de la rupture de relations commerciales établies, de nombreux fournisseurs étrangers, notamment américains, ayant mis fin aux contrats de distribution qui les liaient à leur distributeur français, ont fait valoir une exception d'incompétence au profit du juge du contrat au titre d'une clause attributive de compétence ou d'une clause compromissoire ainsi que le droit pour les parties de se soumettre à une loi étrangère pour gouverner l'exécution et la résiliation de leurs relations.

Les juges du fond considèrent généralement que les dispositions de l'article L. 442-1, II du Code de commerce constituent une loi de police au sens du droit international privé, notamment en raison du droit d'action du ministre de l'Économie et de la mission de protection générale de l'ordre public économique qui lui est confiée même si la jurisprudence récente est plus divisée. Ce raisonnement les a conduits dans un premier temps à écarter l'application des clauses attributives de compétence ainsi que de celles désignant le droit étranger, au profit du droit français, en considérant par ailleurs que la demande de réparation du préjudice subi au regard de l'insuffisance des préavis ne repose pas sur les dispositions du contrat mais sur celles de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

A RETENIR

La Cour de cassation a décidé qu'une action fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce relevait du tribunal étranger désigné par une clause attributive de compétence en vertu du règlement 44-2001 du 22 décembre 2000, abrogé et remplacé par le règlement 1215-2012 du 12 décembre 2012. La solution a été confortée par deux arrêts qui refusent de faire prévaloir la nature de loi de police du texte sur la clause attributive de compétence.

Elle a encore été confirmée à propos d'une clause compromissaire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci dès lors qu'une demande portant sur la rupture de relations commerciales établies présente un lien avec le contrat, même si des dispositions d'ordre public, fussent-elles constitutives de lois de police, régissent le fond du litige. La solution a été réitérée à propos d'une clause attributive de compétence internationale figurant dans un contrat de distribution entre un concédant automobile anglais et un concessionnaire français et attribuant compétence aux tribunaux anglais pour «tous litiges découlant de la relation contractuelle».

Dans les relations internationales, la jurisprudence tend aujourd'hui à priver les distributeurs français ayant conclu avec des partenaires étrangers de la protection prévue par le droit français en cas de rupture de relations commerciales établies. Les clauses attributives à un tribunal étranger et le choix d'un droit étranger conduiront, dans la plupart des cas, à l'exclusion des règles impératives du droit français dans la mesure où il est relativement rare que le juge étranger applique la loi française en tant que loi de police. Encore faut-il que la clause attributive de compétence soit rédigée de manière suffisamment large. A ainsi été écartée dans le cadre d'une action pour rupture de relations commerciales établies une clause attributive de compétence figurant dans un contrat entre un fournisseur allemand et son distributeur français au motif qu'elle se rapportait uniquement aux litiges «relatifs à la non-conformité des produits vendus, aux problèmes de livraison et de paiement», l'interprétation des clauses attributives relevant en principe de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans ce cas la compétence de la juridiction française et de la loi française a été retenue car le contrat s'exécutait en France et l'article L. 442-1, II a été considéré comme une loi de police.

IV. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau

A RETENIR

Toute participation directe ou indirecte à la violation d'une interdiction de revente hors réseau est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, dès lors que l'interdiction en cause est conforme au droit de la concurrence (art. L. 442-2). Seuls les accords dont la licéité serait la conséquence d'une exemption sont visés par ce texte. À l'origine, cette disposition a paru quelque peu restrictive, les exemptions par catégorie ne concernant que certains types d'accords comme la distribution exclusive et la franchise ou encore la distribution automobile. L'esprit de la loi impliquait cependant de considérer que des accords licites en vertu de l'application de la règle de raison puissent également fonder la condamnation d'un tiers participant à l'opération de revente hors réseau.

La distribution sélective était donc aussi protégée par la disposition. Le règlement d'exemption par catégorie unique relatif aux accords verticaux ne laisse plus de doute : la condamnation de la participation directe ou indirecte à la violation d'un réseau exempté concerne toutes les formes de distribution. La règle sur la tierce complicité de violation du réseau n'apporte cependant pas de sécurité supplémentaire par rapport à la jurisprudence qui condamne les tiers extérieurs au réseau pour concurrence déloyale ou usage illicite de marque, au point que les articles L. 442-2 du Code de commerce et 1240 du Code civil sont quasiment toujours invoqués conjointement. Dans le cadre de la réforme du droit des pratiques restrictives à la suite de la loi EGalim, il avait été envisagé dans les premiers projets d'ordonnance de supprimer l'ancien article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce. Les opérateurs économiques consultés par le Gouvernement ont unanimement manifesté leur souhait de conserver le texte. En effet, sa codification facilite les actions en justice et la démonstration du trouble manifestement illicite permettant une action en référé.

V. Clauses ou contrat nuls de plein droit

L'ordonnance du 24 avril 2019 a réduit la liste des clauses noires. Désormais, l'article L. 442-3 déclare nulles la possibilité de bénéficier de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale rétroactifs ou automatiquement des conditions plus favorables consentis aux entreprises concurrentes par le cocontractant. Le champ d'application de l'incrimination a toutefois été étendu puisque le nouveau texte s'applique à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de services, et non plus aux producteurs, distributeurs, industriels ou artisans.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- les remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs ;
- la clause du client le plus favorisé.

A. Remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs

A RETENIR

Les clauses ou contrats prévoyant la possibilité de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale sont nuls (art. L. 442-3, a)). L'objet de cette disposition est notamment d'interdire les pratiques du type « corbeille de la mariée », qui consistent à renégocier la participation financière du fournisseur et à subordonner la poursuite des relations à l'acceptation de conditions supplémentaires par rapport à celles acceptées auparavant.

Le texte ne doit pas être interprété comme interdisant toute ristourne calculée sur des ventes ou prestations réalisées antérieurement. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit de la loi et remettrait en cause la régularité des ristournes de fin d'année. Ainsi, le fait que le contrat stipulant le paiement d'une remise sur chiffre d'affaires soit conclu en fin de période ne signifie pas que le distributeur a obtenu un avantage rétroactif, lors-

qu'il se limite à régulariser comptablement une lettre d'accord signée en milieu d'année précédente. De même, l'exigence d'un versement provisionnel de ristournes ne s'analyse pas en un prélèvement rétroactif prohibé, mais en une avance sur le chiffre d'affaires de la période en cours. En revanche, lorsqu'un contrat de coopération commerciale a été conclu après la réalisation des prestations, la nullité est automatique. Le fait que les prestations auraient été effectivement rendues et qu'elles seraient réellement spécifiques est sans incidence, dès lors qu'elles sont antérieures à la signature du contrat. Des contrats faussement présentés comme relatifs à des services rendus au titre de l'exercice en cours confèrent des avantages rétroactifs à leur bénéficiaire lorsqu'ils rémunèrent en réalité des services rendus précédemment. Le texte permet également de sanctionner les clauses de parité, par lesquelles une plateforme de réservation en ligne obtient automatiquement les conditions plus favorables consenties par l'hôtelier aux autres canaux de distribution et aux concurrents.

D'un point de vue juridique, l'interdiction des avantages rétroactifs ne devrait viser que la situation dans laquelle l'une des parties entendrait modifier rétroactivement de façon abusive un accord trouvé préalablement. En revanche, en cas de conclusion d'un nouvel accord dans le cadre d'une convention unique, il n'est aucunement question d'octroyer rétroactivement un avantage par rapport à ce qui avait été initialement convenu. Même si le texte de l'article L. 441-3, IV du Code de commerce permet de penser qu'une application rétroactive entre le 1er janvier et le 1er mars est possible, il serait souhaitable que l'Administration admette sans ambiguïté la faculté d'une application rétroactive du tarif et des conditions pendant la période de «petite rétroactivité» liée à la conclusion de la convention unique entre le 1er janvier et le 1er mars lorsque les négociations sont menées dans le cadre de l'année civile.

B. Clause du client le plus favorisé

A RETENIR

Est nulle la clause qui prévoit la possibilité de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (art. L. 442-3, b)). L'interdiction de la clause du client le plus favorisé permet d'éviter l'alignement automatique sur les conditions plus favorables obtenues par le concurrent.

Dans la mesure où la loi ne sanctionne que l'alignement automatique, la pratique a imaginé, pour tenter d'éviter le jeu de la nullité, des clauses d'équité imposant une obligation, générale et non automatique, de non-discrimination à l'un des partenaires. Peu appliquée jusqu'à présent, la disposition interdisant la clause du client le plus favorisé a été utilisée pour contester les clauses de parité incluses dans les contrats de réservation d'hôtels, également poursuivies dans certains pays sur le fondement du droit de la concurrence. Aux termes de ces clauses, l'hébergeur s'engage à assurer à l'exploitant du site de réservation des tarifs égaux ou plus avantageux aux tarifs et conditions disponibles auprès de l'hébergeur, directement ou via son site Internet ou ses centres d'appel, mais aussi auprès de tout concurrent de la centrale de réservation (parité des tarifs et des conditions). Selon la Commission d'examen des pratiques commerciales, de telles clauses sont nulles dès

lors qu'elles prévoient un alignement automatique sur les conditions les plus favorables accordées aux concurrents. Le Tribunal de commerce de Paris, saisi de la licéité de telles clauses, les a annulées, mais sur le fondement du déséquilibre significatif qu'elles créent dans les droits et obligations des parties. La loi Macron du 6 août 2015 a consacré cette évolution en introduisant des dispositions spécifiques au sein du Code du tourisme afin de prohiber expressément la stipulation de clauses de parité dans les contrats entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne. Aux termes de l'article L. 311-5-4 du Code du tourisme, les contrats conclus avant la publication de la loi cessent même de produire leurs effets dès son entrée en vigueur.

SOUS-SECTION 2

Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance

PLAN

En cas d'abus de dépendance (art. L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8) et indépendamment de la possibilité d'agir du ministère public qui n'est jamais utilisée, différentes actions sont ouvertes aux parties et aux autorités de contrôle :

- l'action en responsabilité ;
- l'action en cessation ou en nullité ;
- l'action du ministre de l'Économie ;
- l'action du Président de l'Autorité de la concurrence.

I. Action en responsabilité

PLAN

Pour agir en responsabilité, il faut :

- justifier d'un intérêt à agir ;
- agir devant un tribunal compétent ;
- en tenant compte des règles régissant la spécialisation des juridictions ;
- et éventuellement de celles s'appliquant au juge des référés.

A. Intérêt à agir

A RETENIR

L'article L. 442-4 du Code de commerce ouvre une action en responsabilité délictuelle à toute personne justifiant d'un intérêt.

Une personne n'a intérêt à agir sur le fondement de ce texte qu'à la condition d'établir l'existence d'un préjudice. Tel n'est pas le cas, en l'absence de commande, lorsque la demande est fondée sur des références purement abstraites. En revanche, une fédération professionnelle, qui regroupe plusieurs syndicats, est recevable à agir contre des pratiques affectant l'organisation du marché, et donc l'intérêt collectif de la profession.

B. Compétence

A RETENIR

L'action en responsabilité des pratiques, clauses ou contrats énumérés aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut être introduite devant la juridiction civile ou commerciale. La compétence d'attribution dépend de la qualité des parties : le litige opposant deux commerçants est porté devant les juridictions commerciales ; celui opposant un commerçant à un non-commerçant sera, au choix de ce dernier, du ressort de la juridiction civile ou commerciale s'il est défendeur ; dans le cas contraire la juridiction civile sera seule compétente.

Selon la jurisprudence, les règles de compétence d'attribution entre commerçants ne sont pas d'ordre public et deux sociétés commerciales peuvent valablement donner compétence au TGI pour connaître des différends relatifs à l'article L. 442-1 dès lors que le TGI désigné est lui aussi une juridiction spécialisée. La clause attributive de compétence au TGI de Paris contenue dans un assez grand nombre de contrats de distribution a été validée à plusieurs reprises par la jurisprudence.

A RETENIR

La compétence territoriale est définie par l'article 46 du Code de procédure civile (CPC). L'action étant considérée, en droit interne, comme de nature délictuelle, le demandeur a le choix entre le tribunal du lieu où demeure le défendeur, celui du lieu du fait dommageable ou celui dans le ressort duquel le dommage a été subi.

En application de l'article 46 CPC, la Cour de cassation a considéré que le lieu du dommage subi est celui où s'exerce l'activité, c'est-à-dire le siège social, lorsque la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies est en cessation totale d'activité. Dès lors que son action est de nature délictuelle, et même si elle agit contre une pluralité de défendeurs, la victime d'une rupture de relations commerciales établies peut saisir la juridiction du lieu du fait dommageable, si celle-ci est compétente à ce titre à l'égard de tous les défendeurs. Ces règles doivent se combiner, dans un second temps, avec les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, qui dressent la liste des juridictions spécialisées. Aussi, une fois la juridiction désignée par l'article 46 CPC déterminée, faut-il, si celle-ci ne figure pas dans la liste des articles D. 442-3 et D. 442-4, rechercher la juridiction compétente dans le ressort de la cour d'appel désignée.

En droit de l'Union, les notions de matière contractuelle et délictuelle sont autonomes par rapport aux qualifications nationales. Prenant le contre-pied des solutions françaises, la Cour de justice a estimé que l'action indemnitaire fondée sur une rupture de relations commerciales établies ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle si les parties ont entretenu une relation contractuelle tacite constituée par des éléments tels que l'existence de relations de longue date, la bonne foi entre les parties, une régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, d'éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée. La solution, difficile à concilier avec le droit français, puisqu'en France la responsabilité trouve sa source dans un texte de loi et non dans une inexécu-

tion contractuelle, est avant tout fondée sur un souci d'harmonisation : la Cour souligne en effet que «dans une partie importante des États membres, les relations commerciales de longue date qui se sont nouées en l'absence d'un contrat écrit peuvent, en principe, être considérées comme relevant d'une relation contractuelle tacite, dont la violation est susceptible de donner lieu à une responsabilité contractuelle» (pt 23). La Cour de cassation s'est immédiatement alignée sur la position du juge européen pour les litiges comportant un élément d'extranéité.

La question s'est également posée de l'applicabilité des clauses attributives de compétence dérogeant à la compétence territoriale. Dans les litiges purement nationaux, il a été soutenu, parfois avec succès, qu'en raison du caractère délictuel de l'action, la clause attributive de compétence ne trouvait pas à s'appliquer. Puis, pour aboutir à la même exclusion, la jurisprudence s'est fondée sur la rédaction de la stipulation. La Cour de cassation a ainsi retenu qu'une clause attributive de compétence ne visant que la «cessation du contrat» ne pouvait s'appliquer à l'action engagée pour rupture de relations commerciales établies. Aujourd'hui, s'alignant sur la position de la Première Chambre civile, qui, en matière internationale, reconnaît depuis longtemps l'applicabilité des clauses attributives de juridiction à la rupture brutale, la Cour de cassation et les juges du fond adoptent une appréciation plus souple de ces clauses et considèrent en général que leur formulation englobe les litiges visés par l'article L. 442-1, II. La clause peut même attribuer compétence au tribunal de grande instance, pourvu que les partenaires soient commerçants.

Dans les litiges internationaux, la première Chambre civile estime que le caractère d'ordre public des dispositions relatives aux abus de dépendance ne peut interférer avec l'application des clauses attributives de compétence : le juge désigné par la clause est pleinement compétent, à charge pour lui d'appliquer, le cas échéant, le texte français. La Cour de cassation a par ailleurs souligné qu'une clause attributive de juridiction conforme à l'article 25 du règlement 1215-2012, qui vise tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, est applicable même dans le cas d'une action fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Il n'en va autrement que si l'une des parties renonce à son application en assignant le distributeur en paiement de factures devant les juridictions françaises.

En application de la théorie selon laquelle la responsabilité édictée par les articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 revêt une nature délictuelle, la jurisprudence conclut à l'application de la loi française lorsque le fait dommageable a été subi en France ou lorsque le fait générateur du dommage trouve son origine en France. A l'inverse, en vertu de l'article 4 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, l'article L. 442-1, II du Code de commerce n'a pas été jugé applicable à l'action engagée par la victime d'une rupture de relations commerciales établies qui avait son siège social et exerçait son activité en République dominicaine. Selon la Cour de cassation, l'article L. 442-1, II, d'ordre public, s'impose à la juridiction qui statue dans le cadre d'un litige international. Considérée comme une loi de police internationale, la disposition s'applique au litige même lorsqu'une loi étrangère est applicable en vertu du règlement Rome I. Comme l'article L. 442-3, b), l'article L. 442-1, I, 2° a également été considéré comme une loi de police qui permet d'écarter l'application de la loi étrangère,

choisie par les parties au contrat. La jurisprudence exige cependant, pour retenir l'application de ces textes à un litige international, que celui-ci présente un lien suffisant de rattachement avec la France.

Après quelques hésitations, la jurisprudence a admis l'arbitrabilité des actions fondées sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce. La Cour de cassation a considéré que le litige relatif à la rupture d'un contrat de distribution exclusive relève de la clause compromissoire qui vise tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci, même si les dispositions d'ordre public de l'article L. 442-1, II du Code de commerce sont applicables au fond du litige. En effet, selon la Haute juridiction, l'action en indemnisation du préjudice qui résulte de la rupture de relations commerciales établies n'est pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques. Autonome par rapport au contrat dans lequel elle s'insère, la clause compromissoire survit même à l'arrivée du terme de celui-ci et s'applique aux relations commerciales informelles qui se sont poursuivies après son échéance.

Enfin, la jurisprudence n'est pas hostile à l'application de clauses de médiation préalable à toute action contentieuse, pour autant que celles-ci, à l'instar des clauses attributives de compétence, visent expressément l'hypothèse de la rupture des relations commerciales établies. Ainsi, la clause de règlement amiable contenue dans un contrat conclu dans les dernières années d'une relation déjà ancienne et qui concerne les litiges liés à l'interprétation ou l'exécution de cet accord ne s'impose pas au partenaire qui entend agir sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce.

L'action en responsabilité se prescrit par cinq ans, aux termes de l'article L. 110-4 du Code de commerce, même si les parties sont liées par un contrat de transport de marchandises.

C. Spécialisation des juridictions

Le décret 2009-1384 du 11 novembre 2009, codifié aux articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, attribue compétence pour les actions fondées sur l'article L. 442-1 à un nombre limité de juridictions spécialisées dont il fixe le siège et le ressort, à l'instar des règles relatives à la spécialisation des juridictions pour connaître des dispositions relatives au droit de la concurrence. L'ordonnance du 24 avril 2019 a conservé ces dispositions (art. L. 442-4, III). Les tribunaux de commerce et de grande instance compétents sont situés à Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes.

1) La compétence des juridictions spécialisées s'applique-t-elle aussi bien lorsque les dispositions relatives aux abus de dépendance sont invoquées en défense qu'en demande ? La Cour d'appel de Montpellier a estimé dans un litige relatif à des pratiques anticoncurrentielles qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas. Marquant le stade ultime de cette évolution, la Cour d'appel de Douai a étendu la solution aux moyens fondés sur des pratiques restrictives et retenu que les dispositions impératives de compétence édictées par l'article D. 442-3 du Code de commerce s'appliquent même si l'ancien article L. 442-1, II n'est invoqué qu'à titre subsidiaire. Réduisant à néant l'argument tiré du caractère dilatoire de l'invocation de l'article L. 442-6, la Cour de cassation a souligné que la compétence des juridictions spécialisées est indépendante du bien-fondé de la prétention. Elle précise cependant que le moyen de défense ne peut

être soulevé uniquement en cause d'appel.

2) Comment combiner l'attribution de compétence au profit de huit juridictions spécialisées avec les clauses attributives de compétence convenues entre les parties ? La jurisprudence estime que le caractère d'ordre public des articles D. 442-3 et D. 442-4 exclut l'application des clauses attributives de compétence stipulées par les parties. Afin de déterminer la juridiction compétente, il convient donc d'appliquer les règles ordinaires de compétence, avant de définir le ressort de la cour d'appel et d'identifier la juridiction spécialisée située dans le ressort de cette cour. Lorsque la clause attributive de compétence désigne l'une des huit juridictions compétentes pour appliquer l'article L. 442-1, il semblerait logique et légitime de l'appliquer même si le lieu du dommage se situe dans le ressort d'une autre juridiction spécialisée dès lors que l'impératif de spécialisation est respecté. En effet, la volonté des parties doit, autant que faire se peut, être préservée et conciliée avec une bonne administration de la justice. La position du juge semble d'ailleurs évoluer en cas de clause compromissaire. La Cour de cassation a retenu que la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage qui désigne un juge autre que le juge spécialisé n'est pas exclue du seul fait de l'applicabilité au litige des dispositions impératives de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Autrement dit, le recours à l'arbitrage pour trancher un litige relatif à l'application de l'article L. 442-1, II demeure possible.

3) La spécialisation des juridictions s'applique-t-elle aussi en cas de référé ? Si une juridiction locale saisie n'est pas compétente, cette incompétence doit logiquement viser toutes les formations du tribunal, qu'il s'agisse du juge des référés ou du juge du fond. Telle est la solution consacrée par la jurisprudence. La règle s'applique également aux demandes d'expertise : un juge non spécialisé n'est pas compétent pour ordonner une mesure d'instruction de l'article 145 du Code de procédure civile dans un litige fondé sur l'article L. 442-1 du Code de commerce, même si les constatations doivent s'effectuer dans son ressort.

4) Devant quelle juridiction les recours doivent-ils être portés ? Après un premier temps de respect des règles d'ordre public posées par les articles D. 442-3 et D. 442-4, un nombre important de juridictions non spécialisées a rendu des arrêts fondés sur les dispositions de l'ancien article L. 442-6, sans soulever d'office une fin de non-recevoir. La Cour de cassation estime que la solution consistant à étendre aux recours exercés contre des jugements rendus par des tribunaux non spécialisés la compétence exclusive de la Cour d'appel de Paris constitue une source d'insécurité juridique pour les parties, puisqu'elle contredit les termes mêmes de l'article D. 442-3 du Code de commerce, qui ne confèrent compétence à cette cour que pour connaître des recours exercés contre les décisions rendues par des juridictions spécialisées. En outre, elle souligne qu'une telle position conduit au maintien de décisions irrégulièrement rendues par des juridictions incompétentes. Pour remédier à cette situation, la Haute juridiction a posé une règle de conduite simple : à la Cour d'appel de Paris, les recours contre les seuls jugements des juridictions spécialisées et aux cours d'appel du ressort des juridictions de première instance, les recours contre les jugements des juridictions non spécialisées. Dans ce dernier cas, la cour d'appel devra déclarer le recours recevable, mais relever d'office l'excès de pouvoir commis par le juge de première instance et annuler son jugement, avant de statuer dans les limites de sa compétence.

La jurisprudence s'est montrée très divisée sur la question des actions composées de demandes multiples. Selon la Cour de cassation, en l'absence de demande de disjonction, la Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître du recours exercé contre un jugement rendu dans un litige fondé à la fois sur les règles relatives aux abus de dépendance du Code de commerce et sur d'autres dispositions. Il en va de même lorsque le litige est indivisible.

5) Que se passe-t-il en cas de conflit de compétence entre les juridictions spécialisées en matière de pratiques abusives et certaines juridictions investies d'une compétence exclusive pour des matières définies (baux commerciaux, droits de propriété intellectuelle, etc.) ? La question s'est posée à l'occasion de demandes portées devant le même tribunal invoquant à la fois l'article L. 442-1, I, 2° et les règles relatives aux baux commerciaux et a été résolue par une attribution de compétence au tribunal de grande instance. Ce dernier peut en effet connaître de deux demandes relatives d'une part au statut des baux commerciaux et d'autre part à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce dès lors que la résolution du litige implique d'apprécier le statut des baux commerciaux, qui relève de la compétence exclusive du tribunal de grande instance, et que l'article L. 442-4, I reconnaît tant aux juridictions civiles que commerciales la compétence pour connaître des litiges portant sur ce texte. Le Tribunal de grande instance de Paris est également compétent pour connaître d'un litige relatif à des pratiques restrictives de concurrence, lorsqu'il concerne des sociétés libérales et des personnes physiques non commerçantes.

Les juridictions spécialisées peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales sur les pratiques abusives qu'elles relèvent dans les recours dont elles sont saisies. La décision de saisir la CEPC n'est pas susceptible de recours. La CEPC donne son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Le tribunal sursoit sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires peuvent être prises. La décision rendue par la CEPC ne lie pas le juge. En pratique, les principaux cas d'application concernent les contentieux portant sur la rupture de relations commerciales établies.

D. Référé

A RETENIR

Le juge des référés peut être saisi. L'article L. 442-4, II, dernier alinéa, lui donne le pouvoir d'ordonner la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

L'action en référé peut être mise en œuvre, même si aucune action au fond n'est introduite dès lors que la pratique en cause est constitutive d'un trouble manifestement illicite. Si le juge des référés peut ordonner la cessation d'une pratique abusive, au besoin sous astreinte, il n'est pas autorisé, en revanche, à imposer la continuation d'un contrat d'assurance avec une entreprise en redressement judiciaire.

II. Action en cessation ou en nullité

A. Action en cessation

A RETENIR

L'article L. 442-4, I, alinéa 2, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, prévoit la possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt de demander à la juridiction civile ou commerciale saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8.

Une réparation du préjudice subi pourra être concomitamment demandée. L'action n'est pas limitée à la seule victime directe, autre partie au contrat. La notion de personne justifiant d'un intérêt mériterait cependant d'être précisée. Est-ce à dire qu'un tiers au contrat pourrait solliciter du juge la cessation de la pratique abusive et la réparation du préjudice qu'il a subi du fait de cette pratique ? La jurisprudence a déjà admis l'action de tiers mais se montre assez stricte sur les conditions de recevabilité. Il a été jugé qu'une victime par ricochet de la rupture de relations commerciales établies ne peut agir en réparation de son dommage si le partenaire de l'auteur de la rupture ne s'en plaint pas. De même l'actionnaire majoritaire d'une société victime de la rupture ne peut, en l'absence de relations commerciales avec le client, solliciter réparation du préjudice qu'il prétend subir du fait de cette rupture. En revanche, il a été jugé que le distributeur qui rompt brutalement les relations commerciales établies avec son fournisseur cause un préjudice aux propres fournisseurs de ce dernier.

B. Action en nullité

A RETENIR

Sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, III, le ministre de l'Économie et le ministère public étaient seuls habilités à «faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu». L'ordonnance du 24 avril 2019 permet dorénavant à la victime de formuler les mêmes demandes (art. L. 442-4, I, al. 2).

Contrairement à l'action en responsabilité ou celle en cessation ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt, l'action en nullité n'est ouverte qu'à la victime qui pourra également demander la restitution des prestations/avantages indus. A l'instar des nouvelles dispositions du Code civil en matière de paiement de l'indu (art. 1302 s.), le Code de commerce retient la notion de restitution, qui est aussi l'un des effets de la nullité du contrat désormais organisé par le Code civil dans un chapitre indépendant consacré aux restitutions.

III. Action du ministre de l'Économie

PLAN

Le ministre de l'Économie :

- dispose de pouvoirs d'action propres ;
- tout en demeurant soumis aux règles de la procédure civile.

A. Pouvoirs d'action

PLAN

Le ministre de l'Économie peut :

- agir en responsabilité ;
- demander la cessation des pratiques abusives ;
- faire constater la nullité des clauses et contrats illicites et demander la restitution des avantages indûment obtenus ;
- prononcer une amende civile qui peut s'élever à cinq millions d'euro, au triple des sommes indûment versées ou à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques.

Les pouvoirs reconnus au ministre de l'Économie ont donné lieu à plusieurs décisions largement médiatisées ordonnant le remboursement par certains grands distributeurs de sommes conséquentes indûment perçues au détriment de leurs fournisseurs.

1. Action en responsabilité

A RETENIR

Le ministre de l'Économie peut, comme toute personne justifiant d'un intérêt, introduire une action en responsabilité devant la juridiction civile ou commerciale.

Le pouvoir reconnu au ministre de demander réparation du préjudice pose une série de questions. La lettre du texte («Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander...») semble bien indiquer que le ministre peut toujours agir, même en cas d'action simultanée de la victime. Inversement, en l'absence d'action de la victime, d'autres problèmes surgissaient : sur quels éléments de preuve le ministre appuiera-t-il sa demande ? Comment évaluera-t-il le préjudice subi ? Dans tous les cas, on peut se demander à qui seront versés les dommages-intérêts.

Le principe de l'exercice d'une action en réparation par le ministre de l'Économie a été consacré par différentes décisions des juges du fond. Comme l'action en nullité, l'action en réparation du ministre de l'Économie est une action autonome, qui n'est pas incompatible avec l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Le Conseil constitutionnel a estimé que le droit d'action du ministre de l'Économie est conforme aux principes de la liberté contractuelle et du droit à un recours juridictionnel effectif, sous réserve que les parties au contrat soient informées de l'introduction de l'action. Le manquement à l'obligation d'information (qui ne s'applique pas lorsque le ministre se contente de demander la cessation des pratiques) des fournisseurs constitue une fin de non-recevoir, qui peut cependant être régularisée en cause d'appel, même si elle ne laisse à ceux-ci que la possibilité d'intervenir à titre accessoire.

2. Action en cessation

A RETENIR

Pendant longtemps délaissée au profit de l'action en nullité, l'action en cessation prévue à l'article L. 442-4, alinéa 3, a connu un regain d'intérêt lorsque le Conseil constitutionnel a posé en principe que les demandes en nullité étaient subordonnées à l'information préalable des fournisseurs.

Après une première période d'hésitation, certaines décisions ayant admis la substitution d'action en l'absence d'information des fournisseurs, d'autres l'ayant rejeté, la jurisprudence a estimé que la réserve d'interprétation du Conseil ne s'applique pas lorsque le ministre se contente de demander la cessation des pratiques. Selon le juge, l'action en cessation, même si elle est exercée sans information des fournisseurs, ne porte pas atteinte aux droits de la défense dès lors qu'elle n'interdit pas aux victimes des pratiques en cause d'engager une procédure ou d'intervenir à l'instance et que l'équilibre entre les parties est assuré par sa soumission aux règles du Code de procédure civile.

N'intervenant pas dans la sphère contractuelle, le ministre qui demande la cessation des pratiques non seulement n'a pas à informer les fournisseurs de l'exercice de l'action mais n'est pas tenu par les éventuelles clauses attributives de compétence contenues dans les contrats dénoncés. Il n'est pas davantage obligé de mettre les opérateurs en demeure de se conformer à la réglementation avant d'agir en justice et peut intervenir même si les pratiques ont cessé. Enfin, la communication orchestrée par le ministre de l'Économie autour de l'action engagée contre une enseigne de la grande distribution ne constitue pas un dénigrement, ni une atteinte à la présomption d'innocence, dès lors qu'il relève de sa mission de gardien de l'ordre public économique d'informer les consommateurs de son action et d'alerter les opérateurs économiques de sa vigilance concernant l'équilibre des négociations commerciales.

3. Action en nullité

A RETENIR

La nullité des conventions organisant des pratiques abusives peut être ordonnée à la demande du ministre de l'Économie, ainsi que la restitution des sommes indûment versées par leurs victimes et une amende civile (art. L. 442-4, I, al. 4).

La Cour de cassation a considéré que l'action du ministre est une action autonome qui n'est soumise ni au consentement, ni à la présence des fournisseurs. La portée de cette solution a néanmoins été remise en cause par le Conseil constitutionnel. Appelé à se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel n'a estimé l'action en nullité du ministre conforme à la Constitution qu'à la condition que les fournisseurs soient informés de l'exercice de cette action. La Cour européenne des droits de l'Homme a, de son côté, considéré que l'action du ministre de l'Économie n'est pas contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH dès lors qu'il ne s'agit pas d'une action en substitution, les fournisseurs demeurant en droit d'engager eux-mêmes une action en justice ou de se joindre à celle initiée par le ministre et pouvant même être attirés à

l'instance par le défendeur.

L'article L. 442-4 prévoit que les victimes doivent être informées, par tous moyens, de l'introduction en justice de l'action en nullité par le ministre de l'Économie.

4. Amende civile

A RETENIR

Le ministre de l'Économie peut prononcer une amende civile dont le plafond est fixé à cinq millions d'euro. La juridiction saisie, pour laquelle il s'agissait jusqu'à présent d'une faculté, devra dorénavant systématiquement ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision et, le cas échéant, assortir sa décision d'une astreinte.

On peut regretter que l'ordonnance du 24 avril 2019 maintienne ces dispositions, alors que les montants peuvent paraître excessifs. La formulation a cependant légèrement évolué : l'article L. 442-4 prévoit que le montant de l'amende civile ne peut excéder le plus élevé des trois montants fixés par le texte (5 millions d'euro, trois fois le montant des sommes indûment perçues, 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre). L'expression «de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement» a également été supprimée concernant les 5 % du chiffre d'affaires.

L'amende civile ne présente pas le caractère d'une sanction pénale : le respect des principes de légalité ou de personnalité des peines ne s'impose pas au juge et ne s'oppose donc pas à ce que l'amende civile soit supportée par la personne morale qui a absorbé l'auteur de l'infraction. Comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, une telle solution est fondée compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques et du fait que l'absorption ne met pas fin à celles-ci puisqu'elles se poursuivent au sein de l'entreprise absorbante. Le montant de l'amende peut se voir conférer une portée exemplaire et n'a donc pas nécessairement à être proportionné au préjudice subi, dès lors qu'elle a pour objet, non de réparer un préjudice, mais de restaurer l'ordre public économique. La pratique sanctionnée doit avoir causé un réel trouble à l'ordre public. Tel n'est pas le cas lorsque les deux entreprises en litige sont de taille relativement modeste dans le secteur concerné.

Le juge comme le législateur paraissent amorcer une politique d'alignement des critères de fixation du montant de l'amende civile sur ceux de la sanction pécuniaire des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, s'inspirant des critères de détermination du montant de l'amende en matière d'ententes et d'abus de domination, a estimé que le juge doit non seulement tenir compte de la nécessité de conférer à l'amende civile un niveau suffisamment dissuasif, mais aussi de la gravité du comportement en cause, du dommage à l'économie qui en résulte et de la situation individuelle de l'entreprise poursuivie. La Haute juridiction a ultérieurement souligné que l'infliction d'une amende civile est justifiée par la gravité de pratiques mises en œuvre pour contourner l'interdiction des remises, rabais ou ristournes et obtenir des avantages sans contrepartie, dès lors qu'elles faussent le jeu de la libre concurrence par le

maintien de prix artificiellement élevés et lèsent le consommateur.

Enfin, selon la Cour d'appel de Paris, une transaction valable entre les partenaires est opposable au ministre de l'Économie, y compris dans son rôle de gardien de l'ordre public économique, et peut donc faire obstacle à toute condamnation d'un partenaire à une amende civile.

B. Soumission aux règles de la procédure civile

A RETENIR

L'article L. 442-4, I du Code de commerce, précise que l'action doit être «introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente», et ajoute qu'elle est, notamment, ouverte au ministre de l'Économie.

La question s'est posée de savoir si le ministre est libre de saisir la juridiction de son choix, conformément à la théorie de l'acte mixte. La Cour de cassation a considéré que le droit d'action du ministre ne lui conférerait pas pour autant la qualité de partie au contrat et que, par conséquent, le choix de la juridiction ne lui appartenait pas. En réalité, la détermination de la juridiction compétente *ratione materiae* dépend de la qualité de la victime. S'il s'agit d'un non-commerçant, le ministre pourra agir indifféremment devant l'une ou l'autre des juridictions. En revanche, s'il s'agit d'un commerçant, l'action devra être introduite devant la juridiction commerciale. Le fait que l'action du ministre soit aujourd'hui considérée comme autonome ne devrait pas remettre en cause cette règle.

Il est désormais établi, par ailleurs, que l'action du ministre de l'économie revêt une nature quasi-délictuelle. Aussi le ministre a-t-il le choix de former sa demande devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort duquel le dommage a été subi. En outre, lorsqu'il agit pour sanctionner le déséquilibre significatif de clauses contenues dans des contrats dont il n'est pas le signataire, le ministre n'est pas tenu par les clauses d'attribution de compétence ou les clauses compromissaires qu'ils renferment.

Enfin, le ministre de l'Économie qui, par voie de conclusions déposées au visa de l'article L. 490-8 du Code de commerce a demandé en première instance la condamnation d'un opérateur à une amende civile pour violation de l'article L. 442-1, a la qualité de partie au procès et peut donc, par la voie de l'appel incident, demander à la cour d'appel de réformer le jugement qui l'a débouté de sa prétention. Son appel incident provoqué dans le cadre du recours exercé par une entreprise condamnée pour rupture brutale de relations commerciales établies est également recevable lorsque ce recours fait naître un intérêt nouveau d'user d'une voie de droit qu'il n'avait pas exercée.

IV. Action du Président de l'Autorité de la concurrence

Aux termes de l'article L. 442-4, le Président de l'Autorité de la concurrence peut saisir la juridiction civile ou commerciale compétente de pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 qu'il a constatées à l'occasion d'affaires relevant de sa compétence.

A RETENIR

Le Président peut non seulement introduire une action, mais aussi interjeter appel des jugements rendus. Comme celle du ministre de l'Économie, l'action exercée par le Président de l'Autorité de la concurrence est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Pas plus que le ministre, le président de l'Autorité de la concurrence n'a à informer les fournisseurs préalablement à l'exercice de l'action, mais seulement dans un délai utile leur laissant le temps de décider d'intervenir ou non à l'instance.

SECTION 2**Autres abus de dépendance****PLAN**

Le Code de commerce vise de façon spécifique deux autres abus de dépendance :

- les pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires ;
- les enchères inversées à distance.

I. Pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires**A RETENIR**

L'ordonnance du 24 avril 2019 a modifié le délit civil de pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires afin de le rendre plus effectif. L'article L. 442-7 possède un champ d'application élargi puisqu'il ne vise plus ni les crises conjoncturelles ni les fortes hausses de cours. Il sanctionne purement et simplement la pratique de prix abusivement bas par l'acheteur de produits agricoles ou de denrées alimentaires.

Pour caractériser le prix abusivement bas, il est tenu compte d'indicateurs mentionnés au Code rural et de la pêche maritime mais aussi de tout indicateur disponible, tels que notamment les indicateurs relatifs aux coûts pertinents de production en agriculture et à l'évolution de ces coûts, aux prix des produits agricoles et alimentaires constatés sur le ou les marchés où l'acheteur opère et à l'évolution des ces prix.

Il n'est pas certain que le dispositif réformé et étendu soit plus effectif que le précédent. L'Autorité de la concurrence s'est montrée sceptique sur les résultats qu'on pouvait en attendre. Elle considère que le risque de rétorsion ou de recours à des produits de substitution importés est de nature à désinciter les producteurs agricoles ou leurs associations professionnelles d'avoir recours à des actions contre des prix abusivement bas. Elle ajoute que les coûts de production ne constituent pas la seule référence pertinente de l'évaluation du prix abusivement bas et conclut que les difficultés du secteur agricole ne pourront pas être résolues par ce seul dispositif.

II. Enchères inversées à distance

A RETENIR

L'article L. 442-8 du Code de commerce réglemente les procédures d'enchères inversées à distance, qui imposent aux candidats-fournisseurs de sous-enchérir pour emporter le marché, en posant toute une série de conditions dont le non-respect est sanctionné par la nullité du contrat.

Les conditions et modalités d'achat, les critères de sélection détaillés ainsi que les règles gouvernant le déroulement des enchères doivent être communiqués à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre de vente, de manière transparente et non discriminatoire.

Le candidat ayant participé aux enchères qui en fait la demande peut obtenir communication, à l'issue de la période d'enchères, de l'identité du candidat retenu. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

Les enchères sont enregistrées par l'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte. L'enregistrement est conservé pendant un an et présenté s'il est procédé à une enquête.

Par ailleurs, les procédures d'enchères à distance ne peuvent concerner certains produits agricoles et alimentaires de première transformation, dont la liste doit être établie par décret.

Le fait de ne pas respecter les dispositions de l'article L. 442-8, I à III engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé. Conformément aux dispositions de l'article L. 442-4, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre de l'Économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article. Le juge des référés peut également être saisi.

SECTION 3

Revente à perte

A RETENIR

Le droit français n'autorise la concurrence par les prix qu'à certaines conditions. Tout d'abord, une libre concurrence par les prix ne doit pas dégénérer en abus et conduire à un détournement de la clientèle ou une tromperie du consommateur. De telles pratiques sont susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale. Ensuite, certains procédés restrictifs de concurrence sont purement et simplement interdits par les textes. Tel est le cas de la revente à perte depuis la loi du 2 juillet 1963.

La revente à perte est prohibée pour plusieurs raisons. D'une part, elle offre une image déformée de la concurrence aux consommateurs. Le commerçant cherche principalement à accréditer l'idée qu'il pratique des marges réduites favorables aux utilisateurs finals, alors qu'il s'est fixé comme objectif de détourner la clientèle du ou des concurrents. D'autre part, la revente à perte ne bénéficie pas forcément aux consommateurs, car, bien souvent, la réduction des marges sur la vente d'un produit s'accompagne d'une majoration abusive des prix d'autres produits. Aussi, le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est-il interdit par l'article L. 442-5 du Code de commerce.

La réglementation française sur la revente à perte, de même que l'ensemble des législations sur l'interdiction de vente ou de revente à perte, sont jugées sévèrement par l'OCDE qui prône leur suppression. L'organisation internationale considère qu'il n'est pas démontré que les pratiques de revente à perte tendraient nécessairement à tromper le consommateur. L'efficacité des réglementations instaurées pour les interdire serait particulièrement douteuse, notamment s'agissant de l'objectif de sauvegarde du commerce de proximité. Si elles ne semblent guère avoir d'effets positifs, leurs effets négatifs seraient en revanche avérés, selon l'OCDE : privation du prix plus bas que les consommateurs seraient en droit d'attendre en l'absence de réglementation et privation de produits qu'ils auraient pu acheter à ce prix plus bas.

La Cour de justice semble peu favorable à l'interdiction générale de la revente à perte lorsqu'elle vise le consommateur. Dans un arrêt de principe fondé sur la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, elle a déclaré contraire au droit de l'Union la législation belge, très proche de la loi française, qui instaure une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte. La solution ne paraît cependant transposable en droit français qu'à la condition de considérer que celui-ci poursuit au moins partiellement un objectif de protection du consommateur. En effet, la directive exclut de son champ d'application les lois nationales relatives aux pratiques commerciales qui portent «uniquement» atteinte aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels. La Cour de justice a précisé qu'une législation nationale ne relève pas de la directive si elle se borne à «réglementer les relations concurrentielles entre commerçants et ne poursuit pas des finalités tenant à la protection des consommateurs». Il est donc possible qu'en cas de contentieux, la réglementation française relative à la revente à perte fasse l'objet de débats relatifs à son objet, exclusif, de protection des concurrents ou, accessoire, de protection des consommateurs. Si l'on retient que la loi du 2 juillet 1963 qui a institué le délit partait du postulat que la revente à perte offrait une image déformée de la concurrence aux consommateurs, il faudrait considérer le dispositif actuel contraire à la directive même si sa vocation principale consiste à garantir l'équilibre et la loyauté des relations commerciales. Dans un arrêt remarqué, la Cour d'appel de Douai s'est référée à l'objectif premier de la loi de 1963, en retenant que l'article L. 442-5 du Code de commerce ne relevait pas du champ d'application de la directive 2005-29, dès lors qu'il n'avait pas pour finalité la protection des consommateurs, mais l'équilibre et la loyauté des relations commerciales.

La revente à perte a donné lieu à une affaire largement médiatisée à l'occasion de l'opération promotionnelle lancée par le groupe Intermarché en janvier 2018 portant sur la

vente de Nutella avec remise de 70 %. Fin juin 2018, le groupe Intermarché a reconnu l'existence d'une revente à perte et accepté le paiement d'une transaction pénale à hauteur de 375 000 euro à la suite d'un procès-verbal d'infraction de la DGCCRF.

La loi EGalim du 30 octobre 2018 a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance avant le 1er mars 2019 en vue de relever de 10 % le seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, revendus en l'état au consommateur, et ce pour une durée de deux ans.

Cette mesure, accompagnée d'un encadrement des promotions, est destinée à éviter la guerre des prix sur les produits alimentaires et les pressions à la baisse des prix pouvant en résulter tout au long de la chaîne d'approvisionnement dans l'espoir que la marge dégagée sera répercutée aux agriculteurs. L'Autorité de la concurrence s'est montrée circonspecte quant à l'efficacité du dispositif. Elle redoute un effet inflationniste. Il n'est pas non plus certain que les marges ainsi générées ruissellent vers l'amont. L'ordonnance mettant en œuvre cet aspect de la loi EGalim est intervenue dans un temps record, dès le 12 décembre 2018. Selon l'article 2 de l'ordonnance, dont les dispositions sont entrées en vigueur plus le 1er février 2019, «le prix d'achat effectif défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés aux animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur». L'ordonnance 2019-359 a réorganisé les dispositions relatives à la revente à perte qui figurent désormais à l'article L. 442-5 du Code de commerce.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions de la prohibition ;
- les exceptions à la prohibition ;
- la responsabilité pénale ;
- la responsabilité civile.

I. Prohibition

La Cour de justice a été saisie de la question de la conformité au droit européen de la libre circulation d'une réglementation nationale interdisant la revente à perte. Selon elle, l'interdiction de la revente à perte n'est pas contraire au principe de libre circulation des marchandises pourvu que les dispositions répressives affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. S'agissant des règles de concurrence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les articles 3, 5, 101 et 102 TFUE ne s'opposent pas à l'application d'un droit national interdisant aux commerçants de revendre un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat.

Pour assurer au mieux la libre circulation des marchandises et la protection des consommateurs, l'Union a adopté des directives d'harmonisation. Il en est ainsi de la directive 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Le texte «s'applique aux pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs [...]

avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit» (art. 3) et vise donc tous les stades de la commercialisation du produit. Aussi, dès lors qu'une pratique a pour objectif d'attirer les consommateurs dans les locaux du commerçant et de les inciter à procéder à des achats, constitue-t-elle une pratique commerciale au sens de l'article 2 de la directive 2005-29. La revente à perte répond selon la Cour de justice à cette définition. La directive imposant, lorsqu'une pratique commerciale ne figure pas dans la liste de l'annexe I, qui déclare déloyale *per se* les pratiques qu'elle énumère, d'exercer un contrôle préalable de son caractère déloyal, une législation nationale ne peut pas, de manière générale, interdire la revente à perte.

La France doit-elle pour autant réviser sa législation ? Pour l'heure, la jurisprudence est parvenue à préserver le régime français en retenant que l'article L. 442-5 du Code de commerce ne relève pas du champ d'application de la directive 2005-29, soit parce qu'il n'aurait pas pour finalité la protection des consommateurs, mais la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, soit, sans prendre position sur les objectifs de la réglementation, parce que les litiges en question ne concernaient pas des consommateurs, mais les rapports entre des centrales d'achats et des détaillants. Il n'est pas certain que cette solution soit conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, qui a estimé que la directive s'appliquait même à un litige concernant les rapports entre grossistes et petits commerçants, dès lors que la réglementation en cause visait à la protection des consommateurs. Le critère essentiel d'applicabilité de la directive semble donc être l'objectif poursuivi par la réglementation et non la qualité des parties au litige. La Cour de cassation ne pourra indéfiniment se dispenser de prendre position sur les objectifs des règles françaises dont la fragilité au regard des règles européennes est régulièrement rappelée par la doctrine.

PLAN

Pour tomber sous le coup de la prohibition, la revente doit :

- tomber dans le champ d'application de la loi ;
- s'effectuer à un prix inférieur au prix d'achat effectif ;
- satisfaire à l'élément intentionnel du délit.

A. Champ d'application

1. Champ d'application *ratione personae*

A RETENIR

L'interdiction de l'article L. 442-5 [concerne «tout commerçant», sans distinction. Tous les opérateurs qui achètent pour revendre sont soumis à la réglementation sur la revente à perte et notamment les importateurs, les grossistes et les détaillants.

Dès lors, sont exclues du champ de la prohibition les activités de production et de services, qui sont toutefois soumises à l'interdiction de pratiquer des prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.) ou des prix prédateurs constitutifs d'un abus de position dominante (art. L. 420-2 C. com.). La qualité de commerçant étant expressément requise par le texte, le consommateur qui revend un produit en l'état n'est pas concerné par

la prohibition de la revente à perte. En revanche, peu importe la qualité de l'utilisateur final. Il peut s'agir d'un consommateur ou d'un professionnel. Les relations intra-groupe n'échappent pas à l'incrimination. Ainsi, est punissable la revente à perte de produits par une société mère à ses filiales, dès lors que les biens livrés le sont en vertu de contrats de vente et non de contrats d'entreprise.

2. Champ d'application *ratione materiae*

A RETENIR

L'article L. 442-5 prohibe la revente ou l'offre de revente à perte. Le fait d'annoncer la revente à perte est réprimé au même titre que la revente elle-même. L'annonce doit s'entendre non seulement de l'offre directe de revente (exposition sur le lieu de vente de produits dont le prix est affiché, par ex.), mais aussi des opérations publicitaires préalables à une campagne commerciale, réalisées en vue de la revente. La prohibition vise tous les produits revendus ou offerts à la revente en l'état, c'est-à-dire sans avoir subi de transformation.

Les éventuelles opérations d'intermédiation doivent ainsi être exclusives de toute transformation. Les prestations de services, ainsi que les opérations des producteurs, industriels ou artisans sur les produits qu'ils fabriquent ne sont pas concernées par l'interdiction. La transformation doit, cependant, être effective. Certaines opérations comme le découpage ou le tranchage sont très certainement une transformation. En revanche, le doute est permis s'agissant de la décongélation ou du reconditionnement. À titre d'exemple, on peut citer une note de service de la DGCCRF relative au téléphone portable. Selon cette note, la simple adjonction d'une carte à puces par le revendeur constitue une transformation significative du produit qui exclut la qualification de revente en l'état. La Chambre criminelle a également estimé que l'abonnement au réseau Internet et la fourniture d'un modem constituent une opération globale indivisible, qui tombe dans le champ d'application de la revente à perte. La vente ou la prestation de services à des prix abusivement bas de produits transformés peut, sous certaines conditions, faire l'objet d'une sanction au titre de l'article L. 420-5 du Code de commerce.

La prohibition suppose une succession de ventes entre un fournisseur, un distributeur et un acheteur final. Il a néanmoins été jugé qu'il y a achat pour revendre lorsque la vente entre le distributeur et l'utilisateur final est réalisée avant même que le distributeur ait passé la commande au fournisseur. L'application des règles relatives à la revente à perte apparaît toutefois contestable dans ce cas dans la mesure où le revendeur ne connaît pas le prix d'achat effectif de la marchandise au moment de la vente.

3. Champ d'application *ratione loci*

A RETENIR

Les vendeurs étrangers doivent se conformer aux prescriptions relatives à la revente à perte lorsqu'ils interviennent sur le territoire français.

B. Élément matériel : le seuil de revente à perte

A RETENIR

Un produit est revendu ou offert à perte lorsque son prix est inférieur à son prix d'achat effectif.

La notion de prix d'achat effectif a donné lieu à des difficultés d'interprétation. Il a été jugé qu'il convient de tenir compte non pas du prix d'achat moyen auprès des fournisseurs, mais du prix d'achat par lot. Lorsque l'offre commerciale combine une prestation de services et la vente d'un produit, la Cour de cassation l'assimile à un tout indivisible, même si, pour les besoins de la publicité, un prix individualisé est artificiellement annoncé. Enfin, le seuil de revente à perte doit être calculé à partir d'un prix d'achat effectif et non projeté, c'est-à-dire déterminé à partir d'extrapolations tirées de la progression du chiffre d'affaires entre une centrale et ses fournisseurs au cours de l'année écoulée.

Selon l'article L. 442-5, I, alinéa 2, du Code de commerce, le prix d'achat effectif, au-dessous duquel un distributeur ne peut revendre sans commettre d'infraction, est le «prix unitaire net [...], minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur [...]». La disposition a pour objectif de permettre à l'acheteur de revendre à un prix plus bas en utilisant toutes les marges arrière concédées par le fournisseur.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 décembre 2018 prise en application de la loi EGalim du 30 octobre 2018, le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur.

Le «prix unitaire net» semble se référer au «prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus» visé à l'article L. 441-9 du Code de commerce diminué de «toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture».

Le prix d'achat effectif étant le prix de facturation (prix unitaire et réductions acquises), les réductions de prix conditionnelles sont exclues de l'évaluation du prix. Sont notamment concernées les ristournes consenties par le vendeur sous condition de maintien d'une certaine quantité de ses produits dans les rayons du distributeur pendant un délai prévu, les ristournes d'objectif à taux progressif, ou encore les ristournes accordées par le fournisseur en considération du chiffre d'affaires tant que celui-ci n'est pas réalisé.

Les «autres avantages financiers» (AAF) déduits du prix unitaire net ne sont pas énumérés. Logiquement, ils devraient englober l'ensemble des avantages qui ne sont pas mentionnés sur la facture, c'est-à-dire toute la marge arrière (rémunération des services de commercialisation et des ristournes hors facture). Toutes les questions ne sont pas pour autant résolues.

L'article L. 442-5, I, alinéa 3, autorise les grossistes à vendre avec un coefficient de 0,9 aux détaillants, pour permettre à ces derniers de concurrencer la grande distribution.

C. Élément intentionnel

A RETENIR

Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal, il n'y a pas de crime ou délit sans intention de le commettre. Dès lors, pour que le délit de revente à perte soit constitué, il est nécessaire de constater soit que le prévenu a agi en connaissance de cause, soit qu'il s'est rendu coupable de négligence ou d'imprudence.

II. Exceptions

La prohibition de la revente à perte tend à assurer une concurrence loyale entre les différentes formes de distribution. Lorsque la revente à perte est justifiée par la nature des produits ou les caractéristiques de la vente afin de rééquilibrer les relations entre concurrents de puissance économique différente, elle échappe au dispositif répressif. Six exceptions à l'interdiction ont été posées par le législateur, dont certaines ont vu leur champ d'application réduit. Cette liste est limitative.

PLAN

La revente à perte est autorisée lorsque le commerçant :

- peut invoquer l'exception d'alignement ;
- revend à perte des produits à caractère saisonnier ;
- revend à perte des produits périssables ;
- revend à perte des produits démodés ;
- peut invoquer une baisse des cours ;
- peut invoquer une cessation ou un changement d'activité ;
- revend à perte en période de soldes.

A. Exception d'alignement

A RETENIR

Pour justifier une revente à perte, le commerçant revendique couramment le droit de s'aligner sur les prix légalement pratiqués pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité. L'exception d'alignement est visée par l'article L. 442-5, II, 5° du Code de commerce. S'agissant d'un moyen de défense au fond, cette exception peut être invoquée à tout moment de la procédure, même après la clôture du procès-verbal.

L'exception d'alignement est assortie de conditions de recevabilité très strictes relatives à la nature et aux conditions de commercialisation des produits dont les prix sont alignés. Ne sont concernés que les produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de trois cents mètres carrés ou les produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de mille mètres carrés. La recevabilité de l'exception d'alignement est subordonnée à la preuve, par le revendeur, du prix de référence, c'est-à-dire du prix sur lequel il prétend s'aligner. Il appartient, en revanche, à la partie poursuivante (l'Administration) d'établir le caractère illégal de ce

prix. La Cour de cassation a, en outre, précisé que les juges du fond ne peuvent écarter le fait justificatif qu'en caractérisant eux-mêmes l'illicéité des prix de référence, ce qui paraît impliquer que les motifs de la décision reprennent des éléments précis de comparaison entre les prix d'achat effectifs des produits du concurrent et le prix de revente au public.

L'exception d'alignement peut être mise en œuvre sans que le commerçant communique au préalable à l'Administration les éléments justificatifs de son alignement. Le prix pratiqué n'a pas à être identique au prix servant de référence. L'alignement n'a pas non plus à être concomitant à la pratique constatée chez le concurrent, pourvu qu'il soit réalisé dans un temps voisin, pouvant varier de quelques jours à quelques semaines, et dans la même zone d'activité, qui s'apprécie au regard de l'entreprise et du marché sur lequel elle intervient. En fixant des seuils de surface de vente, la loi confère au critère jurisprudentiel du marché un caractère déterminant pour l'appréciation de la légitimité de l'alignement. En particulier, puisque seuls les petits commerçants peuvent se prévaloir de l'exception d'alignement, la distance séparant les concurrents devient essentielle ; un petit commerçant, qui n'a qu'une clientèle locale, ne peut pas justifier un alignement sur un commerçant établi à plus d'une vingtaine de kilomètres de son propre établissement.

B. Produits à caractère saisonnier

L'article L. 442-5, II, 2^o, autorise la revente à perte des produits à caractère saisonnier. Le produit doit présenter un caractère saisonnier marqué et la revente à perte ne peut intervenir que « pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ». Cette exception ne doit pas être l'occasion pour les commerçants d'écouler leurs stocks « à tout prix ». Il est donc nécessaire que la revente à perte ait lieu à un moment où les produits sont potentiellement dépréciés (période de soldes, par ex.). Tel n'est pas le cas de la revente à perte de jouets quelques jours avant Noël. En revanche, la revente à perte de jouets ou de peluches le 23 décembre n'est pas illicite, dès lors qu'elle se situe dans la phase terminale de la saison des ventes.

C. Produits périssables

La prohibition de la revente à perte n'est pas applicable aux produits périssables (produits laitiers, légumes et fruits frais, viandes, etc.) menacés d'altération rapide, à la condition que l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente (art. L. 442-5, II, 6^o). En effet, la vente doit être motivée par un risque d'altération rapide. Elle ne peut donc être projetée de longue date.

D. Produits démodés

Les produits démodés ou techniquement dépassés qui ne répondent plus à la demande générale peuvent également être revendus à perte (art. L. 442-5, II, 3^o). La possibilité de revendre ce type de produits en dessous de leur prix d'achat effectif ne saurait en revanche être justifiée par des raisons économiques ou climatiques, ou par le faible nombre de ventes.

E. Baisse des cours

La revente à perte est justifiée lorsqu'il s'agit de produits dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse (art. L. 442-5, II, 4^o). Le réapprovisionnement doit avoir eu lieu effectivement à la baisse. Le prix effectif d'achat est alors celui figurant sur la nouvelle facture d'achat. Par ailleurs, il doit s'agir de produits présentant des caractéristiques identiques à ceux de l'approvisionnement initial. L'exception de réapprovisionnement, qui est indépendante de celle de cessation ou de changement d'activité, peut être invoquée pour deux commandes non concomitantes intervenues successivement le même jour dès lors que le lot le moins cher a été commandé après le lot le plus cher, sans qu'il soit nécessaire que le stock de la première commande ait été vendu.

F. Ventes volontaires ou forcées

La revente à perte peut être justifiée en cas de cessation ou de changement d'une activité commerciale (art. L. 442-5, II, 1^o). Elle n'est toutefois admise dans les hypothèses de liquidation que sous réserve d'une déclaration préalable auprès de l'autorité administrative dont relève le lieu de la liquidation, conformément aux exigences de l'article L. 310-1 du Code de commerce.

G. Soldes

Bien que la solution retenue ait été contestée en doctrine, l'Administration a toujours considéré que les produits pouvaient être revendus à perte en période de soldes. Cette tolérance administrative a été légalisée (art. L. 442-5, II, 7^o).

III. Responsabilité pénale

PLAN

Pour apprécier la portée de la responsabilité pénale, il convient de vérifier :

- les conditions d'imputation de la responsabilité ;
- les sanctions pénales encourues ;
- le régime de l'action de la partie civile.

A. Imputation

A RETENIR

La responsabilité de l'infraction pèse sur le chef d'entreprise. L'application de ce principe ne peut être écartée qu'en cas de délégation de pouvoirs à un salarié.

Ce dernier doit cependant disposer de l'autorité et des moyens nécessaires pour être reconnu coupable de l'infraction. L'ampleur d'une opération de revente à perte au moment de l'ouverture d'un hypermarché fait ainsi obstacle à l'exonération du responsable de la politique commerciale du magasin, en dépit d'une délégation de pouvoirs régulière. Le titulaire d'une délégation de pouvoirs peut lui-même déléguer ses pouvoirs. La sub-délégation exonère son auteur lorsqu'il a le pouvoir de déléguer et que son délégataire dispose des compétences, des moyens et de l'autorité nécessaires. Tel est par exemple le cas du chef de rayon auquel le directeur du magasin a délégué ses pouvoirs, à la condition

que ce dernier n'ait pas pris une part personnelle à la commission de l'infraction.

B. Sanctions pénales

La répression de la revente à perte a connu un double mouvement depuis 1996 : alors que la sévérité des peines encourues a été renforcée, le seuil de revente à perte a été abaissé, les lois Dutreil du 2 août 2005 et Chatel du 3 janvier 2008 ayant autorisé l'intégration des marges arrière. L'adoption d'un seuil de revente à perte plus faible a eu pour conséquence de dépenaliser certaines pratiques. Cet assouplissement du droit de la revente à perte a donné lieu à d'importantes difficultés de droit transitoire.

A RETENIR

Tant la revente à perte que l'annonce d'une telle revente sont sanctionnées.

Les personnes physiques encourent une amende de 75 000 euro, qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans l'hypothèse où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif (art. L. 442-5, I, al. 1) ; la cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions de l'article L. 132-8 du Code de la consommation, par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. De plus, le prévenu de revente à perte peut être condamné à une peine de publication et d'affichage de la décision. Les personnes morales encourent, outre une amende qui peut s'élever au quintuple de celle infligée aux personnes physiques (art. 131-38 C. pén.), la peine d'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, conformément au 9^o de l'article 131-39 du Code pénal (art. L. 442-5, III, C. com.).

La revente à perte peut enfin être l'objet de la procédure de transaction prévue à l'article L. 490-5 du Code de commerce. Au vu des derniers bilans de jurisprudence publiés par la DGCCRF, le texte semble être tombé en déshérence.

C. Action de la partie civile

A RETENIR

L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction (art. 2 C. pr. pén.) : personne physique ou morale ou association de consommateurs agréée ou de commerçants.

Une association de consommateurs est recevable à se constituer partie civile pour faire sanctionner une pratique de revente à perte, car celle-ci cause un préjudice aux consommateurs en leur présentant une image faussée de la concurrence, la réduction des marges sur la vente d'un produit s'accompagnant en règle générale d'une majoration abusive du prix des autres produits. De même, un syndicat professionnel peut se constituer partie civile pour défendre l'intérêt collectif de la profession. Le préjudice, qui résulte pour les membres de la profession de la revente à perte, est personnel car il porte sur le même secteur d'activité. Il est direct dans la mesure où les professionnels, qui respectent le prix

du marché, ne peuvent proposer à leurs clients les mêmes tarifs que le prévenu et perdent des parts de marché.

IV. Responsabilité civile

A RETENIR

L'incrimination pénale de revente à perte n'exclut pas l'exercice d'une action en concurrence déloyale.

En effet, la revente à perte constitue un moyen d'éliminer les concurrents du marché. Une fois ce but atteint, les prix retrouvent souvent leur niveau antérieur, s'ils ne sont pas majorés. En outre, la violation d'une prescription légale constitue en soi une faute. Ainsi, la pratique de prix inférieurs au coût de revient du produit en contrepartie de l'octroi d'aides financières par une collectivité caractérise un comportement déloyal. De même, des concurrents situés à une distance raisonnable peuvent invoquer dans le cadre d'une action en concurrence déloyale le caractère illicite de l'offre de réduction de 20 % sur le ticket de caisse d'un magasin. Le concurrent doit néanmoins établir que la pratique a déstabilisé son réseau en l'obligeant à revoir sa politique tarifaire ou en l'exposant au passage de certains de ses membres à la concurrence. L'action en concurrence déloyale n'est pas réservée au seul concurrent. Le fournisseur dont les produits sont revendus à perte peut également agir en concurrence déloyale contre son distributeur pour obtenir réparation du préjudice résultant de la dépréciation de son image de marque et du risque de déstabilisation de son réseau commercial.

L'action en cessation de la pratique de revente à perte peut être exercée en référé par le fournisseur qui justifie d'un intérêt légitime à agir. La Cour de cassation reconnaît que la condition est satisfaite à un double titre. Tout d'abord, la revente à perte déprécie l'image de marque de ses produits, qui apparaissent bradés. Ensuite, cette pratique entraîne un risque de désorganisation du réseau de distribution du fournisseur, certains distributeurs pouvant être portés à croire que la vente à bas prix du produit a été rendue possible par les avantages tarifaires discriminatoires qu'il aurait octroyés. L'action est également ouverte aux concurrents.

SECTION 4

Prix imposés

L'article L. 442-6 du Code de commerce prohibe per se le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'une prestation de services, ou à une marge commerciale. La liberté des prix instaurée par l'ordonnance de 1986 suppose la libre détermination du prix de vente par le revendeur. Ce principe s'impose à toute personne, fournisseur, grossiste, importateur, État, et vise tous les contrats, vente ou prestation de services. Le texte édicte ainsi une prohibition générale également applicable aux vendeurs étrangers qui interviennent sur le territoire français. Toutefois, comme toute règle pénale, il est d'interprétation stricte. Aussi bien, les prix ou marges maxima, ou les prix conseillés sont-ils exclus du champ d'application de l'interdiction dès lors que le revendeur dispose d'une marge de

manœuvre et ne subit aucune pression de la part du fournisseur. La légitimité de l'interdiction *per se* de la pratique de prix minimum imposé a été contestée en doctrine. Dans certains cas, des prix minima pourraient être justifiés d'un point de vue économique, notamment en cas de lancement de nouveaux produits. En outre, l'interdiction *per se* des prix minima imposés au titre des pratiques restrictives paraît délicate à maintenir dès lors que le droit des pratiques anticoncurrentielles ne les condamne pas lorsque les distributeurs auxquels de tels prix sont imposés ne sont pas situés sur la même zone de chalandise. Enfin, la jurisprudence relative à la sanction pénale des prix minima imposés est en général assez ancienne. Elle applique des critères qui apparaissent aujourd'hui décalés par rapport au triple test, appliqué par les autorités de concurrence, qui implique que les prix soient conseillés ou discutés, qu'ils soient appliqués de manière significative et fassent l'objet d'une police des prix ou d'une intervention en vue de les faire respecter. En pratique, l'incrimination pénale des prix de vente imposés est quasiment tombée en désuétude. Cependant, elle demeure inscrite dans les textes et une application au cas d'espèce apparaît toujours possible.

La réforme du droit des pratiques restrictives par l'ordonnance du 24 avril 2019 a laissé sans changement de fond l'incrimination *per se* des prix imposés, désormais interdits par l'article L. 442-6. Il s'agissait pourtant de la règle qui correspondait le mieux au but de l'article 17, I, 1^o de la loi EGalim autorisant le gouvernement à supprimer «les dispositions devenues sans objet». L'obsolescence de cette disposition aurait dû conduire à son abrogation pure et simple, ce d'autant plus qu'elle fait double emploi sur le plan pénal avec l'article L. 420-6 du Code de commerce qui sanctionne le fait de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2.

Une seule exception à l'interdiction des prix imposés a été introduite par le législateur. Tout éditeur ou tout importateur de livres a en effet l'obligation de fixer un prix de vente au public, sur lequel le distributeur ne peut accorder qu'une remise maximale de 5 %. En outre, le texte de l'article L. 442-6 devant s'interpréter strictement, le fait pour un producteur, un importateur ou un grossiste de recommander au détaillant un prix de revente ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article L. 442-6 s'il ne revêt aucun caractère obligatoire. Cependant, la dénomination prix «conseillés» ou «indicatifs» ne doit pas avoir pour effet de tourner par un biais l'interdiction de prix minimum. Si tel est le cas, le délit de l'article L. 442-6 est caractérisé en tous ses éléments constitutifs, tant matériel qu'intentionnel.

I. Typologie

PLAN

La prohibition des prix imposés s'applique notamment à :

- l'imposition de prix conseillés ;
- la pratique de prix maximum inférieurs au seuil de revente à perte ;
- la stipulation des clauses de prix imposés.

A. Imposition de prix conseillés

A RETENIR

L'article L. 442-6 ne prohibe ni l'indication de prix conseillés, ni la fixation de prix maxima de revente. Cependant, lorsque le juge constate que des pressions sont exercées sur les distributeurs afin de leur imposer l'application effective de prix minima, il n'hésite pas à condamner l'auteur de ces pratiques au titre de l'article L. 442-6.

La Cour de cassation a ainsi sanctionné l'animateur d'un réseau de distribution sélective qui imposait le respect de prix prétendument conseillés par la menace de mesures de rétorsion d'ordre commercial, tels des refus de vente, ou l'exclusion du bénéfice de primes. De même, elle condamne la livraison de produits pré-étiquetés dont le prix est impossible à modifier, et/ou la pré-programmation des prix dans le logiciel de caisse des détaillants, car elles sont de nature à dissuader le distributeur de pratiquer des prix différents. L'article L. 442-6 n'exige pas que le fournisseur fixe un prix minimum à son distributeur, mais vise le fait d'imposer un caractère minimal au prix de revente. Aussi, le refus de livrer un distributeur pratiquant une politique de bas prix ou le refus de vente afin de maintenir un certain niveau de prix sont-ils sanctionnés, car ils constituent des moyens indirects d'imposer un prix. Enfin, il a été jugé que si le prix maximum est fixé à un niveau tellement bas que le distributeur ne pourra, sans voir sa marge bénéficiaire considérablement réduite, vendre en dessous du prix fixé, il constitue un prix imposé illicite. En revanche, le fournisseur qui aligne un revendeur sur les conditions générales appliquées aux autres distributeurs de la marque ne peut être poursuivi pour imposition de prix dès lors qu'il n'oblige pas le revendeur à répercuter ces nouvelles conditions sur ses prix de revente et que cette mesure n'a pas pour objet de l'évincer du marché puisque ce dernier bénéficie des mêmes tarifs que ses concurrents. De même, le refus d'un fournisseur de prendre en charge les frais de marketing d'un distributeur, en lui faisant remarquer que s'il avait concédé des marges moins élevées à ses propres revendeurs, il aurait pu en assumer le coût, ne peut s'analyser comme une pratique d'imposition de marge. Aucune pratique de prix imposé n'est établie lorsqu'un franchiseur démontre que son franchisé a organisé de sa propre initiative des événements promotionnels, que de nombreux autres membres du réseau accordent des remises et qu'il n'a pas accès à leur logiciel de caisse. Par ailleurs, la seule obligation faite au franchisé d'informer le franchiseur sur les marges pratiquées ne traduit pas l'existence d'un contrôle sur ces marges, constitutif d'une pratique indirecte de prix imposés.

B. Prix maximum inférieur au seuil de revente à perte

La pratique indirecte d'imposition de prix la plus fréquente consiste, pour un fournisseur, à conseiller au distributeur un prix maximum qui serait inférieur au seuil de revente à perte si les réductions de prix accordées étaient répercutées. L'engagement du fournisseur de rembourser au consommateur une partie du prix supérieur à celui fixé incite aussi indirectement le distributeur à pratiquer un certain niveau de prix pour que son client ne perde pas le bénéfice du remboursement partiel.

C. Clauses de prix imposés

L'imposition d'un prix ou d'une marge minimale émanant d'un producteur, d'un commerçant isolé, voire d'un groupement professionnel, peut prendre la forme d'une «pression ou d'une menace» incluse dans le contrat (clause pénale, par ex.). Peu importe qu'elle n'ait pas été effectivement mise à exécution. Le contrat qui comporte une clause de prix imposés contraire aux règles de la concurrence est nul. Constitue une pratique d'imposition de prix, la clause qui interdit aux distributeurs agréés de proposer des remises promotionnelles sur les produits de la marque et de se livrer à une politique de discount ou aux franchisés de modifier les tarifs clientèle communiqués par le franchiseur, ou leur impose le respect d'un prix plancher ou organise un contrôle rigoureux du respect des directives fixées par le fournisseur en matière de prix.

II. Sanctions

L'article L. 442-6 du Code de commerce punit d'une amende de 15 000 euro le délit de prix minimal imposé. L'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation sont régis par les dispositions de l'article L. 490-2.

Lorsqu'une délégation de pouvoirs a été consentie, il est nécessaire que le bénéficiaire de la délégation dispose de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

Le délit pénal de prix de revente imposé peut faire l'objet de poursuites contre les personnes morales.

L'imposition de prix minimum est également sanctionnée civilement. La clause est jugée nulle. Cette nullité s'étend à l'ensemble du contrat, dès lors que la clause revêt un caractère essentiel. La victime peut également obtenir une réparation civile. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi estimé que des distributeurs pouvaient obtenir réparation du préjudice moral subi du fait de la pratique de prix imposés de leur fournisseur, en dépit de leur participation à cette infraction. Cette décision, rendue sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale, ouvre l'action civile en réparation à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Elle n'est pas sans rappeler la décision de la Cour de justice qui a reconnu à une partie à un accord anticoncurrentiel, un droit à réparation, dès lors qu'elle se trouve en situation d'infériorité par rapport à l'autre partie. La réparation du préjudice subi du fait de l'imposition d'un prix minima suppose cependant que le distributeur concerné établisse avoir effectivement appliqué les consignes.

SECTION 5

Paracommercialisme

A RETENIR

Les pratiques de paracommercialisme «consistent à se livrer à une activité commerciale sans en supporter les charges correspondantes». Le Code de commerce prohibe deux types d'activités paracommerciales : celle des associations, coopératives ou administrations se livrant de façon habituelle à une activité économique ou commerciale sans en supporter les charges (art. L. 442-10) ; celle consistant à offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public (art. L. 442-11).

I. Typologie

PLAN

Le paracommercialisme recouvre :

- certaines pratiques d'organismes à vocation non commerciale ;
- les utilisations irrégulières du domaine public.

A. Pratiques paracommerciales des organismes à vocation non commerciale

Une association ou une coopérative d'entreprise (comité d'entreprise) ou d'administration qui se livre de façon habituelle à une activité économique ou commerciale sans en supporter les charges correspondantes (fiscales, sociales, etc.), rompt l'égalité dans la concurrence. Soucieux de protéger la liberté de la concurrence, le législateur interdit à ces groupements d'offrir des produits à la vente, de les vendre ou de fournir des services de façon habituelle, si ces activités ne sont pas prévues par les statuts (art. L. 442-10). Le paracommercialisme (ou paracommercialité) apparaît, en effet, comme une extension abusive de la faculté reconnue aux personnes morales à but non lucratif de procéder à titre accessoire à des opérations commerciales. Il n'est pas constitutif de concurrence déloyale pour la Cour de cassation, malgré la résistance de certaines juridictions du fond.

Les activités commerciales d'organismes à vocation non commerciale revêtent des formes variées. Elles tombent sous le coup de la prohibition de l'article L. 442-10, qu'elles soient occasionnelles (vente sauvage) ou permanentes, à la seule condition de n'être pas prévues par les statuts. La jurisprudence se montre très sévère dans l'examen des pratiques auxquelles se livrent les personnes morales concernées, dans la mesure où elle exige le strict respect des clauses insérées dans les statuts.

Aussi, l'autorisation de vendre contenue dans les statuts doit-elle identifier précisément les produits qui pourront être vendus ou achetés. Une association dont l'objet est de promouvoir des randonnées par la publication de cartes, ne peut pas, par exemple, revendre de façon habituelle des cartes géographiques éditées par des tiers. De même, une association offrant des prestations de caractère sportif ne peut pas en outre assurer des prestations de sauna et de bronzage non prévues statutairement. Enfin, il a été jugé que se rend coupable de paracommercialisme le gérant d'une association exerçant habituellement une activité de vente de produits ou de services de restauration alors que ces

activités ne sont pas prévues par les statuts de l'association.

Cette rigueur jurisprudentielle est renforcée par la position des pouvoirs publics qui considèrent que le caractère paracommercial de l'activité doit être présumé, dès lors que, n'étant pas assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants, elle s'adresse de manière habituelle à des tiers, c'est-à-dire à des personnes non membres de l'association : a) dans le but de réaliser un profit ou de rentabiliser la prestation offerte aux membres de l'association, b) pour autant qu'elle concurrence directement des activités commerciales similaires et que le chiffre d'affaires réalisé avec ces tiers n'est pas marginal.

B. Utilisation irrégulière du domaine public

Des textes spécifiques sanctionnent l'utilisation irrégulière du domaine public, l'article L. 442-11 du Code de commerce et les articles 446-1 à 446-4 du Code pénal.

L'article L. 442-11 du Code de commerce interdit les ventes dites «sauvages» ou «à la sauvette» consistant à vendre ou offrir à la vente des produits ou à proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics. Cette interdiction s'applique tant aux ventes statiques qu'aux ventes par coursiers ou porte à porte.

Elle est sanctionnée par une contravention de 5e classe en application de l'article R. 442-2 du Code de commerce.

Parallèlement, l'article 446-1 du Code pénal sanctionne par une peine de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euro d'amende, «le fait, sans autorisation ou déclaration régulière, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des biens ou d'exercer toute autre profession dans les lieux publics en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux». L'application du texte est subordonnée à la violation d'une disposition réglementaire sur la police des lieux publics.

Ainsi, un arrêté municipal ayant seulement pour objet de réglementer la police des foires et marchés et non d'interdire l'exercice du commerce ambulancier sur le domaine public communal ne constitue pas une base suffisante aux poursuites engagées sur le fondement de l'article L. 442-11 du Code de commerce.

II. Sanctions

L'article R. 442-2 du Code de commerce qualifie le paracommercialisme d'infraction de 5e classe, punie à ce titre d'une amende de 1 500 euro (ou 3 000 euro en cas de récidive). Une association se rendant coupable de paracommercialisme encourt en outre la suppression temporaire ou définitive de la subvention ou le reversement au Trésor des sommes perçues ou employées irrégulièrement, le retrait de son agrément ainsi que la perte d'exonérations fiscales.

Lorsqu'ils agissent en application des articles L. 442-10 et L. 442-11 du Code de commerce, les agents enquêteurs de l'Administration peuvent consigner les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services (tréteaux, camionnettes, etc.). Ils devront simplement se conformer aux exigences de la loi, les obligeant à dresser un procès-verbal comportant certaines mentions obligatoires (inventaire

des biens et des marchandises consignés, valeur, etc.) et soumis à communication. Le juge peut également assortir sa condamnation d'une confiscation. Elle peut donner lieu au versement d'une somme d'argent correspondant à la valeur des biens lorsqu'il n'a pas été procédé à une saisie.

La confiscation ou la destruction de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit est également encourue en vertu de l'article 446-3 du Code pénal.

TITRE III

Aides d'État

Les aides d'État créent une inégalité dans la concurrence et sont susceptibles d'entraîner des dysfonctionnements du marché. Il est toutefois inconcevable que dans des économies mixtes leur prohibition soit absolue. Elles représentent un instrument essentiel de la politique industrielle ou d'aménagement du territoire et, si l'on se situe sur un plan strictement économique, elles peuvent constituer le moyen de remédier aux défaillances du marché.

Le Traité instaure aux articles 107 à 109 un contrôle des aides d'État qui créent des distorsions de concurrence et affectent le commerce entre États membres. L'article 107 TFUE pose un principe général d'incompatibilité des aides avec le marché intérieur, assorti de dérogations fondées sur la finalité de l'aide, qui permettent de déclarer l'aide compatible. L'article 108 TFUE, complété par le règlement 2015-1589 du 13 juillet 2015, codifiant et abrogeant le règlement 659-1999 du 22 mars 1999, fixe les règles de procédure applicables.

Tel qu'il est conçu aujourd'hui, le contrôle des aides d'État ne s'inscrit pas dans le cadre de la théorie des prix. En dépit de la référence du texte à la restriction de concurrence, la définition de l'aide prohibée, très formaliste, tient beaucoup plus compte des caractéristiques intrinsèques du comportement de l'État que de ses effets anticoncurrentiels. À aucun moment, les autorités de contrôle n'apprécient si l'aide concernée tend à renforcer le pouvoir de marché de son bénéficiaire en lui donnant la possibilité d'adopter des comportements d'exclusion à l'égard de ses concurrents. À bien des égards, le contrôle des aides d'État apparaît aujourd'hui soit comme un avatar de la théorie de la concurrence déloyale, soit comme un instrument de politique économique aux mains de la Commission qui substitue ainsi son appréciation dans le domaine des aides à celle des États membres.

Le contrôle des mesures étatiques, qui a été renforcé depuis la mise en place du Marché unique, fait actuellement l'objet d'une politique de modernisation par la Commission. L'autorité européenne avait adopté un plan d'action pour la période 2005 à 2009, qui visait la diminution du nombre d'aides et tendait à encourager les États à accorder plutôt des aides portant sur la création d'emplois durables et l'amélioration de la compétitivité de l'industrie conformément aux objectifs de la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi. Pour les années suivantes, la Commission a engagé une réforme du contrôle des aides d'État qu'elle a exposée dans une Communication du 8 mai 2012. Constatant que la crise économique et financière qui a «pesé lourdement sur les budgets des États membres nécessite un assainissement budgétaire et une meilleure utilisation des maigres ressources disponibles», la Commission considère que le potentiel de croissance de l'Europe, à l'horizon de 2020, passe par l'accroissement de l'efficacité et l'efficience des dépenses publiques, et notamment par un contrôle plus rigoureux et mieux ciblé des aides d'État. La modernisation du contrôle des aides d'État poursuit par conséquent un triple objectif : a) favoriser une croissance intelligente, durable et inclusive dans un marché intérieur concurrentiel ; b) concentrer l'examen ex ante par la Commission sur les affaires ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur tout en renforçant la coopération

des États membres dans l'application des règles en matière d'aides d'État ; c) simplifier les règles et accélérer le processus de décision. La Commission a en conséquence notamment adopté de nouvelles lignes directrices relatives au haut débit, aux aides à finalité régionale, à la protection de l'environnement et à l'énergie et une communication concernant le secteur bancaire. Le règlement procédure a également été modifié, puis codifié pour mieux prendre en considération la pratique décisionnelle des autorités de contrôle, l'élargissement de l'Union et la crise économique et financière. Le règlement 651-2014 du 17 juin 2014 a élargi le domaine d'application du règlement général d'exemption 800-2008, désormais abrogé, en créant de nouvelles catégories d'aides exemptées de notification préalable. Est ainsi exempté tout régime d'aide qui remplit les conditions qu'il pose, ainsi que toute aide individuelle accordée en application de ce régime. En outre, la Commission, conformément à l'article 1er du règlement 2015-1588, a déclaré par voie de règlements certaines catégories d'aides d'État horizontales compatibles avec le marché intérieur. Enfin, la Commission a achevé la réforme engagée en 2012 en adoptant une nouvelle communication sur la notion d'aides d'État, le 19 mai 2016.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions de prohibition d'une aide (Chapitre 1) ;
- les conditions de compatibilité d'une aide (Chapitre 2) ;
- la procédure de contrôle (Chapitre 3).

CHAPITRE I Aide prohibée

SECTION 1

Transfert de ressources d'État

I. Organisme dispensateur

- A. État, entités infra-étatiques ou organismes sous contrôle public
- B. Organisme privé

II. Ressources

- A. Fonds publics
- B. Fonds privés

III. Transfert

- A. Conditions
- B. Formes

SECTION 2

Avantage

I. Définition

- A. Amélioration de la situation financière de l'entreprise
- B. Avantage certain
- C. Avantage objectif

II. Typologie

- A. Avantage direct
- B. Avantage indirect

III. Appréciation

- A. Critère de l'opérateur privé en économie de marché
- B. Critère de la compensation des charges publiques

SECTION 3

Sélectivité

I. Avantage accordé à certaines entreprises

- A. Conditions d'octroi
- B. Attribution discrétionnaire

II. Avantage indépendant de la nature ou de l'économie générale du système de perception

SECTION 4

Restriction de concurrence

SECTION 5

Affectation du commerce entre États membres

CHAPITRE I Aide prohibée

Il n'existe aucune définition légale de l'aide d'État. Selon la jurisprudence de la Cour de justice et la pratique décisionnelle de la Commission, l'aide d'État se définit comme la décision d'un État membre, en vue de la poursuite d'objectifs économiques et sociaux qui lui sont propres, de mettre à la disposition des entreprises ou d'autres sujets de droit des ressources ou de leur procurer des avantages destinés à favoriser la réalisation de ces objectifs. Cinq éléments doivent être réunis pour caractériser une aide d'État : (1) une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État (2) qui confère un avantage à (3) certaines entreprises en (4) faussant la concurrence et (5) affectant les échanges entre États membres. Dans sa communication du 19 mai 2016 relative à la notion d'aides d'État, la Commission reprend pour la première fois ces critères et les précise.

Dans le contexte de la modernisation de la politique en matière d'aides d'État, la Commission a souhaité apporter des précisions sur les principaux concepts liés à la notion d'aide d'État mentionnée à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, en vue de contribuer à une application plus simple, plus transparente et plus cohérente de cette notion dans toute l'Union (cons. 1). La communication sur la notion d'aide d'État reprend la jurisprudence du juge de l'Union et la pratique décisionnelle de la Commission. Le texte revient sur les notions «d'entreprise» et d'«activité économique», d'«origine étatique», d'«avantage», de «sélectivité», d'«affectation des échanges et de la concurrence» et clarifie les circonstances dans lesquelles le financement public d'infrastructures peut relever de la notion d'aides d'État.

A RETENIR

Dans les projets d'infrastructures, plusieurs catégories d'acteurs peuvent bénéficier d'aides d'État : le développeur/propriétaire de l'infrastructure, les exploitants qui utilisent l'infrastructure pour fournir leurs services, et les utilisateurs finals.

S'agissant des aides destinées au développeur, la communication constate une tendance accrue à l'exploitation commerciale d'infrastructures, même si, traditionnellement, le financement public de nombreuses infrastructures ne relevait pas du contrôle des aides d'État, étant donné que leur construction et leur exploitation étaient considérées comme constituant des mesures générales d'intérêt public et non des activités économiques. Opérant un revirement de jurisprudence, l'arrêt Aéroports de Paris (TPICE, 12 septembre 2000, aff. T-128-98, LawLex081425) a consacré cette évolution en retenant que l'exploitation d'un aéroport constitue une activité économique. Il en va ainsi de la construction de toute infrastructure indissociablement liée à une activité économique. En revanche, l'édification d'installations militaires, de phares ou autres équipements répondant à des besoins de navigation générale, en ce qu'elle ne constitue pas une activité économique, ne peut relever de la réglementation en matière d'aides d'État.

Lorsqu'une entreprise exerce à la fois des activités économiques et des activités non économiques, les États membres doivent veiller à ce que le financement public fourni pour les activités non économiques ne puisse pas être utilisé pour subventionner, de manière croisée, les activités économiques. Si l'infrastructure est utilisée presque exclusivement

aux fins d'une activité non économique, le contrôle des aides d'État ne saurait s'appliquer à l'intégralité de son financement dès lors que l'usage économique est purement accessoire. Tel est le cas notamment lorsque les activités économiques consomment les mêmes intrants que les activités non économiques principales (matériel, équipements, main-d'œuvre ou capital immobilisé). Selon la Commission, le financement public des commodités usuelles (boutiques, parking payant, etc) d'infrastructures presque exclusivement utilisées pour une activité non économique n'affecte normalement pas les échanges entre États membres lorsque ces commodités sont peu susceptibles d'attirer des clients d'autres États membres et qu'on ne saurait s'attendre à ce que leur financement ait un effet plus que marginal sur l'investissement ou l'établissement transfrontières. De manière générale, le financement public d'une infrastructure n'est pas de nature à affecter les échanges entre États membres lorsque l'infrastructure n'est pas en concurrence directe avec d'autres infrastructures du même type ou d'un type différent proposant des services qui présentent un degré important de substituabilité.

Une fois les conditions de l'article 107, paragraphe 1, TFUE satisfaites, le développeur est considéré comme bénéficiaire d'une aide d'État, qu'il utilise directement l'infrastructure pour fournir des biens ou des services lui-même ou qu'il mette cette infrastructure à la disposition d'un exploitant tiers fournissant des services aux utilisateurs finals de l'infrastructure.

Concernant les aides destinées aux exploitants, la communication relève que les opérateurs qui utilisent l'infrastructure subventionnée pour fournir des services aux utilisateurs finals bénéficient d'un avantage si cette utilisation leur procure un avantage économique qu'ils n'auraient pas obtenu aux conditions normales du marché. Tel est en principe le cas si le montant qu'ils paient en échange du droit d'exploiter l'infrastructure est inférieur à celui qu'ils paieraient pour une infrastructure comparable aux conditions normales du marché.

Enfin, sur les aides aux utilisateurs finals, la communication précise que les utilisateurs de l'entreprise bénéficient d'un avantage lorsque l'exploitant d'une infrastructure a perçu une aide d'État ou si ses ressources constituent des ressources d'État. Tel n'est pas le cas lorsque l'infrastructure est mise à la disposition des utilisateurs aux conditions du marché. Le critère de l'opérateur en économie de marché est rempli pour le financement public d'infrastructures ouvertes non réservées à un ou des utilisateurs spécifiques si les utilisateurs contribuent progressivement, d'un point de vue ex ante, à la rentabilité du projet/de l'exploitant. Il en est ainsi «lorsque l'exploitant de l'infrastructure conclut, avec des utilisateurs individuels, des accords commerciaux permettant de supporter tous les coûts générés par ces accords, en dégageant notamment une marge bénéficiaire raisonnable sur la base de perspectives satisfaisantes à moyen terme».

PLAN

Pour qu'une aide d'État existe, deux conditions doivent être satisfaites :

- un transfert de ressources d'État ;
- un avantage à son bénéficiaire.

SECTION 1

Transfert de ressources d'État**A RETENIR**

L'origine des ressources importe peu, pour autant que celles-ci soient soumises à un contrôle public et ce, même si elles ne deviennent pas la propriété de l'autorité publique.

L'article 107, paragraphe 1, TFUE prohibe les «aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit». Le texte semble offrir une alternative entre les aides octroyées par l'État et celles accordées au moyen de ressources d'État. La Cour de justice a d'abord considéré qu'une aide accordée par un organisme étatique ne pouvait pas être qualifiée d'aide d'État si l'avantage n'était accordé «ni directement ni indirectement au moyen de ressources d'État», pour ensuite estimer que les aides octroyées par un organisme sous contrôle de l'État mais financées par les plus-values dégagées par la gestion par cet organisme de fonds privés constituaient également des aides d'État. Le juge européen est depuis revenu à sa position initiale en exigeant non seulement que l'organisme soit une émanation de l'État ou agisse sous son contrôle mais aussi qu'il accorde des avantages «directement ou indirectement au moyen de ressources d'État».

Selon la Cour, un lien suffisamment direct doit exister entre l'avantage accordé au bénéficiaire et la diminution du budget étatique, voire un risque économique suffisamment concret de charges le grevant, sans qu'il soit nécessaire que cette diminution ou ce risque soit équivalent à l'avantage, ni que ce dernier ait pour contrepartie une telle diminution ou un tel risque, ni qu'il soit de même nature que l'engagement de ressources d'État dont il découle.

PLAN

Le transfert de ressources d'État implique :

- un organisme dispensateur ;
- des ressources ;
- un transfert.

I. Organisme dispensateur**A. État, entités infra-étatiques ou organismes sous contrôle public**

L'article 107 TFUE vise «les aides accordées par les États». Pour être qualifiée d'aide d'État, la mesure doit être imputable à l'État. Elle ne peut résulter que d'un acte législatif ou réglementaire de l'État membre, et non d'un acte du législateur européen.

A RETENIR

La notion d'État s'interprète largement et comprend les entités infra-étatiques - décentralisées, fédérées, régionales ou autres - des États membres. Elle inclut également les organismes publics ou privés désignés ou institués par l'État.

Ainsi, la mise à disposition du capital d'un organisme de droit public, dont une collectivité locale est l'unique actionnaire et dont les fonds proviennent des revenus de cette collectivité, implique le transfert de ressources d'État au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 1. Mais le simple fait qu'une mesure soit prise par une entreprise publique ne suffit pas en soi pour la considérer comme imputable à l'État.

L'imputabilité à l'État d'une mesure adoptée par une entreprise publique suppose d'abord un contrôle de celui-ci sur l'entité en cause. La détention du capital social par une collectivité locale ou par l'État, d'un droit de veto, le contrôle du conseil d'administration par les pouvoirs publics ou la possibilité d'imposer ses propres décisions indiquent l'existence d'un contrôle étatique. Mais le pouvoir de contrôle détenu par l'État sur une entreprise publique ne suffit pas en soi à démontrer son implication dans l'adoption d'une mesure d'aide. La notion d'implication concrète de l'État qui doit être comprise en ce sens que la mesure en cause a été adoptée sous l'influence dominante ou le **contrôle effectif** des autorités publiques, se déduit d'indices de structure ou de comportement. L'intensité de la tutelle exercée par les autorités publiques sur la gestion de celle-ci constitue notamment un indice pertinent pour établir l'existence d'une aide d'État. Ainsi, en raison des statuts qui régissent leur fonctionnement, les aides octroyées par la Caisse des dépôts et consignations, la SNCF, Air France, ou la Chambre de commerce et d'industrie, ont été imputées à l'État français. L'autonomie conférée à une entreprise publique par sa forme juridique ne fait pas obstacle à la possibilité pour un État membre d'exercer une influence dominante pour l'adoption de certaines mesures. L'origine publique des ressources peut aussi être le signe d'un contrôle étatique effectif dans l'adoption des mesures. Une aide octroyée par un organisme doté de fonds publics et de parts sociales dont une collectivité régionale est l'unique détentrice, par une holding publique qui reçoit un fonds de dotation de l'État, par la Chambre de commerce et d'industrie dont les fonds proviennent des collectivités territoriales, ou encore par la fondation de radiodiffuseurs publics alimentés par les contributions directes du budget des médias et les recettes de copyright est ainsi imputable à l'État. Afin de déterminer si des garanties accordées par une entreprise publique sont ou non imputables à l'autorité publique contrôlante, il y a lieu de prendre en considération le fait que l'administrateur unique de l'entreprise a agi irrégulièrement, a délibérément gardé secret leur octroi et a méconnu les statuts de son entreprise alors que l'autorité publique se serait opposée à l'octroi des garanties si elle en avait été informée, de telles circonstances n'étant pas toutefois, de nature à exclure, à elles seules, l'imputabilité à l'État. Enfin, la mesure sera aussi imputable à l'État lorsque l'action de l'organisme dispensateur est subordonnée à son autorisation préalable, lorsque les autorités publiques sont impliquées dans son adoption, qu'elles en ont décidé les conditions d'octroi, ou plus généralement lorsqu'elles disposent d'un pouvoir d'influence déterminante sur l'organisme dispensateur et qu'elles l'ont effectivement exercé. Tel n'est pas le cas pour la décision d'une autorité nationale d'étendre à l'ensemble des professionnels d'une filière agricole un accord professionnel instituant une cotisation en vue de permettre des actions de communication, de recherche et de défense des intérêts du secteur dès lors que les ressources provenant de ces cotisations ne sont pas sous contrôle public, ni à la disposition des autorités publiques et que les actions menées par l'organisation ne sont pas imputables à l'État. En revanche, un mécanisme de compensation générale des surcoûts imposés à des entreprises en raison de l'obligation d'achat de

l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché, dont le financement est supporté par tous les consommateurs finals d'électricité, constitue une intervention au moyen de ressources d'État.

B. Organisme privé

La qualification d'aide requiert que toutes les conditions visées à l'article 107 TFUE, paragraphe 1, soient remplies. S'il n'y a pas lieu de distinguer entre les aides accordées par l'État et celles accordées par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État, l'avantage doit néanmoins toujours être conféré directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et être imputable à l'État. Tel n'est pas le cas lorsque l'avantage est octroyé par une association privée dont les adhérents ont assumé la charge des frais exposés par l'organisme public intermédiaire. En revanche, l'intervention d'entreprises privées est sans influence sur la qualification d'aide d'État, lorsqu'il s'agit d'un service public financé par des ressources d'État ou que le conseil d'administration de la société est nommé par décision gouvernementale.

II. Ressources

A. Fonds publics

A RETENIR

L'aide, au sens de l'article 107 TFUE, doit être accordée au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit. Elle suppose une aggravation directe ou indirecte des charges financières de l'État, même temporaire, ou une amputation de ses ressources.

La notion d'aide d'État englobe tous les moyens pécuniaires que le secteur public peut effectivement utiliser pour soutenir des entreprises. Elle comprend tant les fonds transférés par un État membre que ceux transférés par une personne morale sous son contrôle. Il n'est donc pas nécessaire que les fonds proviennent directement du budget de l'État. Il suffit que les fonds utilisés soient publics et destinés à des interventions économiques. Ainsi, les ressources tirées d'une redevance audiovisuelle ou télévisuelle dès lors qu'elles sont à la disposition et sous le contrôle des autorités nationales qui en fixent le montant, les subventions versées par la SNCF, entreprise publique à caractère industriel et commercial, les fonds apportés par une entreprise appartenant intégralement à un ministère et dont le conseil d'administration est nommé par le Gouvernement constituent des ressources publiques. De même, l'apport de capitaux par une holding publique contrôlée par l'État à ses filiales ou encore l'obligation pour une banque, sous contrôle étatique, de fournir une garantie à tout acquéreur d'un chantier naval privatisé en cas d'éventuelle récupération d'aides illicitement accordées portent sur des fonds publics.

Même si la notion de «ressources d'État» est appréciée largement par la jurisprudence, l'origine étatique des ressources demeure une condition essentielle de la qualification d'aide d'État. Aussi l'origine européenne des fonds utilisés pour octroyer à des opérateurs un avantage financier exclut-elle la qualification de ressources d'État.

B. Fonds privés

A RETENIR

Le transfert de ressources d'État peut se réaliser par l'intermédiaire d'une intervention de l'État sur le comportement d'investisseurs privés. L'existence d'un contrôle public suffit en effet à conférer la qualité de ressources d'État à des fonds privés.

Il n'est pas nécessaire que les moyens transférés appartiennent de manière permanente au patrimoine de l'État. Il suffit que les fonds soient à sa disposition. Ainsi, il n'y a pas lieu de considérer que des ressources gérées par des entreprises publiques ne peuvent, lorsqu'elles proviennent de tiers, constituer des ressources d'État que lorsqu'elles sont mises volontairement à la disposition de l'État par leurs propriétaires ou abandonnées par ceux-ci et que l'État a assumé leur gestion, dès lors que l'existence d'un contrôle public se déduit du fait que les recettes sont gérées par des entreprises publiques détenues par l'État.

Des allègements fiscaux qui permettent à des investisseurs de prendre des participations dans des entreprises, à des conditions fiscalement plus avantageuses, constituent un transfert de ressources étatiques à ces entreprises, malgré l'interposition d'une décision autonome de la part des investisseurs. De même, les fonds utilisés pour des actions promo-publicitaires financées à 50 % par une contribution de l'État et 50 % par des cotisations prélevées par des organisations professionnelles sur leurs adhérents et rendues obligatoires par arrêté ministériel doivent être considérés, dans leur totalité, comme des ressources publiques. Tel n'est pas le cas, en revanche, lorsque le financement d'une campagne publicitaire collective est effectué à partir de prélèvements de charges imposés par un organisme professionnel de droit public aux entreprises du secteur dès lors que les ressources générées sont obligatoirement affectées à un objectif purement commercial fixé préalablement par les professionnels.

III. Transfert

A. Conditions

A RETENIR

Une mesure d'aide ne constitue pas une aide d'État si le transfert d'une ressource d'État fait défaut. Le juge européen retient une conception étroite de la notion de transfert.

Il considère ainsi que l'obligation pour des entreprises privées d'acheter l'électricité au prix fixé par l'État n'implique aucun transfert direct ou indirect de ressources de l'État aux entreprises productrices d'électricité, le fait que l'obligation d'achat soit imposée par la loi n'ayant aucune influence sur la qualification d'aide d'État.

La possibilité pour une entreprise de faire de la publicité sur une station de radio publique, ou le non-assujettissement d'une entreprise à la réglementation d'application générale en matière de contrats de travail à durée déterminée, qui n'entraînent aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État, ne peuvent recevoir la qualification

d'aide d'État. Le transfert ne peut pas non plus être imputé à l'État lorsque la charge de l'avantage consenti incombe à ses bénéficiaires ou est supportée par le consommateur.

Le transfert suppose en effet l'existence d'une charge financière supplémentaire supportée directement ou indirectement par l'État ou les organismes désignés ou institués à cet effet. Un allègement fiscal peut ainsi caractériser un transfert de ressources d'État s'il représente une perte de ressources fiscales. Tel n'est pas le cas lorsque l'État renonce à une dette irrécouvrable. Enfin, l'aide accordée à des opérateurs pour l'achat de parts dans des organisations de producteurs représente un avantage économique indirect en faveur de ces organisations en raison de l'accroissement de leur capital. La qualification d'aide d'État pourra être retenue par rapport aux bénéficiaires indirects sans avoir à démontrer l'existence d'une aide d'État à l'égard des bénéficiaires directs.

B. Formes

A RETENIR

Le transfert de ressources d'État peut consister en l'affectation de fonds par l'autorité publique mais aussi en la renonciation, même temporaire, à des recettes.

Le transfert de ressources d'État peut revêtir des formes diverses et variées. Constitue un tel transfert un engagement ferme et concret à fournir des ressources d'État à un stade ultérieur, de même qu'un risque concret de réalisation à l'avenir d'une charge supplémentaire pour l'État par le biais d'une garantie ou d'une offre contractuelle. L'aide ne peut être appréciée sans tenir compte de son mode de financement, qui fait partie intégrante de la mesure. Ainsi, tant l'attribution d'une partie du produit d'une taxe à une entreprise particulière que la perception auprès des usagers de la partie correspondant à ce montant attribué, peuvent constituer des aides d'État illicites. La question de savoir si une taxe fait partie intégrante d'une mesure d'aide ne dépend pas de l'existence d'un rapport de concurrence entre le débiteur de cette taxe et le bénéficiaire de l'aide, mais de l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente, en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide. Ainsi, le fait que des taxes aient été introduites afin de couvrir le financement de l'audiovisuel public en général n'établit pas, en soi, que ces taxes sont affectées au financement de l'aide en cause, en l'absence d'un lien d'affectation contraignant résultant de dispositions de la loi de finances. Le produit du mode de financement ne doit pas pouvoir être affecté à d'autres mesures que la mesure d'aide selon l'appréciation discrétionnaire des autorités compétentes. Une différenciation entre des opérateurs dans l'affectation peut cependant être justifiée par la nature et l'économie du système de charges en cause. Enfin, il n'est pas nécessaire que le transfert repose sur une obligation juridique, dès lors que l'État s'est engagé, notamment par voie de déclaration.

La renonciation à des ressources peut également être qualifiée d'aide, car, même si elle ne donne pas lieu à un transfert de ressources, elle place ses bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres entreprises. Le transfert peut consister en une abstention qui allège les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise. Un abandon de créances, le rééchelonnement de dettes, une exonération, un allègement fiscal, ou la mise à disposition gratuite de droits d'émission constituent donc des aides d'État.

Dans le cas d'une renonciation à des recettes d'État, il convient d'établir si l'État agit en tant que régulateur : il peut légitimement décider de ne pas maximiser les recettes qui auraient normalement pu être perçues sans tomber sous le coup des règles en matière d'aides d'État. Dans de telles circonstances, les opérateurs concernés doivent être traités conformément au principe de non-discrimination et un lien évident entre la réalisation de l'objectif de régulation et la renonciation aux recettes doit exister. Il peut aussi y avoir transfert de ressources d'État si les ressources sont à la disposition de plusieurs États membres qui décident conjointement de leur utilisation.

SECTION 2

Avantage

PLAN

Pour mieux cerner la notion d'avantage, il convient :

- d'en donner une définition ;
- d'en établir une typologie.

I. Définition

PLAN

Pour que l'aide soit constituée, il faut :

- qu'elle améliore la situation financière de l'entreprise ;
- que l'avantage soit certaine ;
- que l'avantage soit objectif.

A. Amélioration de la situation financière de l'entreprise

A RETENIR

Selon la communication sur la notion d'aides d'État, un avantage existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait d'une intervention de l'État réalisée à des conditions autres que les conditions normales du marché.

La communication rappelle que seul l'effet de la mesure sur l'entreprise est pertinent. Il n'est donc pas utile de savoir si l'avantage est obligatoire pour elle du fait qu'elle ne pourrait l'éviter ou le refuser. Par ailleurs, les coûts résultant d'obligations réglementaires imposées par l'État sont en principe considérés comme liés aux coûts inhérents à l'activité économique, de sorte que toute compensation de ces coûts procure un avantage à l'entreprise. L'existence d'un avantage ne sera donc pas exclue du fait qu'il n'excède pas la compensation d'un coût résultant de l'imposition d'une obligation réglementaire. Il en va de même si une mesure compense des charges d'une nature différente et sans rapport avec cette mesure. La communication rappelle à cet égard les quatre conditions cumulatives issues de l'arrêt Altmark qui permettent d'exclure l'octroi d'un avantage en cas de compensation des coûts supportés pour fournir un service d'intérêt général.

Le texte rappelle les principes généraux applicables dans le cadre de la mise en œuvre du critère de l'opérateur en économie de marché. Ainsi, seuls sont à prendre en considération les bénéfices et les obligations liés au rôle de l'État en qualité d'opérateur économique, à l'exclusion de ceux qui tiennent à sa qualité de puissance publique. La conformité d'une intervention étatique avec les conditions du marché doit s'apprécier ex ante, en prenant en considération les informations disponibles au moment où la décision d'intervenir a été prise. Cette conformité peut être établie directement sur la base des données de marché spécifiques à l'intervention dans deux hypothèses : - lorsque l'opération est effectuée *pari passu*, c'est-à-dire aux mêmes conditions (niveaux de risque et de rémunération identiques) par des organismes publics et des opérateurs privés se trouvant dans une situation comparable ; - lorsque l'opération porte sur la vente et l'achat d'actifs de biens et de services dans le cadre d'offres concurrentielles, transparentes, non discriminatoires et inconditionnelles. En dehors de ces deux hypothèses, la conformité aux conditions du marché peut être déterminée à l'aide d'autres méthodes, en recourant soit à une analyse comparative, qui permet en général de parvenir à une fourchette de valeurs possibles établie sur la base d'un ensemble d'opérations comparables, soit à une méthode d'évaluation standard communément acceptée, fondée sur «des données disponibles objectives, vérifiables et fiables».

La communication précise que l'avantage peut aussi être indirect : une mesure peut ainsi constituer à la fois un avantage direct en faveur de l'entreprise bénéficiaire et un avantage indirect en faveur d'entreprises intermédiaires. Dans ce cas, le bénéficiaire direct peut être soit une entreprise, soit une personne physique ou morale n'exerçant aucune activité économique.

B. Avantage certain

A RETENIR

Pour tomber dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, l'aide doit consister en un avantage certain, c'est-à-dire déterminé et sans contrepartie.

L'avantage doit être déterminé, c'est-à-dire être clairement affecté au bénéfice d'une ou plusieurs entreprises particulières. Tel est le cas lorsqu'une filiale opérant dans un secteur concurrentiel peut, sans contrepartie, avoir accès à la clientèle de sa société mère, opérant sur un marché réservé, lorsque des entreprises, grâce au financement sur fonds publics de la réduction du temps de travail, bénéficient d'un allègement des coûts salariaux et de leur charge budgétaire, lorsque des opérateurs déclarés en faillite peuvent, en raison de l'application par l'État d'une législation sur le redressement judiciaire et la faillite, poursuivre leur activité sans respecter leurs obligations fiscales et de sécurité sociale, ou lorsque la mesure en cause donne la possibilité aux entreprises concernées de monétiser la valeur économique des réductions d'émissions qu'elles réalisent en les convertissant en droits d'émissions négociables ou d'éviter le risque de payer une amende lorsqu'elles dépassent la limite d'émission de NOx par unité d'énergie en achetant de tels droits d'émission auprès des entreprises relevant de la mesure alors que les autres sont privées de cette faculté. En revanche, aucun avantage déterminé ne peut être déduit des éventuelles pertes de ressources fiscales résultant de l'application d'un régime légal organisant

les relations entre les entreprises insolvable et leurs créanciers, qui interdit de manière absolue les voies d'exécution à titre individuel et prononce la suspension des intérêts sur toutes les dettes de l'entreprise et la diminution corrélative des bénéfices des créanciers.

L'avantage doit être dépourvu de contrepartie ou sa contrepartie être proportionnellement insuffisante. Tel est le cas lorsque la rémunération perçue en contrepartie du service est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché. Les autorités européennes retiennent une acception large de l'avantage gratuit et une mesure étatique peut être qualifiée d'aide d'État malgré la participation de son bénéficiaire à son financement. Il en va ainsi d'une mesure partiellement ou totalement financée par des contributions imposées par l'autorité publique. Enfin, un avantage peut être certain quelle que soit sa nature, permanente ou temporaire. Il peut aussi ne pas résulter d'une mobilisation immédiate et certaine des ressources étatiques. En revanche, l'existence d'un avantage n'est pas établie lorsque par l'effet de la mesure d'aide, les casinos pour lesquels s'applique un droit d'entrée de 6 euro reversent à l'État des sommes moindres que celles payées par les casinos pour lesquels s'applique un droit d'entrée de 15 euro, dès lors que les montants reversés à l'État ne constituent que le prorata de ce que chaque casino perçoit au titre des droits d'entrée.

C. Avantage objectif

A RETENIR

La notion d'aide est une notion objective fondée sur le concept économique d'avantage, quelle qu'en soit la forme juridique. L'article 107 TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées mais les définit en fonction de leurs effets. La nature sociale, économique ou environnementale des objectifs poursuivis par l'aide n'exerce aucune influence sur l'appréciation de l'avantage concurrentiel concédé.

La qualité du bénéficiaire ou la situation des organismes distributeurs ou gestionnaires de l'aide est également sans importance. Il importe peu que l'État ait accordé son aide en compensation du rôle qu'il a joué dans la dégradation financière de l'entreprise bénéficiaire, du coût d'obligations de service public, ou des surcoûts générés par des accords collectifs. Les choix subjectifs qu'auraient pu opérer les bénéficiaires d'un régime fiscal en son absence n'entrent pas non plus en ligne de compte. De même, la poursuite d'un objectif de santé publique ne suffit pas à écarter la qualification d'aide d'État.

La notion d'avantage se détermine par comparaison avec d'autres entreprises du même État membre et non avec des entreprises d'autres États membres. En effet, si la qualification d'aide d'État implique l'existence d'une concurrence effective entre des entreprises établies dans plusieurs États membres, les effets de l'aide sont appréciés indépendamment de la situation des concurrents dans les autres États. Une intervention publique peut donc constituer une aide, bien que l'avantage procuré ne place pas son bénéficiaire dans une position aussi favorable que ses concurrents des autres États membres. Une aide d'État ne peut pas non plus être justifiée par l'existence d'une aide illégale dans un autre État membre ou des distorsions de concurrence résultant des disparités législatives entre l'État membre en cause et les États tiers dans la mesure où les entreprises européennes se trouvent toutes à égalité face à ces distorsions.

Les interventions étatiques prenant des formes diverses et devant être analysées en fonction de leurs effets, plusieurs interventions consécutives de l'État peuvent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, être regardées comme une seule et même intervention. Tel peut être le cas lorsque des interventions consécutives présentent, au regard de leur chronologie, de leur finalité et de la situation de l'entreprise au moment de ces interventions, des liens tellement étroits entre elles qu'il est impossible de les dissocier.

II. Typologie

PLAN

Pour établir une typologie des aides d'État, il convient de distinguer selon qu'elles confèrent :

- un avantage direct ;
- un avantage indirect.

A. Avantage direct

A RETENIR

L'avantage directement consenti à une entreprise et matérialisé par un transfert de fonds constitue la forme la plus simple d'aide d'État. Le transfert peut être définitif (subvention, dotation, apport, augmentation de capital, conversion de prêt en capital) ou momentané (avance, prêt), voire négatif c'est-à-dire résulter d'un défaut de recouvrement temporaire ou définitif de sommes d'argent (rééchelonnement de dettes, abandon de créances).

L'octroi par un acte législatif ou réglementaire de **subventions** provenant du budget de l'État caractérise une aide d'État. Le fait que les subventions soient accordées dans le cadre d'une enveloppe budgétaire globale prédéterminée à un nombre indéfini de bénéficiaires, non individualisés à l'origine, est indifférent. Constituent un avantage direct les subventions pour les campagnes de publicité, les études de marché et l'achat de matériel loué aux clients, destinées au développement exclusivement commercial de l'entreprise bénéficiaire, les subventions d'exploitation consenties par une Chambre de commerce à une compagnie aérienne ou encore les subventions publiques à l'investissement. En revanche, il n'y a pas d'aide d'État lorsque la subvention fait partie d'un accord global guidé par des considérations commerciales entre opérateurs rationnels en économie de marché ou lorsqu'elle présente un caractère proportionné par rapport aux objectifs poursuivis par la mesure.

Les **injections de capitaux ou apports de fonds publics** représentent un avantage direct lorsqu'ils sont insusceptibles de produire un rendement suffisant, à long terme ou dans un délai raisonnable. Il en est ainsi d'une augmentation publique du capital, lorsque l'apport atteint une proportion sensiblement supérieure à celle de la distribution d'origine, et que le désengagement parallèle des actionnaires privés est essentiellement imputable aux mauvaises perspectives de rentabilité de l'entreprise ou lorsque celle-ci ne peut être dissociée de deux apports antérieurs effectués sur une période de deux ans sans aucun

rendement, et que l'État agit en même temps comme garant d'un prêt dépassant de loin le montant de l'augmentation de capital et rachète la filiale de l'entreprise en restructuration qui bénéficie des apports.

Un **prêt** constitue une aide lorsque le caractère élevé du risque subjectif inhérent au prêt n'est pas reflété dans le taux d'intérêt pratiqué et que les sûretés exigées pour le garantir ou les actifs grevés par des garanties fixes ou variables sont insuffisants pour permettre le remboursement intégral du prêt. Le bénéficiaire de l'aide peut ne pas être nécessairement l'entreprise à qui les autorités publiques ont remis les fonds directement, mais celle qui en a eu la jouissance effective. Lorsque le prêt est accordé dans les mêmes conditions que celles des banques privées, la qualification d'aide d'État peut être écartée.

Les aides sous forme de **remises de dettes**, de **renonciation temporaire de l'État à un prélèvement public**, de **abandon de créances**, de **délai de paiement pour le versement de cotisations sociales** constituent des avantages lorsque les mesures de réaménagement ne correspondent pas au comportement normal d'un créancier privé, les banques privées n'accordant pas les mêmes conditions. En revanche, une remise de dettes ne constitue pas une aide lorsque les créances sont irrécouvrables et sans valeur sur le plan économique. La comparaison de la part que représentent les créances publiques dans le montant total des dettes d'une entreprise en difficulté par rapport aux créances privées ne constitue pas en soi un critère déterminant pour apprécier si des remises de dettes accordées par un organisme public comportent des éléments d'aide d'État, la Commission devant dans tous les cas vérifier si les remises ne peuvent s'expliquer que par la volonté d'octroyer un avantage à l'entreprise concernée.

B. Avantage indirect

A RETENIR

La notion d'aide d'État couvre l'ensemble des interventions ou abstentions qui, sous des formes diverses, allègent les charges grevant normalement le budget d'une entreprise en raison des obligations légales, réglementaires ou conventionnelles qui s'appliquent à une activité économique.

A contrario, une mesure ne saurait être qualifiée d'aide d'État lorsqu'elle se limite à éviter que le budget de son bénéficiaire ne soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé. L'aide ne nécessite donc pas forcément une allocation de ressources. Elle peut prendre la forme d'un avantage indirect qui favorise la position concurrentielle des entreprises concernées. Sont ainsi qualifiés d'avantages indirects :

- les **allègements de charges ou exonérations fiscales**, si la perte de ressources fiscales représente pour l'autorité publique une charge financière ;
- la **fourniture d'un bien ou d'un service, déterminé, à des conditions préférentielles, au regard des conditions du marché privé** ; la circonstance qu'un bien du domaine public ne peut, en raison de ses caractéristiques propres, être mis à la disposition que d'un nombre limité d'utilisateurs ne suffit pas à exclure qu'une telle mise à disposition puisse s'analyser comme un avantage sélectif accordé au moyen de ressources d'État, même si cette limitation trouve son origine dans des considérations

de sécurité ;

- l'**octroi d'un droit préférentiel** ;

- des **conditions de transactions anormales**, notamment lors de la vente de terrains et bâtiments par les pouvoirs publics ; une communication du 10 juillet 1997 de la Commission, qui fixe les règles applicables en la matière, précise qu'une vente de terrains et de bâtiments au plus offrant ou à l'unique offrant, dans le cadre d'une procédure d'offre ouverte et inconditionnelle ayant fait l'objet d'une publicité suffisante, qui s'apparente à une vente publique, s'effectue, par définition, à la valeur du marché et, partant, ne recèle pas d'aide d'État ; la procédure qui s'applique en matière de ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics régit également les ventes d'actions immobilières ;

- l'**octroi d'un taux d'intérêt bonifié ou préférentiel ou d'une garantie** ; selon le Tribunal, il ne peut être exclu qu'une garantie d'État confère elle-même des avantages qui peuvent impliquer une charge supplémentaire pour l'État, même si dans l'hypothèse où un emprunteur souscrit un prêt garanti par les autorités publiques d'un État membre, ce dernier obtient normalement un avantage du fait que le coût financier qu'il supporte est inférieur à celui qu'il aurait supporté s'il avait dû se procurer ce même financement et cette même garantie au prix du marché ; c'est ainsi que dans des circonstances exceptionnelles se caractérisant par l'impossibilité pour l'emprunteur de rembourser par ses propres moyens la totalité de l'emprunt couvert par la garantie d'État, le montant de l'aide équivaut au montant total du prêt garanti ; c'est au moment où la garantie est accordée et non au moment où elle est mobilisée ou au moment où elle entraîne des paiements qu'il y a lieu de se placer pour déterminer si elle constitue ou non une aide d'État.

- des **conditions de prêt préférentielles**.

L'avantage économique dont bénéficie un opérateur peut aussi résulter du comportement passif d'un État membre qui, peu soucieux de récupérer le montant de ses créances, s'abstient de recourir aux procédures d'exécution ou accorde des facilités de paiement. L'avantage n'existe dans ce cas que si les facilités octroyées apparaissent manifestement plus importantes que celles qu'un créancier privé aurait accordées dans la même situation.

III. Appréciation

Dans les années 1980, la Commission a élaboré un test, dit de l'investisseur privé ou de l'investisseur en économie de marché, à l'occasion de prises de participation de l'État au capital d'entreprises en difficulté. Celles-ci ont été qualifiées d'aides dès lors que l'État avait adopté un comportement différent de celui d'un investisseur privé. Après sa consécration, cette méthode d'appréciation a été rapidement étendue à toutes les autres opérations économiques auxquelles l'État pouvait prendre part - prêt ou garantie, achat ou vente - le test de l'investisseur s'élargissant à celui de l'opérateur privé ou de l'opérateur en économie de marché.

Un second test est apparu dans les années 1990 dans le cas d'entreprises chargées d'une mission d'intérêt général. Après avoir d'abord considéré que le financement d'une obliga-

tion de service public ne s'identifiait pas à une aide, les autorités européennes ont estimé que bien que constitutif d'une aide, il était susceptible de bénéficier d'une dérogation en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE avant de revenir à leur position initiale sur le fondement d'une règle de raison. Désormais, en vertu de l'arrêt Altmark, la qualification d'aide d'État doit être écartée dès lors que le financement public se limite à compenser les charges liées à l'exécution des obligations de service public. L'article 106, paragraphe 2, ne redevient applicable que si les conditions de l'arrêt Altmark ne sont pas satisfaites.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le critère de l'opérateur privé en économie de marché qui concerne les entreprises en général ;
- le critère de la compensation des charges publiques qui ne s'applique qu'à celles chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

A. Critère de l'opérateur privé en économie de marché

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- le critère dans son principe ;
- ses conditions d'application ;
- son contenu.

1. Principe

A RETENIR

Pour apprécier l'existence d'une aide d'État lorsque l'État agit en tant qu'acteur du marché, et non en tant que puissance publique, la Commission recourt à la notion d'opérateur en économie de marché.

L'autorité de contrôle se livre, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, à une analyse économique des faits pour déterminer si un opérateur privé aurait adopté un comportement identique dans les mêmes circonstances et mesurer si l'État a agi aux conditions normales du marché. Il n'y a pas d'aide d'État lorsque des ressources sont mises à disposition dans des conditions qui seraient jugées acceptables par un opérateur privé dans les conditions normales d'une économie de marché. Pour écarter la qualification d'aide d'État, le comportement de l'investisseur privé auquel doit être comparé celui de l'investisseur public poursuivant des objectifs de politique économique, doit être guidé par des perspectives de rentabilité à long terme ou, du moins, dans un délai raisonnable. La contrepartie reçue par l'État doit être comparable à celle obtenue par un opérateur privé dans des «conditions normales de marché». La Commission n'a pas pour autant l'obligation de définir préalablement à toute recherche d'un avantage économique en faveur d'une ou de plusieurs entreprises, le ou les marchés concernés par l'intervention étatique qui font l'objet de l'examen au regard de l'article 107 TFUE. Dans tous

les cas, l'applicabilité du principe de l'opérateur privé ne dépend pas de la forme dans laquelle cet avantage est mis à la disposition de l'entreprise ni de la nature des moyens employés. La Commission ne peut déduire de la seule constatation de la gratuité d'un avantage l'existence d'une aide : elle doit vérifier si ce comportement correspond à celui d'un opérateur privé dans des conditions normales de marché.

2. Conditions d'application

A RETENIR

Le critère de l'opérateur privé s'applique aux transactions réalisées aussi bien avec des entreprises en difficulté qu'avec des entreprises saines et rentables, même publiques.

L'appréciation du comportement du créancier privé face à un débiteur en difficultés financières n'implique pas de considérer que le créancier agit forcément dans une optique prudente et pessimiste.

Le test de l'investisseur privé peut être appliqué à plusieurs interventions consécutives d'État. Dans ce cas, il y a lieu d'examiner si ces interventions présentent des liens si étroits, notamment au regard de leur chronologie, de leur finalité et de la situation du bénéficiaire à l'époque, qu'il est impossible de les dissocier et qu'elles doivent dès lors être regardées comme une seule et même intervention.

A RETENIR

Le critère de l'opérateur privé ne peut pas être utilisé pour apprécier le comportement de l'État qui agit en tant que puissance publique.

Lors de l'appréciation de la manière dont un investisseur privé se serait comporté, le rôle de l'État comme vendeur d'une entreprise ne doit pas être confondu avec les obligations qui lui incombent comme incarnation du pouvoir public. L'État membre qui cherche, par ses déclarations, à influencer sur la réaction des marchés financiers et à obtenir le maintien de la notation de l'opérateur historique des télécommunications en vue d'un futur refinancement solide et moins coûteux, ne fait qu'adopter l'attitude prudente et diligente d'un investisseur privé s'apprêtant à prendre un engagement irrévocable de soutien. En outre, le comportement d'une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général à l'égard de sa filiale ne peut être valablement comparé à celui d'une société mère n'opérant pas dans un secteur réservé, à l'égard de sa fille. En l'absence de toute possibilité de comparer la situation d'une telle entreprise, structurellement différente, avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'intervenant pas dans un secteur réservé, les conditions normales de marché, nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles.

Enfin, il ne suffit pas que l'État membre concerné estime que la mesure litigieuse constitue une aide d'État et n'invoque pas le critère du créancier privé pour en déduire que ce critère est effectivement inapplicable, dès lors que le bénéficiaire peut également s'en prévaloir et que ce critère, lorsqu'il est applicable, figure parmi les éléments que la Commission est tenue de prendre en compte pour établir l'existence d'une telle aide.

3. Conditions anormales de marché

Dans des conditions normales de marché, un opérateur privé ne réalise de dotations, d'apports ou d'augmentations de capital que si les taux de rendement sont suffisants, le bénéficiaire dans une situation financière saine, sur un marché dont les perspectives économiques présagent un développement. Il n'octroie de prêts qu'aux entreprises susceptibles de les lui rembourser et à la condition d'obtenir un retour sur investissement suffisant. Enfin, il n'effectue d'opérations d'achat/vente que si les conditions de la transaction correspondent à celles du marché. Si le critère de «normalité» n'est pas satisfait, l'aide d'État est constituée.

PLAN

L'État peut intervenir sur le marché :

- en tant qu'investisseur ;
- en tant que créancier ;
- en tant qu'acheteur ou vendeur.

a. L'État investisseur

A RETENIR

Lorsqu'elle applique le critère de l'investisseur privé, la Commission doit se placer au moment de l'adoption de la mesure étatique de soutien financier susceptible d'être qualifiée d'aide au vu des informations disponibles et des évolutions prévisibles à cette date. En revanche, des éléments postérieurs au moment où la mesure a été adoptée ne sauraient être pris en considération.

Ainsi, des évaluations économiques établies après l'octroi de l'avantage, le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé par l'État membre concerné ou des justifications ultérieures du choix du procédé retenu ne sauraient suffire à établir que cet État membre a pris, préalablement ou simultanément à cet octroi, une telle décision en sa qualité d'actionnaire. Pour comparer le comportement de l'État à celui de l'investisseur privé, la Commission peut recourir à différents indices : la valeur du rendement moyen dans le secteur concerné, les éléments pertinents de l'opération, la situation de l'entreprise bénéficiaire et du marché concerné, la logique poursuivie par l'investisseur, le contexte de l'opération. La participation des salariés dans le capital d'une entreprise ne constitue pas un élément de comparaison probant dans la mesure où les salariés sont plus inspirés par des considérations de maintien de l'emploi que de rentabilité. La comparaison doit s'opérer entre opérateurs de taille comparable.

A RETENIR

L'apport public en capital doit être réalisé aux conditions normales du marché. Pour se conformer au comportement d'un investisseur privé, l'investisseur public doit donc agir comme une holding privée ou un groupe privé d'entreprises qui poursuit une politique structurelle, globale ou sectorielle, et être guidé par des perspectives de rentabilité à plus long terme.

L'apport qui ne permet pas d'escompter dans un délai raisonnable un rendement normal des capitaux investis, en dividendes ou en valeur, constitue une aide d'État. Un apport en capital est inacceptable pour un investisseur agissant dans des conditions normales de marché si la valeur actuelle des marges brutes d'autofinancement qu'il peut espérer retirer du projet est inférieure à son nouvel apport. De même, la mise à disposition d'une banque du capital d'une collectivité locale à titre de fonds propres de base suppose qu'une rémunération pour la totalité des capitaux soit exigée dès le premier jour de leur intégration. Le taux de rendement comprend la rémunération du risque ce qui implique de tenir compte de la situation particulière du bénéficiaire - besoin en capitaux, bénéfices et absence de plan de restructuration.

L'investisseur public doit pouvoir escompter un rendement normal des capitaux investis dans un délai raisonnable. Il doit donc disposer d'un plan économique solide, réaliste et raisonnable qui confirme ses prévisions concernant le rendement du capital investi. Tel n'est pas le cas de l'augmentation de capital à une entreprise dont les perspectives économiques ne permettent pas d'espérer un bon rendement, de l'investissement dans un secteur caractérisé par un faible taux de rentabilité, du rachat des actions d'une société et de l'octroi d'un prêt sans intérêt afin d'éviter la disparition d'une unité de production et des emplois qui y sont liés, de l'apport de fonds dans une entreprise publique d'un montant exorbitant ou destiné à couvrir les pertes dues à la liquidation et à la restructuration de filiales d'un groupe de sociétés, ou, enfin, de l'apport en capital lors de la privatisation d'une entreprise, plus coûteux qu'une liquidation des actifs, à la suite d'années de pertes ininterrompues.

L'État n'adopte pas le comportement d'un investisseur privé lorsqu'il procède à des investissements au sein d'une entreprise dont la situation financière est obérée. Il est donc tenu compte pour apprécier le comportement de l'État des résultats et du passif de l'entreprise, de l'existence de pertes pendant plusieurs années, de l'endettement, du flux de trésorerie négatif et d'une accumulation de pertes importantes, de l'insuffisance de la marge brute d'autofinancement.

L'apport de capitaux sur fonds publics constitue une aide si les actionnaires privés ne participent pas à l'opération proportionnellement au nombre de leurs actions dans des conditions identiques à l'investisseur public et si la part qu'ils détiennent, 10 %, n'a pas de signification économique réelle. De même, le désengagement des actionnaires privés dû essentiellement aux mauvaises perspectives de rentabilité de l'entreprise permet de déduire que l'investissement de l'État n'a pas été réalisé aux conditions normales du marché.

Enfin, l'État qui procède à une augmentation de capital d'une entreprise alors que l'évolution du marché ne permet pas d'espérer un bon rendement, ne se comporte pas comme un investisseur privé dans une économie de marché. Tel est le cas lorsque le marché est en surcapacité, ou en crise, notamment à cause de la faiblesse des prix et de la vive concurrence.

b. L'État créancier

A RETENIR

Si l'investisseur privé a pour finalité de réaliser des bénéfices, le créancier privé a pour objectif de récupérer ses fonds sans subir le coût de la dépréciation.

Lorsqu'il apparaît que le critère du créancier privé pourrait être applicable, la Commission doit examiner cette hypothèse, indépendamment de toute demande en ce sens, en visant l'ensemble des options qu'un tel créancier aurait raisonnablement envisagées dans une telle situation, et sans se limiter aux seules options que l'autorité publique compétente a effectivement prises en compte. Dès lors, les constatations du Tribunal selon lesquelles la Commission a omis de se renseigner sur la durée prévisible d'une procédure d'exécution fiscale, de tenir compte du fait que celle-ci est susceptible d'être interrompue du fait de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire et de se renseigner sur les coûts que peut générer une telle procédure, qui se rapportent à des informations qu'un créancier privé normalement prudent et diligent, placé dans une situation comparable à celle de l'autorité fiscale concernée, ne peut a priori pas ignorer, justifient l'annulation de la décision attaquée.

Les facilités de paiement, remises ou échelonnement de dettes, abandon de créances accordés par l'État s'apprécient par rapport au comportement d'un créancier privé en économie de marché. La comparaison doit être limitée aux créances existantes, les autorités publiques ne pouvant pas tenir compte de recettes fiscales et de sécurité sociale futures. Le critère du créancier privé diligent implique que l'État use de toutes les voies de droit disponibles dans son ordre juridique pour récupérer sa créance.

Pour qu'un créancier public soit assimilé à un créancier privé agissant dans des conditions normales de marché, il est nécessaire qu'un bénéfice lui revienne en cas de liquidation ou qu'il escompte une certaine rentabilité, que l'entreprise bénéficiaire ne soit pas dans une situation qui exclut un quelconque rendement ou l'empêche d'obtenir les sommes nécessaires sur les marchés privés de capitaux, qu'il existe des sûretés ou des garanties fixes ou variables suffisantes. Si les créances sont irrécouvrables et que des créanciers privés ont accordé des conditions plus généreuses ou identiques, la qualification d'aide d'État est écartée. À l'inverse, la pratique d'un taux d'intérêt anormalement bas ou sans intérêt, des conditions de prêt anormales, ou l'absence de recours aux procédures d'exécution ne correspondent pas au comportement d'un créancier privé dans des conditions normales de marché. Tel est aussi le cas lorsque le taux d'intérêt est inférieur au taux d'intérêt moyen appliqué par les banques privées de l'État concerné ou qu'il ne reflète pas le risque élevé inhérent au prêt ou encore lorsque l'État, hormis une tentative de rééchelonnement de la dette, se contente d'envoyer des rappels de paiement, non suivis de mesures contraignantes. Toutefois, le seul fait de ne pas recourir à toutes les méthodes de recouvrement pour obtenir le paiement d'une créance publique ne caractérise pas une aide d'État dès lors que l'autorité nationale adopte un comportement conforme à celui d'un créancier privé. En outre, la préférence donnée par un créancier public à la poursuite de la procédure légale de recouvrement plutôt qu'à la faillite ne peut être qualifiée d'aide d'État sans comparer les avantages et inconvénients respectifs des

deux procédures.

c. L'État acheteur ou vendeur

A RETENIR

Lorsque l'État n'agit pas en qualité d'investisseur ou de créancier mais de cocontractant dans le cadre d'une transaction commerciale, son comportement est comparé à celui d'un opérateur privé participant à une telle transaction.

La pratique d'un prix, anormalement élevé à l'achat ou anormalement bas à la vente, constitue l'indice d'un comportement anormal.

L'avantage correspond à la différence entre le prix de vente ou d'achat effectif et le prix du marché. Le prix du marché est fixé compte tenu de celui payé lors de transactions de même nature ou des évaluations neutres effectuées par un expert assermenté et officiellement mandaté. Un prix bas, eu égard au prix moyen du marché, n'implique cependant pas toujours que la transaction soit une aide d'État : le contexte de la transaction doit pondérer le critère du prix anormalement bas.

Lors d'une privatisation, différents cas peuvent se présenter : soit l'État cède l'entreprise publique, à un prix inférieur au prix du marché, et confère un avantage à l'acheteur, soit la vente est réalisée par la cession d'actions en bourse et par conséquent présumée effectuée aux conditions du marché, soit l'entreprise est cédée lors d'une vente de gré à gré. Dans cette dernière hypothèse, l'opération doit, pour ne pas être anormale, remplir plusieurs conditions : «- un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel, sans que la participation à cet appel d'offres soit subordonnée à la réalisation d'autres actes, tels que l'acquisition d'actifs autres que ceux qui font l'objet de l'appel d'offres ou la poursuite de certaines activités,- vente de la société au plus offrant, - fourniture aux candidats repreneurs du temps et des informations nécessaires pour procéder à une évaluation appropriée des éléments d'actif, afin d'avoir une base pour formuler leur offre». Une privatisation peut être assortie de conditions dès lors qu'il ne s'agit pas de conditions onéreuses susceptibles de faire baisser le prix d'achat.

Le caractère discriminatoire, fermé et non transparent d'une procédure de privatisation ne suffit pas à démontrer qu'un repreneur a bénéficié d'une aide d'État si le niveau réel du prix de marché est incertain. Toutefois, l'État n'adopte pas un comportement d'opérateur privé lorsqu'il cède une entreprise à un prix du marché négatif, alors que la mise en faillite de l'entreprise aurait été moins coûteuse.

Enfin, l'achat de biens et services aux conditions du marché ne suffit pas à établir que la transaction en cause est normale. Il faut également démontrer que l'État a un besoin réel de ces biens et services. Tel n'est pas le cas de l'engagement d'achat de bons de voyage à long terme pris par l'État en contrepartie de rabais accordés sur la quantité, dès lors que le nombre de bons achetés ne correspond pas à une augmentation des besoins effectifs ressentis par les pouvoirs publics.

B. Critère de la compensation des charges publiques

PLAN

Nous envisagerons successivement le critère :

- dans son principe ;
- dans son contenu.

1. Principe

Les sommes versées par un État membre à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général pour compenser le surcoût des obligations qui en découlent ne constituent pas des aides d'État. La Cour de justice a précisé dans l'arrêt Altmark les conditions - cumulatives - qui doivent être réunies pour écarter la qualification d'aide d'État en cas de compensation des charges publiques :

- les **obligations de service public** dont est chargée l'entreprise bénéficiaire doivent être **clairement définies** ;
- les **éléments de calcul de la compensation** doivent être **préalablement établis de façon objective et transparente**, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à ses concurrentes ;
- l'**avantage** doit être **proportionné aux coûts occasionnés**, en tenant compte des recettes obtenues et du bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Selon l'arrêt Altmark, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public ne s'effectue pas dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable. La détermination du niveau de compensation nécessaire, sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise bien gérée, implique alors de s'assurer que les redevances versées à l'entreprise en cause ne couvrent pas des coûts qui résulteraient d'un manque d'efficacité.

Seule la partie des subventions, exonérations ou autre type d'aides excédant ce qui est strictement nécessaire au financement de l'exécution du service public peut constituer une aide d'État.

Le Règlement 360-2012 a fixé un seuil de *de minimis* pour les aides accordées aux entreprises fournissant un service d'intérêt économique général. Les aides accordées aux entreprises fournissant un service d'intérêt économique général qui n'affectent pas les échanges entre États membres et/ou ne faussent pas ou ne menacent pas de fausser la concurrence sont dispensées de notification préalable si le montant total des aides reçues par l'entreprise bénéficiaire pour la prestation de services d'intérêt économique général n'excède pas 500 000 euro sur une période de trois exercices fiscaux. Lorsqu'un État membre envisage d'octroyer une aide *de minimis* à une entreprise au sens du règlement, il doit l'informer par écrit :

- du montant proposé de l'aide ;
- du service d'intérêt économique général pour lequel elle est octroyée ;
- du caractère *de minimis* de l'aide.

Avant l'octroi de l'aide, l'entreprise concernée doit remettre à l'État membre une déclaration écrite ou électronique concernant toute autre aide *de minimis* reçue au titre du règlement ou de tout autre règlement *de minimis* au cours de l'exercice fiscal concerné et des deux exercices fiscaux précédents, afin que l'État membre puisse vérifier que l'octroi de la nouvelle aide ne porte pas au-delà du plafond de 500 000 euro le montant total de l'aide *de minimis* octroyée.

2. Conditions

PLAN

Pour que le critère de la compensation des charges publiques soit applicable, il faut que :

- l'on soit en présence d'un service d'intérêt économique général ;
- le calcul de la compensation soit préalable, objectif et transparent ;
- la compensation soit proportionnée au coût du service public.

a. Service d'intérêt économique général (SIEG)

A RETENIR

L'entreprise bénéficiaire de la compensation doit être chargée d'un service public et ses obligations clairement définies. Le service public correspond au service d'intérêt économique général mentionné à l'article 106 TFUE. Cette notion, qui n'est pas définie par les textes, se réfère aux «services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général». Elle couvre plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau - transport, poste, énergie, communications.

La qualification d'un service de SIEG n'a pas à inclure la technologie au moyen de laquelle le service est fourni.

Si les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir un service d'intérêt économique général (SIEG), ce pouvoir peut être limité par l'existence de règles spécifiques du droit de l'Union. En tout état de cause, l'État membre doit démontrer que le périmètre du SIEG est nécessaire et proportionné par rapport à un besoin réel de service public. Lorsqu'un objectif de continuité territoriale peut être atteint à la fois par les forces du marché et par le service public, la création d'un SIEG n'est justifiée que dans la mesure où elle répond à la carence correspondante du marché.

L'État qui invoque l'existence et la nécessité d'un service d'intérêt économique général doit démontrer que les critères minimaux communs à toute mission de service public sont remplis, notamment par la présence d'un acte de puissance publique qui investit les opérateurs en cause d'une telle mission et la preuve du caractère universel et obligatoire

de celle-ci. Le caractère universel du service ne dépend ni de l'étendue du champ d'application territorial ou matériel ni du nombre d'utilisateurs. Le caractère obligatoire d'une mission n'exclut pas l'existence d'une certaine liberté des opérateurs quant au contenu et à la fixation du prix des services et n'est pas conditionné par une obligation réciproque des utilisateurs de contracter. En outre, le fait qu'un service soit désigné comme étant d'intérêt général en droit national n'implique pas que tout opérateur qui l'effectue est chargé de l'exécution d'obligations de service public au sens de l'arrêt Altmark. Selon le juge de l'Union, l'appréciation de l'existence d'une défaillance du marché constitue un préalable à la qualification d'une activité de SIEG et, par conséquent, à la constatation de l'absence d'aide d'État. L'appréciation de la défaillance de marché s'effectue au moment où le SIEG est institué et doit comporter une analyse prospective de la situation du marché pour toute la durée d'application du SIEG, pendant laquelle l'échec de marché doit également être vérifié. Il y a défaillance du marché susceptible de donner lieu à l'établissement d'un SIEG lorsqu'il peut être démontré que des investisseurs privés pourraient ne pas être en mesure d'assurer dans un avenir proche, c'est-à-dire à l'issue d'une période de trois ans, une couverture adaptée pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs et qu'ils risquent ainsi de priver de connexion une partie importante de la population.

b. Caractère préalable, objectif et transparent du calcul de la compensation

A RETENIR

La compensation doit s'opérer selon des paramètres établis préalablement, de façon objective et transparente, sans qu'il soit nécessaire qu'ils assurent l'efficacité de la gestion de service public.

Tel est le cas de la mesure qui prévoit le versement, en compensation de l'exécution du service public d'assistance des contribuables lors de l'élaboration et de la transmission des déclarations, d'une somme d'environ 14 euro pour chaque déclaration élaborée et transmise. À l'inverse, des mesures de soutien ponctuelles accordées a posteriori pour faire face à une situation imprévue ne remplissent pas la condition d'antériorité, expressément posée par l'arrêt Altmark. Lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes s'y rapportant ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

c. Proportionnalité de l'avantage

A RETENIR

La compensation ne doit pas, enfin, dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Dans certains secteurs, le recours obligatoire à une procédure d'appel d'offres est considéré comme suffisant pour exclure que l'État membre cherche à octroyer un avantage à une entreprise.

Si la contrepartie couvre tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par le service rendu, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs, ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres, dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la filiale, et si aucun indice ne laisse à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire, il n'y a pas aide d'État. À l'inverse, les mesures qui ne présentent pas de caractère purement compensatoire ou les surcoûts résultant d'une politique de rabais agressive non imposée par la loi, qui procèdent d'une volonté de se maintenir sur le marché concurrentiel, constituent des aides d'État soumises à l'obligation de notification préalable.

Le caractère disproportionné des ressources étatiques octroyées ne se présume pas. Il est nécessaire de démontrer que les subventions en cause n'excèdent pas les charges résultant des obligations de service public imposées au bénéficiaire.

Le calcul de la compensation doit être fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables. À défaut de méthode de calcul alternative plus précise, les surcoûts du service public peuvent être calculés sur l'ensemble des activités de l'entreprise publique lorsque sa comptabilité analytique ne permet pas d'établir une distinction entre les charges et les dépenses affectées aux activités de service public et celles affectées aux activités concurrentielles.

La Commission a depuis adopté une Communication 2012-C 8-02 qui rappelle les notions fondamentales sur lesquelles repose l'application des règles en matière d'aides d'État aux compensations de services publics et consolide la pratique décisionnelle des autorités européennes en la matière. Parmi les dispositions générales relatives à la notion d'aide d'État, elle revient sur les principes généraux fixés par la jurisprudence relatifs aux notions d'entreprise et d'activité économique, essentielles à l'application des règles relatives aux aides d'État. Elle énonce également les conditions auxquelles les compensations de service public ne constituent pas une aide d'État telles qu'établies par la Cour de justice dans l'arrêt *Altmark* : existence d'un service d'intérêt général, mandat, paramètres de la compensation, nécessité d'éviter toute surcompensation, sélection du prestataire de services.

SECTION 3

Sélectivité

Pour caractériser une aide, l'avantage doit favoriser «certaines entreprises ou certaines productions». Par opposition à une mesure sélective, une mesure générale «qui profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national», qui n'est limitée ni sectoriellement, ni territorialement, ni à une catégorie restreinte d'entreprise, voire à une seule entreprise, qui est applicable de manière uniforme, automatique, non discrétionnaire et sur la base de critères objectifs à l'ensemble des entreprises ne constitue pas une aide d'État. En revanche, un avantage qui profite à une ou plusieurs en-

treprises, à la différence d'autres se trouvant dans une situation factuelle ou juridique comparable, s'identifie à une aide, sauf si la différenciation est inhérente à la nature ou l'économie générale du système de perception en cause. Le critère de la comparaison du bénéficiaire avec d'autres opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire au regard de l'objectif poursuivi par la mesure n'est toutefois pas pertinent, lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère sélectif d'une mesure ad hoc, qui ne concerne qu'une seule entreprise et qui vise à modifier certaines contraintes concurrentielles qui lui sont spécifiques. Dans ce cas, il convient de vérifier si la mesure introduit entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par le régime concerné, dans une situation factuelle et juridique comparable, une différenciation non justifiée par la nature et l'économie de ce régime. Enfin, la condition relative à la sélectivité ne peut être appréciée que dans le cadre d'un seul État membre et ne résulte que d'une analyse de la différence de traitement entre les seules entreprises ou productions de cet État.

PLAN

La condition de sélectivité implique :

- qu'un avantage soit accordé à certaines entreprises ;
- que cet avantage soit indépendant de la nature ou de l'économie générale du système de perception.

I. Avantage accordé à certaines entreprises

PLAN

L'avantage se définit :

- soit par ses conditions d'octroi ;
- soit par ses modalités d'attribution.

A. Conditions d'octroi

PLAN

L'avantage doit bénéficier à :

- une entreprise ;
- identifiée ;
- ou une catégorie d'entreprises.

1. Notion d'entreprise

A RETENIR

Seules les entreprises, entités autonomes exerçant une activité économique indépendamment de leur statut juridique et de leur mode de financement, sont susceptibles d'être bénéficiaires d'une aide d'État, au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 1.

Selon la communication sur la notion d'aides d'État, les règles en matière d'aides d'État ne s'appliquent que si le bénéficiaire de la mesure revêt la qualité d'«entreprise», quel que soit son statut en droit interne, qu'il ait un but lucratif ou non, du moment qu'il offre des biens ou des services sur un marché donné. Une entité exerçant à la fois des activités économiques et non-économiques, ne peut être considérée comme une entreprise qu'au regard des premières. En outre, la qualification d'une activité revêt un caractère relatif et peut varier d'un État membre à un autre ou dans le temps. La détention de participations, même de contrôle, dans une entreprise fournissant des biens et des services sur un marché ne permet pas en soi de qualifier le détenteur d'entreprise au sens de l'article 107, paragraphe 1, s'il ne fournit pas lui-même des biens ou des services sur un marché.

La fonction sociale d'un organisme ne suffit pas à l'exclure du champ d'application de l'article 107 TFUE, paragraphe 1, seuls les critères de l'activité économique et de l'autonomie étant déterminants. Ainsi, le fait que le paiement des pensions de retraite puisse également être effectué par l'intermédiaire d'établissements bancaires constitue un indice permettant de considérer que l'activité de versement des pensions de retraite par virement postal peut être dissociée du système national de retraite et constitue une activité économique. En revanche, un organisme public, chargé de la prévention et de l'indemnisation des dommages causés par des risques naturels aux exploitations agricoles, dont l'activité d'assurance repose sur un régime obligatoire à finalité sociale et dont les prestations et la contribution sont établies par le législateur national (recettes obtenues au moyen d'une taxe parafiscale) n'est pas une entreprise parce qu'il ne jouit pas de l'autonomie suffisante. Il en est de même d'une fondation bancaire qui exerce non pas une activité économique mais une activité de gestion de son patrimoine et d'emploi de son rendement au versement de contributions à des organismes sans but lucratif œuvrant à des fins d'utilité sociale.

À l'inverse, une fondation bancaire qui, détenant des participations de contrôle dans une société bancaire, exerce effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci, ou qui, dans les domaines d'intérêt public et d'utilité sociale dont elle a la charge, est susceptible d'offrir des biens ou des services sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs, ou une entité créée en vue d'exercer certaines missions de recherche constitue une entreprise susceptible de relever de l'article 107 TFUE. De même, les activités d'exploitation d'un aéroport et d'extension de ses infrastructures doivent être qualifiées d'activités économiques, même si elles ne sont ni rentables ni assurées par des opérateurs privés. Il en va également ainsi des organisations de protection de l'environnement qui se livrent à des activités secondaires, comme la vente de bois, les baux de chasse et de pêche ou le tourisme, dès lors qu'en offrant des biens et services sur des marchés concurrentiels elles poursuivent un intérêt distinct de leurs prérogatives de puissance publique liées à la protection de l'environnement. Une exonération fiscale dont bénéficie une congrégation appartenant à l'Église catholique pour des ouvrages réalisés dans un immeuble destiné à l'exercice d'activités dépourvues de finalité strictement religieuse, peut également relever de l'interdiction édictée à l'article 107, paragraphe 1, TFUE si ces activités sont de nature économique.

2. Identification du bénéficiaire

A RETENIR

La qualification d'aide d'État suppose que l'avantage procuré présente un caractère sélectif. Autrement dit, il doit favoriser une seule ou certaines entreprises ou productions au détriment du libre jeu de la concurrence.

La condition de sélectivité varie selon qu'une mesure est envisagée comme un régime général d'aide ou comme une aide individuelle. Dans ce dernier cas, l'identification de l'avantage économique permet de présumer de sa sélectivité tandis que, dans la première hypothèse, il y a lieu de vérifier, outre l'avantage de portée générale procuré, si la mesure bénéficie à titre exclusif à certaines entreprises ou secteurs d'activités. Une mesure offerte à un nombre indéfini de bénéficiaires, non individualisés, ne relève pas de l'article 107 TFUE. En revanche, si les conditions imposées pour bénéficier d'une mesure en apparence générale, ne sont, en fait, remplies que par un seul opérateur, elle est sélective. De même, l'aide dont les bénéficiaires directs sont les consommateurs peut constituer une aide indirecte à des opérateurs économiques. Le fait qu'une entreprise soit la dispensatrice d'une aide ne l'empêche pas d'être bénéficiaire d'une aide distincte. Lorsqu'une entreprise ayant bénéficié d'une aide d'État est rachetée au prix du marché, l'élément d'aide est considéré comme ayant été évalué au prix du marché et inclus dans le prix d'achat, de telle sorte que l'acheteur ne saurait revêtir la qualité de bénéficiaire .

3. Définition de catégories d'entreprises

A RETENIR

La condition de sélectivité peut être remplie même si le nombre de bénéficiaires de l'aide n'est pas limité. Le fait de circonscrire le bénéfice de la mesure aux entreprises d'une certaine taille, appartenant à un ou plusieurs secteurs d'activité spécifiques, ou situées sur un même territoire, n'empêche pas d'identifier un avantage sélectif, à moins que la nature et l'économie générale du système ne justifient une telle différenciation.

Il en est ainsi des mesures étatiques accordées aux entreprises en fonction de leur secteur d'activité ou rattachement territorial, leur taille, leur date de création ou leur forme juridique. La limitation territoriale de la mesure peut, cependant, ne pas constituer un critère sélectif lorsque la compétence de l'organe dispensateur se cantonne à ce territoire. En revanche, le fait que l'État en cause souhaite élargir ensuite la mesure à toutes les entreprises ne lui ôte pas son caractère sélectif.

Il suffit de la présence d'un critère de sélection pour que la condition de sélectivité soit satisfaite. La sélectivité d'une mesure fiscale appliquée indistinctement à tous les secteurs d'activité, à tous les types d'investissements mobiliers ou immobiliers, et à toutes les entreprises sans distinction de taille, d'activité ou de siège peut ainsi résulter de la seule condition de localisation des investissements dans une zone territorialement limitée d'un État membre.

B. Attribution discrétionnaire

A RETENIR

La sélectivité de la mesure peut découler non seulement des conditions d'octroi de l'avantage mais aussi du pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui l'accorde.

Le caractère spécifique d'une mesure est établi lorsque l'autorité publique qui l'octroie dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de moduler son intervention financière en choisissant les bénéficiaires, le montant et les conditions de l'intervention. Ainsi, le fait, aux fins de créer un système de transport sûr et efficace, d'autoriser les taxis à circuler sur les couloirs de bus aux heures pendant lesquelles des limitations de circulation s'appliquent tout en interdisant aux voitures de tourisme avec chauffeur d'y circuler, sauf pour prendre et déposer des passagers les ayant préalablement réservées, n'apparaît pas comme étant de nature à conférer aux taxis un avantage économique sélectif dès lors que les taxis et les VTC se trouvent dans des situations factuelles et juridiques suffisamment différentes pour considérer qu'elles ne sont pas comparables. La seule détention d'un pouvoir discrétionnaire suffit à conférer à la mesure un caractère sélectif, même en l'absence d'application arbitraire et sans considération pour les éventuelles voies de recours offertes au bénéficiaire afin d'en contester l'attribution. Il faut, toutefois, que les facilités de paiement accordées de manière discrétionnaire par un créancier public soient manifestement plus importantes que celles qui auraient été consenties par un créancier privé se trouvant dans une situation comparable à l'égard de son débiteur pour constituer une aide d'État.

Dans tous les cas, il est inutile de démontrer que l'Administration qui accorde l'avantage possède un pouvoir discrétionnaire dès lors qu'il a déjà été démontré que la mesure était sélective par ses conditions d'attribution.

II. Avantage indépendant de la nature ou de l'économie générale du système de perception

L'article 107, paragraphe 1, TFUE, interdit les avantages sélectifs. Un avantage dérogeant au régime fiscal de droit commun peut ainsi résulter de l'objectif du législateur national de favoriser financièrement des organismes considérés comme socialement méritants. Il n'en échappera pas pour autant à la qualification d'aide d'État, puisque l'article 107 TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs visés par la mesure étatique. Ni le caractère fiscal ni le but économique ou social ou les objectifs de protection de l'environnement ou de la sécurité des personnes éventuellement poursuivis par une mesure, ne peuvent en principe la mettre à l'abri de la prohibition. Toutefois, selon la Cour, «la notion d'aide d'État ne vise pas les mesures introduisant une différenciation entre entreprises et partant, a priori sélectives, lorsque cette différenciation est inhérente à la nature ou l'économie générale du système de charges dont elle fait partie».

Lors de l'appréciation du caractère sélectif d'une mesure, l'autorité de contrôle vérifie en pratique que la différenciation entre entreprises, en matière d'avantages ou de charges, introduite par la mesure considérée, relève de la nature ou de l'économie du système général de perception applicable. Si cette différenciation se fonde sur d'autres finalités

que celles poursuivies par le système général, la mesure en cause est considérée comme remplissant la condition de sélectivité. Si elle se justifie à la fois par l'économie du système général ainsi qu'une autre finalité, le juge de l'Union considère qu'elle échappe à la prohibition : une mesure fiscale ne présente pas de caractère sélectif, dès lors qu'elle demeure conforme au but poursuivi - la protection de l'environnement - et à la logique interne du système.

A RETENIR

Un avantage peut être justifié par la nature et l'économie du système de perception lorsqu'il vise à compenser un changement du contexte juridique ou des inégalités de traitement ou répond au souci de respecter la capacité contributive des assujettis dans une logique de redistribution.

À l'inverse, les allègements fiscaux qui ne semblent corriger aucune inégalité sont le plus souvent considérés comme injustifiés. Tel est le cas lorsqu'un système d'autorisation permet de reporter des pertes à des exercices fiscaux suivants, dès lors que l'autorité compétente, pour donner suite à une demande d'autorisation, en détermine les bénéficiaires sur la base de critères étrangers au système fiscal, tels que le maintien de l'emploi. De même, la clause d'assainissement qui ne vise pas toutes les entreprises dont l'actionnariat a été modifiée substantiellement, mais seulement celles qui sont en difficultés, revêt un caractère sélectif, dès lors que son objectif - l'aide aux entreprises en difficulté dans le contexte de la crise - ne relève pas des principes fondateurs du système fiscal. Toutefois, la législation qui organise une différenciation des prélèvements légaux et fiscaux sur les paris sur les courses selon le pays de leur déroulement ne confère pas un avantage au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 1, dans la mesure où elle est conforme à l'économie du système caractérisé par la soumission des enjeux sur les courses courues à l'étranger aux retenues légales et fiscales de chaque pays où les courses de chevaux concernées sont courues. En revanche, la Commission ne peut se contenter de conclure qu'une exonération fiscale réservée aux entreprises publiques à l'occasion de leur transformation en sociétés anonymes est justifiée par la nature et l'économie générale du système, au motif qu'elle est fondée sur une loi d'application spécifique aux entreprises publiques, sans rechercher si le recours à l'instrument législatif n'a pas été choisi dans le but de les faire échapper aux dispositions européennes relatives aux aides d'État.

SECTION 4**Restriction de concurrence**

Aux termes de l'article 107 TFUE, paragraphe 1, les mesures étatiques constituent des aides prohibées dans la mesure où elles «faussent ou [...] menacent de fausser la concurrence». Toute mesure étatique qui renforce la position des entreprises bénéficiaires par rapport à leurs concurrents est susceptible de constituer une aide prohibée, même si elle n'augmente pas leurs parts de marché.

A RETENIR

Pour apprécier l'existence d'une aide d'État, la Commission n'est pas tenue de vérifier l'effet réel sur la concurrence de la mesure. Une incidence seulement potentielle, mais non hypothétique, suffit à la qualification d'aide d'État. Il n'est pas non plus nécessaire de délimiter le marché en cause.

Lorsqu'elle apprécie les effets tant réels que potentiels d'une aide sur la concurrence, l'autorité européenne, qui mène son analyse dans une perspective dynamique, peut, en outre, se fonder sur des éléments d'appréciation postérieurs à l'adoption du projet tendant à instituer ou à modifier l'aide. Ainsi, la privatisation du bénéficiaire d'une aide illégale ne saurait s'identifier à un remboursement effectif de l'aide, même si l'État membre concerné en a tiré profit, dès lors que cette circonstance n'a pas empêché l'entreprise en cause d'avoir la jouissance effective, après le changement de son actionnariat, de l'avantage conféré par l'accord d'électricité en cause sans faire disparaître la distorsion de concurrence.

La Commission a, comme en matière d'ententes, fixé un seuil *de minimis* en deçà duquel une aide ne saurait être considérée, par principe, comme relevant de l'article 107 TFUE. **Le règlement 1407-2013 du 18 décembre 2013 exclut du champ de la prohibition et dispense de l'obligation de notification les aides octroyées à une même entreprise, qui n'excèdent pas 200 000 euro sur une période de trois ans (100 000 euro dans le secteur du transport routier).** Toutefois, certains secteurs, tels que ceux de l'acquisition de véhicules de transport, de l'agriculture, de la pêche et de l'aquaculture, ainsi que les aides à l'exportation, ne relèvent pas du texte. Une aide non transparente dont le montant est difficile à déterminer ne peut bénéficier des dispositions relatives aux aides *de minimis* dans la mesure où rien ne garantit un non-dépassement du seuil ni l'absence de cumul avec d'autres aides étatiques. Toutefois, une aide octroyée pour un montant inférieur au seuil *de minimis* affecte la concurrence et le commerce entre États membres, lorsque le secteur dans lequel opèrent les entreprises en cause connaît une vive concurrence.

SECTION 5**Affectation du commerce entre États membres****A RETENIR**

La qualification d'aide d'État implique, comme en matière d'ententes ou d'abus de position dominante, que le commerce entre États membres soit susceptible d'être affecté. Cette condition est indissociable de celle de restriction de concurrence avec laquelle elle est généralement envisagée conjointement.

Selon la communication sur la notion d'aides d'État, pour établir qu'il y a affectation des échanges, il n'est pas nécessaire de définir le marché ni d'analyser en détail l'effet de la mesure sur la position concurrentielle du bénéficiaire et de ses concurrents. La condition relative à l'affectation des échanges entre États membres s'apprécie dans le cadre du marché intérieur, la Commission examinant si les entreprises ou productions d'un État

membre sont avantagées par rapport aux entreprises ou productions des autres États membres, alors que la condition relative à la sélectivité ne peut être appréhendée que dans le cadre d'un seul État membre, et ne résulte que d'une analyse de la différence de traitement entre les seules entreprises ou productions de cet État. Une mesure ne saurait affecter les échanges si elle relève d'un marché fermé à la concurrence.

L'affectation ne sera pas automatiquement écartée en raison de la faible importance de l'aide ou de la taille relativement modeste de l'entreprise bénéficiaire, surtout lorsque les entreprises bénéficiaires opèrent dans un secteur particulièrement exposé à la concurrence, cette circonstance jouant un rôle déterminant dans l'appréciation de l'effet d'une aide. Une aide à l'exportation peut affecter le commerce entre États membres bien que 90 % de la production de l'entreprise bénéficiaire soit exportée en dehors de l'Union européenne. Le risque d'affectation des échanges entre États membres résulte alors de l'interdépendance des marchés sur lesquels opèrent les entreprises européennes. Par ailleurs, l'aide octroyée, qui peut permettre au bénéficiaire de se désengager de marchés tiers non lucratifs, crée un risque d'une réorientation de ses activités vers le marché intérieur.

Le fait que l'activité de l'entreprise bénéficiaire soit limitée à un seul État membre n'empêche pas l'affectation du commerce entre États membres. Dans un secteur qui ne connaissait pas de surcapacité, l'impact indirect sur la concurrence pourra alors résulter des effets réels ou potentiels de la mesure litigieuse sur la production intérieure dont le maintien ou l'augmentation réduit d'autant les possibilités d'importation. Ainsi, des subventions publiques accordées à des entreprises qui fournissent au niveau local ou régional des services de construction ou de transformation navales ont une incidence sur les échanges entre États membres dans la mesure où il n'est pas exclu que ces entreprises soient en concurrence avec les chantiers navals d'un autre État membre. De même, l'aide qui ne concerne qu'un réseau de chauffage urbain local affecte le commerce entre États membres dès lors qu'elle renforce la position du bénéficiaire dans les échanges d'énergie entre États membres.

L'affectation des échanges entre États membres ne suppose pas qu'il y ait une participation effective de l'entreprise bénéficiaire aux échanges entre États membres stricto sensu. Les échanges entre États membres peuvent ainsi être affectés alors même que l'entreprise bénéficiaire ne prenait pas part, jusqu'alors, à des échanges entre États membres, si l'aide lui permet d'acquérir une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre État membre. Il suffit que l'aide soit susceptible d'affecter les échanges entre États membres. De même, l'affectation peut être directe ou indirecte. Ainsi, des aides en matière agricole sont susceptibles, par principe, d'affecter les échanges entre États membres que leur effet soit actuel, potentiel, direct ou indirect.

L'affectation du commerce entre États membres doit être sensible. La sensibilité résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Toutefois, la constatation d'une aide d'État ne nécessite pas une affectation sensible des échanges entre États membres, dès lors que le seuil des aides de minimis est dépassé. Pour apprécier la sensibilité de l'affectation du commerce entre États membres, les autorités européennes tiennent compte de la part de marché des entreprises bénéficiaires, de l'effet cumulatif résultant de la multiplication des aides successives accordées aux mêmes entreprises, du renforcement de la capacité à l'exportation, de l'intensité de

la concurrence sur le marché, de la circonstance que celui-ci ait fait l'objet d'une libéralisation, de la vulnérabilité du marché due à la stagnation de la demande, une surcapacité de l'appareil de production et une réduction progressive de l'emploi ou du nombre de décisions d'incompatibilité déjà prononcées par les autorités européennes de la concurrence dans le même secteur.

CHAPITRE II Aide compatible

SECTION 1

Aides compatibles de plein droit

I. Aides à caractère social

II. Calamités naturelles et autres événements extraordinaires

III. Division de l'Allemagne

SECTION 2

Aides pouvant être déclarées compatibles

I. Règlement général d'exemption

- A. Champ d'application
- B. Conditions de l'exemption

II. Dérogation individuelle

- A. Nécessité/Proportionnalité
- B. Contexte européen

III. Typologie

- A. Aides à finalité régionale
- B. Aides destinées à faciliter le développement de certaines activités
- C. Aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun
- D. Aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre
- E. Aides destinées à promouvoir la culture et la préservation du patrimoine

SECTION 3

Aides destinées à financer un service d'intérêt économique général

I. Domaine

II. Conditions de licéité

III. Du Paquet «Altmark» au Paquet «Almunia»

CHAPITRE II Aide compatible

Le principe général de prohibition de l'article 107 TFUE, paragraphe 1, est assorti de dérogations, qui permettent de reconnaître la compatibilité de certaines aides d'État avec le marché intérieur.

Le paragraphe 2 définit trois catégories d'aides qui sont compatibles de plein droit :

- les aides à caractère social ;
- les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ;
- les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne.

La Commission peut avoir à contrôler ces aides, mais son contrôle se limite à vérifier qu'elles répondent bien à la définition légale. En effet, elles sont d'interprétation stricte et la Commission est tenue de les autoriser, dès lors que les conditions d'octroi sont remplies.

Le paragraphe 3 énumère un certain nombre d'aides susceptibles de faire l'objet de dérogations facultatives laissées à l'appréciation discrétionnaire de la Commission :

- les aides à finalité régionale ;
- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques ;
- les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

Le texte prévoit, enfin, in fine, la faculté pour le Conseil de déclarer par décision, sur proposition de la Commission, compatibles d'autres catégories d'aides.

La Commission a, pour faciliter leur appréciation individuelle, classé les aides selon leur catégorie - aides à finalité régionale, aides à finalité sectorielle, aides horizontales -, et publié des lignes directrices précisant leurs conditions de compatibilité avec le marché intérieur. Elle a, en outre, adopté un règlement général d'exemption par catégorie qui permet aux États membres d'octroyer des aides sans notification préalable dès lors que les conditions fixées par le texte sont remplies. Enfin, les aides qui ne satisfont pas à l'une des conditions posées par l'arrêt Altmark sont néanmoins susceptibles d'être déclarées compatibles avec le marché intérieur en application de l'article 106 TFUE, paragraphe 2.

PLAN

Les aides compatibles se répartissent en trois catégories :

- les aides compatibles de plein droit ;
- les aides pouvant être déclarées compatibles ;
- les aides destinées à financer un service d'intérêt économique général.

SECTION 1**Aides compatibles de plein droit****PLAN**

Parmi les aides compatibles de plein droit, on distingue :

- les aides à caractère social ;
- les aides destinées à remédier aux calamités naturelles ;
- les aides destinées à compenser les désavantages liés à la division de l'Allemagne.

I. Aides à caractère social

Les aides à caractère social sont, aux termes de l'article 107 TFUE, paragraphe 2, compatibles de plein droit dès lors qu'elles sont octroyées aux consommateurs individuels sans discrimination liée à l'origine des produits. Une discrimination liée à l'origine des services fournis existe, lorsqu'il n'est pas établi que les consommateurs individuels pourraient en bénéficier, quel que soit l'opérateur fournissant les services susceptibles de remplir l'objectif social invoqué, ou lorsque l'aide est octroyée à un seul opérateur, sélectionné de façon non transparente.

II. Calamités naturelles et autres événements extraordinaires

Les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires sont compatibles de plein droit avec le marché intérieur dès lors que l'événement causal présente une gravité exceptionnelle et que l'aide versée est directement liée au dommage causé.

Quelle que soit l'importance des dommages, les tremblements de terre, inondations, avalanches et glissements de terrains constituent des calamités naturelles, et la guerre, les troubles internes et les grèves, et, sous certaines réserves, les accidents nucléaires et les incendies, des événements extraordinaires. Les phénomènes météorologiques, tels que le gel, la grêle, le givre, la pluie ou la sécheresse, peuvent être assimilés à des calamités naturelles, lorsque les dommages affectent pour chacun des destinataires de l'aide, au moins 30 % de la production normale - hors région défavorisée - calculée par référence aux trois années antérieures.

Les autorités européennes exigent un lien de causalité direct entre l'aide accordée et les dommages liés à la catastrophe. Ainsi, des mesures d'aides consistant en un allègement des taxes normalement dues dans le cadre de l'impôt sur le revenu des plus-values réalisées lors de la vente de terrains agricoles, essentiellement favorables aux exploitants agricoles, ne sauraient être justifiées par la hausse du prix du carburant en l'absence de lien de causalité direct avec les dommages causés par cet événement supposé extraordinaire.

Le montant de la compensation doit faire l'objet d'une évaluation précise et objective car l'aide ne doit pas excéder le montant strict des dommages effectivement subis.

Afin de garantir la sécurité juridique des États membres, le règlement 651-2014, qui pose les règles d'exemption par catégorie des aides d'État définit le type d'événements

susceptibles de constituer des calamités naturelles qui entrent dans son champ d'application. L'article 50 précise ainsi que «les régimes d'aides destinés à remédier aux dommages causés par les séismes, les avalanches, les glissements de terrain, les inondations, les tornades, les ouragans, les éruptions volcaniques et les feux de végétation d'origine naturelle sont compatibles avec le marché intérieur au sens de l'article 107, paragraphe 2, point b), du traité et sont exemptés de l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du traité». L'octroi de l'aide est subordonnée à deux conditions : la reconnaissance officielle par les autorités publiques de l'événement comme calamité et l'existence d'un lien de causalité entre la calamité naturelle et le préjudice subi par l'entreprise concernée. Le régime d'aide doit être mis en place dans les trois ans de la survenance de l'événement.

III. Division de l'Allemagne

Les aides octroyées afin de compenser les désavantages économiques résultant de la division de l'Allemagne sont compatibles de plein droit au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 2, c). La règle est d'interprétation stricte. Il semble que la dérogation ait vocation à s'appliquer aux nouveaux Länder dans la mesure où ceux-ci continuent d'être affectés par la division. Les juridictions européennes ont toutefois à maintes reprises rejeté cette faculté. De fait, la constatation de différences de développement entre les anciens et les nouveaux Länder ne suffit pas à appliquer la dérogation prévue à l'article 107 TFUE, dès lors que ces différences peuvent s'expliquer par d'autres causes que la division de l'Allemagne, telles que la mise en place de part et d'autre de la frontière de régimes politico-économiques différents. En l'absence d'un lien de causalité directe entre les désavantages économiques actuels des nouveaux Länder et la division géographique de l'Allemagne, le régime des aides à finalité régionale aura vocation à s'appliquer.

SECTION 2

Aides pouvant être considérées compatibles

La Commission a adopté un premier règlement général d'exemption par catégorie des aides d'État, qui a remplacé les quatre règlements qui régissaient la matière et étendu les catégories d'aides couvertes. Le règlement 651-2014, qui abroge et remplace le règlement 800-2008, se place dans un cadre plus général de modernisation du régime des aides d'État initiée par la Commission avec la Communication du 8 mai 2012. La modernisation a principalement pour objectif de «i) parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive dans un marché intérieur concurrentiel tout en contribuant aux efforts déployés par les États membres en vue d'une utilisation plus efficiente des finances publiques ; ii) concentrer l'examen ex ante des mesures d'aide par la Commission sur les cas ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur tout en renforçant la coopération des États membres dans l'application des règles en matière d'aides d'État ; et iii) simplifier les règles et favoriser la prise de décisions plus rapides, plus éclairées et plus fiables, sur la base de principes économiques clairs, d'une approche commune et d'obligations précises». Le nouveau règlement doit permettre de simplifier les règles relatives aux aides d'État et de renforcer la transparence. La révision du règlement 800-2008 a pour objet d'étendre la possibilité pour les États membres d'apprécier la compatibilité des aides

qu'ils envisagent d'accorder sans recourir à l'examen préalable de la Commission et de faciliter l'octroi des aides et de réduire la durée de la procédure. Le nouveau texte accorde par ailleurs beaucoup plus d'importance à la transparence et au contrôle ainsi qu'à l'évaluation des régimes de très grande ampleur, eu égard à leurs effets sur la concurrence dans le marché intérieur.

Le règlement exempté tout régime d'aide qui remplit les conditions qu'il pose et toute aide individuelle accordée en application de ce régime obéissant aux règles d'exemption. Les aides qui ne relèvent pas du champ d'application du texte demeurent soumises à l'obligation de notification préalable et peuvent éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle.

PLAN

Nous présenterons successivement :

- le règlement général d'exemption ;
- le mécanisme de dérogation individuelle ;
- la typologie des aides exemptées.

I. Règlement général d'exemption

A. Champ d'application

A RETENIR

Le règlement 651-2014 couvre en tout treize catégories d'aides.

La quasi-totalité des secteurs économiques est concernée. Le règlement 651-2014 constitue un élément central de la politique de modernisation des aides d'État qui vise à favoriser un développement et une croissance économique durables en veillant à une utilisation efficiente des finances publiques. Le champ d'application de l'exemption inclut dans cet objectif de nouvelles catégories d'aides, telles que les aides destinées à remédier aux dommages causés par certaines calamités naturelles, les aides sociales au transport en faveur des habitants de régions périphériques, les aides en faveur des infrastructures à haut débit, les aides en faveur de l'innovation, les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine et les aides en faveur des infrastructures sportives et des infrastructures récréatives multifonctionnelles. Outre celles citées précédemment, le texte vise les aides à finalité régionale, en faveur des PME qui prennent la forme d'aides à l'investissement, d'aides au fonctionnement ou d'aides en faveur de l'accès des PME au financement, les aides à la protection de l'environnement, à la recherche, au développement et à l'innovation, à la formation, à l'embauche et à l'emploi de travailleurs défavorisés et de travailleurs handicapés et les aides en faveur des infrastructures locales.

Sont en revanche exclus du champ d'application du texte les aides en faveur des activités d'exportation, les aides subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence aux produits importés, les régimes d'aides régionales visant des secteurs déterminés d'activité économique dans la production ou les services, les aides ad hoc accordées à de

grandes entreprises, les aides aux entreprises en difficulté...

B. Conditions de l'exemption

A RETENIR

Les régimes d'aides, les aides individuelles et toutes les aides ad hoc, qui remplissent l'intégralité des conditions posées par le règlement sont exemptés, sans notification préalable, pourvu qu'ils contiennent une référence expresse au règlement, par la citation de son titre et l'indication de sa référence de publication au Journal officiel de l'Union européenne (Règl. 651-2014, art. 3). Les conditions d'exemption se répartissent en deux catégories : celles communes à l'ensemble des aides et celles spécifiques aux différentes catégories d'aides.

Le texte ne s'applique qu'aux aides transparentes, telles que les subventions et bonifications d'intérêts, les prêts, les garanties, sous certaines conditions, les mesures fiscales plafonnées. Les apports en capitaux et les mesures de capital-investissement ne sont donc pas concernés (Règl. 651-2014, art. 5). Il pose des seuils de notification individuels pour chaque aide accordée à titre individuel ou sur une base ad hoc (art. 4). Lorsque l'équivalent-subvention dépasse ce seuil, le règlement est inapplicable. Pour déterminer si le seuil est atteint, il est tenu compte du montant total des aides publiques accordées en faveur de l'activité ou du projet considéré, quelle qu'en soit la provenance. Les montants maximaux d'aides sont exprimés en termes d'intensité de l'aide par rapport à un ensemble de coûts admissibles. Tous les chiffres utilisés doivent représenter des montants avant impôts ou prélèvements (art. 7). Le cumul des aides est possible avec toute autre aide compatible avec le marché intérieur exemptée par un autre règlement ou autorisée par la Commission dès lors que ces aides portent sur des coûts admissibles identifiables différents. En cas de chevauchement total ou partiel, le cumul est autorisé à concurrence de l'intensité ou du montant d'aide les plus élevés applicables à ces aides en vertu du règlement (art. 8). Le règlement n'exempte que les aides qui présentent un caractère incitatif (art. 6). Les mesures fiscales sont dépourvues d'effet incitatif lorsqu'elles instaurent un droit légal à des aides selon des critères objectifs et sans autre exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part de l'État membre et sont adoptées avant le début de la réalisation du projet ou de l'activité bénéficiant de l'aide.

L'exemption peut faire l'objet d'un retrait par la Commission lorsque l'État a accordé une aide présumée exemptée qui ne remplit pas les conditions du règlement 651-2014 (art. 10). Toutefois, une aide octroyée à une entreprise dans le respect du règlement général d'exemption ne saurait être révoquée au seul motif que cette entreprise a été soumise à une procédure collective d'insolvabilité postérieurement à la date à laquelle elle lui a été accordée.

II. Dérogation individuelle

Pour vérifier si une aide peut bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Ce dernier est toutefois doublement encadré. D'une part, l'aide doit être nécessaire pour atteindre l'un des objectifs visés par le texte. D'autre part, le contrôle de compatibilité

s'exerce non seulement compte tenu de l'intérêt de l'État dispensateur de l'aide, mais aussi de l'intérêt européen.

PLAN

Pour être compatible avec le marché intérieur :

- l'aide doit être nécessaire et proportionnée ;
- eu égard à l'intérêt de l'Union.

A. Nécessité/Proportionnalité**A RETENIR**

Pour être compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, une aide d'État doit à la fois être conforme à l'un des objectifs visés par ce texte mais aussi nécessaire pour l'atteindre. La compatibilité des aides d'État avec le marché intérieur constituant une dérogation à un principe d'interdiction, l'article 107 TFUE, paragraphe 3, fait l'objet d'une interprétation stricte : seules les aides présentant un caractère indispensable par rapport à ces objectifs sont compatibles.

Une aide qui aggrave, au plan européen, le problème de surcapacité dans le secteur de l'entreprise bénéficiaire ne peut être conforme aux dispositions de l'article 107 TFUE.

Le caractère nécessaire d'une aide dépend de sa nature incitative. Tel est le cas de l'aide à la restructuration qui incite de manière déterminante le bénéficiaire à la réalisation du plan de restructuration présenté ou de l'aide octroyée à un transporteur aérien au moment du démarrage d'une ligne qui n'aurait pas été ouverte sans soutien public, l'aide permettant le développement d'une activité rentable à terme. En revanche, une aide d'État demandée au démarrage d'un projet dans un pays présentant des risques pour les investissements est dénuée de caractère incitatif dès lors que des entreprises concurrentes ont pu y installer une unité de production sans solliciter aucune aide. Selon le Tribunal, le constat de l'antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution du projet d'investissement constitue un critère simple, pertinent et adéquat permettant à la Commission de présumer l'existence d'un effet incitatif.

Une aide est proportionnée lorsqu'elle est transparente, non discriminatoire, limitée en temps et ne couvre que les coûts de la phase de lancement du projet afin que l'entreprise devienne viable et ne soit pas maintenue artificiellement en activité. Ainsi, une aide au démarrage en vue du développement d'un aéroport ne doit bénéficier qu'aux compagnies aériennes réalisant l'objectif de développement recherché en termes de volume de passagers et ne doit compenser que les coûts additionnels de démarrage. Les subventions octroyées pour la construction et l'exploitation d'un pipeline, dans la mesure où les installations demeurent accessibles à tous les concurrents dans des conditions non discriminatoires, permettent la réalisation du projet en cause, dont le rendement des investissements serait à défaut trop faible, et demeurent limitées à un niveau qui ne permet d'atteindre qu'un taux de rendement interne normal, constituent une aide compatible.

Pour être proportionnée, l'aide doit être justifiée par une contrepartie suffisante. Il

s'ensuit que les aides au fonctionnement ne relèvent pas en principe du champ d'application de l'article 107 TFUE, paragraphe 3. En effet, contrairement à une aide à l'investissement, une aide au fonctionnement n'est pas liée à la réalisation d'un projet précis et légitime, telle que la restructuration d'une entreprise viable à long terme, mais vise à libérer une entreprise des coûts qu'elle-même aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante. Les aides au fonctionnement altèrent, par leur nature même, les conditions des échanges dans un sens contraire à l'intérêt commun et sont présumées incompatibles avec le marché intérieur.

Sont considérées comme des aides au fonctionnement incompatibles avec le marché intérieur les aides pour les campagnes de publicité, les études de marché et pour l'achat de matériel à louer, destinées au développement exclusivement commercial de l'entreprise bénéficiaire, la majoration de la réduction du paiement de cotisations sociales, sans contrepartie sociale ou économique, les mesures qui allègent les charges normales d'exploitation d'une entreprise, ou encore les aides destinées à diminuer l'état d'endettement de ses bénéficiaires. Une aide à l'investissement rétroactive octroyée sous la forme d'une subvention directe peut également caractériser une aide au fonctionnement lorsque le bénéficiaire potentiel, en réalisant les investissements sans attendre la clôture de la procédure de contrôle, a agi à ses risques et périls. De même, les aides qui ont pour objet de subventionner des prix de vente et le stockage ou la destruction d'une partie des récoltes et sont octroyées sur la base des prix et des quantités produites constituent des aides au fonctionnement incompatibles avec le marché intérieur dès lors qu'elles visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales.

La présomption d'incompatibilité de l'aide au fonctionnement n'est cependant pas irréfragable. Une telle mesure peut exceptionnellement remplir les conditions de compatibilité de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, lorsqu'elle est justifiée par sa contribution à l'un des objectifs visés et que son montant est proportionné aux handicaps auxquels elle vise à remédier.

B. Contexte européen

A RETENIR

L'appréciation de compatibilité, d'ordre économique et social, doit être effectuée, selon la Cour de justice, dans un contexte européen, en dépit du caractère éventuellement local ou régional des régimes d'aides. En effet, le contrôle ne se limite pas au seul intérêt de l'État qui octroie l'aide, mais concerne l'intérêt général de l'Union.

L'article 107 TFUE précise d'ailleurs au paragraphe 3 c) et d) que les aides ne doivent pas altérer les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union «dans une mesure contraire à l'intérêt commun». La Commission doit donc examiner l'impact de l'aide sur la concurrence et le commerce entre États membres et peut exiger un examen spécifique de compatibilité des aides individuelles allant au-delà de la constatation de l'existence d'une perturbation grave de l'économie de l'État membre concerné. Le bénéfice de la dérogation de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, peut toutefois être accordé à une aide produisant des effets positifs pour le développement d'un secteur dans un seul État membre

lorsqu'il est de l'intérêt de la Communauté qu'un secteur économique donné dispose dans un État membre d'une organisation et d'une structure efficaces.

III. Typologie

PLAN

Parmi les aides pouvant être déclarées compatibles, on distingue :

- les aides à finalité régionale ;
- les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ;
- les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt commun ;
- les aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ;
- les aides destinées à promouvoir la culture et la préservation du patrimoine.

A. Aides à finalité régionale

A RETENIR

Selon le règlement 651-2014, les aides à finalité régionale visent à améliorer la cohésion économique, sociale et territoriale des États membres et de l'Union dans son ensemble. Elles visent plus particulièrement à soutenir le développement des zones les plus défavorisées en encourageant l'investissement et la création d'emplois dans un contexte durable (Règl. 651-2014, cons. 31).

Les aides qui respectent la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale sont compatibles avec le marché intérieur et ne sont pas soumises à l'obligation de notification.

Des lignes directrices fixent les critères appliqués par la Commission pour apprécier la compatibilité des aides régionales sur une période limitée. Elles s'appliquent à tous les secteurs d'activité à l'exception de la pêche et de l'industrie charbonnière. Les aides régionales compatibles sont, en règle générale, accordées sous forme d'un régime multisectoriel dans le cadre d'une stratégie de développement régionale qui poursuit des objectifs clairement définis. La couverture de population totale des régions assistées dans l'Union doit être nettement inférieure à celle des régions qui ne le sont pas.

B. Aides destinées à faciliter le développement de certaines activités

PLAN

Parmi les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités, on distingue :

- les aides sectorielles ;
- les aides à finalité horizontale.

1. Aides sectorielles

A RETENIR

Les secteurs sensibles particulièrement vulnérables, en surcapacité structurelle, voire en déclin, font l'objet de règles spécifiques, afin de coordonner et orienter les interventions publiques.

Sous forme de directives ou de règlements, les textes suivent une trame commune : après avoir rappelé les caractéristiques essentielles de la réglementation européenne en matière d'aides d'État, et les spécificités du secteur au regard, notamment, d'une éventuelle politique commune, ils présentent les différents types d'aides admissibles et les conditions de leur octroi. D'une durée d'application limitée, ces textes sont prorogés, remplacés ou supprimés par les autorités européennes selon l'évolution du secteur.

2. Aides à finalité horizontale

PLAN

Les aides à finalité horizontale regroupent :

- les aides au sauvetage ;
- les aides à la restructuration ;
- les aides pour la protection de l'environnement ;
- les aides à l'emploi ;
- les aides aux PME ;
- les aides à la recherche, au développement et à l'innovation ;
- les aides à la formation.

a. Aides au sauvetage

A RETENIR

La disparition des entreprises dépourvues d'efficacité constitue une situation normale dans une économie de marché. Les aides d'État au sauvetage produisant d'importants effets de distorsion, le principe d'interdiction demeure la règle.

Toutefois, l'octroi d'aides au sauvetage d'entreprises en difficulté peut être considéré légitime sous certaines conditions fixées par les Lignes directrices du 31 juillet 2014. Les aides au sauvetage ont pour principal objectif de maintenir à flot l'entreprise en difficulté pendant le temps nécessaire à l'élaboration d'un plan de restructuration ou de liquidation. Elles doivent s'avérer nécessaires «pour corriger les disparités provoquées par les défaillances du marché ou pour assurer la cohésion économique et sociale». Les aides au sauvetage constituent des aides exceptionnelles de trésorerie sous forme de garanties de crédits ou de crédits. Elles sont temporaires et réversibles. Elles doivent être limitées dans le temps et strictement nécessaires pour maintenir l'entreprise en activité, justifiées par des raisons sociales graves et ne pas avoir d'effets induits négatifs inacceptables dans d'autres États membres. Selon le principe de non-récurrence, l'aide au sauvetage ne peut être accordée qu'une seule fois. Elle ne peut être répétée qu'à titre exceptionnel, notam-

ment lorsqu'il est raisonnablement permis de croire à la viabilité à long terme de l'entreprise après l'octroi de l'aide au sauvetage et que, à l'expiration d'un délai de cinq ans, elle est nécessaire en raison de circonstances imprévisibles, non imputables à l'entreprise.

b. Aides à la restructuration

A RETENIR

Une restructuration consiste en la réalisation d'«un plan réaliste, cohérent et de grande envergure, visant à rétablir la viabilité à long terme de l'entreprise». Elle doit régler non seulement les déficits de l'entreprise bénéficiaire, mais aussi les causes de ses pertes.

L'octroi d'une aide à la restructuration peut être justifié lorsqu'elle ne favorise pas seulement une entreprise mais une activité économique et que sa survie contribue au maintien d'une structure de marché concurrentielle. Tel est le cas lorsque le défaut d'octroi de l'aide risque d'entraîner la disparition de l'entreprise bénéficiaire et l'apparition d'oligopoles encore plus étroits ou lorsque l'aide est accordée à l'une des trois plus grandes compagnies aériennes européennes. En revanche, une aide à l'investissement destinée à faciliter l'acquisition d'une entreprise existante, et non à créer de nouveaux sites de production ou des emplois, et qui n'a pas de justification sectorielle européenne ne remplit pas les conditions de compatibilité avec le marché intérieur.

Aux termes des lignes directrices, les aides à la restructuration ne doivent être autorisées que si les avantages de la survie de l'entreprise compensent les distorsions de concurrence qu'elle entraîne et si les mesures favorisent l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, l'expansion des petits concurrents existants ou l'activité transfrontière. Le texte pose des conditions d'autorisation qui doivent être cumulativement réunies. En exigeant que l'aide ne bénéficie qu'à des entreprises existantes, les lignes directrices excluent les entreprises nouvellement créées, pendant leurs trois premières années d'activité dans le secteur concerné ou les sociétés appartenant à un groupe, sauf si les difficultés de la société mère l'empêchent de soutenir sa filiale. L'aide doit inciter l'entreprise à entreprendre les mesures de redressement nécessaires. Même si l'aide est notifiée postérieurement à l'engagement des coûts afférents aux travaux d'étude et de développement, elle ne perd pas son caractère incitatif dès lors que la forme et la nature précises des communications et actes émanant des autorités nationales compétentes, ainsi que l'urgence tenant à la situation économique du bénéficiaire, permettent d'en déduire un comportement déterminé par l'assurance de son octroi.

Les aides à la restructuration ne peuvent, selon le principe de l'aide unique («one time, last time»), être octroyées qu'une seule fois. La répétition de l'aide révèle l'inefficacité de celle-ci et aggrave la distorsion de concurrence. Aussi l'État membre dispensateur de l'aide est-il tenu de préciser si l'entreprise bénéficiaire a déjà bénéficié dans le passé d'une telle aide. Les lignes directrices imposent que dix ans se soient écoulés depuis que la période de restructuration a pris fin ou depuis que la mise en œuvre du plan a cessé (selon l'événement survenu en dernier) pour autoriser l'octroi d'une nouvelle aide.

L'octroi d'une aide à la restructuration d'une entreprise en difficulté doit se faire dans une mesure qui n'est pas contraire à l'intérêt commun de l'Union. Les mesures étatiques doivent être nécessaires et proportionnées. Des mesures compensatoires, adé-

quates et suffisantes, doivent être prises afin d'atténuer, autant que possible, les conséquences défavorables de l'aide pour les concurrents. Elles prennent la forme de mesures structurelles et comportementales. La vente d'une succursale de production rentable, qui permettra aux concurrents potentiels du bénéficiaire d'une aide à la restructuration d'acquérir une partie structurée de ses capacités de production, des réductions légères de capacité lorsque des conditions plus strictes compromettraient la viabilité à long terme de l'entreprise, ou les mesures proposées dans le cadre de l'opération de fusion entre l'acheteur et l'entreprise privatisée, bénéficiaire de l'aide, constituent des mesures structurelles compensatoires. Le caractère proportionné des mesures dépend de la taille et du poids relatif de l'entreprise sur le marché concerné. Celles-ci ne sont donc pas nécessaires lorsque la part de marché du bénéficiaire dans l'Union européenne est inférieure à 1 % ou en l'absence de surcapacité structurelle de production sur le marché concerné.

Selon les lignes directrices, «le montant et l'intensité des aides à la restructuration doivent être limités au **strict minimum nécessaire** pour permettre la réalisation de la restructuration en fonction des disponibilités financières du bénéficiaire, de ses actionnaires ou du groupe auquel il appartient». En application de ce principe, la Commission peut interdire à la banque bénéficiaire de l'aide de contrôler plus de 5 % du capital de n'importe quelle entreprise sans limiter cette interdiction aux seuls concurrents. L'entreprise bénéficiaire doit contribuer au financement du plan et en supporter une partie appropriée. Tel est le cas lorsqu'elle participe pour plus d'un tiers aux coûts de la restructuration au moyen de ses ressources propres ou à concurrence de 43,4 % compte tenu notamment du nombre d'emplois concernés, de l'importance des réductions de capacité, de la nécessité de préserver la viabilité de l'activité et de l'absence d'aides futures. En revanche, un régime d'aide à la restructuration n'est pas compatible lorsque la participation des bénéficiaires à leur restructuration n'est pas suffisante, notamment lorsque le repreneur privé n'apporte que 12 % des fonds. De même, des prêts ou des reports de paiement à court terme qui n'ont aucun lien avec le financement des frais de restructuration, ou un amortissement qui ne confère pas de ressources disponibles et dépend des activités futures qui résulteront de l'aide octroyée ne peuvent être considérés comme la contribution du bénéficiaire sur ses fonds propres ou par le biais d'investissements étrangers.

L'aide se traduit nécessairement par la mise en œuvre d'un **plan de restructuration**, dont la durée doit être la plus courte possible, pour permettre le retour à la viabilité à long terme de l'entreprise bénéficiaire dans un délai raisonnable. Le plan de restructuration soumis à la Commission par l'État membre doit être particulièrement détaillé et rigoureux, et contenir des données précises et fiables. Lorsque, dans le cadre de la mesure, l'État membre prend des engagements, il lui appartient de s'assurer qu'ils sont conformes à sa législation nationale et d'apprécier, le cas échéant, s'il convient d'engager, en accord avec ses procédures constitutionnelles, un processus d'adaptation de celle-ci. En outre, le plan doit être réaliste sur les conditions d'exploitation futures de l'entreprise. Tel n'est pas le cas lorsque les mesures internes sur lesquelles ce retour est censé être principalement fondé ne sont pas suffisamment certaines ou lorsqu'il s'appuie sur des prévisions irréalistes et que la réussite de l'opération, qui dépend du montant des ressources affectées et de la rapidité de mise à disposition des fonds, est compromise par un manque de moyens des acquéreurs. La disproportion entre les bénéfices attendus du programme de

redressement destiné à permettre à l'entreprise bénéficiaire d'honorer les commandes en cours et l'ampleur des dettes existantes permet de conclure à l'impossibilité d'un retour à la rentabilité.

La Commission peut en outre imposer les **conditions et obligations** qu'elle juge nécessaires, telles que l'obligation pour l'État de prendre des mesures - d'ouverture de marché, par exemple -, d'imposer certaines obligations à l'entreprise bénéficiaire, ou de ne pas octroyer d'aides poursuivant d'autres objectifs durant le plan de restructuration.

Le plan de restructuration doit être mis en œuvre intégralement par l'entreprise bénéficiaire, qui doit également exécuter les obligations contenues dans la décision d'autorisation de la Commission. Toute inexécution caractérise une application abusive de l'aide et ouvre un recours sur le fondement de l'article 108 TFUE, paragraphe 2, alinéa 2. L'échéance de la période de restructuration fixée par la Commission a pour terme, au-delà de la période de versement des aides, le moment où l'entreprise devrait avoir retrouvé un niveau de fonds propres suffisant. Lorsque les restructurations s'étalent sur plusieurs années et concernent des montants importants, la Commission peut exiger un versement par tranches, chaque tranche étant soumise soit à la confirmation préalable de la bonne mise œuvre du plan, soit à l'autorisation préalable de la Commission après vérification de la bonne mise en œuvre du plan.

Pour s'assurer de la bonne exécution du plan de restructuration, la Commission peut exiger la remise de **rapports détaillés** de manière régulière. Des modifications du plan peuvent être demandées, en cours d'exécution, par l'État membre à la Commission. Si le plan révisé n'est pas soumis à la Commission, celle-ci peut imposer à l'État membre, sur le fondement de l'article 108 TFUE, paragraphe 2, de supprimer ou modifier l'aide dans le délai qu'elle détermine.

c. Aides pour la protection de l'environnement

À RETENIR

Les États membres peuvent, pour rechercher un niveau supérieur de protection de l'environnement, recourir aux aides d'État comme incitation positive. L'aide doit amener le bénéficiaire à changer son comportement afin de parvenir effectivement à un niveau de protection plus élevé.

Le contrôle des aides d'État en matière d'environnement a ainsi pour objectif de garantir que les mesures étatiques engendrent un niveau de protection supérieur à celui qui serait atteint sans l'aide. Les aides d'État pour la protection de l'environnement doivent tendre, par la mise en œuvre du principe pollueur/payeur (PPP), à corriger les effets préjudiciables de l'activité économique sur l'environnement. Elles sont régies par les articles 36 et suivants du règlement d'exemption 651-2014. Les aides pour la protection de l'environnement qui permettent aux entreprises d'aller au-delà des normes européennes ou d'accroître le niveau de protection de l'environnement en l'absence de telles normes sont compatibles avec le marché intérieur et dispensées de l'obligation de notification. L'intensité de l'aide ne doit pas excéder 40 % des coûts admissibles, mais peut être majorée de 20 points pour les petites entreprises et de 10 points pour les moyennes.

d. Aides à l'emploi

A RETENIR

Les aides au maintien de l'emploi, en principe interdites dans la mesure où elles s'apparentent à des aides au fonctionnement, peuvent, selon le juge européen, être autorisées dans des cas exceptionnels si elles concernent des régions remplissant certains critères déterminés, et sont dégressives et limitées dans le temps.

Le règlement d'exemption 800-2008 exemptait les aides à l'emploi dès lors qu'elles étaient accordées à une PME et concernaient soit des emplois directement créés par un projet d'investissement ou dans le cadre d'une aide régionale, soit des travailleurs défavorisés et handicapés, sous réserve de ne pas être supérieures à 10 millions d'euro par entreprise et par an. Le règlement 651-2014 traite les premières de manière différente en incluant les coûts liés à la création d'emploi dans les coûts admissibles tant pour les aides à l'investissement à finalité régionale, chaque emploi créé dans la zone considérée devant être maintenu pendant une période minimale de cinq ans - trois ans dans le cas d'une PME - (art. 14), que pour les aides à l'investissement en faveur des PME, dans le cadre desquelles les emplois doivent être créés dans un délai de trois ans à compter de l'achèvement de l'investissement, le nombre de salariés dans l'entreprise croître nettement dans l'année suivante, et les emplois être maintenus pendant au moins trois ans (art. 17).

e. Aides aux PME

Les petites et moyennes entreprises (PME) peuvent bénéficier d'aides d'État car elles participent activement à la vie économique, créent des emplois et assurent un rôle prépondérant en termes de stabilité sociale et de dynamisme économique. Pour tenir compte des handicaps auxquels elles sont soumises et des différences qui existent entre elles, des intensités d'aide de base et des primes différentes peuvent s'appliquer.

f. Aides à la recherche, au développement et à l'innovation

Selon l'article 179 TFUE, la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation (RDI) constitue un objectif d'intérêt commun, car elle renforce les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de l'Union, et favorise le développement de sa compétitivité internationale. En outre, les aides à la recherche, au développement et à l'innovation peuvent contribuer à la croissance économique, au renforcement de la compétitivité et à l'augmentation de l'emploi. Les aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation qui poursuivent ces objectifs sont donc compatibles avec le marché intérieur et relèvent du règlement d'exemption 651-2014.

g. Aides à la formation

La promotion de la formation constitue un objectif essentiel de la politique économique et sociale de l'Union et de celle de ses États membres. Les aides à la formation produisent des effets bénéfiques dès lors que la formation augmente le nombre de travailleurs qualifiés, améliore la compétitivité de l'industrie européenne et joue un rôle important dans les stratégies européennes pour l'emploi. Seules sont autorisées les aides à la formation qui ne concernent pas des actions que les entreprises entreprennent pour se conformer aux normes nationales obligatoires en matière de formation (Règl. 651-2014, art. 31).

C. Aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun

Contrairement aux aides sectorielles ou à finalité régionale, les aides pouvant être considérées compatibles avec le marché intérieur énoncées à l'article 107 TFUE, paragraphe 3, b), sont très rarement invoquées devant le juge européen. Elles visent deux objectifs bien distincts : aider à la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre.

Un projet ne peut être qualifié de projet important d'intérêt européen, au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, b), que lorsqu'il fait partie d'un programme transnational européen soutenu conjointement par différents gouvernements d'États membres ou lorsqu'il relève d'une action concertée entre eux en vue de lutter contre une menace commune, comme la pollution de l'environnement. Tel n'est pas le cas du projet destiné à l'utilisation d'une technologie nouvelle lorsque les produits concernés sont vendus sur un marché excédentaire ou d'un régime d'aides fiscales visant à renforcer le système bancaire italien dans la mesure où il avantage principalement les opérateurs économiques de cet État membre et non l'Union européenne dans son ensemble.

D. Aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre

La perturbation visée à l'article 107 TFUE, paragraphe 3 point b), doit affecter l'économie d'un État membre, et pas seulement celle d'une de ses régions ou parties de territoire. Ainsi, la réunification, qui a des répercussions défavorables sur l'économie allemande, ne constitue pas en soi un motif d'application de la dérogation prévue à l'article 107 TFUE, paragraphe 3, point b).

L'article 107 TFUE, paragraphe 3, point b, a connu une nouvelle vie avec la crise financière de l'automne 2008 en permettant à la Commission de tempérer ses exigences en matière du contrôle des aides d'État afin d'assurer la relance économique sans être obligée de recourir aux règles plus strictes applicables aux aides destinées aux entreprises en difficulté. Elle a adopté une série de textes destinés à fixer les orientations sur le traitement des mesures étatiques dans le secteur financier en vue notamment de sauver les actifs dépréciés et de recapitaliser les établissements financiers en difficulté.

E. Aides destinées à promouvoir la culture et la préservation du patrimoine

Cette catégorie d'aides a été introduite à l'alinéa d) de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, lors de l'adoption du Traité de Maastricht. La dérogation ne peut être appliquée aux aides illégalement versées avant son entrée en vigueur le 1er novembre 1993.

SECTION 3

Aides destinées à financer un service d'intérêt économique général

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le domaine des aides destinées à financer un service d'intérêt économique général ;
- les conditions jurisprudentielles de la dérogation ;
- les conditions fixées par la Commission dans le paquet Almunia.

I. Domaine

A RETENIR

Depuis l'arrêt Altmark, les sommes versées par un État membre à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) pour compenser le surcoût des obligations qui en découlent ne constituent pas des aides d'État. Lorsque l'une des conditions requises par l'arrêt Altmark fait défaut, l'application de la règle de concurrence posée à l'article 107 TFUE ne doit toutefois pas constituer un obstacle à l'accomplissement de la mission particulière des entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, au sens de l'article 106 TFUE, paragraphe 2. Les conditions de l'arrêt Altmark, qui ont pour seul et unique objet de qualifier une mesure d'aide d'État, doivent être clairement distinguées des conditions d'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, dont l'objet est de vérifier la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur. En d'autres termes, le contrôle du respect des conditions de la jurisprudence Altmark, qui intervient en amont, constitue un préalable, le cas échéant, à la question consistant à vérifier si une aide incompatible est néanmoins nécessaire à l'accomplissement de la mission impartie au bénéficiaire de la mesure en cause au titre de l'article 106, paragraphe 2.

Il n'y a ainsi plus lieu de faire application de la jurisprudence Altmark lorsque la Commission, après avoir constaté qu'une mesure devait être qualifiée d'aide, notamment, parce que l'entreprise bénéficiaire n'est pas en mesure de passer le test de la comparaison avec une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, examine si cette aide est susceptible d'être justifiée au titre de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Selon l'article 106, paragraphe 2, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles de concurrence, dès lors que leur application ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de leur mission. Une aide d'État destinée à compenser des coûts supportés par une entreprise pour la prestation d'un service d'intérêt économique général est, selon la Commission, compatible avec le marché intérieur, en application de l'article 106 TFUE, si le service public en cause est clairement défini par l'État membre comme service d'intérêt économique général, si l'entreprise est officiellement chargée de la fourniture de ce service et si le financement de l'État n'excède pas le coût net du service public, compte tenu des autres recettes directes ou indirectes en résultant. Concernant

cette exigence de proportionnalité, les coûts dont il convient de tenir compte sont les coûts réels du SIEG, tels qu'ils sont, et non tels qu'ils auraient pu ou dû être, sur la base de critères de calcul objectifs et transparents, fondés sur l'exemple d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, comme le requiert l'application du critère de proportionnalité dans le cadre de l'arrêt Altmark. Par ailleurs, selon le juge de l'Union, si l'appréciation de l'existence d'une défaillance du marché constitue un préalable à la qualification d'une activité de SIEG et, par conséquent, à la constatation de l'absence d'aide d'État, la preuve d'une telle défaillance ne constitue pas un élément indispensable pour déclarer une aide d'État compatible avec le marché intérieur. L'appréciation de la défaillance de marché s'effectue au moment où le SIEG est institué et doit comporter une analyse prospective de la situation du marché pour toute la durée d'application du SIEG, pendant laquelle l'échec de marché doit également être vérifié. En outre, la marge d'appréciation des États membres pour configurer leurs SIEG ne peut s'exercer d'une façon qui donne lieu à une violation du principe d'égalité de traitement.

II. Conditions de licéité

Le service d'intérêt économique général (SIEG) doit être réel. En dehors des secteurs faisant l'objet d'une réglementation européenne, les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir les services susceptibles d'être qualifiés d'intérêt économique général. La définition d'un service public de radiodiffusion comprenant toutes les activités de programmation du concessionnaire est suffisamment claire et précise, même si, en raison de la nature spécifique du secteur de la radiodiffusion, la mission principale de service public confiée à un radiodiffuseur consistant à fournir une programmation équilibrée et variée, et qui lui permet de diffuser des programmes sportifs dans la limite de 10 % du temps de diffusion total, est largement définie. **La mission particulière confiée à l'entreprise doit être formalisée dans un ou plusieurs actes officiels.** Il doit s'agir d'un acte de puissance publique qui investit un ou plusieurs opérateurs d'une mission de SIEG présentant un caractère universel et obligatoire, l'État devant indiquer les raisons pour lesquelles ce service mérite, de par son caractère spécifique, d'être qualifié de SIEG et distingué d'autres activités économiques. Il n'est pas nécessaire que cet acte soit individuel lorsque l'État membre ne prévoit pas de droits exclusifs ou spéciaux, mais confie des obligations de service public à tous les opérateurs actifs sur le marché.

Le montant de la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu des recettes et du bénéfice raisonnable résultant de l'exécution de ces obligations. Autrement dit, la compensation doit être proportionnelle au coût net de l'activité de service public et ne pas excéder les surcoûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public. Le calcul de la compensation doit être fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables. Si l'efficacité économique d'une entreprise chargée d'un service public dans l'exécution de ce dernier doit être prise en considération pour qualifier d'aide d'État une compensation de service public, elle est dépourvue de pertinence pour apprécier la compatibilité d'une telle compensation avec le marché intérieur à la lumière de l'article 106, paragraphe 2, TFUE dans la mesure où il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article 106, paragraphe 2,

TFUE soient remplies, que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service public soient menacés.

III. Du Paquet «Altmark» au Paquet «Almunia»

Après avoir fixé les conditions d'octroi d'une aide destinée à financer un service d'intérêt économique général dans une décision destinée aux États membres et un encadrement, la Commission a substitué à ce paquet dit «Altmark» le paquet «Almunia» qui révisé les règles concernant les compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général. La décision 2012-21 du 20 décembre 2011, qui reprend dans les grandes lignes les conditions fixées par la décision de 2005, revoit à la baisse le seuil de notification préalable, qui passe de 30 à 15 millions d'euro par an. Lorsque l'aide dépasse ce seuil, elle doit être appréciée dans le cadre de l'encadrement 2012-C 8-03, qui s'applique aux compensations n'entrant pas dans le champ d'application de la décision.

A RETENIR

Selon la décision 2012-21, les compensations de service public d'un montant annuel inférieur à 15 millions d'euro, ainsi que celles octroyées notamment aux hôpitaux fournissant des soins médicaux ou aux services répondant à des besoins sociaux, sont compatibles avec le marché intérieur en application de l'article 106 TFUE, paragraphe 2, et exemptées de l'obligation de notification préalable prévue à l'article 108 lorsque plusieurs conditions sont réunies :

- un acte doit préciser les obligations de service public et les modalités de calcul de la compensation ;
- le montant de la compensation doit être proportionné aux coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; il comprend tous les avantages accordés par l'État ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit ;
- les États doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas de surcompensation.

L'Encadrement 2012-C 8-03, qui se substitue à l'encadrement 2005-C 297-04, précise que des aides d'État peuvent être déclarées compatibles avec l'article 106, paragraphe 2, si elles sont nécessaires au fonctionnement du service public d'intérêt économique général concerné et n'affectent pas dans une mesure contraire aux intérêts de l'Union le développement des échanges. L'aide doit concerner un véritable service d'intérêt général, au sens de l'article 106, paragraphe 2. Il est nécessaire d'établir un mandat qui précise les obligations de service public et les méthodes de calcul de la compensation. La durée du mandat ne doit pas excéder la période nécessaire à l'amortissement comptable des principaux actifs indispensables à la prestation du SIEG. L'aide doit respecter les règles fixées par la directive 2006-111 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, ainsi que celles applicables aux marchés publics. Lorsque le SIEG est confié à plusieurs entreprises, la compensation doit être calculée de la même manière pour chacune d'elles. Le montant de la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir le coût net de l'exécution des obligations de service public, compte tenu d'un bénéfice raisonnable.

CHAPITRE III Procédure de contrôle

SECTION 1

Compétence

I. Autorités européennes

II. Autorités et juridictions nationales

SECTION 2

Déroulement du contrôle

I. Aides existantes

- A. Notion
- B. Examen permanent

II. Aides nouvelles

- A. Notion
- B. Obligation de notification préalable
- C. Examen préliminaire
- D. Ouverture d'une procédure formelle d'examen

SECTION 3

Décision de la Commission

I. Décision positive

II. Décision négative

- A. Obligation de récupération
- B. Obligation d'exécution de l'État membre
- C. Obligation de restitution du bénéficiaire

SECTION 4

Voies de recours

I. Recours en annulation

- A. Conditions de recevabilité
- B. Pouvoirs du juge européen
- C. Délai de recours

II. Sursis à exécution

CHAPITRE III Procédure de contrôle

L'article 108 TFUE définit la procédure de contrôle des aides d'État en distinguant selon que l'aide est existante ou nouvelle. Les aides existantes sont soumises à un examen permanent ; les aides nouvelles sont soumises à une obligation de notification à la Commission. Les dispositions du Traité sont complétées par un règlement de procédure, le règlement 2015-1589 du 13 juillet 2015, qui, tout en reprenant la classification de l'article 108 TFUE, la complète en distinguant selon que l'aide est existante, notifiée, illégale ou abusive.

La Commission a prévu, dans son plan d'action dans le domaine des aides d'État, une modernisation de la procédure de contrôle devant permettre de réduire le délai de traitement des affaires. Le règlement général d'exemption du 7 juillet 2008, puis le règlement 651-2014 du 17 juin 2014, qui l'abroge et le remplace, s'inscrivent dans ce cadre en dispensant de l'obligation de notification préalable les aides nouvelles qui remplissent les critères d'exemption qu'il pose.

PLAN

Nous examinerons successivement les règles qui régissent :

- la compétence ;
- le déroulement du contrôle ;
- la décision de la Commission ;
- les voies de recours.

SECTION 1

Compétence

PLAN

La compétence est partagée entre :

- autorités européennes ;
- autorités et juridictions nationales.

I. Autorités européennes

A RETENIR

La Commission est chargée de procéder, avec les États membres, à l'examen permanent des régimes d'aides existants (art. 108 TFUE, paragr. 1). Elle doit, par ailleurs, être informée de tout projet tendant à instituer ou modifier des aides. L'appréciation de la compatibilité d'une mesure d'aide avec le marché intérieur relève de la compétence exclusive de la Commission, qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décision.

Elle n'est ainsi pas obligée d'ordonner la suspension d'une aide instituée ou modifiée sans avoir été notifiée. La compétence de la Commission est limitée par celle des juridictions nationales, qui ont compétence exclusive pour ordonner la restitution d'une aide

illégal pour non-respect de l'article 108 TFUE, paragraphe 3, en raison de l'effet direct de l'interdiction. En revanche, la Cour de justice saisie d'une question préjudicielle n'a pas compétence pour examiner la compatibilité d'une aide.

Le Conseil de l'Union, qui dispose d'un pouvoir résiduel, peut décider à l'unanimité qu'une aide instituée ou à instituer par un État est compatible avec le marché intérieur même si les conditions de l'article 107 TFUE ou des règlements prévus à l'article 109 TFUE ne sont pas réunies dès lors que des circonstances exceptionnelles le justifient (art. 108 TFUE, paragr. 2, al. 3). Ce pouvoir revêt un caractère exceptionnel par rapport à celui de la Commission et doit être interprété strictement. En cas de saisine du Conseil, la procédure suivie devant la Commission est suspendue. Celle-ci retrouve sa compétence exclusive lorsque le Conseil n'a pas pris position dans le délai de trois mois à compter de la demande. Une fois la procédure close, le Conseil est incompétent pour connaître de la demande d'un État membre.

Le Conseil de l'Union européenne ne peut user de ses pouvoirs exceptionnels pour apprécier la compatibilité avec le marché intérieur d'une aide d'État destinée à compenser les effets d'une aide illégale. Par ailleurs, le pouvoir que confère l'article 109 TFUE au Conseil de prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 TFUE n'empêche pas la Commission d'adopter les actes nécessaires à l'accomplissement de son devoir de surveillance.

II. Autorités et juridictions nationales

Il n'appartient pas aux autorités nationales dans le cadre de leur compétence d'attribution de connaître de la compatibilité des aides d'État, qui relève de la compétence exclusive de la Commission.

Les règles de procédure fixées à l'article 108 TFUE, paragraphe 3, relatives à l'obligation d'informer préalablement la Commission des projets tendant à instituer ou à modifier des aides nouvelles sont d'effet direct et peuvent être invoquées devant le juge national, qui n'est pas tenu de surseoir à statuer ou de se déclarer incompétent lorsque la Commission, parallèlement saisie, n'a pas encore statué sur la qualification de la mesure étatique. Les juridictions nationales sont en effet tenues de sauvegarder les droits du justiciable qui découlent des dispositions du Traité. Elles ont ainsi l'obligation de remédier aux effets de l'illégalité d'une aide mise à exécution avant la décision finale de compatibilité ou de laisser inappliquée une disposition nationale relative au principe de l'autorité de la chose jugée qui empêche de récupérer une aide d'État illégale qui a fait l'objet d'une décision d'incompatibilité devenue définitive.

À RETENIR

Si l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aide avec le marché intérieur relève de la compétence exclusive de la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice, les juridictions nationales peuvent intervenir afin d'interpréter et appliquer la notion d'aide en vue de déterminer si une mesure étatique instaurée sans tenir compte de la procédure préalable de contrôle de l'article 108 TFUE, paragraphe 3, doit ou non y être soumise.

Elles ne peuvent, en revanche, sans mettre en échec l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, estimer qu'une mesure ne constitue pas une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, et, partant, refuser de suspendre son exécution, lorsque la Commission a constaté, dans sa décision d'ouverture de la procédure formelle, que cette mesure est susceptible de présenter des éléments d'aide. Par ailleurs, le contentieux relatif à la récupération de l'aide, notamment au regard des constatations factuelles contenues dans la décision ou de la quantification exacte de l'avantage réel devant être récupéré, relève de la compétence du juge national. Il peut notamment suspendre une décision de récupération lorsqu'il a des doutes sérieux sur sa validité, à condition qu'il y ait urgence, qu'il prenne en compte l'intérêt de l'Union et que dans l'appréciation de ces conditions, il respecte les décisions de la Cour et du Tribunal statuant sur la légalité de cet acte ou une ordonnance de référé visant à l'octroi, au niveau européen, de mesures provisoires similaires. Le juge national ne peut toutefois pas, pour supprimer les effets d'une aide non notifiée, ordonner le remboursement partiel d'une taxe si cette décision conduit à élargir le cercle des bénéficiaires de l'aide. Lorsque la juridiction nationale éprouve des doutes sur le caractère d'aide d'État de la mesure nationale ou sur la validité ou l'interprétation de la décision ouvrant la procédure formelle, elle peut demander à la Commission des éclaircissements ou poser une question préjudicielle à la Cour.

A RETENIR

Dans sa communication relative à l'application de la législation sur les aides d'État par les juridictions nationales, la Commission précise que celles-ci peuvent non seulement empêcher le versement de l'aide illégale et ordonner sa récupération, qu'elle soit compatible ou non, mais également ordonner le versement d'intérêts au titre de la période d'illégalité, accorder des dommages et intérêts aux entreprises concurrentes et aux autres tiers et ordonner des mesures provisoires.

Le pouvoir de contrôle du juge national demeure cependant limité. Il est tenu de faire droit à la demande de restitution des aides non notifiées à moins que, en raison de circonstances exceptionnelles, celle-ci soit inappropriée. Il ne peut, de même, surseoir à l'exécution d'une injonction de récupération et prendre une mesure provisoire qu'en présence de doutes sérieux sur la validité de l'acte européen, s'il y a urgence pour éviter un préjudice grave et irréparable et compte tenu de l'intérêt de l'Union. Enfin, la juridiction nationale a uniquement la possibilité d'apprécier la réunion des conditions d'exemption lorsqu'elle est saisie de l'applicabilité d'un règlement d'exemption par catégorie ou d'un régime d'aides existant ou autorisé.

SECTION 2**Déroulement du contrôle****PLAN**

Le contrôle des aides d'État obéit à des modalités différentes selon qu'il concerne :

- des aides existantes ;
- des aides nouvelles.

I. Aides existantes

A. Notion

A RETENIR

L'aide existante se définit, aux termes de l'article 1er du règlement procédure, comme toute aide (i) en vigueur au moment de l'adhésion de l'État membre à l'Union européenne, (ii) autorisée par la Commission ou le Conseil, (iii) réputée autorisée ou (iv) réputée existante, ainsi que toute aide, qui, à sa mise en œuvre, ne constituait pas une aide, mais l'est devenue à la suite de l'évolution du marché intérieur.

Il en est de même de l'aide qui constitue l'application rigoureuse et prévisible des conditions fixées dans la décision d'approbation du régime général. La Commission ne peut ouvrir la procédure d'examen contradictoire et ordonner la suspension d'une aide existante sur de simples doutes quant à sa conformité. Une aide nouvelle notifiée acquiert enfin la qualité d'aide existante lorsque la Commission a notifié tardivement sa décision.

B. Examen permanent

A RETENIR

Selon l'article 108 TFUE, paragraphe 1, les régimes d'aide existants font l'objet d'un examen permanent de la Commission, qui peut proposer aux États membres les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur.

La nécessité impérieuse de maintenir une concurrence non faussée dans le secteur ne peut justifier le non-respect par la Commission de la procédure prévue à l'article 108 TFUE, paragraphe 1.

L'examen a lieu en coopération avec l'État membre qui doit fournir à la Commission tous les renseignements nécessaires au contrôle (Règl. 2015-1589, art. 21). Lorsque la Commission constate qu'un régime d'aides existant n'est pas ou plus compatible avec le marché intérieur, elle en informe l'État concerné, qui doit présenter ses observations dans un délai d'un mois. Si, au vu de celles-ci, la Commission se prononce en faveur de l'incompatibilité du régime en cause, elle adresse à l'État membre une recommandation qui propose notamment soit de modifier sur le fond le régime d'aides en question, soit d'introduire un certain nombre d'exigences procédurales, soit de supprimer le régime d'aides (Règl. 2015-1589, art. 22). Toutefois, le non-respect d'une condition imposée au moment de l'approbation d'un régime d'aides existant ne saurait entraîner *ipso facto* la «requalification» de cette mesure en aide nouvelle, ni permettre de la considérer comme illégale ab initio et d'en ordonner la récupération, comme s'il s'agissait d'une aide illégalement mise à exécution, et non d'une aide préalablement autorisée. La durée d'une recommandation est nécessairement limitée, la Commission devant conserver la possibilité de procéder au réexamen de l'utilité et de la portée de la mesure pour tenir compte de l'évolution du marché. L'État membre qui accepte les mesures proposées par la Commission s'oblige à les mettre en œuvre. En cas de refus des mesures utiles, la Commission ouvre une procédure d'examen préliminaire d'aide nouvelle (Règl. 2015-1589, art. 23).

Si les mesures utiles proposées par la Commission aux États membres, au titre de l'article 108 TFUE, paragraphe 1, ne s'imposent à eux que s'ils y ont consenti, elles peuvent néanmoins servir de cadre d'appréciation lors de l'examen des aides notifiées. La Commission peut, in fine, adopter une décision d'incompatibilité. En vertu du principe de sécurité juridique, une telle décision imposant la suppression ou la modification de l'aide existante ne sera valable que pour l'avenir.

II. Aides nouvelles

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- la notion d'aide nouvelle ;
- l'obligation de notification préalable ;
- l'examen préliminaire ;
- les conditions d'ouverture de la procédure formelle d'examen.

A. Notion

A RETENIR

Le règlement procédure définit, en son article 1er, de façon négative l'aide nouvelle comme toute aide, c'est-à-dire tout régime d'aides ou toute aide individuelle, qui n'est pas une aide existante. Une aide peut être qualifiée d'existante, soit lorsqu'elle a été accordée avant l'entrée en vigueur du Traité dans l'État membre concerné, qu'elle demeure applicable après cette date et qu'elle n'a pas été modifiée postérieurement, soit lorsqu'elle a été accordée après l'entrée en vigueur du Traité dans l'État membre concerné, mais que le délai de prescription de dix ans, prévu à l'article 17, paragraphe 3, du règlement 2015-1589, a expiré.

La modification d'un aide existante peut constituer une aide nouvelle, à condition d'être substantielle. Selon la Cour, la prolongation de la durée de validité d'une aide d'État existante doit être considérée comme la modification de cette aide et comme une aide nouvelle, même si cette modification résulte d'une ordonnance du juge des référés. La création d'une aide nouvelle ou la modification d'une aide existante doit être appréciée par référence aux dispositions qui la prévoient, à leurs modalités et à leurs limites, de sorte que seule une modification qui affecte le régime initial de l'aide dans sa substance même le transforme en une aide nouvelle. Tel est le cas des modifications apportées à un régime d'aide existant qui ne sont pas purement formelles et administratives, mais sont susceptibles d'influencer l'appréciation de la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur, telles que la simplification de la procédure d'octroi de l'aide et l'élargissement des critères d'obtention ou l'augmentation de la dotation initiale. Lorsque la modification ne concerne que le nombre de bénéficiaires sans modifier substantiellement le régime initial d'aide, seule cette extension détachable est susceptible d'être qualifiée d'aide nouvelle. L'aide individuelle accordée dans le cadre d'un régime général, alors qu'elle n'est pas couverte par ce dernier, constitue également une aide nouvelle.

A RETENIR

La qualification d'aide nouvelle présente un intérêt majeur tant pour l'État dispensateur que pour le bénéficiaire, car seule l'aide nouvelle est soumise à l'obligation de notification préalable avec l'effet suspensif qui en résulte dans l'attente de la décision de la Commission.

La Cour a précisé que le juge national saisi d'un litige portant sur un contrat est tenu, même lorsqu'il statue en référé, de notifier à la Commission, toutes les mesures qui affectent l'interprétation et l'exécution dudit contrat qui peuvent avoir des incidences sur le fonctionnement du marché intérieur, sur le jeu de la concurrence ou simplement sur la durée effective, pendant une période déterminée, d'aides qui demeurent existantes. Une aide nouvelle notifiée est réputée autorisée, et donc existante, lorsque à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de sa réception ou de la réception de toute information additionnelle réclamée, ou dans un autre délai établi d'un commun accord entre l'État membre et la Commission, celle-ci ne prend aucune décision.

Le règlement procédure introduit par rapport à l'article 108 TFUE deux nouvelles catégories d'aide. La notion d'aide illégale concerne toute aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Il s'agit soit d'une aide nouvelle mise à exécution sans avoir été préalablement notifiée, soit d'une aide notifiée mais mise à exécution avant d'avoir été autorisée ou réputée telle. La Cour de justice dénie au bénéficiaire d'une aide octroyée en violation de l'obligation de notification préalable la possibilité d'exercer des voies de recours. L'aide illégale fait l'objet de dispositions spécifiques du règlement de procédure qui confèrent des pouvoirs supplémentaires à la Commission (Règl. 2015-1589, art. 12 à 17). La procédure de contrôle des aides nouvelles trouve à s'appliquer *mutatis mutandis*. L'action de la Commission se prescrit dans un délai de dix ans (Règl. 2015-1589, art. 17). Ainsi, une aide illégale car mise à exécution avant que la procédure ait abouti à une décision finale ne peut être examinée si elle a été accordée plus de dix ans avant que la Commission ne prenne une mesure la concernant.

Les aides mises en œuvre de manière abusive sont celles utilisées par le bénéficiaire en violation d'une décision positive prise en application de l'article 4, paragraphe 3, ou de l'article 9, paragraphe 3 ou 4, du règlement 2015-1589. Ainsi, l'utilisation par une société holding d'aides destinées à ses seules filiales en difficulté constitue une aide appliquée de façon abusive. La notion est appliquée de manière extensive par les autorités européennes qui incluent dans l'utilisation abusive par le bénéficiaire le détournement des aides par un opérateur tiers. La Commission doit cependant établir que cette aide a été utilisée en violation des règles nationales régissant le régime en cause ou des conditions supplémentaires acceptées par l'État membre au moment de son approbation.

B. Obligation de notification préalable

PLAN

Nous distinguerons :

- l'existence de l'obligation de notification préalable ;
- les modalités de la notification ;
- les effets de la notification.

1. Existence

A RETENIR

Les États membres ont l'obligation de notifier tout projet d'aide nouvelle à la Commission (art. 108 TFUE, paragr. 3 ; Règl. 2015-1589, art. 2). Cette obligation a pour objet de permettre à la Commission d'exercer son contrôle sur tout projet tendant à instituer une aide, en temps utile et dans l'intérêt général de l'Union.

L'obligation de notification qui pèse sur les États membres est préalable. L'aide ne peut donc être exécutée tant que la Commission n'a pas rendu de décision finale l'autorisant (Règl. 2015-1589, art. 3). L'État ne peut en principe y déroger. L'obligation de notification préalable s'impose même si l'État dispensateur a mentionné l'existence de l'aide à la Commission au titre de l'examen permanent des régimes d'aide existants ou si elle concerne une mesure nationale susceptible de constituer une aide nouvelle en application de l'article 106 TFUE, paragraphe 2. Le fait de constater qu'une aide a été octroyée sans être notifiée peut, selon les circonstances, entraîner son remboursement conformément aux règles internes de procédure, même si cette aide est ultérieurement déclarée compatible avec le marché intérieur. Il existe toutefois des dispenses de notification. La décision 2012-21 du 20 décembre 2011 exclut l'obligation de notification lorsque l'aide destinée à financer un service public d'intérêt général en application de l'article 106 TFUE, paragraphe 2, remplit certaines conditions. De même, les aides qui relèvent du champ d'application du règlement général d'exemption 651-2014 sont dispensées de notification.

La notification doit être faite «en temps utile», sous peine d'être déclarée illégale (Règl. 2015-1589, art. 2), afin de mettre en mesure la Commission de «présenter ses observations» (art. 108 TFUE). Le texte ne fixe aucune date limite. Selon la Commission, l'aide est soumise à l'obligation de notification dès que le mécanisme législatif permettant son octroi a été mis en place. Lorsque l'aide a été accordée par contrat, les avenants modifiant ce dernier doivent être notifiés au stade de leur établissement et de leur signature par les cocontractants.

2. Modalités

A RETENIR

L'obligation de notification préalable qui pèse sur l'État membre concerne tant le projet initial d'aide que les modifications apportées ultérieurement ou le mode de financement de l'aide. La notification doit être complète.

L'État dispensateur est tenu de fournir tous les renseignements nécessaires pour permettre à la Commission de prendre une décision (art. 2, Règl. 2015-1589). Une information présente un caractère nécessaire lorsqu'elle permet à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité de l'aide. L'État membre, qui adresse à la Commission une lettre d'information dans laquelle il indique que la mesure envisagée ne paraît pas constituer une aide d'État devant faire l'objet d'une notification préalable, délivre une information insuffisante. La notification doit également comporter une référence explicite à l'article 108 TFUE, paragraphe 3. Si la Commission considère que les informations fournies par l'État membre sont incomplètes, elle peut enjoindre à l'État concerné de fournir tous les renseignements complémentaires qu'elle estime nécessaires (art. 5, Règl. 2015-1589). L'État doit fournir sa réponse sous un délai raisonnable, en général fixé à vingt jours.

Selon le règlement 794-2004, tel que modifié par le règlement 372-2014, la notification s'effectue au moyen du formulaire de notification reproduit en annexe IV du texte. Des fiches complémentaires permettent à l'État de communiquer toutes les informations complémentaires nécessaires à l'appréciation de la mesure. La notification est communiquée par le biais de la représentation permanente de l'État membre et adressée, par voie informatique, au secrétariat général de la Commission. Une procédure simplifiée est prévue pour les aides existantes modifiées (art. 4, Règl. 794-2004).

Le Code des bonnes pratiques adopté par la Commission prévoit une phase de prénotification afin que l'État membre établisse des contacts avec les services de l'autorité européenne qui lui fourniront des orientations formelles sur les informations nécessaires à la notification. À cette fin, l'État membre doit communiquer les informations utiles à l'appréciation de son projet d'aide à la Commission sur la base d'un projet de formulaire de notification deux semaines avant la date prévue pour le contact préalable. Une planification amiable peut être proposée à l'État membre pour les cas particulièrement nouveaux, techniquement complexes ou sensibles, qui permet à la Commission de s'entendre avec l'État concerné sur le déroulement probable de l'examen et d'établir ensemble un calendrier prévisionnel.

3. Effets

A RETENIR

La notification préalable a pour effet de suspendre la mise à exécution de la mesure concernée jusqu'à ce que la Commission rende une décision définitive la concernant (art. 108 TFUE, paragr. 3 ; art. 3, Règl. 2015-1589).

L'interdiction de mise à exécution produit un effet direct qui s'étend à toute aide mise en œuvre sans être notifiée et, en cas de notification, se produit pendant la phase préliminaire jusqu'à la décision finale. Le principe d'effectivité s'oppose ainsi à la mise en œuvre d'une règle nationale qui empêche le juge de tirer les conséquences d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, en raison d'une décision juridictionnelle nationale revêtue de l'autorité de la chose jugée, rendue à propos d'un litige ne portant pas sur le caractère d'aide d'État des mesures en cause. L'interdiction concerne la totalité du projet modifié même s'il a été notifié dans sa version initiale dès lors que la modification non

notifiée du projet ne peut s'apparenter à une mesure d'aide distincte. Si le litige porte sur la nature d'aide nouvelle ou existante de la mesure, l'État membre n'est, en revanche, pas tenu d'en suspendre le versement.

Lorsque l'État manque à son obligation de suspendre l'exécution de la mesure, la Commission a le pouvoir de lui enjoindre, par une décision provisoire, de suspendre immédiatement le versement de l'aide et le droit d'exercer un recours devant la Cour de justice au titre de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, tout en poursuivant l'examen au fond. Le juge national peut également prononcer la nullité de l'aide accordée en violation de l'obligation de notification préalable pour la période antérieure à la notification de la décision de compatibilité.

C. Examen préliminaire

PLAN

Nous distinguerons :

- le déroulement de l'examen préliminaire ;
- les pouvoirs de la Commission ;
- les droits des parties intéressées.

1. Déroulement de l'examen préliminaire

A RETENIR

La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception (art. 4, Règl. 2015-1589). La Commission dispose, pour statuer, d'un délai de deux mois à compter de la réception d'une notification complète.

Rien n'interdit à la Commission d'entreprendre une appréciation conjointe de mesures au stade de l'examen préliminaire si les faits de l'espèce le justifient. Ce délai est impératif et lie toutes les parties : l'État membre intéressé ne saurait s'en affranchir en invoquant l'urgence. Si la Commission doit se montrer diligente, elle peut néanmoins s'accorder un délai de réflexion entre la réception des informations demandées à l'État membre et la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Toutefois, une durée de vingt-huit mois est excessive lorsqu'elle n'est pas justifiée par le volume des documents communiqués, par les démarches entreprises ou par la complexité de l'affaire. La durée de l'examen préliminaire peut être prorogée par accord mutuel entre la Commission et l'État membre concerné. Un délai plus court peut également être fixé. En l'absence de notification du régime d'aide, le caractère raisonnable du délai d'examen préliminaire ne s'apprécie pas à compter de la réception de la première plainte par la Commission, lorsque celle-ci n'a reçu que progressivement, en examinant cette plainte, les informations qui lui ont permis d'ouvrir la procédure formelle.

La procédure d'examen préliminaire se clôt par une décision de la Commission qui constate soit que la mesure notifiée ne constitue pas une aide, soit qu'elle ne suscite pas de doutes sur sa compatibilité, soit au contraire qu'elle suscite des doutes sérieux sur sa compatibilité et qu'il y a lieu d'ouvrir une procédure formelle d'examen en application

de l'article 108 TFUE, paragraphe 2. La décision de ne pas soulever d'objections doit préciser quelles dérogations du Traité elle applique. Elle ne doit pas reposer sur des données incomplètes sous peine de nullité. La légalité de la décision de ne pas soulever d'objections s'apprécie compte tenu des éléments d'information dont la Commission dispose au moment où elle l'arrête. Elle ne peut être mise en cause au motif qu'il existe une procédure parallèle sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE, dès lors que la Commission a examiné dans quelle mesure la concurrence dans le marché intérieur pouvait être atteinte avant de se prononcer. La décision de ne pas soulever d'objections met fin à la procédure d'examen du projet d'aide. Sauf révocation, l'aide sera dès lors considérée comme existante. La décision est notifiée à l'État membre concerné (art. 31, Règl. 2015-1589) et un résumé publié au JOUE (art. 31, paragr. 1, Règl. 2015-1589). Les parties intéressées peuvent également demander que leur soit adressée une copie de la décision (art. 24, paragr. 3, Règl. 2015-1589).

Si, à l'issue du délai de deux mois, la Commission n'a pas pris de décision, l'aide est réputée autorisée et l'État membre peut la mettre à exécution, après en avoir informé la Commission. Le défaut de décision produit le même effet quant à la nature de l'aide que la décision de ne pas soulever d'objections : l'aide nouvelle revêt la qualité d'aide existante. En revanche, le silence de la Commission ne vaut pas autorisation implicite lorsque l'aide n'a pas été notifiée.

2. Pouvoirs de la Commission

A RETENIR

La Commission apprécie le régime d'aide soumis à son examen conformément aux règles applicables au moment de celui-ci. En effet, l'application efficace des règles de l'Union exige que la Commission puisse à tout moment adapter son appréciation aux besoins de cette politique. Lors de l'examen préliminaire, les pouvoirs de la Commission sont cependant limités. Elle ne peut adopter d'autre mesure provisoire que celle consistant à enjoindre à l'État membre de suspendre immédiatement le versement de l'aide, et de lui fournir, dans un délai qu'elle fixe, tous les documents, informations et données nécessaires pour examiner la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur.

Elle a le pouvoir, mais pas l'obligation, d'ordonner la suspension d'une aide, instituée ou modifiée sans avoir été notifiée, ainsi que la communication des informations nécessaires à l'examen de compatibilité.

Si la Commission considère que les informations fournies par l'État membre dans la notification sont incomplètes, elle lui demande de fournir les renseignements complémentaires qui lui sont nécessaires (Règl. 2015-1589, art. 5, paragr. 1 et 2). Si l'État ne fournit pas les informations dans le délai imparti ou les fournit de façon incomplète, la Commission est tenue de lui adresser un rappel assorti d'un délai supplémentaire adéquat. À l'expiration de ce délai, le défaut de fourniture des informations entraîne le retrait de la notification.

Lorsqu'il s'agit d'une affaire techniquement complexe faisant l'objet d'un examen au fond, la Commission peut demander à un autre État membre, à une entreprise ou une association d'entreprises de lui fournir tous les renseignements concernant le marché qui

lui sont nécessaires pour achever son examen de la mesure en cause, si les informations fournies par l'État membre concerné au cours de l'examen préliminaire ne suffisent pas.

La Commission peut, par voie de décision, si elle le juge nécessaire et proportionné, infliger aux entreprises ou associations d'entreprises des amendes ne dépassant pas 1 % de leur chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsqu'elles fournissent, délibérément ou par négligence grave, des renseignements inexacts ou dénaturés en réponse à une demande faite en vertu de l'article 7, paragraphes 6 ou 7. En cas d'informations incomplètes ou inexactes demandées sur le fondement de l'article 7, paragraphe 7, elle peut aussi prononcer une astreinte ne dépassant pas 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen de l'entreprise ou association d'entreprises, réalisé au cours de l'exercice social précédent, par jour ouvrable de retard, à compter de la date fixée dans la décision, jusqu'à production complète et exacte des renseignements qu'elle a demandés ou exigés. La prescription est de trois ans en matière d'imposition d'amendes et d'astreintes, et de cinq ans en matière d'exécution.

Les décisions adoptées en vertu des articles 7 et 8 sont notifiées aux entreprises ou associations d'entreprises concernées, qui peuvent ainsi indiquer à la Commission les informations couvertes par le secret professionnel.

Toute personne intéressée peut, aux termes de l'article 24, paragraphe 2, du règlement 2015-1589 informer la Commission de l'existence d'une aide prétendument illégale, ainsi que de toute application supposée abusive d'une aide. Avant la modification du règlement procédure, aucune condition de forme n'était imposée par le texte pour porter à la connaissance de la Commission cette information. Ainsi la lettre adressée par une compagnie aérienne qui contenait des informations relatives à une aide d'État obligeait la Commission à examiner celle-ci et à informer la requérante s'il n'y avait pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas. L'article 24, paragraphe 2, oblige désormais la partie intéressée à remplir en bonne et due forme un formulaire préétabli. Si l'obligation de recours au formulaire n'est pas respectée ou les éléments fournis insuffisants pour démontrer que l'aide est illégale ou son application abusive, la Commission en informe la partie intéressée et l'invite à présenter des observations. Si celle-ci reste silencieuse dans le délai imparti, la plainte est réputée retirée.

Le règlement 2015-1589 ouvre également à la Commission la possibilité d'organiser des enquêtes, par secteur économique et instrument d'aide, au cours desquelles elle peut demander aux États membres et/ou aux entreprises et associations d'entreprises les renseignements nécessaires à l'application des articles 107 et 108 TFUE, «lorsque les informations disponibles donnent des motifs raisonnables de penser que des mesures d'aides d'État dans un secteur particulier ou reposant sur un instrument d'aide particulier sont susceptibles de restreindre ou de fausser sensiblement la concurrence dans le marché intérieur dans plusieurs États membres, ou que des aides existantes dans un secteur particulier dans plusieurs États membres ne sont pas ou ne sont plus compatibles avec le marché intérieur».

L'article 29 organise la coopération avec les juridictions des États membres qui peuvent ainsi demander à la Commission de leur fournir des informations ou un avis sur des questions relatives à l'application des règles relatives aux aides d'État. Pour une applica-

tion cohérente du contrôle des aides d'État, la Commission peut leur soumettre, de sa propre initiative, des observations écrites.

Pour les aides illégales, la Commission peut, après avoir effectué successivement deux demandes infructueuses, enjoindre à l'État membre de fournir les informations demandées (art. 12, paragr. 3, Règl. 2015-1589). L'injonction doit préciser la nature des informations requises et fixer un délai approprié pour leur communication. Si la Commission peut prendre sa décision finale sur la base des seuls renseignements disponibles en cas de non-respect de l'injonction par l'État membre, il ne lui est pas possible d'adopter une décision définitive en invoquant le caractère fragmentaire des informations fournies sans user, au préalable, de son pouvoir d'injonction. La Commission qui entame une procédure de demande de renseignements est tenue de poursuivre la procédure jusqu'à son terme sous peine de ne pouvoir se prévaloir du caractère incomplet de son dossier.

L'enquête préliminaire peut être suspendue à la demande de l'État membre, qui souhaite modifier son projet d'aide afin de le mettre en conformité avec les règles applicables aux aides d'État, ou d'un commun accord. Cette suspension est accordée pour une durée préalablement convenue. L'examen reprend au point antérieur à la suspension si le projet présenté n'est pas conforme aux prescriptions du droit européen.

Lorsque la Commission estime qu'un État membre, qui a été autorisé à mettre à exécution une aide ou un régime d'aides, a ultérieurement manqué à son obligation de respecter les conditions attachées à cette autorisation, elle n'est pas obligée de saisir directement la Cour de justice, mais peut mettre en œuvre les pouvoirs que lui attribue l'article 108 TFUE aux fins de contrôler la compatibilité de l'aide nouvelle avec le marché intérieur.

En cas de non-respect d'une injonction, la Commission peut, sans cesser l'examen au fond de la mesure, saisir la Cour de justice afin de faire constater la violation de l'obligation (art. 14, Règl. 2015-1589).

La Commission peut, enfin, ordonner la récupération de l'aide, après avoir donné à l'État la possibilité de présenter ses observations. Trois conditions cumulatives doivent être réunies : le caractère indubitable d'aide de la mesure, l'urgence à agir et l'existence d'un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent (art. 13, paragr. 2, Règl. 2015-1589).

3. Droits des parties intéressées

A RETENIR

Toute partie intéressée peut informer la Commission de toute aide prétendument illégale et de toute application prétendument abusive de l'aide (Règl. 2015-1589, art. 24, paragr. 2). En contrepartie, la partie intéressée est informée par la Commission de sa décision d'examiner ou non l'aide concernée. Le règlement qualifie de parties intéressées «tout État membre et toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles» (Règl. 2015-1589, art. 1er). Le concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État n'a la qualité de partie intéressée que si sa position concurrentielle est affectée par l'octroi de l'aide.

Si les parties intéressées n'ont pas le droit, au stade de la phase d'examen préliminaire, de présenter des observations, elles peuvent faire valoir certains droits à l'égard de la Commission, sans pour autant que celle-ci soit tenue d'organiser un débat contradictoire avec le plaignant ou d'examiner d'office certains griefs. Ainsi, l'obligation de motivation qui pèse sur la Commission peut, dans certains cas, requérir l'engagement d'un débat contradictoire avec le plaignant afin d'assurer un traitement diligent et impartial de la plainte. Avant d'ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission est également tenue d'aborder avec l'État dispensateur la question de la qualification d'aide nouvelle qu'il est susceptible de contester. Toutefois, la violation des droits de la défense à ce stade de la procédure est sans influence sur la validité de la décision finale lorsqu'il n'est pas établi que la procédure aurait abouti à un résultat différent sans cette irrégularité.

D. Ouverture d'une procédure formelle d'examen

PLAN

Nous distinguerons :

- le déroulement de la procédure ;
- les droits des parties intéressées ;
- la procédure simplifiée.

1. Déroulement de la procédure

A RETENIR

La Commission est susceptible d'ouvrir une procédure formelle d'examen lorsque après un examen préliminaire, elle constate que la mesure notifiée suscite des doutes quant à sa compatibilité avec le marché intérieur (art. 4, Règl. 2015-1589), lorsqu'elle envisage de révoquer une décision pour inexactitude des informations communiquées (art. 11, Règl. 2015-1589), en cas d'application abusive d'une aide (art. 21, Règl. 2015-1589) ou d'annulation de sa décision par les juridictions européennes.

Toutefois, une annulation en raison d'erreurs de droit ou d'erreurs manifestes d'appréciation n'implique pas nécessairement la réouverture de la procédure formelle d'examen. De même, la lettre adressée par une compagnie aérienne à la Commission qui contient des informations relatives à une aide d'État oblige la Commission à examiner celles-ci et à informer la requérante qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas, faute de quoi l'Autorité manque à son obligation de prendre position et se trouve en situation de carence. Le retrait d'une décision pour insuffisance de motivation et son remplacement par une nouvelle décision n'imposent pas une réouverture de la procédure formelle dès lors que les parties intéressées ont été entendues et associées à la procédure lors de l'adoption de la décision initiale.

La notion de «difficultés sérieuses» pour apprécier si une aide est compatible avec le marché intérieur revêt un caractère objectif. Leur existence doit être recherchée tant dans les circonstances de l'adoption de la mesure étatique que dans son contenu «en mettant en rapport les motifs de la décision avec les éléments dont la Commission disposait lorsqu'elle s'est prononcée sur la compatibilité des aides litigieuses avec le Marché com-

mun». La preuve de l'existence de difficultés sérieuses peut être établie par «un faisceau d'indices concordants» appréciés en fonction des éléments de fait et de droit existant à la date où l'acte a été adopté. La durée excessivement longue de la phase préliminaire, l'absence de données précises sur la surcapacité du secteur concerné ou de la situation de concurrence, le fait que la mesure envisagée ait été précédée de mesures qualifiées d'aides illégales constituent des indices de difficultés sérieuses. Tel n'est pas le cas, en revanche, des échanges préalables entre la Commission et l'État membre concerné, du montant particulièrement important d'une aide ou des engagements pris par un État membre pour écarter un certain nombre de doutes concernant la qualification d'aide. La Commission peut en effet estimer, au cours de l'examen préliminaire, qu'une mesure confère un avantage à son bénéficiaire sans être obligée d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, les difficultés rencontrées pouvant encore être surmontées au cours d'un dialogue avec l'État notifiant et notamment au moyen d'engagements pris par cet État. De même, l'existence de difficultés sérieuses quant à la compatibilité d'une aide octroyée sous forme de dotation à une entreprise chargée d'un SIEG peut être écartée, lorsque son montant est très inférieur aux coûts compensés et qu'il existe une procédure de contrôle a posteriori de son utilisation qui exclut tout risque de subventionnement croisé de l'activité commerciale.

La Commission n'est pas tenue de respecter un délai minimum lors de sa procédure formelle d'examen, mais doit s'efforcer autant que possible d'adopter une décision dans un délai de dix-huit mois à compter de l'ouverture de la procédure formelle d'examen (art. 9, paragr. 6, Règl. 2015-1589). La Commission doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles soient protégés (art. 9, paragr. 10, Règl. 2015-1589). La décision d'ouvrir la procédure doit reprendre tous les éléments pertinents de fait ou de droit, inclure une évaluation préliminaire de la mesure proposée et exposer les raisons qui ont conduit la Commission à douter de la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur (art. 6, Règl. 2015-1589). Si la Commission est tenue de formuler clairement ses doutes sur la compatibilité de l'aide lorsqu'elle ouvre une procédure formelle d'examen, il appartient au demandeur de l'aide de dissiper ces doutes. La décision d'ouvrir la procédure formelle est publiée, sous réserve des informations confidentielles, dans un délai de deux mois à compter de son adoption. La procédure formelle d'examen peut à titre exceptionnel être suspendue, notamment si l'État en fait formellement la demande afin de mettre son projet en conformité avec les règles relatives aux aides d'État.

Comme durant la phase d'examen préliminaire, la Commission peut enjoindre la suspension immédiate de la mesure, après avoir donné à l'État membre concerné la possibilité de présenter ses observations (art. 13, Règl. 2015-1589). Si l'État membre ne respecte pas son injonction, l'autorité européenne a la possibilité d'exercer un recours devant la Cour de justice au titre de l'article 107 TFUE, paragraphe 3, tout en poursuivant l'examen au fond. L'injonction de suspendre l'exécution d'une mesure existante, qualifiée par la Commission d'aide nouvelle, peut intervenir simultanément ou postérieurement à la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen. L'ouverture d'une procédure formelle d'examen n'entraîne pas automatiquement la suspension du versement de l'aide d'État lorsque le litige porte sur sa nature d'aide nouvelle ou existante. Toutefois, elle affecte la

validité des mesures d'aide mises à exécution, qu'une décision de compatibilité postérieure ne peut régulariser a posteriori. La Commission peut également enjoindre à l'État membre de récupérer provisoirement tout versement effectué en application d'une aide illégale à condition que la qualification d'aide ne fasse pas de doute, que l'urgence soit établie, et qu'il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent (art. 13, Règl. 2015-1589).

2. Droits des parties intéressées

A RETENIR

Tout État membre et toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles, peut recevoir la qualité de partie intéressée (Règl. 2015-1589, art. 1), susceptible d'être invitée par la Commission à présenter, dans un délai qui ne peut être supérieur à un mois, des observations.

La notion de partie intéressée au sens de l'article 1, h), du règlement n° 2015-1589 comprend tout État membre à l'exception de celui dispensateur de l'aide qualifié d'État membre concerné. Ces observations sont communiquées à l'État membre concerné. Chaque partie intéressée peut demander à conserver l'anonymat vis-à-vis de ce dernier. Leurs secrets d'affaires doivent être préservés (Règl. 2015-1589, art. 30). L'État membre concerné dispose d'un délai d'un mois, prorogeable sur justification, pour répondre aux observations (Règl. 2015-1589, art. 6). L'impossibilité pour l'État membre de présenter ses observations ne produit d'effet sur la validité de la procédure que si cette irrégularité exerce une influence sur son résultat.

L'État membre dispensateur de l'aide, destinataire de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, peut seul se prévaloir du droit à une procédure contradictoire, les autres parties intéressées ne disposant que de celui d'être invitées à présenter des observations. En effet, la faculté pour les parties intéressées de présenter leurs observations relève du droit d'être associées à la procédure administrative, et non des droits de la défense reconnus aux personnes à l'encontre desquelles une procédure est ouverte. Les tiers intéressés ne bénéficient donc pas du droit d'accès aux documents fournis par le gouvernement de l'État membre concerné. Une décision de la Commission doit toutefois être adressée aux parties intéressées (Règl. 2015-1589, art. 24).

3. Procédure simplifiée

Certains types de mesures d'aide font l'objet d'un examen de la Commission en étroite collaboration avec l'État membre concerné dans un délai réduit. Les autres mesures demeurent soumises aux procédures applicables ainsi qu'au code de bonnes pratiques de la Commission.

SECTION 3**Décision de la Commission****A RETENIR**

La procédure formelle d'examen se clôt par une décision de la Commission, qui constate soit que la mesure ne constitue pas une aide, soit que l'aide est compatible («décision positive») ou compatible sous condition («décision conditionnelle»), soit, enfin, que la mesure est incompatible avec le marché intérieur («décision négative»).

La Commission doit prendre une décision dès que les doutes quant à la compatibilité avec le marché intérieur sont levés. La procédure formelle d'examen permet d'approfondir et d'éclaircir les questions soulevées dans la décision d'ouverture, de sorte que la décision finale peut présenter certaines divergences avec la décision d'ouverture, sans que celles-ci vicient la décision finale. Ni les dispositions, ni la jurisprudence relatives au contrôle des aides d'État, n'imposent à la Commission d'informer l'État membre concerné de sa position avant d'adopter la décision finale, pourvu que cet État ait été mis en demeure de présenter ses observations. Le texte précise que l'autorité européenne doit autant que possible adopter sa décision dans un délai de dix-huit mois à compter de l'ouverture de la procédure, qui peut être prorogé d'un commun accord entre la Commission et l'État membre concerné (art. 9, Règl. 2015-1589).

La décision obéit aux règles applicables au moment de son adoption et non à celles en vigueur à la date de la notification, simple obligation procédurale. Ainsi, la Commission est libre de ne pas se fonder sur un règlement instaurant un régime d'aide pour apprécier une aide notifiée et non versée, dès lors qu'elle rend sa décision après l'expiration de ce règlement.

A RETENIR

Les décisions de la Commission doivent, en application de l'article 296 TFUE, être motivées.

L'étendue de l'obligation de motivation s'apprécie non seulement au regard du libellé de la décision et de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée, mais aussi de son contexte. La motivation doit être adaptée à la nature de l'acte et faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de la Commission de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la Cour d'exercer son contrôle. En matière d'aides d'État, l'exigence de motivation s'apprécie non seulement en fonction de l'intérêt à être informé de l'État membre destinataire mais aussi compte tenu de l'intérêt des autres personnes concernées directement et individuellement par la décision à recevoir des explications.

La décision doit permettre d'identifier clairement les mesures qualifiées d'aide d'État. La Commission ne peut se contenter de refuser de qualifier une mesure d'aide existante lorsque des décisions antérieures laissent penser qu'il s'agissait au moment de son entrée en vigueur d'une aide d'État et que la mesure pourrait recevoir cette qualification. La Commission est tenue de procéder à un examen sérieux de l'ensemble des conditions

ayant présidé à la fixation du montant de l'aide. La motivation doit notamment être particulièrement précise lorsque la Commission met en œuvre, pour la première fois, une politique nouvelle et importante. Tel n'est pas le cas, en revanche, lorsqu'elle se prononce à la suite d'une plainte qui repose sur des motifs erronés dans leur principe même. La décision peut même être dépourvue de toute motivation lorsqu'elle intervient dans un contexte bien connu de l'État concerné ou qu'elle énonce les conditions de licéité visées dans les lignes directrices et fait une démonstration satisfaisante de la viabilité à long terme et du caractère proportionné des aides.

L'étendue de l'obligation de motivation, notamment lors de l'appréciation de l'incidence de la mesure d'aide sur les échanges entre États membres, dépend, pour les aides multiseCTORIELLES, des données et des éléments communiqués dans le cadre de la procédure administrative. Toutefois, l'insuffisante motivation ne peut être justifiée par le caractère fragmentaire des informations communiquées au cours de la procédure administrative, lorsque la Commission n'a pas exercé ses pouvoirs pour amener les autorités de l'État membre concerné à lui fournir les informations pertinentes. Pour satisfaire à son obligation de motiver une décision d'incompatibilité, la Commission peut se contenter d'établir que la mesure en cause est de nature à affecter les échanges entre les États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de délimiter les marchés concernés ou de procéder à une analyse économique de la situation réelle du marché, de la part de marché de l'entreprise bénéficiaire, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges en cause entre États membres. Enfin, la Commission est tenue d'exposer au plaignant les raisons pour lesquelles les éléments de fait et de droit contenus dans sa plainte n'ont pas suffi à démontrer l'existence d'une aide d'État.

La Commission n'est pas soumise à une obligation de motivation circonstanciée lorsqu'elle exerce son pouvoir d'injonction pour la restitution d'une aide illégalement versée. Elle n'est notamment pas tenue d'indiquer le montant exact de l'aide, dont elle ordonne la restitution, dès lors que sa décision comporte des indications permettant à son destinataire de le déterminer lui-même sans difficultés excessives.

I. Décision positive

A RETENIR

Lorsque la Commission constate que les doutes concernant la compatibilité de la mesure notifiée avec le marché intérieur sont levés, elle adopte une «décision positive», qui doit préciser quelle dérogation prévue par le Traité elle applique. Cette décision peut être assortie de conditions permettant à la Commission de reconnaître la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur (Règl. 2015-1589, art. 9).

Les conditions visent à limiter les distorsions de concurrence engendrées par la mesure étatique au niveau européen, et pas seulement dans le secteur concurrentiel en cause. En particulier, la Commission peut soumettre l'autorisation de l'aide nouvelle à la condition que l'aide illégale antérieure ait bien été remboursée. Si l'État ne respecte pas les conditions auxquelles la Commission a soumis la décision d'approbation de l'aide, celle-ci peut saisir immédiatement les juridictions européennes (Règl. 2015-1589, art. 28). Aus-

si la simple affirmation que l'une ou l'autre de ces conditions ne sera pas respectée ne saurait-elle remettre en cause la légalité même de cette décision. La Commission commet une erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle ne subordonne pas l'octroi d'une aide à la restructuration au remboursement préalable de l'aide incompatible antérieure accordée à une filiale du bénéficiaire et ne prend pas en considération l'effet cumulé de ces deux aides sur la concurrence.

L'aide ne doit pas être utilisée à d'autres fins que celles définies dans le projet autorisé par la Commission, sous peine d'être qualifiée d'abusives. La Commission peut donc soumettre sa décision au respect d'obligations qui vont lui permettre de contrôler le respect de sa décision (Règl. 2015-1589, art. 9). Pour établir qu'une aide octroyée dans le cadre d'un régime d'aides autorisé a été appliquée de manière abusive, la Commission doit apporter la preuve que cette aide a été utilisée en violation des règles nationales régissant ce régime ou des conditions supplémentaires qui ont été acceptées par l'État membre au moment de son approbation et ne peut se contenter d'invoquer la violation d'une condition supplémentaire imposée unilatéralement par le dispensateur de l'aide. Il en est ainsi lorsque l'essentiel de l'aide n'a pas servi au financement du projet éligible. La charge de la preuve est renversée lorsque l'État membre concerné omet de se conformer à une injonction de fournir des informations.

Lorsque la Commission a de sérieux doutes quant au respect de sa décision en ce qui concerne les aides individuelles, l'État membre concerné peut, après avoir eu l'occasion de présenter ses observations, l'autoriser à procéder à des visites de contrôle sur place. Les agents mandatés par la Commission, assistés le cas échéant par des experts indépendants, peuvent accéder à tous locaux et terrains de l'entreprise concernée ; demander sur place des explications orales ; contrôler les livres et autres documents professionnels et en prendre ou en demander copie. La Commission remet ensuite une copie de tout rapport établi à la suite d'une visite (Règl. 2015-1589, art. 27).

Enfin, la Commission peut, après avoir donné à l'État membre concerné la possibilité de présenter ses observations, révoquer une décision de compatibilité, lorsqu'elle repose sur des informations inexactes transmises au cours de la procédure et d'une importance déterminante pour la décision (Règl. 2015-1589, art. 11). Dans ce cas, la Commission est tenue de procéder à un nouvel examen de compatibilité de l'ensemble de l'aide.

II. Décision négative

PLAN

En cas de décision négative :

- la Commission est tenue d'ordonner la récupération ;
- l'État membre est tenu d'exécuter la décision de la Commission ;
- le bénéficiaire est tenu de restituer l'aide.

A. Obligation de récupération

A RETENIR

Le pouvoir de récupération a d'abord été conféré à la Commission par la Cour de justice qui a affirmé la compétence de celle-ci pour décider de la suppression ou de la modification d'une aide incompatible avec le marché intérieur, ainsi que de son remboursement. La Commission a, aux termes du règlement 2015-1589, l'obligation d'ordonner la récupération des aides illégales ou incompatibles.

Ainsi, selon l'article 16, lorsqu'elle prend une décision négative, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire, à moins que la récupération aille à l'encontre d'un principe général de droit européen. La décision de récupération est soumise à un délai de prescription de dix ans, qui commence à courir le jour où l'aide illégale est accordée au bénéficiaire, à titre d'aide individuelle ou dans le cadre d'un régime d'aide, et peut être interrompu par toute mesure prise par la Commission ou un État membre, agissant à la demande de la Commission, à l'égard de l'aide illégale.

La récupération tend à rétablir la situation qui existait sur le marché avant l'octroi de l'aide en cause. Il ne s'agit pas d'une sanction, mais de la conséquence logique de l'incompatibilité ou de l'illégalité de la mesure étatique. Le rétablissement de la situation antérieure permet uniquement de tenir compte, au stade de la récupération de l'aide par les autorités nationales, du traitement qui aurait prévalu si les opérations en cause avaient été réalisées sans cette mesure. La simple abrogation de la mesure incriminée avec effet ex nunc est en soi insuffisante et contraire à la notion de récupération .

La récupération constitue une mesure proportionnée, même si elle intervient longtemps après l'octroi des aides et est susceptible de causer aux bénéficiaires un préjudice plus grave que celui résultant de la distorsion de concurrence et de l'affectation des échanges entre États membres.

Quelle que soit la forme de l'aide octroyée - exonération fiscale, offre de rachat à prix garanti, prêt, cautionnement ou garantie d'un prêt -, la récupération comprend, outre le montant de l'aide, les intérêts qui sont calculés sur la base d'un taux approprié fixé par la Commission et courent à compter de la date à laquelle l'aide illégale a été mise à la disposition du bénéficiaire jusqu'à celle de sa récupération (Règl. 2015-1589, art. 16). La restitution des aides, augmentées des intérêts de retard, présente un caractère suffisant. Il n'est pas nécessaire d'exiger la restitution de fonds également versés par l'État, mais dont l'incompatibilité n'a pas été constatée. La Commission, qui doit, conformément à son obligation d'examen diligent et impartial d'un dossier dans le cadre de l'article 108 TFUE, déterminer d'une façon aussi précise que les circonstances le permettent, la valeur de l'aide dont l'entreprise a bénéficié, peut rechercher, pour évaluer le montant de l'aide à restituer, quel aurait été le taux d'intérêt appliqué par un investisseur privé qui aurait octroyé des prêts et garanties semblables à ceux de l'espèce, à la date à laquelle ils ont été accordés et en fonction de la capacité de crédit du bénéficiaire de l'aide à cette date.

L'aide doit être récupérée auprès du bénéficiaire effectif, qui peut ne pas être l'entre-

prise qui a reçu les fonds mais celle qui a conservé l'avantage concurrentiel au moment de la demande en remboursement. Il peut s'agir de la filiale de l'entreprise bénéficiaire ayant la jouissance effective de l'aide, du tiers au profit duquel a été empruntée la somme constitutive de l'aide, de l'entreprise cessionnaire ou encore de celle assurant la continuité économique de l'entreprise en liquidation. La continuité économique entre les sociétés parties à un transfert d'actifs doit s'apprécier en fonction de l'objet du transfert - à savoir les actifs et les passifs, le maintien de la force de travail, les actifs groupés -, du prix du transfert, de l'identité des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise reprenneuse et de l'entreprise de départ, du moment où le transfert a lieu - à savoir après le début de l'enquête, l'ouverture de la procédure ou la décision finale -, ou encore de la logique économique de l'opération. En outre, la question de la transmission de l'aide s'apprécie différemment suivant qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une vente de parts sociales ou dans celui d'une vente de tout ou partie des actifs.

En application du principe d'autonomie procédurale, la répétition des aides s'effectue dans le respect des règles nationales matérielles ou de procédure et de forme, y compris celles relatives à la charge de la preuve. Une juridiction nationale peut, en l'absence de mesures moins contraignantes, prononcer l'annulation de la garantie d'un prêt accordé à une entreprise qui n'aurait pas obtenu ce financement sans la garantie de l'État, si elle considère que l'annulation est de nature à entraîner ou faciliter le rétablissement de la situation concurrentielle antérieure.

B. Obligation d'exécution de l'État membre

A RETENIR

L'État dispensateur doit, sans délai et conformément aux procédures prévues par son droit national permettant l'exécution immédiate et effective des décisions de la Commission (Règl. 2015-1589, art. 16), supprimer intégralement l'aide illégale ou, à tout le moins, informer officiellement la Commission des mesures de suppression adoptées. À cette fin, il doit user de toutes les voies de droit disponibles dans son ordre juridique.

La décision de la Commission revêt une portée générale et abstraite. La récupération des aides irrégulièrement octroyées devant être effectuée selon les règles nationales, la Commission n'est pas obligée de préciser les modalités de calcul du taux de l'impôt sur les bénéfices, tâche qui échoit aux autorités de l'État membre concerné. L'État membre doit exécuter la décision de la Commission sans vérifier si les conditions d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont réunies dans chaque cas individuel. Cependant, si un État membre, lors de l'exécution d'une décision de récupération d'aide illégale, prend conscience de conséquences non envisagées par la Commission, il doit, en application de la règle imposant aux États membres et aux institutions de l'Union des devoirs réciproques de coopération loyale, soumettre à la Commission les modifications appropriées de la décision en cause. Ainsi, lorsque les circonstances ou les raisons liées aux procédures internes empêchent l'État membre d'inscrire au tableau des créances celle relative à l'aide concernée dans le délai prescrit, l'État membre peut demander une prorogation du délai imparti, mais, à défaut de sollicitation de la Commission en ce sens, la date de référence pour l'exécution de son obligation reste celle prévue dans la

décision de récupération. L'État concerné est, cependant, libre de choisir les moyens par lesquels il exécute son obligation de récupérer l'aide illégale, dès lors que les mesures qu'il adopte sont conformes au droit européen et aptes à rétablir les conditions normales de concurrence. S'il peut renoncer au recouvrement en numéraire, l'État doit toutefois démontrer que les mesures alternatives choisies sont aptes à atteindre le résultat imposé par la décision de récupération. Il a, ainsi, la possibilité de saisir les actifs du bénéficiaire, de le mettre en liquidation, ou encore d'inscrire à son passif une obligation de restitution. Il a dans tous les cas l'obligation de garantir que le bénéficiaire ne dispose pas, même provisoirement, des fonds correspondant à l'aide restituée. L'État doit en outre vérifier la situation individuelle de chaque entreprise concernée par l'opération de restitution, mais cette circonstance n'est pas de nature à légitimer la non-exécution d'une décision de récupération. Le fait que les juridictions nationales aient ordonné à plusieurs reprises le sursis à l'exécution des avis de paiement émis ne saurait justifier que l'État membre n'ait pas procédé à la récupération des aides dans le délai imparti dès lors que les États membres sont tenus de prévoir des procédures permettant une récupération immédiate et effective des aides déclarées illégales, bien avant l'échéance de la période impartie.

L'État concerné a l'obligation de se conformer à la décision de récupération sous peine d'être poursuivi sur le fondement de l'article 108, paragraphe 2, TFUE qui permet à la Commission de saisir directement la Cour de justice sans recourir à la phase précontentieuse du recours en manquement (Règl. 2015-1589, art. 28). La décision de récupération jouit en effet d'une présomption de légalité et demeure, malgré l'existence d'un recours en annulation, obligatoire dans tous ses éléments pour l'État destinataire. **L'État destinataire peut néanmoins invoquer une impossibilité absolue d'exécution lorsqu'il rencontre des difficultés imprévues et imprévisibles pour exécuter la récupération. L'impossibilité d'exécuter s'interprète strictement.**

EXEMPLES

Dans quelles circonstances l'État ne peut-il pas invoquer une impossibilité absolue d'exécution ?

- en l'absence de tentative de récupération, quels que soient le degré de complexité et le niveau de difficulté du remboursement ;
- lorsqu'il invoque l'illégalité de la décision de la Commission pour refuser de procéder à la récupération d'une aide illicite à moins que la décision ne soit affectée de vices particulièrement graves et évidents au point de pouvoir être qualifiée d'acte inexistant ;
- lorsqu'il fait valoir des difficultés politiques ou un risque de conflit social ;
- lorsqu'il invoque des dispositions ou procédures nationales ;
- lorsqu'il argue d'un défaut de clarté du dispositif de la décision de récupération ;
- lorsqu'il invoque l'absence de montant précis de l'aide à récupérer ;
- lorsqu'il soulève le caractère difficilement réalisable de l'obligation ;
- lorsqu'il soulève l'inexistence de la décision de récupération au motif qu'elle

n'identifie pas précisément les bénéficiaires selon un secteur précis ou par des caractéristiques objectives autres que celle d'être tenu d'effectuer un test ESB (Encéphalopathie Spongiforme Bovine) - alors que la décision permet de déterminer les bénéficiaires des aides illégales sans les limiter aux seuls agriculteurs - ;

- lorsqu'il soutient que faute d'identification précise des bénéficiaires, il lui serait impossible de vérifier si les seuils *de minimis* sont dépassés en fonction de chacun d'eux, alors que définir les bénéficiaires d'une aide d'État requiert d'identifier les entreprises qui en ont eu la jouissance effective, et non de calculer le montant de l'aide à récupérer en effectuant une division, à parts égales, du montant global des aides entre les secteurs économiques désignés par la décision ;
- lorsque l'État invoque l'existence en droit interne d'une règle prévoyant la nullité des actes par lesquels des aides illégales sont octroyées pour échapper à son obligation de récupération dès lors qu'un avantage a été effectivement conféré ;
- lorsque l'État soulève la question de savoir si l'avantage accordé est conforme à la législation interne ou, au contraire, constitue un cas d'évasion ou de fraude fiscale ;
- lorsque l'État invoque l'état de cessation d'activité ou de faillite des entreprises bénéficiaires.

La Commission impose aux États membres de faire enregistrer leurs créances dans le cadre de leur procédure nationale de faillite. L'acceptation de tout plan de reprise devra être subordonnée à la récupération préalable de l'aide. En cas de liquidation, les autorités de l'État membre devront s'assurer que le rachat se fasse aux conditions du marché.

C. Obligation de restitution du bénéficiaire

À RETENIR

La récupération d'une aide d'État illégale ne doit pas être contraire au principe de sécurité juridique. La Commission doit veiller au cours de la procédure à ne pas induire en erreur les bénéficiaires sur la nature de l'aide qui leur a été octroyée. Elle est tenue de prendre d'office en considération les circonstances exceptionnelles qui justifient qu'elle renonce d'ordonner la récupération d'aides illégales lorsque celle-ci est contraire à un principe général de droit européen, tel que le respect de la confiance légitime des bénéficiaires, ou lorsqu'elle n'a soulevé aucune objection à l'égard d'un régime d'aide similaire dans une décision rendue publique.

Le bénéficiaire peut, en effet, fonder une confiance légitime dans la régularité de la mesure étatique notamment lorsqu'elle présente de grandes similitudes avec un régime d'aide autorisé par la Commission dans un autre État membre. Il peut ainsi s'opposer à une demande en récupération en raison de la confiance légitime qu'il avait en la compatibilité avec le marché intérieur de toutes les aides octroyées avant l'ouverture de la procédure formelle d'examen. En revanche, lorsque la procédure prévue à l'article 108 TFUE n'a pas été respectée ou lorsque la décision de ne pas soulever d'objections a été contestée dans les délais de recours contentieux, puis annulée par le juge européen, le bénéficiaire d'une aide ne peut pas avoir eu une confiance légitime en sa régularité. Enfin, la récupération d'une aide d'État illégale est contraire au principe de sécurité juridique

lorsque la Commission a retardé l'exercice de ses pouvoirs en ne donnant pas suite à des courriers décrivant le régime en cause et a induit en erreur ses bénéficiaires sur son caractère général.

La décision de récupération d'une aide d'État illégale a pour finalité l'annulation de tous les avantages indûment perçus par le bénéficiaire afin de rétablir des conditions normales de concurrence. Le bénéficiaire doit donc restituer non seulement le montant de l'aide mais aussi les intérêts perçus.

Le calcul du montant d'une aide ne se limite pas aux avantages pécuniaires apparents tels que le montant d'une garantie, d'un prêt ou d'une créance, d'une exonération fiscale, ou encore d'une offre de rachat à prix garanti, mais tient compte du contexte de l'octroi des mesures litigieuses et de leurs effets indirects pour le bénéficiaire. Si la décision de récupération n'a pas à indiquer le montant exact de l'aide à restituer, elle doit identifier précisément l'avantage octroyé afin de permettre à l'État dispensateur de calculer par lui-même le montant à restituer. Le calcul du montant peut s'effectuer selon les règles du droit national dans la mesure où il respecte l'obligation de bonne foi et de coopération loyale prévue à l'article 4 TUE (ancien art. 10 CE). Le montant de l'aide peut, notamment, être déterminé en rapport au prêt accordé, à la valeur des créances abandonnées, à la valeur actualisée de l'augmentation du capital, à la différence entre la valeur comptable et le prix payé pour l'achat d'actions au-dessus de la valeur du marché, à la différence entre la valeur nette des actifs de l'entreprise vendue et le prix effectivement payé ou au montant total du prix négatif du marché dépassant le coût de la faillite lorsque celui-ci est nul.

Les intérêts, qui «représentent l'équivalent de l'avantage financier provenant de la mise à disposition du capital en cause pour une certaine période», doivent également être récupérés. Renoncer aux intérêts reviendrait à laisser au bénéficiaire le fruit d'avantages accessoires. Le taux d'intérêt est déterminé conformément aux dispositions du règlement 794-2004. Il est indépendant de l'usage effectif des fonds par le bénéficiaire. Toutefois, la décision de récupération d'une aide illégale, avec les intérêts correspondants, doit tenir compte de la législation nationale qui prévoit la cessation de production d'intérêts des dettes des entreprises à partir de la date de leur déclaration de faillite.

SECTION 4

Voies de recours

PLAN

Parmi les voies de recours, nous étudierons :

- le recours en annulation ;
- le sursis à exécution.

I. Recours en annulation

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions de recevabilité du recours ;
- les pouvoirs du juge européen ;
- le délai de recours.

A. Conditions de recevabilité

En vertu de l'article 263 TFUE, la Cour de justice contrôle la légalité des actes de la Commission. Depuis sa création en 1988, le Tribunal exerce ce contrôle en première instance.

PLAN

Pour que le recours soit recevable, il faut que :

- l'acte soit attaquant ;
- le requérant ait un intérêt à agir.

1. Actes attaquant

A RETENIR

En principe, toutes les décisions de la Commission en matière d'aides d'État sont susceptibles d'un recours en annulation : décision de ne pas soulever d'objections, injonction de fournir des informations, ouverture de la procédure formelle, dans la mesure où elle implique une qualification de l'aide comme existante ou nouvelle, décision de suspension, décision proposant l'adoption de mesures utiles et décision finale.

En revanche, un requérant n'est pas recevable à demander l'annulation d'une décision d'ouvrir une procédure en manquement, dans la mesure où celle-ci ne concerne que l'État membre destinataire.

La Cour s'attache à la nature de l'acte et non à sa forme. Lorsque la Commission décide par un seul et même acte d'ouvrir une procédure formelle d'examen et d'adopter une injonction de suspension, cette injonction est détachable du reste de l'acte et peut, à elle seule, faire l'objet d'un recours en annulation. Même si les textes en matière d'aides d'État ne prévoient pas expressément la possibilité d'adopter une décision de rectification et d'extension d'une procédure formelle d'examen, des considérations d'économie de procédure et le principe de bonne administration peuvent rendre préférable l'adoption d'une décision de rectification - par rapport à la clôture de la procédure et à l'ouverture d'une nouvelle procédure, qui aurait conduit à l'adoption d'une décision avec le même contenu -, dès lors qu'une telle rectification ou extension ne porte pas atteinte aux droits procéduraux des parties intéressées. La Commission n'est toutefois pas tenue de notifier une décision de rectification d'une procédure formelle d'examen qui s'adresse non pas aux bénéficiaires du régime litigieux, mais à un État membre, dès lors que cette décision, assortie de l'invitation aux parties intéressées de présenter leurs observations, a été publiée au JOUE.

A RETENIR

Pour être qualifié d'acte attaquant, l'acte doit arrêter, de manière non équivoque, une mesure qui produit des effets juridiques affectant les intérêts des personnes concernées en modifiant leur situation juridique et qui s'impose obligatoirement à elles.

La décision attaquée qui déclare l'amendement au régime d'aides d'État existant compatible avec le marché intérieur et en autorise la mise à exécution, mais ne prévoit pas en elle-même les conséquences spécifiques et concrètes de la déclaration de compatibilité pour chaque contribuable soumis à la taxe, lesquelles se matérialiseront par des actes nationaux, telle qu'une loi et les actes mettant en œuvre cette loi, n'est pas susceptible d'un recours au titre de l'article 263 TFUE. La décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen à l'égard d'une mesure qui n'est plus en cours d'exécution et qui n'emporte pas d'effets juridiques autonomes, est ainsi irrecevable faute de posséder une portée immédiate, certaine et suffisamment contraignante envers l'État membre destinataire et le ou les bénéficiaires de la mesure sous examen. Les lettres de la Commission à caractère informatif ne constituent pas davantage des actes susceptibles de recours. Sont également irrecevables à ce titre les actes purement confirmatifs, ainsi que les actes préparatoires. En revanche, une décision purement confirmative par laquelle, à la suite d'un réexamen, la Commission réitère son refus d'ouvrir une procédure formelle d'examen sans ajouter d'éléments nouveaux ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours en annulation introduit contre la décision initiale. Peut également faire l'objet d'un recours la lettre par laquelle la Commission décide de ne pas donner suite à une plainte et se contente d'informer le plaignant que les aides dénoncées constituent des aides existantes, dès lors qu'elle peut être assimilée à un refus implicite d'ouvrir la procédure formelle d'examen. De même, une décision prise par la Commission en application de l'article 22 du règlement 2015-1589 en liaison avec l'article 23, paragraphe 1, par laquelle elle accepte les engagements d'un État membre, pris en relation avec les mesures utiles qu'elle lui a proposées, comme étant de nature à répondre à ses préoccupations concernant la compatibilité du régime d'aides existant examiné avec ce marché, et met fin à la procédure d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 1, TFUE, est susceptible de porter atteinte aux intérêts des bénéficiaires de ce régime, en ce qu'elle est fondée sur le constat préalable de l'incompatibilité avec le marché intérieur d'un régime d'aides existant, de sorte qu'elle ne saurait être soustraite au contrôle des juridictions de l'Union, sauf à porter atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective.

2. Intérêt à agir

A RETENIR

Au titre de l'article 263 TFUE, paragraphe 4, sont seules recevables à agir les personnes physiques ou morales destinataires de la décision ou celles qui sont directement et individuellement affectées par celle-ci. Les États membres, dispensateurs ou non de l'aide, ont toujours qualité à agir, y compris à l'encontre d'une décision positive. Il en est également ainsi pour une collectivité territoriale dès lors que la décision de la Commission exerce une influence sur ses compétences propres ou qu'elle est l'organe dispensateur de l'aide. Tout autre requérant doit, en revanche, établir un intérêt direct et individuel à agir. Tel est le cas du bénéficiaire de l'aide et de ses concurrents.

Les bénéficiaires d'une aide illégale, parfaitement identifiables lors de l'adoption de la décision d'incompatibilité, sont, par cette seule qualité, individuellement concernés. **Le bénéficiaire effectif dispose d'un intérêt individuel à agir, mais pas le bénéficiaire potentiel.** En revanche, une entreprise n'ayant pas bénéficié de fait de la mesure, mais dont le droit à en bénéficier a été juridiquement reconnu au niveau national, et qui, dès lors ne saurait être assimilée à un simple bénéficiaire potentiel, est recevable, au même titre qu'un bénéficiaire effectif, à agir contre une décision de la Commission déclarant un régime d'aides incompatible avec le marché intérieur, en ce qu'elle est, en principe, concernée par l'obligation de récupération. Dans tous les cas, le requérant doit avoir un intérêt né et actuel à l'annulation de l'acte attaqué. Tel est le cas des actionnaires minoritaires du bénéficiaire de mesures déclarées compatibles sous certaines conditions, dès lors que la décision attaquée porte atteinte à leur droit de propriété. En revanche, tel n'est pas le cas lorsque le bénéficiaire agit contre la déclaration d'incompatibilité partielle avec le marché intérieur du régime d'aides dès lors que cette mesure d'exécution ne définit pas les conséquences spécifiques que cette déclaration a pour chacun des contribuables et n'est adressée qu'à l'État membre destinataire de la décision.

La question est plus complexe pour les entreprises concurrentes. La qualité d'entreprise concurrente du bénéficiaire dont les intérêts pourraient être affectés suffit à lui donner qualité pour contester une décision de compatibilité prise à l'issue de la phase préliminaire, lorsque l'absence d'ouverture d'une procédure formelle ne l'a pas mis en mesure de faire valoir ses droits. En revanche, la qualité de concurrent est insuffisante à établir un intérêt à agir lorsque la décision a été adoptée à l'issue de la phase formelle d'examen. Le concurrent du bénéficiaire doit alors justifier, compte tenu de son degré éventuel de participation à la procédure et d'une affectation substantielle à sa position sur le marché, d'une situation de fait qui l'individualise d'une manière analogue à celle du destinataire. Ainsi, la place de numéro deux du marché derrière la bénéficiaire de l'aide ne peut à elle seule faire présumer l'existence d'une affectation substantielle de la position de la requérante sur le marché, de nature à lui conférer qualité pour agir. L'atteinte suffisamment importante portée à la position d'un concurrent sur le marché peut varier pour des aides d'un montant similaire en fonction de la taille du marché concerné, de la nature spécifique de l'aide, de la longueur de la période pour laquelle elle a été accordée, du caractère principal ou secondaire de l'activité affectée pour la partie requérante et des possibilités de contourner les effets négatifs de l'aide. Un ensemble d'éléments constitutifs d'une situation particulière doivent le distinguer suffisamment des autres opérateurs économiques se trouvant dans une relation de concurrence avec le bénéficiaire. Ainsi, une relation de concurrence conférant la qualité de partie intéressée peut être établie alors même que l'entreprise n'est ni actuellement ni potentiellement concurrente du bénéficiaire d'une aide d'État déclarée compatible sur les mêmes marchés de produits, dès lors que les deux entreprises utilisent dans leur processus de production les mêmes matières premières qui ne sont pas disponibles de manière illimitée dans la région concernée. La décision d'incompatibilité peut également faire l'objet d'un recours en annulation du concurrent lorsqu'elle ne protège pas de façon adéquate sa situation juridique et laisse subsister une aide illégale.

Enfin une association professionnelle, qui constitue l'une des parties intéressées énumé-

rées à l'article 1er du règlement 2015-1589, peut se voir reconnaître un intérêt propre à agir dès lors qu'elle possède la qualité de négociatrice, au sens économique, dans le secteur concerné ou qu'elle représente soit des entreprises dont le recours aurait été individuellement recevable, soit un intérêt collectif associé à sa participation à la procédure.

B. Pouvoirs du juge européen

A RETENIR

L'article 263 TFUE énonce cinq moyens d'annulation :

- l'incompétence et la violation des formes substantielles concernant la légalité externe de la décision ;
- la violation d'une règle de droit, la violation du Traité et le détournement de pouvoir permettent de contrôler la légalité interne.

Le juge ne peut en revanche relever d'office le moyen tiré de la violation de l'article 107, paragraphe 1er, en raison de la non-imputabilité de la mesure à un État membre, dès lors que ce moyen porte sur la légalité au fond de la décision attaquée.

Le large pouvoir d'appréciation dont dispose la Commission en matière de contrôle des aides d'État, dont l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte européen, limite le pouvoir du juge qui ne peut procéder qu'à un contrôle restreint. En revanche, le caractère objectif de la qualification d'aide nouvelle ou existante, au sens de l'article 107 TFUE, paragraphe 1, implique un contrôle maximum du juge. Le pouvoir d'appréciation de la Commission se limite, dans ce cas, à l'existence de circonstances particulières dues notamment à la nature complexe de l'intervention étatique ou de difficultés sérieuses.

C. Délai de recours

A RETENIR

Le point de départ du délai de recours de deux mois de l'article 263 TFUE, alinéa 5, est, à titre principal, celui de la publication ou de la notification de l'acte, et subsidiairement celui de la date de sa prise de connaissance par le requérant.

La publication sur Internet pour information, prévue à l'article 10 du règlement 794-2004, vaut publication s'agissant du point de départ du délai. Le requérant qui a eu connaissance de la décision d'incompatibilité d'une aide d'État avant sa publication bénéficie néanmoins du délai de recours de deux mois à compter de la publication. Les institutions européennes ne sont tenues d'informer les parties ni des voies de recours existantes, ni des délais pour les exercer. À l'issue de ce délai, la décision est définitive et ne peut plus être contestée.

II. Sursis à exécution

Les actes de la Commission bénéficient d'une présomption de légalité qui exclut que les recours formés à leur encontre puissent produire un effet suspensif. En contrepartie, l'article 278 TFUE offre la possibilité d'obtenir un sursis à exécution.

A RETENIR

Le sursis à l'exécution peut être accordé s'il est établi que son octroi est justifié à première vue en fait et en droit (*fumus boni juris*) et qu'il est nécessaire pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant après mise en balance des intérêts des parties. En matière d'aides d'État, les bénéficiaires d'aides illégales invoquent principalement, pour demander un tel sursis, l'atteinte portée à leurs intérêts par la décision de récupération.

Le préjudice financier, inhérent à la décision de récupération, ne peut suffire à démontrer le préjudice grave et irréparable justifiant le sursis à exécution. Seul un préjudice suffisamment grave pour mettre en péril la survie même de l'entreprise est susceptible d'être accueilli. Il doit s'agir d'une atteinte à un intérêt personnel du bénéficiaire : le préjudice porté aux intérêts des salariés n'entre pas en ligne de compte. Enfin, la demande de sursis à exécution est prématurée lorsque le préjudice allégué reste purement hypothétique en l'absence de cadre juridique national définitif régissant la procédure de récupération et notamment les détails du calcul des aides à rembourser.

La condition relative à l'urgence n'est pas non plus réalisée lorsque le requérant a maintenu sa demande en constatation d'insolvabilité malgré l'adoption d'une ordonnance de sursis à exécution de cette décision ou lorsque l'entreprise en cause ne démontre pas avoir épuisé toutes les voies de recours internes permettant d'obtenir un tel sursis ni que sa mise en faillite, à l'issue des procédures nationales de récupération, entraînera inévitablement sa liquidation totale.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

A

Abus de dépendance, 147 s.
 Actes de concurrence déloyale, V. Confusion, Dénigrement, Désorganisation, Parasitisme.
 Action en cessation de pratiques restrictives, 204, 206.
 Action civile, 219, 223.
 Action en concurrence déloyale, 8 s.
 Action en contrefaçon, 15 s.
 Action du ministre de l'Économie, 99 s., 204 s.
 Action en nullité, 204, 206.
 Affectation du commerce entre États membres, 258 s.
 Aide compatible, 262 s.
 Aide illégale, 239, 281 s., 285, 294, 299 s.
 Aide de *minimis*, 249.
 Aide prohibée, 230 s.
 Aides à caractère social, 263.
 Aides compatibles de plein droit, 263 s.
 Aides destinées à faciliter le développement de certaines activités, 269 s.
 Aides destinées à financer un service d'intérêt économique général, 276 s.
 Aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, 262, 265.
 Aides destinées à promouvoir un projet important d'intérêt européen commun, 275.
 Aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, 275.
 Aides à l'emploi, 274.
 Aides d'État, 227 s.
 Aides existantes, 282 s.
 Aides à finalité horizontale, 270 s.
 Aides à finalité régionale, 262, 269 s.
 Aides à la formation, 274.
 Aides nouvelles, 280, 284 s.
 Aides aux PME, 274.
 Aides pour la protection de l'environnement, 273.
 Aides pouvant être considérées

compatibles, 264 s.
 Aides à la recherche, au développement et à l'innovation, 274.
 Aides régionales au fonctionnement, 268, 274.
 Aides régionales à l'investissement, 274.
 Aides à la restructuration, 271.
 Aides au sauvetage, 270.
 Aides sectorielles, 270.
 Almunia, 278.
 Altmark, 237, 243, 249 s., 262, 276 s.
 Ambush marketing, 80.
 Amende administrative, 100 s., 109, 115., 117, 127, 189, 141 s.
 Amende civile, 191, 207 s.
 Appel d'offres, 168, 185.
 Appellation d'origine, 84.
 Avantage, 237 s.
 Avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, 151.

B

Barème de prix, 110, 114, 118, 121.

C

Captation de clientèle, 11, 76 s.
 Clause attributive de compétence, Concurrence déloyale, 20 ; abus de dépendance, 189 s., 191, 194 s., 199 s.
 Clause du client le plus favorisé, 197.
 Clause de non-concurrence, 18, 40, 43 s.
 Clause de parité, 156, 197 s.
 Clause de prix imposés, 223.
 Clause de renégociation, 126 s.
 Clause de non-rétablissement, 8, 47.
 Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), 96 s., 197, 203.
 Concurrence anticontractuelle, 8, 18, 44.
 Concurrence déloyale. Action en concurrence déloyale, 8 s.
 Confusion, 26 s. Dénigrement, 61 s. Désorganisation, 39 s. Paracommercialisme, 224. Parasitisme, 71 s. Participation à la violation d'une interdiction de revente hors réseau, 196. Revente à

perte, 210, 220.
 Concurrence illégale, 8.
 Conditions générales d'achat, 114, 131, 154.
 Conditions générales de vente, 107 s.
 Conditions particulières de vente, 111 s.
 Conditions de règlement. Conditions générales de vente, 112 s. Délais de paiement, 140. Facturation, 135 s.
 Conditions de vente différenciées, 110 s.
 Confusion, 26 s.
 Convention écrite, 117 s.
 Coopération commerciale, 117 s., 123 s., 134, 151 s., 156, 196.
 Création d'une entreprise concurrente, 40 s.
 Crise économique, 170, 174, 178, 179, 192.
 Critère de la compensation des charges publiques, 249 s.
 Critère de l'opérateur privé en économie de marché, 243 s.

D

Décision de récupération, 298 s.
 Débauchage, 48 s.
 Délais de paiement, 112 s., 136 s.
 Démarchage de la clientèle, 42, 49, 53 s., 84.
 Dénigrement, 61 s.
 Dépendance, 147, 186, 187.
 Déséquilibre significatif, 152 s.
 Désorganisation, 39 s.
 Détournement de clientèle. 5, 14, 39, 53 s.
 Détournement du savoir-faire. Désorganisation, 50. Parasitisme, 77 s.
 Diffamation, 15, 64.
 Droit de riposte, 68.

E

Exemption par catégorie. Aides d'État, 262 s. Participation à la violation d'une interdiction de revente hors réseau, 195.

F

Faute, 10 s.
Facturation, 127 s.
Force majeure, 177 s.

I

Idée publicitaire, 79.
Imitation. Confusion, 36 s.
Parasitisme, 79.
Indemnité forfaitaire de frais de recouvrement, 113, 136, 140.
Injonction, Transparence et pratiques restrictives, 100 s., 115. Action en concurrence déloyale, 23.
Intérêt de l'Union, 267 s.
Internet. Compétence territoriale, 20.
Confusion, 29 s. Désorganisation, 56 s. Dénigrement, 64, 67 s. Parasitisme 79, 83 s.

J

Juridictions spécialisées, 191, 199, 201 s.

L

Lien de causalité. Action en concurrence déloyale, 14. Aides d'Etat, 264.
Logo. Confusion, 29 s.

M

Marge brute, 192.
Marge sur coûts variables, 192.
Marque. Action en concurrence déloyale, 17. Confusion, 29 s., 36 s. Dénigrement, 63, 70 s. Désorganisation, 53, 59. Parasitisme, 76, 82 s.
Ministre de l'Économie, 99 s., 194, 204 s.

N

Négligence, 10, 26.
Nullité. Accords de coopération commerciale rétroactifs, 196, 197. Action du ministre de l'Économie, 100, 206. Action de la victime de pratiques restrictives, 204. Clause du client le plus favorisé, 197, 198. Clause déséquilibrée, 158. Clause de non-concurrence, 45. Prix imposés, 223.
Non-respect d'une réglementation, 54 s.

O

Obligations destinées à favoriser la relation commerciale, 125 s.
Obtention d'un avantage sans contrepartie, 151 s.

P

Paracommercialisme, 58, 224 s.
Parasitisme, 71 s.
Participation à la violation d'une interdiction de revente hors réseau. Concurrence déloyale, 61. Abus de dépendance, 195, 196.
Pénalités de retard, 112, 113, 136, 138, 140 s., 156.
Pratiques commerciales déloyales, 56, 61.
Pratiques restrictives. Abus de dépendance, 147 s. Prix imposés, 220 s. Revente à perte, 210 s.
Préjudice. Action en concurrence déloyale, 12 s. Clause de non-concurrence, 45 s. Trouble commercial, 76.
Prix d'achat effectif, 215.
Prix conseillés, 222 s.
Prix imposés, 220 s.
Prix inférieur. Action en concurrence déloyale, 5, 14. Confusion, 36. Désorganisation, 53. Parasitisme, 74.
Procédure simplifiée (aides d'État), 287, 294.
Produits de grande consommation, 120 s.
Produits périssables, 139, 142 s., 149, 217.
Publicité comparative. Désorganisation, 56. Dénigrement, 64 s.
Publicité trompeuse, 56.

R

Réductions de prix. Conditions générales de vente, 112. Convention écrite, 118, 119, 121, 123, 125, 126. Déséquilibre significatif, 158. Facturation, 134 s. Obtention d'un avantage disproportionné, 151. Produits agricoles périssables, 144 s. Revente à perte, 215.
Référé. Action en concurrence déloyale, 22. Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance, 191, 192, 202, 203. Conditions générales de vente,

116. Revente à perte, 220. Rupture brutale de relations commerciales établies, 190.

Ressources d'État, 230, 232 s.
Restriction de concurrence, 257.
Revente à perte, 210 s.

Rupture brutale de relations commerciales établies, 159 s.

S

Sanctions pénales, 99, 127, 219, 221, 223, 225, 226.
Sélectivité (aides d'État), 252 s.
Service d'intérêt économique général (SIEG), 250 s., 276 s.
Seuil de sensibilité, 258.
Signes de ralliement de la clientèle, 30 s.
Slogan publicitaire. Confusion, 35. Dénigrement, 65, 69. Parasitisme, 74, 82.
Soldes. Concurrence déloyale, 55. Revente à perte, 218.
Sous-traitance. Convention écrite, 121. Rupture brutale de relations commerciales établies, 161, 163, 164, 167, 176, 178, 182.
Syndicats/associations professionnels. Abus de dépendance, 198. Action en concurrence déloyale, 19, 64. Revente à perte, 219.
T
Tierce complicité. Clause de non-concurrence, 46. Interdiction de vente hors réseau, 61 s.
Transaction, 99, 157, 194, 208.
Transfert de ressources d'État, 232 s.
Transparence tarifaire, 106 s.
Triple net, 123, 124.
Trouble commercial, 76.

U

Usurpation de la notoriété d'autrui, 79 s.
Usurpation du travail d'autrui, 77 s.
Utilisation irrégulière du domaine public, 225 s.

V

Voies de recours (aides d'Etat), 285, 302 s.

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

TITRE I			
Concurrence déloyale			
CHAPITRE I Action en concurrence déloyale		8	
SECTION 1			
Conditions de recevabilité		10	
I. Faute		10	
A. Indifférence de l'élément intentionnel		10	
B. Indifférence relative de la situation de concurrence		10	
II. Préjudice		12	
A. Caractères du préjudice		12	
1. Préjudice direct et certain		12	
2. Préjudice matériel ou moral		13	
B. Évaluation du préjudice		13	
III. Lien de causalité		14	
SECTION 2			
Mise en œuvre		15	
I. Domaine		15	
A. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : notion		15	
B. Caractère subsidiaire de l'action en concurrence déloyale : portée		16	
1. Cumul de l'action en concurrence déloyale et de l'action en contrefaçon		16	
2. Cumul de l'action en concurrence déloyale avec l'action contractuelle		18	
II. Procédure		18	
A. Qualité à agir		18	
B. Compétence et loi applicable		20	
C. Référé		22	
III. Sanctions		23	
CHAPITRE II Actes de concurrence déloyale		26	
SECTION 1			
Confusion		26	
I. Critères d'appréciation		27	
A. Ressemblances entre les produits		27	
B. Nature de la clientèle		28	
1. Clients d'attention moyenne		28	
2. Clients professionnels		28	
3. Amateurs avertis		29	
II. Objet		29	
	A. Confusion avec l'entreprise d'un concurrent	29	
	1. Signes de ralliement de la clientèle	30	
	a. Enseigne et logo	30	
	b. Nom commercial	31	
	1) Nom commercial / Dénomination sociale	31	
	2) Nom commercial et nom patronymique	31	
	3) Nom commercial et internet	32	
	2. Autres éléments de fidélisation	34	
	a. Documents commerciaux	34	
	b. Décoration extérieure	34	
	c. Publicité	35	
	B. Confusion avec les produits d'un concurrent	35	
	1. Imitation d'un produit original	36	
	2. Imitation de la marque	38	
	a. Imitation d'un signe original	38	
	b. Étendue de la protection.	39	
SECTION 2			
Désorganisation		39	
I. Création abusive d'une entreprise concurrente		40	
A. Distinction entre la création et les actes déloyaux adjacents		40	
1. Licéité de la création		40	
2. Actes adjacents déloyaux		41	
B. Clause de non-concurrence		43	
1. Clause de non-concurrence et contrat de travail		44	
a. Portée de la clause de non-concurrence		44	
b. Conditions de validité		45	
c. Violation		46	
2. Clause de non-concurrence et fonds de commerce		47	
a. Conditions de validité		47	
b. Violation		47	
II. Débauchage		48	
III. Désorganisation de la production ou de l'activité commerciale		50	
A. Détournement du savoir-faire ou des secrets de fabrique		50	
B. Désorganisation de l'activité commerciale		51	
C. Prix et marque d'appel		53	
D. Démarchage illicite		53	
E. Non-respect d'une réglementation		54	
IV. Désorganisation et réseaux de distribution		59	
A. Principe de licéité de la commercialisation hors réseau		59	

B. Approvisionnement irrégulier	59	6. Loi Macron	91
C. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau	60	7. Loi Sapin II	91
D. Pratiques commerciales déloyales et autres actes de désorganisation	61	B. Loi EGalim et ordonnance du 24 avril 2019	91
SECTION 3		1. Loi EGalim	91
Dénigrement	61	a. Contractualisation en matière agricole	92
I. Domaine	62	b. Relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des opérations promotionnelles	92
A. Dénigrement et libre critique	62	c. Contrôle des centrales de référencement et d'achat des distributeurs	93
B. Dénigrement et diffamation	64	d. Lutte contre les prix abusivement bas	93
C. Dénigrement direct ou indirect	64	2. Ordonnance du 24 avril 2019 relative à la refonte du titre IV du Livre IV du Code de commerce.	93
II. Conditions	65	a. Un assouplissement du droit de la transparence tarifaire	94
A. Personne identifiée ou identifiable / Produit ou service	65	b. Une simplification à parfaire du droit des pratiques restrictives	95
B. Information malveillante	66	II. Commission d'examen des pratiques commerciales	96
C. Diffusion publique	68	1. Composition	96
III. Dénigrement et publicité comparative	69	2. Saisine	97
A. Licéité de principe de la publicité comparative	69	3. Procédure devant la Commission	98
B. Dénigrement par comparaison	70	4. Avis ou recommandation	98
SECTION 4		5. Rapport d'activité	98
Parasitisme	71	III. Pouvoirs spéciaux de l'Administration	98
I. Conditions	73	A. Transaction	99
A. Intention de parasitisme	73	B. Composition pénale et ordonnance pénale	99
B. Valeur économique du produit du parasité	73	C. Pouvoirs spéciaux du ministre de l'Économie	99
C. Économie injustifiée du parasite	75	D. Pouvoir d'injonction et amendes administratives	100
D. Trouble commercial du parasité	76	CHAPITRE I Transparence tarifaire	106
II. Formes	77	SECTION 1	
A. Usurpation du travail d'autrui	77	Conditions générales de vente	107
B. Usurpation de la notoriété d'autrui	79	I. Obligation de communication	107
1. Usurpation du nom commercial ou de la dénomination sociale	80	A. Parties	107
2. Usurpation de la marque	82	B. D'une obligation inconditionnelle à une obligation limitée	108
3. Usurpation d'une appellation d'origine ou d'un label	84	C. Obligation de communication spontanée dans le cadre de la convention écrite	109
		II. Objet de la communication	110
		A. Conditions de vente différenciées	110
		B. Conditions particulières de vente	111
		C. Réductions de prix	112
		D. Conditions de règlement	112
		E. Conditions générales de vente/Conditions générales d'achat	114
		III. Forme de la communication	114
		IV. Sanctions du défaut de communication	115
		A. Sanction administrative	115

TITRE II

Négociation commerciale

I. Histoire et structure du droit de la négociation commerciale	88
A. Réformes antérieures à la loi EGalim et à l'ordonnance du 24 avril 2019	88
1. Lois Galland et NRE	89
2. Loi Dutreil	89
3. Loi Chatel	89
4. Loi de modernisation de l'économie	90
5. Loi Hamon	90

B. Sanction civile	116	D. Dispositions spécifiques aux marchés publics	140
SECTION 2		E. Dispositions spécifiques au transport routier de marchandises	140
Convention écrite	117	II. Pénalités de retard	140
I. Conditions de forme	118	III. Sanctions	141
A. Convention écrite de droit commun	118	SECTION 5	
B. Convention écrite relative aux produits de grande consommation	120	Règles spécifiques aux produits agricoles périssables	
C. Convention écrite dans le cadre d'une sous-traitance	121		
II. Conditions de fond	122	CHAPITRE II Pratiques restrictives et abusives	
A. Conditions de l'opération de vente	122		
B. Prix convenu	123	SECTION 1	
C. Services de coopération commerciale	123	Abus de dépendance	
D. Rémunération des services rendus	124		
E. Obligations destinées à favoriser la relation commerciale	125	SOUS-SECTION 1	
F. Clause de renégociation	126	Typologie	
SECTION 3			
Facturation	127	I. Obtention d'un avantage dénué de contrepartie ou manifestement disproportionné	
I. Obligation du vendeur de délivrer une facture conforme	128		
A. Champ d'application <i>ratione personae</i>	128	II. Soumission ou tentative de soumission à un déséquilibre significatif	
B. Champ d'application <i>ratione materiae</i>	129	A. Conditions de l'incrimination	
C. Champ d'application <i>ratione loci</i>	130	1. Du «partenaire commercial» à l'«autre partie»	
II. Obligation de l'acheteur de réclamer une facture conforme	130	2. Soumission	
III. Obligation de délivrance immédiate de la facture	131	3. Déséquilibre significatif	
IV. Formalisme	131	B. Typologie de clauses et de comportements	
A. Dénomination précise du produit ou du service	133		
B. Prix unitaire hors taxe	133	III. Rupture brutale de relations commerciales établies	
C. Réductions de prix acquises directement liées à la vente ou à la prestation de services	134	A. Champ d'application	
1. Réductions de prix acquises	134	B. Relation commerciale établie	
2. Réductions directement liées à la vente ou à la prestation de services	134	1. Parties à la relation	
D. Escomptes assimilables à une réduction	135	2. Caractère établi de la relation	
E. Conditions de règlement	135	C. Rupture	
SECTION 4		1. Déréférencement	
Délais de paiement	136	2. Rupture partielle	
I. Délais de paiement maximum	137	3. Refus de vente ou de commande	
A. Délais de droit commun	137	4. Non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée	
B. Dérogations sectorielles	138	5. Modification des conditions contractuelles	
C. Dispositions spécifiques aux produits alimentaires périssables	139	D. Caractère brutal de la rupture	
		1. Absence de fait justificatif	
		a. Manquement d'une partie à ses obligations	
		b. Force majeure	
		2. Durée du préavis	
		a. Longueur du préavis	
		1) Délai de préavis contractuel	
		2) Facteurs accessoires	

3) Préavis suffisant	180	II. Enchères inversées à distance	210
4) Modification de la durée du préavis	180	SECTION 3	
5) Règlement d'exemption	181	Revente à perte	210
6) Spécificités sectorielles	182	I. Prohibition	212
7) Accords interprofessionnels	182	A. Champ d'application	213
8) Préavis légaux	183	1. Champ d'application <i>ratione personae</i>	213
9) Relations des parties	183	2. Champ d'application <i>ratione materiae</i>	214
b. Point de départ du préavis	184	3. Champ d'application <i>ratione loci</i>	214
3. Circonstances de la rupture	185	B. Élément matériel : le seuil de revente à perte	215
E. Sanctions	188	C. Élément intentionnel	216
1. Responsabilité	189	II. Exceptions	216
a. Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?	189	A. Exception d'alignement	216
b. Maintien des relations contractuelles	190	B. Produits à caractère saisonnier	217
c. Amende civile	191	C. Produits périssables	217
d. Publication de la décision	191	D. Produits démodés	217
e. Impact de la spécialisation des juridictions sur le contentieux	191	E. Baisse des cours	218
2. Évaluation du préjudice	192	F. Ventes volontaires ou forcées	218
3. Application aux relations commerciales internationales	194	G. Soldes	218
IV. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau	195	III. Responsabilité pénale	218
V. Clauses ou contrat nuls de plein droit	196	A. Imputation	218
A. Remises, ristournes ou accords de coopération commerciale rétroactifs	196	B. Sanctions pénales	219
B. Clause du client le plus favorisé	197	C. Action de la partie civile	219
SOUS-SECTION 2		IV. Responsabilité civile	220
Actions ouvertes en cas d'abus de dépendance	198	SECTION 4	
I. Action en responsabilité	198	Prix imposés	220
A. Intérêt à agir	198	I. Typologie	221
B. Compétence	199	A. Imposition de prix conseillés	222
C. Spécialisation des juridictions	201	B. Prix maximum inférieur au seuil de revente à perte	222
D. Référé	203	C. Clauses de prix imposés	223
II. Action en cessation ou en nullité	204	II. Sanctions	223
A. Action en cessation	204	SECTION 5	
B. Action en nullité	204	Paracommercialisme	224
III. Action du ministre de l'Économie	204	I. Typologie	224
A. Pouvoirs d'action	205	A. Pratiques paracommerciales des organismes à vocation non commerciale	224
1. Action en responsabilité	205	B. Utilisation irrégulière du domaine public	225
2. Action en cessation	206	II. Sanctions	225
3. Action en nullité	206		
4. Amende civile	207		
B. Soumission aux règles de la procédure civile	208		
IV. Action du Président de l'Autorité de la concurrence	208		
SECTION 2			
Autres abus de dépendance	209		
I. Pratiques de prix abusivement bas pour certains produits agricoles et alimentaires	209		
		TITRE III	
		Aides d'État	
		CHAPITRE I Aide prohibée	230

SECTION 1			
Transfert de ressources d'État	232		
I. Organisme dispensateur	232		
A. État, entités infra-étatiques ou organismes sous contrôle public	232		
B. Organisme privé	234		
II. Ressources	234		
A. Fonds publics	234		
B. Fonds privés	235		
III. Transfert	235		
A. Conditions	235		
B. Formes	236		
SECTION 2			
Avantage	237		
I. Définition	237		
A. Amélioration de la situation financière de l'entreprise	237		
B. Avantage certain	238		
C. Avantage objectif	239		
II. Typologie	240		
A. Avantage direct	240		
B. Avantage indirect	241		
III. Appréciation	242		
A. Critère de l'opérateur privé en économie de marché	243		
1. Principe	243		
2. Conditions d'application	244		
3. Conditions anormales de marché	245		
a. L'État investisseur	245		
b. L'État créancier	247		
c. L'État acheteur ou vendeur	248		
B. Critère de la compensation des charges publiques	249		
1. Principe	249		
2. Conditions	250		
a. Service d'intérêt économique général (SIEG)	250		
b. Caractère préalable, objectif et transparent du calcul de la compensation	251		
c. Proportionnalité de l'avantage	251		
SECTION 3			
Sélectivité	252		
I. Avantage accordé à certaines entreprises	253		
A. Conditions d'octroi	253		
1. Notion d'entreprise	253		
2. Identification du bénéficiaire	255		
3. Définition de catégories d'entreprises	255		
B. Attribution discrétionnaire	256		
II. Avantage indépendant de la nature ou de l'économie générale du système de perception	256		
SECTION 4			
Restriction de concurrence	257		
SECTION 5			
Affectation du commerce entre États membres	258		
CHAPITRE II Aide compatible		262	
SECTION 1			
Aides compatibles de plein droit	263		
I. Aides à caractère social	263		
II. Calamités naturelles et autres événements extraordinaires	263		
III. Division de l'Allemagne	264		
SECTION 2			
Aides pouvant être considérées compatibles	264		
I. Règlement général d'exemption	265		
A. Champ d'application	265		
B. Conditions de l'exemption	266		
II. Dérogation individuelle	266		
A. Nécessité/Proportionnalité	267		
B. Contexte européen	268		
III. Typologie	269		
A. Aides à finalité régionale	269		
B. Aides destinées à faciliter le développement de certaines activités	269		
1. Aides sectorielles	270		
2. Aides à finalité horizontale	270		
a. Aides au sauvetage	270		
b. Aides à la restructuration	271		
c. Aides pour la protection de l'environnement	273		
d. Aides à l'emploi	274		
e. Aides aux PME	274		
f. Aides à la recherche, au développement et à l'innovation	274		
g. Aides à la formation	274		
C. Aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun	275		
D. Aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre	275		
E. Aides destinées à promouvoir la culture et la préservation du patrimoine	275		

SECTION 3	
Aides destinées à financer un service d'intérêt économique général	276
I. Domaine	276
II. Conditions de licéité	277
III. Du Paquet «Altmark» au Paquet «Almunia»	278
CHAPITRE III Procédure de contrôle	
SECTION 1	
Compétence	280
I. Autorités européennes	280
II. Autorités et juridictions nationales	281
SECTION 2	
Déroulement du contrôle	282
I. Aides existantes	283
A. Notion	283
B. Examen permanent	283
II. Aides nouvelles	284
A. Notion	284
B. Obligation de notification préalable	286
1. Existence	286
2. Modalités	286
3. Effets	287
C. Examen préliminaire	288
1. Déroulement de l'examen préliminaire	288
2. Pouvoirs de la Commission	289
3. Droits des parties intéressées	291
D. Ouverture d'une procédure formelle d'examen	292
1. Déroulement de la procédure	292
2. Droits des parties intéressées	294
3. Procédure simplifiée	294
SECTION 3	
Décision de la Commission	295
I. Décision positive	296
II. Décision négative	297
A. Obligation de récupération	298
B. Obligation d'exécution de l'État membre	299
C. Obligation de restitution du bénéficiaire	301
SECTION 4	
Voies de recours	302
I. Recours en annulation	303
A. Conditions de recevabilité	303
1. Actes attaquables	303
2. Intérêt à agir	304
B. Pouvoirs du juge européen	306
C. Délai de recours	306
II. Sursis à exécution	307
Table alphabétique	309
Table analytique	311