

LA DÉCISION DU MOIS

La Commission interdit la concentration Alstom/Siemens.

La réunion des deux plus grands fournisseurs de systèmes de signalisation pour lignes ferroviaires et métro et de matériel roulant en Europe n'aura finalement pas lieu. Selon la Commission, la concentration envisagée aurait conduit la nouvelle entité à occuper au sein de l'EEE une place de leader sur plusieurs marchés de la signalisation pour grandes lignes et lignes urbaines ainsi qu'une position dominante dans le secteur des trains à très grande vitesse du fait de la suppression de l'un des deux principaux fabricants de ce type de trains dans l'EEE. Il en aurait résulté un sérieux risque d'entrave à la concurrence dans ces deux domaines, la disparition du rapport de concurrence existant entre ces deux acteurs majeurs pouvant se traduire par une hausse des prix pour les systèmes de signalisation et les futures générations de trains à très grande vitesse, une réduction du choix des clients, un risque d'éviction des concurrents les plus modestes et un recul de l'innovation. Par ailleurs, la concurrence actuelle aurait été insuffisante pour garantir une concurrence effective tandis qu'à l'échelon mondial, la concurrence potentielle des fournisseurs chinois aurait été « *hautement improbable* » dans un avenir prévisible pour les trains à très grande vitesse et peu crédible, voire pas crédible « *avant très longtemps* » pour les systèmes de signalisation. En outre, pour la Commission, les mesures correctives proposées par les parties n'étaient pas de nature à répondre pleinement et durablement aux préoccupations de concurrence : en ce qui concerne le matériel roulant à très grande vitesse, elle a rejeté l'engagement de céder soit un train, le « *Pendolino* » d'Alstom, qui actuellement n'est pas en mesure de rouler à très grande vitesse, soit une licence portant sur une technologie à très grande vitesse mais soumise à des

conditions et exceptions si restrictives qu'elles « *auraient fait obstacle au développement, par l'acheteur, d'un train à très grande vitesse concurrent, en le privant de la capacité et des incitations nécessaires pour ce faire* » ; pour les systèmes de signalisation grandes lignes, la combinaison complexe d'actifs proposée par les parties ne permettait pas une « *cession d'activité autonome et pérenne qu'un acheteur aurait pu utiliser pour concurrencer de manière effective et indépendante l'entreprise issue de la concentration* ».

Des mesures correctives jugées insuffisantes pour lever les préoccupations de concurrence de la Commission.

La Commission s'oppose rarement au rapprochement d'entreprises : depuis 1990, elle n'a empêché qu'une trentaine de concentrations sur plus de six mille opérations examinées. C'est dire si le refus de Bruxelles a suscité l'émoi en Europe et en particulier, des deux côtés du Rhin. Initialement, la constitution d'un géant européen du rail devait répondre à la nécessité de faire face à la concurrence chinoise : l'entité issue de la concentration aurait été la seconde entreprise mondiale du secteur ferroviaire avec un chiffre d'affaires représentant deux fois celui de Bombardier, mais seulement la moitié de l'entreprise chinoise numéro un, CCRC. Si le refus de ce mariage franco-allemand se justifie, selon la Commission, par la défense des intérêts des vingt-six autres pays de l'Union, qui redoutent un affaiblissement de la concurrence, il reste qu'une appréciation économique plus globale aurait été envisageable.

D'abord, une autre définition du marché aurait pu être retenue par la Commission, qui a pris en considération l'EEE mais aussi un marché plus vaste comprenant le reste du monde, à l'exclusion de la Corée, du Japon et surtout de la Chine. Elle a par ailleurs

écarté la menace chinoise d'un revers de main alors même que l'objectif annoncé de CCRC est de se développer à l'international.

Enfin, la Commission n'a en réalité envisagé que des propositions de cessions d'actifs alors que des remèdes comportementaux auraient peut-être pu dissiper les problèmes de concurrence. D'où la volonté du ministre français des Finances de proposer avec son homologue allemand, de nouvelles règles de concurrence européennes pour remplacer le règlement concentrations qu'ils estiment obsolète, alors que l'Europe se trouve affaiblie par le Brexit, la montée de la Chine et le protectionnisme américain.

Cette refonte, qui nécessiterait un vote à la majorité des États membres, consisterait à prendre davantage en considération la concurrence potentielle des pays émergents, à recourir plus volontiers à des remèdes comportementaux, plus souples, en cas de préoccupations de concurrence, et à faire prévaloir, dans certains cas, la dynamique du marché et l'intérêt général, plutôt que l'intérêt des consommateurs et de la concurrence. Il s'agirait en particulier de prévoir la possibilité de s'opposer à une décision de refus d'autorisation d'une concentration par la Commission, pour des motifs d'intérêt général comme la sécurité, la santé publique, l'emploi etc., selon un mécanisme similaire au pouvoir d'évocation dont le ministre français de l'Économie est doté par l'article L. 430-7-1 du Code de commerce à l'égard des décisions de l'Autorité de la concurrence.

CONCENTRATIONS

Commission européenne
Communiqué de presse du 6 février 2019





La Cour de cassation abandonne le dogme de la marge brute.

Pendant de longues années, la jurisprudence a estimé que le préjudice de la victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies correspondait à sa perte de marge brute pendant le préavis qui aurait dû lui être accordé (V. not. Cass. com., 24 juin 2014, LawLex142157). La définition de la marge brute varie aussi bien selon le secteur concerné que selon les décisions de justice, qui l'ont parfois confondue avec le chiffre d'affaires (Paris, 13 sept. 2012, LawLex122033). Or, elle est le plus généralement calculée en retranchant du montant des ventes de l'entreprise le coût de ses achats. Le recours au concept de marge brute a été très critiqué car il aboutit à indemniser l'entreprise de coûts qu'elle ne supporte plus du fait de la rupture. En effet, avec la baisse du chiffre d'affaires subie au cours du préavis non exécuté, certaines charges diminuent mécaniquement.

La Cour d'appel de Paris a fini par entendre ces critiques et publié, le 19 octobre 2017, une fiche pratique dans laquelle elle préconise, pour remplir l'objectif de réparation intégrale du préjudice, de retenir le concept de marge sur coûts variables, c'est-à-dire de déduire les frais « qui présentent la plus grande variabilité par rapport au chiffre d'affaires » et que l'entreprise n'engage plus du fait de la rupture (achats de marchan-

disés pour la revente, frais de sous-traitance et de personnel intérimaire, primes d'objectifs versées aux commerciaux...). La cour ne ferme cependant pas la porte à la déduction, au cas par cas, des « frais de structure » éventuellement réduits du fait du dommage. Si certaines formations de la Cour d'appel ont entériné cette doctrine (V. Paris, 18 oct. 2017, LawLex171697 ; 29 nov. 2017, LawLex172035), d'autres continuent de s'appuyer sur la perte de marge brute du demandeur (V. not. Paris, 17 janv. 2019, LawLex1966 et 31 janv. 2019, LawLex19139 ; 25 janv. 2019, LawLex19110).

La Cour de cassation, qui ne s'était pas prononcée sur la question depuis l'émergence de ce nouveau courant, vient de rendre un arrêt audacieux, qui conduit à une analyse plus fine du préjudice effectivement subi. Dans cette affaire, la cour d'appel avait écarté la référence à la marge brute car la victime avait immédiatement cessé son activité et n'assumait plus de charges fixes. Elle avait déduit de la marge perdue les frais fixes économisés par l'entreprise. Saisie du pourvoi de la victime, la Cour de cassation estime qu'en déduisant de la perte de commissions subie par la victime les économies de frais fixes réalisées, « la cour d'appel [...] a pris en considération les éléments pertinents,

qu'elle a souverainement appréciés, pour définir la marge perdue par la [victime] pendant le préavis non exécuté, [et retenu] que le préjudice réellement subi par celle-ci s'élevait à la somme de 53 175 euros » (nous soulignons). Bien que la déduction des frais fixes semble limitée à l'hypothèse où la victime de la rupture cesse ses activités, elle n'en traduit pas moins l'abandon par la Cour de cassation du dogme de la marge brute et la volonté d'apprécier le concept de marge au plus près du préjudice réellement subi, c'est-à-dire déduction faite des coûts évités, qu'il s'agisse de frais variables ou de frais fixes. Aussi, que l'entreprise victime de la rupture poursuive ou cesse ses activités, les chambres dissidentes de la Cour d'appel de Paris devraient-elles s'aligner sur la position de la Haute juridiction et retenir une indemnisation sur le fondement de la perte de marge sur coûts variables et, le cas échéant, vérifier si des charges fixes n'ont pas été évitées.

RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Cour de cassation
Chambre commerciale
23 janvier 2019
LawLex19114

★★

L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires à l'encontre de Google..

La société Amadeus qui exploite un service de renseignements téléphoniques sous un numéro à tarification majorée destiné à fournir aux consommateurs les coordonnées d'un particulier, professionnel, entreprise ou administration, utilise le service de publicité payante de Google, « Google Ads », dont l'usage nécessite la création de comptes Google Ads ainsi que la participation à des enchères sur les mots-clés : distinguées par la mention « Annonce » devant le lien sponsorisé, les annonces publicitaires Google Ads s'affichent lorsque les mots-clés entrés par l'internaute sont les mêmes que ceux attachés à une publicité par un annonceur. À partir de janvier 2018, Google a informé Amadeus de la suspension de ses comptes Google Ads en raison de « déclarations trompeuses » et du non-respect des règles Google Ads. Amadeus a alors créé de nouveaux comptes qui eux-aussi ont été suspendus pour « contournement des systèmes ». Malgré le rétablissement de ses comptes à la suite d'un recours interne, mi-mars 2018, la majorité de ses annonces ont été refusées pour violation des règles relatives à la « vente d'articles gratuits ». Estimant qu'un tel comportement était susceptible de constituer une pratique abusive, Amadeus a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires et, fait suffisamment rare pour être souligné [depuis 2009, l'Auto-

rité n'a octroyé de telles mesures que huit fois seulement sur quarante-quatre demandes examinées], cette dernière y a fait droit..

Après avoir relevé que le marché français de la publicité en ligne liée aux recherches est susceptible de constituer le marché pertinent, que celui-ci est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée - l'une, liée aux investissements nécessaires au développement d'une plateforme aussi performante et l'autre, à l'accès à un ensemble suffisamment large de données collectées -, que la position de Google sur ce marché s'appuie sur celle qu'il détient sur le marché des services de recherche généraliste sur lequel il génère plus de 90 % des requêtes des internautes français, l'Autorité estime que Google occupe une position dominante sur le marché de référence, sans qu'il soit nécessaire à ce stade de se prononcer sur un éventuel état de dépendance économique d'Amadeus. Elle retient par ailleurs que les suspensions de comptes Google Ads sont intervenues sans avertissement préalable, ni mention claire des manquements reprochés. En outre, Google ne saurait légitimement soutenir qu'il a découvert ces pratiques soi-disant contraires aux règles Google Ads en janvier 2018 alors que les campagnes publicitaires ont été réalisées en étroite coopération avec ses équipes commerciales dans le cadre d'un partenariat

spécifique.

Au vu de ces éléments, les pratiques de Google sont donc susceptibles de caractériser une rupture brutale de relations commerciales dans des conditions qui ne sont ni objectives, ni transparentes et au surplus, discriminatoires, puisque des annonceurs concurrents ont pu continuer de diffuser leurs annonces via Google Ads alors qu'Amadeus était privée de cette possibilité. Constatant une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante - Amadeus a subi une perte massive de chiffre d'affaires (- 90% entre 2017 et 2018) et risque de sortir prochainement du marché -, l'Autorité enjoint à Google, conformément à l'article L. 464-1 du Code de commerce : i) de clarifier les règles Google Ads ; ii) d'organiser une formation de ses commerciaux pour être en mesure de satisfaire pleinement à ses obligations précontractuelles et contractuelles d'information et de mise en garde de ses clients mais aussi à son obligation de conseil renforcée ; iii) et enfin, de revoir sa procédure de suspension des comptes Google Ads qui devra comporter un préavis et être motivée en des termes clairs.

MESURES CONSERVATOIRES

Autorité de la concurrence
31 janvier 2019
LawLex19181

★★★



Même si une clause attributive de compétence ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, elle doit s'appliquer dès lors que le comportement dénoncé est en lien avec le contrat la contenant.

S'estimant victime d'un abus de position dominante, la société eBizcuss, revendeur agréé des produits de marque Apple, a assigné en réparation devant le Tribunal de commerce de Paris les sociétés Apple Sales International, Apple Inc. et Apple Retail France. Selon la société eBizcuss, dès l'ouverture en 2009 de son premier Apple Store en France, Apple aurait infligé, dans le but de développer son propre réseau de distribution, un traitement discriminatoire aux distributeurs indépendants qui, comme elle, sont ses principaux concurrents, en refusant ou en retardant la fourniture, puis la livraison, de nouveaux modèles au moment de leur mise sur le marché, en lui déniaient la possibilité de procéder à la prévente de certains produits - par ailleurs offerte aux clients se rendant sur le site Internet Apple Store ou dans les magasins Apple Store - et en lui imposant des tarifs grossistes supérieurs aux prix de vente au détail pratiqués sur le site Internet Apple Store ou dans les Apple Store. Les parties étant liées par une convention dont une clause prévoit que « *le contrat, la relation correspondante et les relations en découlant* » sont soumis aux juridictions irlandaises, le Tribunal de commerce de Paris puis la Cour d'appel de Paris ont fait droit à l'exception d'incompétence d'Apple. Se référant à la jurispru-

dence de la Cour de justice (CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/13, Hydrogen Peroxide, LawLex15643) qui, dans un litige portant sur une action en réparation fondée sur l'article 101 TFUE avait considéré que le juge saisi n'était lié par une telle clause que pour autant qu'elle mentionnait expressément les différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, la Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Versailles a accueilli le contredit et renvoyé l'affaire devant le Tribunal de commerce de Paris. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi par Apple, a décidé d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel sur les conditions d'applicabilité d'une telle clause. Par arrêt en date du 24 octobre 2018 (LawLex181585), la Cour de justice a dit pour droit que l'application d'une clause attributive de juridiction à une action délictuelle fondée sur l'article 102 TFUE n'est pas exclue du seul fait qu'elle ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, car à la différence du comportement anticoncurrentiel visé à l'article 101 TFUE - qui n'est en principe pas directement lié à la relation contractuelle entre un membre de l'entente et un

tiers sur lequel l'entente déploie ses effets -, un abus peut se matérialiser dans les relations contractuelles qu'une entreprise dominante noue au moyen et à travers ses conditions contractuelles. Se conformant strictement à cette solution, la Cour de cassation relève en l'espèce que les pratiques anticoncurrentielles alléguées, se sont matérialisées dans les relations contractuelles nouées entre eBizcuss et Apple Sales International, au moyen des conditions contractuelles convenues entre elles, de sorte qu'elles ne sont pas étrangères au rapport contractuel à l'occasion duquel la clause attributive de juridiction a été conclue. La clause de compétence au profit des juridictions irlandaises doit dès lors recevoir application. La Haute juridiction annule par conséquent l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait accueilli la compétence des juridictions françaises au motif que la clause attributive de compétence ne stipulait pas expressément qu'elle trouvait à s'appliquer en matière d'abus de position dominante ou de concurrence déloyale.

SANCTIONS CIVILES

Cour de cassation
31 janvier 2019
LawLex19168



Sur le fondement d'une conception discutable de l'objet du contrat de distribution sélective, les juges parisiens estiment qu'un refus d'agrément ne constitue pas un acte unilatéral mais une entente.

Un réparateur agréé résilié estimant qu'il remplit toujours les critères de sélection saisit le juge d'une demande de maintien forcé au sein du réseau. Le tribunal estime cependant que depuis l'abrogation de l'interdiction des refus de vente et des pratiques discriminatoires, il n'existe plus de fondement légal à ce type de demande. En outre, le refus d'agrément ne relève pas, selon le juge, du droit des ententes, dès lors qu'il s'agit d'un acte unilatéral et non du fruit d'un accord entre la tête de réseau et ses distributeurs. Enfin, l'obligation d'agréer un distributeur résilié heurterait la prohibition des contrats perpétuels (T. com. Paris, 29 juin 2016, LawLex161202). Bien que ses prétentions soient de nouveau rejetées en appel, le succès rencontré par certains de ses arguments ne laisse d'inquiéter.

En effet, contrairement aux juges consulaires, la cour considère qu'un refus d'agrément constitue l'expression d'un concours de volontés entre le fabricant et les distributeurs agréés pour que ne soient admis au sein du réseau, sans discrimination, que des revendeurs remplissant les critères qualitatifs. L'agrément selon les critères prévus dans les contrats de distribution sélective constituerait une condition fondamentale de la licéité du réseau. Un tel raisonnement procède d'une conception dépassée de l'accord de distribution sélec-

tive. Si le règlement 1400/2002 définissait le « système de distribution sélective qualitative » comme celui « *dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs [...], et appliqués d'une manière non discriminatoire [...]* », le règlement 330/2010 ne comporte plus de telles exigences. Il se borne à définir la « *distribution sélective* », sans distinguer entre sélection qualitative et quantitative, comme « *un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis [...]* ». Désormais, l'accord entre le fournisseur et ses distributeurs ne porte plus sur la sélection des revendeurs, mais uniquement sur l'engagement réciproque des parties de ne pas vendre à des tiers hors réseau. La sélection ne constitue plus une composante de l'accord, mais un acte unilatéral relevant de la liberté entrepreneuriale du fournisseur.

La cour vérifie ensuite si l'« accord » qu'elle a, à tort, identifié, présente un objet ou un effet anticoncurrentiel. Elle écarte l'existence d'un objet anticoncurrentiel en relevant que le refus d'agrément est uni-

quement fondé sur le désintérêt du réparateur pour la marque et la légitime perte de confiance du fournisseur en raison de fautes commises dans le cadre du contrat de distribution. De même, l'« accord » ne peut produire d'effet anticoncurrentiel au regard du nombre considérable de réparateurs et de marques automobiles présents sur le marché, sur lequel règne une très vive concurrence. Enfin elle s'interroge sur le bénéfice de l'exemption par catégorie. De façon contestable, elle l'estime inapplicable en raison de la part de marché nécessairement supérieure à 30 % du constructeur sur le marché de la réparation des véhicules de sa marque. Cependant, la pratique dénoncée n'a pas été mise en oeuvre sur le marché aval de la réparation, mais sur le marché amont de l'agrément des distributeurs. Heureusement, la Cour n'en tire aucune conséquence, puisque comme elle le relève justement, la question de l'exemption n'a pas lieu de se poser à l'égard d'un accord qui ne présente ni objet ni effet anticoncurrentiel. Le réparateur est donc débouté de sa demande.

DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Cour d'appel de Paris
23 janvier 2019
LawLex1980





Vers une réforme en profondeur du droit des pratiques abusives de l'article L. 442-6 du Code de commerce

Le droit français des pratiques abusives de l'article L. 442-6 du Code de commerce fait depuis des années l'objet de multiples critiques. Une accumulation de textes a conduit à un empilement par couches géologiques de dispositions disparates, dont beaucoup sont tombées en désuétude. A l'inverse, celles qui sont utilisées, comme le point I, 5° qui prohibe la rupture de relations commerciales établies, sont source d'inefficiences et d'effets pervers infinis. L'heure de la réforme tant attendue semble enfin venue. Dans le cadre des ordonnances dont l'adoption a été autorisée par la loi EGalim, la DGCCRF a soumis à consultation un projet qui vise à réformer de fond en comble l'article L. 442-6 du Code de commerce.

I. Les réformes de fond

1. Une simplification radicale par abrogation.

Au lieu de la vingtaine figurant actuellement au sein des I et II de l'actuel article L. 442-6 du Code de commerce, l'Administration a proposé de recentrer ce texte autour de trois pratiques : deux pratiques chapeaux, que sont « l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné » (nouvel art. L. 442-1, I, 1°) et le déséquilibre significatif (nouvel art. L. 442-1, I, 2°), et une pratique plus spécifique, la rupture brutale de relations commerciales établies (nouvel art. L. 442-1, II). Un assouplissement des conditions de recours aux deux premières pratiques peut par ailleurs être constaté : la condition relative à l'existence d'un partenariat commercial n'est plus mentionnée. Alors que la jurisprudence interprétait cette notion restrictivement et excluait de la soumission à un déséquilibre significatif la première entrée en relation (V. not. Paris, 20 mai 2018, LawLex18820 ; 6 juill. 2018, LawLex181046 ; contra, Paris, 11 janv. 2019, LawLex194) ou encore certains contrats ne traduisant pas un véritable partenariat commercial (Cass. 3e civ., 15 févr. 2018, LawLex18287, bail commercial ; Paris, 16 mars 2018, LawLex18523, contrat de location financière), il serait désormais possible de soulever ces dispositions sans avoir à établir l'existence de cette condition.

2. Le plafonnement de la durée de préavis à un an en cas de rupture de relations commerciales établies.

A côté des deux pratiques chapeaux censées regrouper la totalité des anciennes pratiques visées aux articles L. 442-6, I et II, la rupture de relations

commerciales établies est la seule pratique individuelle qui a survécu à la simplification. Il est proposé de fixer à un an la durée de préavis « en cas de litige entre les parties sur le préavis » (nouvel art. L. 442-6, II). Étant donné que régnait auparavant une grande incertitude quant aux délais de préavis et au risque encouru, il existerait désormais une limite absolue, par l'institution d'un plafond d'un an applicable quelle que soit la durée des relations. Cette proposition apporte davantage de sécurité juridique et devrait permettre d'éviter les durées de préavis trop longues, qui peuvent aller jusqu'à trois ans (Paris, 7 janv. 2015, LawLex1522 ; Limoges, 18 févr. 2015, LawLex15227). Elle va dans le sens d'une plus grande adaptabilité des relations commerciales, d'une plus grande efficacité et d'une compétitivité accrue du droit français. En effet, le droit actuel conduit à une impossibilité de rupture sans préavis de partenaires devenus non compétitifs et à une perte d'efficacité de l'économie en général. La longueur des préavis incite également les grandes entreprises à soumettre leurs contrats avec des distributeurs étrangers au droit suisse avec attribution de compétence aux tribunaux ou arbitres suisses, au détriment du rayonnement de notre droit et de la place de Paris. Il pourrait être envisagé de limiter le champ d'application de la disposition à la vente de produits ou services sur le territoire français afin d'éviter tout effet défavorable quant à l'incitation des entreprises au choix du droit français et de la place de Paris pour la résolution des litiges.

II. Les réformes de procédure

3. Un élargissement des options des victimes.

Le nouvel article L. 442-2 du Code de commerce devient une disposition consacrée aux modalités de mise en œuvre de l'action en justice et aux sanctions des pratiques restrictives de concurrence. La nouvelle rédaction du texte permet aux victimes de pratiques restrictives de concurrence de formuler les mêmes demandes que celles du ministre de l'Économie et du ministère public, à l'exception de l'amende civile. Désormais, les victimes des pratiques peuvent demander à la juridiction saisie d'enjoindre la cessation des pratiques, de faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et d'ordonner la restitution des prestations/avantages indu(e)s (nouvel art. L. 442-2, II, al. 2). L'élargissement des options des vic-

times semble être une bonne chose.

4. Un renforcement des sanctions.

Au plan de la sanction, l'Administration propose de modifier le plafond de l'amende civile. Celui-ci serait désormais « le plus élevé » des trois montants suivants (et non plus l'un ou l'autre de ces montants, au choix du juge) : cinq millions d'euro, le triple du montant des prestations/avantages indûment perçu(e)s/obtenu(e)s, 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France. Les montants maximums de la sanction apparaissent très élevés. Beaucoup de répondants au test de marché de la DGCCRF ont sollicité une modération, notamment en tenant compte de la capacité contributive des entreprises, à l'instar du droit des pratiques anticoncurrentielles.

III. Les questions à clarifier ou à compléter

5. La nécessité de maintenir les dispositions relatives à la revente hors réseau.

L'actuel article L. 442-6, I, 6° permet de protéger efficacement les réseaux de distribution sélective contre les revendeurs hors réseau (V. not. Cass. com., 16 févr. 2016, LawLex16387 ; Paris, 23 janv. 2019, LawLex19108). Cette disposition n'est pas couverte par les deux pratiques chapeaux et mériterait d'être maintenue.

6. L'obtention d'un avantage, condition préalable à la passation de commandes sans engagement écrit proportionné.

Cette pratique pourrait éventuellement être couverte par la pratique de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné visée au nouvel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce. Certains fournisseurs considèrent qu'elle mériterait toutefois de subsister, en tant que telle, notamment en raison de son caractère très dissuasif et des éventuels contournements qui pourraient résulter de son seul contrôle éventuel à travers la pratique chapeau de l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné. En effet, il est vraisemblable qu'en cas de suppression de l'actuel article L. 442-6, I, 3°, les entreprises souhaitant obtenir des paiements pré-alables importants avant une entrée en relation sans fournir d'engagement de volume, feront valoir des contreparties difficilement quantifiables, ce qui rendra leur contestation plus délicate que sous l'empire du texte actuel.