



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

LIVRE 2

DROIT DU MARCHE

Document de travail provisoire pour discussion

GENESE DU LIVRE 2

Les objectifs du Livre II du code européen des affaires, sur le droit du marché partent d'un constat. Pour relancer l'Europe auprès du citoyen, il est apparu tout d'abord qu'il fallait lui faire comprendre tout ce que l'Europe lui avait déjà apporté. Rendre le droit européen du marché plus accessible est donc le premier objectif. Mais il fallait aussi que ce droit soit adapté à la vie des affaires moderne, et à l'Europe du XXIème siècle. Améliorer ce droit en le modernisant est donc le second objectif.

➤ Un droit plus accessible

1/ Accessibilité par la réunion en un même Livre des principales règles qui régissent en droit du marché l'activité d'un entrepreneur

Permettre à un entrepreneur européen d'avoir un accès direct aux règles qui vont régir son activité, et qui jusque-là étaient éparses, rapproche inéluctablement le droit européen de son destinataire. Mais il n'était pas possible d'être complet. S'agissant des règlements d'exemption, il a été choisi de n'intégrer que le règlement « restrictions verticales », sans intégrer d'autres règlements d'exemption, car c'est celui dont l'entrepreneur européen avait le plus besoin. Il a été également choisi de ne pas intégrer pour l'essentiel les lignes directrices de la Commission, au demeurant beaucoup trop longues et détaillées.

2/ Accessibilité par l'intégration d'une partie de la jurisprudence

L'intégration dans le code d'une bonne partie notamment des standards jurisprudentiels issus des arrêts de la Cour de Justice, permettra à l'entrepreneur européen d'accéder plus facilement au droit qui s'appliquera.

3/ Accessibilité par la simplification du vocabulaire

Un effort a été fait pour transformer le vocabulaire un peu technocratique du droit européen de la concurrence, en un vocabulaire plus simple, sans toutefois porter atteinte à la nécessaire application rigoureuse du droit, porteuse de sécurité juridique.

➤ Un droit amélioré

Un droit accessible ne serait rien s'il n'était adapté à la vie des affaires actuelle. L'Europe a plus de 60 ans. Or, il y a 60 ans, il n'y avait pas de plateforme numérique, pas de vente par internet. Le droit du marché doit nécessairement évoluer pour rester adapté aux évolutions de la société. Mais cela ne veut pas dire qu'il faut tout changer.

METHODOLOGIE APPLIQUEE AU LIVRE 2

Le Livre II sur le droit du marché conçu largement est composé de 3 titres (droit de la concurrence, droit de la distribution, et droit des pratiques commerciales abusives entre professionnels).

➤ Champ d'application

Il ne comprend pas en revanche :

- La libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement ou la libre prestation de services qui sont déjà dans le TFUE.
- Le Digital Market Act (ou DMA) qui est traité dans le livre III
- Le droit des délais de paiement qui est traité dans le Livre I
- Le droit de la concurrence déloyale, trop disparate entre les Etats membres. Les pratiques abusives entre professionnels sont en revanche traitées.

➤ Effet direct

La matière du droit du marché était déjà traitée substantiellement en droit de l'Union. Comme ce qui existe déjà en droit de l'Union, le Livre II a vocation à avoir un effet direct, et non à être optionnel.

➤ Orientations de rédaction

Il importe de préciser les orientations qui ont été définies pour les rédacteurs par les initiateurs du code européen des affaires :

- Rédiger le Livre d'un code **sans se soucier de la base juridique**. Si les responsables politiques s'approprient in fine le code, les questions de base juridique seront alors réglées pour ce qui aura été retenu. De toute façon, l'adoption d'un tel code nécessitera sans doute l'unanimité.
- **Ne pas s'interdire de proposer de modifier les textes du Traité**, si cela est nécessaire ou utile.
- Indiquer quels sont les textes de l'acquis qu'il faudra conserver en dehors du code et ceux qu'il faudra abroger si le code est adopté.

Membres du Groupe de travail:

Groupe sous la direction de :

Martine Behar-Touchais

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne Paris 1)

Docteur de l'Université de Paris 2

Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-André Tunc)

Directrice du Département des Masters de droit privé

Ancien membre du collège du Conseil français de la concurrence (janvier 2003 à janvier 2009)

Composé de (par ordre alphabétique) :

Mario Celaya

Avocat au barreau de Paris et de Madrid

Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

Professeur agrégé des facultés de droit (Université Paris Nanterre)

Docteur de l'Université de Paris 2

Directeur du Centre du droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE)

Michel Debroux

Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles

DS Avocats, Of Counsel

Chargé d'enseignement à l'Université Paris Nanterre et Directeur d'études à l'école de droit et management de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Christoph Herrmann

Avocat aux barreaux de Bremen et de Paris

Notaire (Bremen)

v.Einem & Partner

Docteur de l'Université de Bayreuth

Chargé de cours à Paris (2005, 2006, 2012 et 2013)

Fryderyck Zoll

Professeur Docteur à l'Université Osnabrück

Professeur Docteur de l'Université de Jagiellonian

Plan du Livre 2 :

Titre 1 : Droit de la concurrence

Chapitre 1 : Règles générales

Article 2.1.1.1 : Objectifs

Article 2.1.1.2 : Entreprise

Article 2.1.1.3 : Entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général

Article 2.1.1.4 : Obligations des Etats membres

Article 2.1.1.5 : Application territoriale du droit de la concurrence

Article 2.1.1.6 : Articulation avec la régulation sectorielle

Chapitre 2 : Les pratiques anticoncurrentielles

Article 2.1.2.1 : Règles de fond unifiées du droit des pratiques anticoncurrentielles dans l'Union européenne

Article 2.1.2.2 : Articulation du droit des pratiques anticoncurrentielles avec des droits nationaux ayant d'autres objectifs

Section 1 : Caractérisation des pratiques

§ 1/ Règles communes aux pratiques anticoncurrentielles

Article 2.1.2.1.1 : Notion et éléments constitutifs de la pratique anticoncurrentielle

Article 2.1.2.1.2 : Marché pertinent

Article 2.1.2.1.3 : Infraction unique

§ 2/ Interdiction des ententes

Article 2.1.2.1.4 : Principe d'interdiction

1/Délimitation de l'interdiction

Article 2.1.2.1.5 : Types d'entente

Article 2.1.2.1.6 : Complicité d'entente

Article 2.1.2.1.7 : Forme de l'entente

Article 2.1.2.1.8 : Ententes ayant un objet anticoncurrentiel

Article 2.1.2.1.9 : Restriction accessoire à une opération licite

2/Exemptions

a/ Règles générales

Article 2.1.2.1.10 : Exemption particulière

Article 2.1.2.1.11 : Exemption par catégorie

b/ Exemption par catégorie pour les restrictions verticales

Article 2.1.2.1.12 : Définition de la restriction verticale

Article 2.1.2.1.13 : Champ d'application de l'exemption

Article 2.1.2.1.14 : Conditions de l'exemption

Article 2.1.2.1.15 : Distribution par internet

Article 2.1.2.1.16 : Clauses exclues du bénéfice d'exemption

Article 2.1.2.1.17 : Effets de l'exemption ou du défaut d'exemption

Article 2.1.2.1.18 : Calcul et application du seuil de parts de marché

Article 2.1.2.1.19 : Application du seuil de chiffre d'affaires

c) Exemption par catégorie pour les restrictions horizontales

Article 2.1.2.1.20 : Renvoi aux règlements d'exemption horizontaux

Article 2.1.2.1.21 : Exemption par catégorie de certaines ententes entre fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire_

§ 3/ Interdiction des abus de position dominante

Article 2.1.2.1.22 : Principe d'interdiction

Article 2.1.2.1.23 : Position dominante

Article 2.1.2.1.24 : Abus d'exploitation

Article 2.1.2.1.25 : Abus d'éviction

Article 2.1.2.1.26 : Abus de position dominante ayant un objet ou des effets anticoncurrentiels

Article 2.1.2.1.27 : Gains d'efficience

Section 2 : La mise en œuvre du droit de la concurrence par des actions publiques

§ 1/ Le réseau européen de concurrence

Article 2.1.2.2.1 : Composition du réseau européen de concurrence

Article 2.1.2.2.2 : Principe de compétences parallèles

Article 2.1.2.2.3 : Répartition des compétences

Article 2.1.2.2.4 : Effet des décisions des membres du réseau

Article 2.1.2.2.5 : Règles spécifiques relatives à la mise en œuvre du droit antitrust aux interventions étatiques

§ 2/ L'enquête

a/ Enquête par la Commission

Article 2.1.2.2.6 : Demande de renseignements

Article 2.1.2.2.7 : Pouvoir de recueillir des déclarations

Article 2.1.2.2.8 : Inspections des locaux de l'entreprise

Article 2.1.2.2.9 : Inspections d'autres locaux

b/ Enquête par les autorités nationales de concurrence

Article 2.1.2.2.19 : Pouvoirs d'inspection de locaux professionnels

Article 2.1.2.2.20 : Pouvoirs d'inspection d'autres locaux

Article 2.1.2.2.21 : Demandes d'information

Article 2.1.2.2.22 : Entretiens

Article 2.1.2.2.23 : Enquêtes réalisées par une autorité pour le compte d'une autre

§ 3/ Saisine et opportunité des poursuites

Article 2.1.2.2.24 : Mode de saisine

Article 2.1.2.2.25 : Principe de l'opportunité des poursuites

Article 2.1.2.2.26 : Prescription

§4/ Mise en œuvre par la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence

Article 2.1.2.2.27 : Pouvoirs de la Commission et des autorités nationales du réseau

Article 2.1.2.2.28 : Mesures provisoires

Article 2.1.2.2.29 : Communication des griefs

Article 2.1.2.2.30 : Ouverture de la procédure contradictoire et respect des droits fondamentaux

§ 5/ Sanctions et procédures négociées

a/ les sanctions

Article 2.1.2.2.31 : Cessation de l'infraction

Article 2.1.2.2.32 : Amende prononcée pour infraction aux règles de procédure

Article 2.1.2.2.33 : Amende prononcée pour infraction aux règles substantielles

Article 2.1.2.2.34 : Astreinte

b/ Procédures négociées

Article 2.1.2.2.35 : Transaction

Article 2.1.2.2.36 : Clémence

Article 2.1.2.2.37 : Limites à l'utilisation des preuves obtenues dans le cadre de la clémence ou d'une procédure de transaction

Article 2.1.2.2.38 : Procédure d'engagements

§ 6/ Recours et exécution des décisions

Article 2.1.2.2.39 : Recours

Article 2.1.2.2.40 : Exécution des décisions

Section 3 : La mise en œuvre du droit de la concurrence par des actions privées

-

§ 1/ L'action

Article 2.1.2.3.1 : Introduction de l'action en réparation

Article 2.1.2.3.2 : Prescription

§ 2/ Les règles de preuve

Article 2.1.2.3.3 : Effets des décisions des membres du réseau

Article 2.1.2.3.4 : Demande de pièces

§ 3/ La mise en jeu de la responsabilité

Article 2.1.2.3.5 : Principe de responsabilité

Article 2.1.2.3.6 : Principe de la réparation intégrale

Article 2.1.2.3.7 : Evaluation des dommages-intérêts

Article 2.1.2.3.8 : Répercussion des surcoûts

Article 2.1.2.3.9 : Responsabilité solidaire

Article 2.1.2.3.10 : Absence de liberté contractuelle

Article 2.1.2.3.11 : Articulation avec le droit national de la responsabilité civile

§ 4/ La nullité

Article 2.1.2.3.12 : Nullité

Chapitre 3 : Les concentrations

Section 1 : Les opérations notifiables

Article 2.1.3.1.1 : Définition d'une opération de concentration

Article 2.1.3.1.2 : Concentration de dimension européenne

Article 2.1.3.1.3 : Limitation du champ d'application du contrôle des concentrations

Article 2.1.3.1.4 : Calcul du chiffre d'affaires

Section 2. Les renvois

Article 2.1.3.2.1 : Renvoi d'une opération de dimension européenne vers un Etat membre

Article 2.1.3.2.2 : Renvoi d'une opération de dimension nationale vers la Commission européenne

Section 3 : L'exercice du contrôle

Article 2.1.3.3.1 : Décision de la Commission sur la compatibilité de la concentration

Article 2.1.3.3.2 : Appréciation d'une concentration

Article 2.1.3.3.3 : Décision relative à la création d'une entreprise commune

Section 4 : Les règles procédurales

Article 2.1.3.4.1 : Notification

Article 2.1.3.4.2 : Suspension

Article 2.1.3.4.3 : Procédure d'examen de phase I

Article 2.1.3.4.4 : Procédure d'examen de phase II

Article 2.1.3.4.5 : Pouvoirs d'enquête

Article 2.1.3.4.6 : Pouvoir d'ordonner la déconcentration

Article 2.1.3.4.7 : Amendes et astreintes

Section 5 : Les opérations soumises à information de la Commission

Article 2.1.3.5 : Participations minoritaires non-contrôlantes

Chapitre 4 : Les aides d'Etat

Article 2.1.4.1 : Définition de l'aide d'Etat

Article 2.1.4.2 : Aides illégales

Article 2.1.4.3 : Compatibilité des aides d'Etat avec le marché intérieur

Article 2.1.4.4 : Rôle des parties intéressées

Article 2.1.4.5 : Droits des concurrents

Titre 2 : Droit de la distribution

Article 2.2 : Articulation avec les droits nationaux des Etats membres

Chapitre 1. Le contrat de partenariat intégré

Section 1 : Qualification du contrat de partenariat intégré

Article 2.2.1.1.1 : Définition du partenariat intégré

Article 2.2.1.1.2 : Indépendance du partenaire intégré

Article 2.2.1.1.3 : Exclusion du droit du travail

Section 2 : La phase précontractuelle

Article 2.2.1.2.1 : Document d'information précontractuelle et projet de contrat

Article 2.2.1.2.2 : Etat descriptif de marché

Article 2.2.1.2.3 : Budget prévisionnel

Article 2.2.1.2.4 : Obligation de se renseigner du partenaire distributeur

Article 2.2.1.2.5 : Confidentialité des informations échangées pendant la période précontractuelle

Article 2.2.1.2.6 : Exigence d'un écrit en cas de réservation de territoire

Section 3 : La conclusion du contrat de partenariat intégré

Article 2.2.1.3.1 : Exigence d'un écrit

Article 2.2.1.3.2 : Vices du consentement

Section 4 : Les obligations nées du contrat de partenariat intégré

§ 1/ Dispositions générales

Article 2.2.1.4.1 : Obligation de loyauté et de coopération

Article 2.2.1.4.2 : Mise à disposition d'une marque ou d'une enseigne

Article 2.2.1.4.3 : Obligation de respecter l'image de l'enseigne

Article 2.2.1.4.4 : Obligation de confidentialité

§ 2/ Dispositions spéciales applicables à la franchise

Article 2.2.1.4.5 : Obligations du franchiseur

Article 2.2.1.4.6 : Obligations du franchisé

Section 5 : L'extinction du contrat de partenariat intégré

Article 2.2.1.5 : Neutralisation des signes distinctifs

Chapitre 2 : La distribution sélective

Article 2.2.2 : Organisation de la distribution sélective

Chapitre 3 : Le contrat d'agence commerciale

Article 2.2.3.1 : Champ d'application

Article 2.2.3.2 : Définition de l'agence commerciale

Article 2.2.3.3 : La conclusion du contrat

Article 2.2.3.4 : Durée du contrat

Article 2.2.3.5 : Représentation de plusieurs mandants

Article 2.2.3.6 : Obligation de loyauté et de coopération

Article 2.2.3.7 : Rémunération

Article 2.2.3.8 : Opérations conclues sans l'intervention de l'agent

Article 2.2.3.9 : Informations sur les commissions

Article 2.2.3.10 : Acquisition du droit à la commission

Article 2.2.3.11 : Exigibilité de la commission

Article 2.2.3.12 : Préavis

Article 2.2.3.13 : Indemnité ou réparation de fin de contrat

Article 2.2.3.14 : Perte du droit à l'indemnité ou à la réparation

Article 2.2.3.15 : Engagement de non-concurrence

Titre 3 : Droit des pratiques commerciales abusives entre professionnels

Chapitre 1 : Règles communes des pratiques commerciales abusives entre professionnels

Article 2.3.1.1 : Articulation avec les droits nationaux

Article 2.3.1.2 : Interprétation stricte du droit des pratiques commerciales abusives entre professionnels

Article 2.3.1.3 : Champ d'application personnel

Article 2.3.1.4 : Définition des conditions générales et incorporation au contrat

Article 2.3.1.5 : Exclusion de la négociation

Article 2.3.1.6 : Interprétation des conditions générales

Article 2.3.1.7 : Existence d'un désavantage déraisonnable

Article 2.3.1.8 : Clauses présumées entachées d'un désavantage déraisonnable

Article 2.3.1.9 : Sanction

Article 2.3.1.10 : Absence de liberté contractuelle

Chapitre 2/ Règles spéciales sur les pratiques commerciales abusives entre professionnels dans la chaîne alimentaire

Article 2.3.2.1 : Objet et champ d'application

Article 2.3.2.2 : Définitions

Article 2.3.2.3 : Interdiction des pratiques commerciales déloyales

Article 2.3.2.4 : Autorité d'application désignée

Article 2.3.2.5 : Plaintes et confidentialité

Article 2.3.2.6 : Pouvoirs de l'autorité d'application

Article 2.3.2.7 : Coopération entre les autorités d'application

Article 2.3.2.8 : Autres clauses abusives

Document de travail provisoire pour discussion

LIVRE II : DROIT DU MARCHÉ

TITRE 1 : DROIT DE LA CONCURRENCE

CHAPITRE 1 : RÈGLES GÉNÉRALES

Article 2.1.1.1 : Objectifs

Le droit de la concurrence a pour objet de préserver un fonctionnement concurrentiel des marchés permettant une efficacité économique croissante dont les bénéfices sont partagés entre les acteurs des marchés. Il contribue au bon fonctionnement du marché intérieur.

Remarque:

Après beaucoup d'hésitations, le groupe a considéré que les discussions sur l'objet du droit de la concurrence sont obscurcies plus qu'éclairées par la référence au « bien-être du consommateur » (« consumer welfare »), expression ambiguë qui est comprise de diverses manières, ne serait-ce que parce que le « bien-être du consommateur » ne concerne pas que le consommateur ... Il paraît donc préférable pour évoquer l'objet du droit de la concurrence d'éviter cette expression, même si le texte ci-dessus tient compte des intérêts de tous les acteurs du marché (y compris les consommateurs) en exigeant que les bénéfices soient partagés entre eux.

La formule permet d'englober le traitement des accords horizontaux et verticaux, les abus de position dominante (sauf peut-être les abus de position dominante d'exploitation qui représentent à peine 5 % des cas d'APD), les concentrations et les aides d'État. Elle est à droit constant.

L'efficacité économique visée dans cet article comprend trois aspects : efficacité productive (optimiser les conditions de production) ; efficacité allocative (allocation des ressources économiques là où elles satisfont la plus grande utilité) ; efficacité dynamique (allocation des ressources dans le temps en vue d'augmenter l'efficacité économique).

Le droit de la concurrence actuel exige que l'opération soit au minimum neutre pour les tiers à l'opération (approche « surplus des consommateurs »). Il faut cependant écarter l'idée qu'une augmentation du « surplus économique global » suffise pour accepter une réduction de la concurrence sans égard à la répartition du surplus. C'est la raison pour laquelle il est indiqué que les bénéfices doivent être partagés entre les acteurs des marchés.

Article 2.1.1.2 : Entreprise

1. Le droit de la concurrence s'applique aux entreprises, c'est-à-dire à toute entité autonome exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement.

2. En particulier, plusieurs personnes juridiquement indépendantes, soumises à un contrôle unique, notamment à travers des participations majoritaires, constituent une entité autonome.

Sur le marché aval, un intermédiaire est une entité autonome s'il supporte une partie non négligeable du risque de l'opération.

3. Est économique toute activité, même accessoire, qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché, à l'exclusion des activités qui mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, ou qui ont une fonction exclusivement sociale. Sont réputés avoir une fonction exclusivement sociale les services financés par des ressources publiques et offerts à titre gratuit ou quasi-gratuit à la population ou à certains membres de la population.

Nonobstant ce qui précède, toute entité qui se trouve en concurrence avec des entités ayant une activité économique, a elle-même une activité économique

Remarque: L'article 2.1.1.2 reprend la notion d'entreprise pour définir le champ d'application ratione personae du droit de la concurrence. Il s'agit d'une codification à droit constant au regard des articles 101 et s. du TFUE tels qu'interprétés par la jurisprudence européenne. Ainsi, la notion d'entreprise est une notion autonome du droit de la concurrence, qui reflète la finalité du droit de la concurrence en se définissant non pas par la forme juridique ou la structure d'organisation, mais par le caractère économique d'une activité.

L'alinéa 1 rappelle que l'entreprise suppose deux éléments : une unité économique, et une activité économique. L'alinéa 2 précise la notion d'unité économique, et l'alinéa 3 celle d'activité économique.

Le deuxième alinéa codifie la jurisprudence sur l'unité de l'entreprise au regard de son autonomie sur le marché. En effet, les entités juridiques ne peuvent être tenues pour des concurrents dès lors que, pour des raisons structurelles, elles sont soumises à un contrôle unique. Ainsi, les rapports entre filiales soumises à un même contrôle échappent au droit de la concurrence. De la même manière, il est possible d'attribuer la responsabilité pour le respect du droit de la concurrence non seulement à l'entité juridique dont le comportement est directement en cause, mais à l'entité mère ultime.

Enfin, il convient d'évoquer la jurisprudence sur les intermédiaires juridiquement autonomes mais économiquement intégrés dans la structure du fournisseur pour le compte duquel il agit. Sans aller dans les détails de la distinction, l'article 2.1.1.2 évoque le critère de base qui est celui du risque supporté qui va de pair avec son autonomie et qui justifie – dans l'intérêt propre de l'intermédiaire – que les rapports avec son fournisseur soient contrôlés par le droit de la concurrence et notamment l'interdiction des ententes.

La dernière phrase de l'alinéa 3 inclut dans le domaine du droit de la concurrence les activités exercées en concurrence, qu'elles constituent ou non des activités

économiques au sens de la précédente définition. Les hypothèses couvertes par cette règle devraient cependant rester très limitées, dès lors que des services proposés gratuitement s'inscrivent typiquement sur un marché différent des services payants de même nature. Bien entendu, cela n'affecte pas les règles selon lesquelles les autorités publiques peuvent retirer un marché de la concurrence.

Article 2.1.1.3 : Entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général

Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

Remarque: Il est ici proposé de s'appuyer sur la lettre et la substance de l'article 106 al. 2 TFUE sans modifications. Cette disposition a fait ses preuves en matière d'aides d'Etat en permettant de financer des services d'intérêt économique général tout en contrôlant la pratique effective (échec du marché, choix du prestataire, limitation du financement public aux coûts spécifiques des obligations de service public, comptabilité séparée).

Conformément à la terminologie de la Commission européenne, les services d'intérêt économique général (SIEG) sont une sous-catégorie des services d'intérêt général (SIG), qui comprennent en outre les services non-économiques et les services sociaux d'intérêt général. Au regard des règles du droit de la concurrence, il n'a pas semblé utile d'introduire la notion plus générale des SIG, dès lors que ces derniers correspondent soit aux SIEG, soit – faute d'activité économique – ne relèvent pas du droit de la concurrence. Cela vaut également pour les services sociaux, qui peuvent se revendiquer du régime spécifique des SIEG quand ils comprennent des activités économiques.

Article 2.1.1.4 : Obligations des États membres

1. *Les États membres ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence du droit de l'UE et du présent code.*

2. *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du droit de la concurrence et des aides d'État.*

Remarque : L'article 2.1.1.4 al. 1 exprime dans son premier alinéa le principe de coopération loyale de l'article 4 al. 3 du TUE dans le domaine du droit de la concurrence, en y ajoutant la notion jurisprudentielle d'effet utile. L'article 2.1.1.4 al. 2 reprend l'article 106 al. 1 du TFUE qui donne à son tour une déclinaison de l'obligation de

coopération loyale des Etats membres, concernant les entreprises publiques ou « privilégiées ».

Ensemble avec le régime des aides d'Etat, l'article 2.1.1.4 définit les règles sur les interventions étatiques au regard du droit de la concurrence.

Article 2.1.1.5 : Application territoriale du droit de la concurrence

Les règles du présent titre s'appliquent à toute pratique produisant des effets substantiels sur la concurrence exercée à l'intérieur de l'Union européenne, quel que soit le lieu d'établissement des entreprises auteurs des pratiques.

Remarque : S'agissant du champ d'application du droit de la concurrence de l'UE, le choix a été fait de codifier le droit positif en écartant le critère de la mise en œuvre, au profit du critère des effets qualifiés, retenu par la CJUE dans l'arrêt Intel (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P).

Article 2.1.1.6 : Articulation avec la régulation sectorielle

La régulation sectorielle de marché ne fait pas obstacle à l'application des dispositions du présent titre.

Remarque :

L'article 2.1.1.6 consacre le principe de l'application cumulative de la régulation sectorielle et du droit de la concurrence, conformément à la jurisprudence (CJCE, 10.07.2014, aff. C-295/12 P – Telefonica, para. 128). L'article 2.1.1.6 ne se prononce pas sur la répartition des compétences entre les autorités régulatrices et les autorités de concurrence, qui relève en principe de l'autonomie procédurale des Etats-membres.

CHAPITRE 2 : LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Article 2.1.2.1 : Règles de fond unifiées du droit des pratiques anticoncurrentielles dans l'Union européenne

1. Les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent à toutes les pratiques ayant lieu sur le territoire de l'Union européenne, à l'exclusion des droits nationaux.

2. L'alinéa précédent n'exclut pas l'application des droits nationaux spéciaux édictés pour les territoires mentionnés à l'annexe 2 du TFUE.

3. Les dispositions de l'alinéa 1 ne font pas obstacle à ce que les États membres prohibent des pratiques anticoncurrentielles prenant la forme d'abus de dépendance économique.

Par dépendance, on entend la position de sujétion d'une entreprise à l'égard d'une ou plusieurs autres entreprises, caractérisée par l'absence d'alternative raisonnablement équivalente et disponible dans un délai, à des conditions et à des coûts raisonnables, l'abus consistant à imposer à l'entreprise dépendante des prestations ou des conditions qui ne pourraient pas être obtenues dans des circonstances normales de marché.

Peut être considérée comme une pratique abusive :

- a le refus d'une vente, d'un achat ou d'autres conditions de transaction;
- b l'imposition de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- c la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs;
- d le fait d'appliquer à l'égard de partenaires économiques des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- e le fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires économiques, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats

Remarque :

L'objectif est d'unifier les règles substantielles de droit de la concurrence dans toute l'Union européenne. Le principe de primauté a, de toute manière, conduit à une convergence des droits nationaux avec le droit de l'UE.

Cette unification n'affecte pas les règles de répartition des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales.

Actuellement, les articles 101 et 102 TFUE s'appliquent uniquement en cas d'affectation du commerce intra-européen. Dans ce cas, il y a une application parallèle du droit de l'UE et du droit national, mais ce dernier ne peut aller que dans le sens du droit de l'UE, compte tenu du principe de primauté. L'application cumulative des deux droits nous paraît donc inutile.

En l'absence d'affectation du commerce intra-européen, le droit national s'applique seul, mais au fil des années, les règles de fond des ententes et des abus de position dominante des droits nationaux se sont rapprochées de celles du droit de l'UE.

Par conséquent, l'alinéa 1 propose d'unifier les règles de fond du droit des ententes et des abus de position dominante dans toute l'UE, qu'il y ait ou non affectation du commerce intra-européen.

Sont cependant réservées quelques dispositions nationales (al. 2 pour les territoires insulaires qui ont souvent un déficit structurel de concurrence et al 3 pour l'abus de dépendance économique)

Pour la pratique d'abus de dépendance économique, une définition est donnée pour empêcher que ne soit contournée l'unification du droit des ententes et des abus de position dominante dans l'UE, par une définition nationale trop large de l'abus de dépendance économique. La définition donnée de l'abus de dépendance économique est inspirée du droit belge (Loi 4 avril 2019), lui-même inspiré d'autres droits nationaux (notamment du droit allemand (§20 GWB) et du droit français (article L 420-2 alinéa 2 C.com)).

L'adoption de cette version impliquerait la suppression dans l'article 101 TFUE de l'incise « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et », et dans l'article 102 TFUE de l'incise « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté ».

Version 2 : Application exclusive du droit de l'Union à toutes les pratiques affectant le commerce intra-européen

1. Les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent à toutes les pratiques ayant lieu sur le territoire de l'Union européenne, qui affectent ou sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, à l'exclusion des droits nationaux.

2. Les pratiques affectent le commerce entre États membres lorsqu'elles ont une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres. L'accord en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres.

Remarque :

Au cas où la version 1 entraînerait un blocage, cette version 2 serait une demi-mesure. En cas d'affectation du commerce intra-européen, seul le droit de l'UE s'appliquerait, et en l'absence d'affectation du commerce intra-européen, seul le droit national s'appliquerait.

Cela oblige à définir la notion d'affectation du commerce intra-européen. La définition ci-dessus est reprise à droit constant des Lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07)

Cette version 2 permet de ne pas avoir à modifier le Traité.

Article 2.1.2.2 : Articulation du droit des pratiques anticoncurrentielles avec des droits nationaux ayant d'autres objectifs

Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des législations nationales, notamment celles sanctionnant les pratiques commerciales abusives, ou la concurrence déloyale, sauf s'il est porté atteinte à l'effet utile des articles 101 et 102 TFUE.

Remarque :

Les droits nationaux ont développé des législations relatives aux pratiques commerciales déloyales ou abusives, selon le vocabulaire retenu dans ce Livre, qui en principe peuvent continuer de s'appliquer (sous réserve de ce qui sera dit au chapitre 2 du Titre 3 du présent Livre, relatif aux pratiques commerciales abusives) .

Mais il arrive qu'elles empiètent sur le droit des pratiques anticoncurrentielles et même viennent le perturber. Il est donc prévu ici une limite : l'application du droit national des pratiques commerciales déloyales ne doit pas porter atteinte à l'effet utile du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Cette exigence de préservation de l'effet utile du droit de l'UE est d'ailleurs très classique.

Section 1 : Caractérisation des pratiques

§ 1 : Règles communes aux pratiques anticoncurrentielles

Article 2.1.2.1.1 : Notion et éléments constitutifs de la pratique anticoncurrentielle

1. Une pratique anticoncurrentielle est une pratique qui restreint la concurrence de manière sensible.

2. Une restriction de concurrence porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à la structure ou au fonctionnement du marché. La restriction peut résulter de l'objet ou des effets de la pratique.

3. La pratique est considérée comme ayant un objet anticoncurrentiel lorsque, au regard du contexte économique, des objectifs poursuivis, des moyens mis en œuvre et de l'expérience acquise des effets de cette pratique, il est permis de présumer qu'en raison de sa particulière nocivité, elle est porteuse d'effets anticoncurrentiels sensibles.

4. La pratique est considérée comme provoquant des effets anticoncurrentiels lorsqu'il est possible de conclure, avec un degré suffisant de probabilité, qu'elle nuit au bon fonctionnement du marché. La mesure des effets de la pratique dépend de la nature de la pratique, de sa durée et de la structure du marché concerné.

Article 2.1.2.1.2 : Marché pertinent

Le marché pertinent comprend tous les services ou produits que l'utilisateur considère comme étant substituables, sur une zone géographique où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il peut également s'étendre à l'offre de biens ou de services qui, rapidement et sans coût excessif, pourrait être rendue substituable à celle déjà proposée.

Article 2.1.2.1.3 : Infraction unique

1. Plusieurs faits constitutifs de pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 101 et 102 TFUE sont sanctionnés comme constituant une infraction unique, lorsque ces faits s'inscrivent dans un plan d'ensemble anticoncurrentiel et que leurs auteurs ont eu l'intention de contribuer à ce plan, quand bien même l'infraction aurait connu une ou plusieurs périodes d'interruption.

2. La prescription de l'action publique ne court que du jour où l'infraction unique prend fin.

Remarque: La notion d'infraction unique remplace les notions d'infractions continues ou répétées. En effet, les adjectifs « continu » et « répété » constituent des éléments de qualification de l'infraction unique et non pas des concepts distincts. En substance, la notion d'infraction unique telle que définie à l'article 2.1.2.1.3 codifie les principes dégagés par la jurisprudence à droit constant. L'action publique est celle des autorités de concurrence.

§ 2/ Interdiction des ententes

Article 2.1.2.1.4 : Principe d'interdiction

En application de l'article 101 TFUE, sont interdites les ententes anticoncurrentielles entre entreprises.

1) Délimitation de l'interdiction

Article 2.1.2.1.5 : Types d'entente

L'entente interdite par l'article 101 TFUE peut être conclue entre concurrents ou entre non concurrents.

Article 2.1.2.1.6 : Complicité d'entente

1. Constitue une complicité d'entente, tout fait significatif d'une entreprise ou association d'entreprises contribuant à la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle.

3. La complicité d'entente est sanctionnée dans les mêmes conditions que l'entente.

Article 2.1.2.1.7 : Forme de l'entente

1. Constitue une entente, tout accord entre entreprises, décision d'association d'entreprises, ou pratique concertée, provoquant une restriction de concurrence sensible.

2. L'entente prend la forme d'un accord lorsqu'elle résulte d'un échange de consentements. Elle prend la forme d'une pratique concertée lorsque les entreprises mettent en place, entre elles, une stratégie de coordination qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'un accord, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence. Elle prend la forme d'une décision d'association d'entreprises lorsque les décisions apparemment adoptées unilatéralement par un groupement, traduisent en réalité la volonté coordonnée de ses membres.

Remarque :

L'article 2.1.2.1.7 reprend la distinction classique des trois modalités de l'entente et retient notamment la décision d'association d'entreprises comme une modalité spécifique de l'entente. Bien que cette dernière modalité soit souvent couverte par la notion d'accord, elle garde ici son autonomie. D'une part, la décision d'association d'entreprise est conceptuellement distincte de la notion d'accord. D'autre part, cette notion est utilisée dans la pratique sans que le chevauchement éventuel avec la notion d'accord d'entreprises semble soulever des interrogations sur l'application pratique de la règle.

L'alinéa 2 reprend les principaux éléments de définition stables dégagés par la jurisprudence.

Article 2.1.2.1.8 : Ententes ayant un objet anticoncurrentiel

1. Sont réputées être dotées d'un objet anticoncurrentiel, sans possibilité d'apporter la preuve de l'absence d'effet anticoncurrentiel, les ententes prenant la forme d'un accord entre concurrents ou d'une décision d'association d'entreprises portant sur :

- les prix,
- les quantités,
- la répartition de la clientèle ou de marchés
- le boycott d'une entreprise.

2. Sont réputées être dotées d'un objet anticoncurrentiel, sauf à l'entreprise à rapporter la preuve de l'absence d'effet anticoncurrentiel :

- les pratiques concertées entre concurrents qui prennent la forme d'échanges d'informations stratégiques sur les produits, les quantités ou les prix,
- les accords entre non-concurrents comportant des restrictions caractérisées visées à l'article 2.1.2.1.14.

3. Ces listes sont limitatives. Dans tous les autres cas, la caractérisation de l'entente suppose que la preuve de ses effets anticoncurrentiels soit rapportée.

4. Le présent article s'applique sans préjudice des possibilités d'exemption catégorielle ou particulière.

Remarque :

L'objet anticoncurrentiel a été défini comme une présomption d'effets anticoncurrentiels. Cette présomption est parfois simple (pratique concertée portant sur des informations stratégiques), parfois irréfragable (accord ou décision d'association d'entreprises portant sur des éléments cruciaux). Sur cette question, le projet s'écarte du droit positif puisqu'actuellement, lorsqu'une restriction par l'objet est constatée, il n'est jamais possible d'éviter la sanction en démontrant l'absence d'effets anticoncurrentiels.

Le paragraphe 3 de l'article consacre, quant à lui, une solution de droit positif : la notion d'objet anticoncurrentiel reçoit une interprétation restrictive. A défaut, il convient, pour sanctionner la pratique, de caractériser l'existence d'effets anticoncurrentiels.

Article 2.1.2.1.9 : Restriction accessoire à une opération licite

1. La restriction accessoire à une opération principale non restrictive de concurrence ou exemptée n'est pas contraire à l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

Est accessoire la restriction directement liée, objectivement nécessaire et proportionnée à la réalisation d'une opération, une activité ou une organisation qui en tant que telles ne restreignent pas la concurrence.

2. Sont notamment des restrictions accessoires, les restrictions suivantes :

➤ Les restrictions nécessaires et proportionnées au transfert d'une entreprise telles que certains accords de non-concurrence, de licence de droits de propriété intellectuelle ou portant sur des obligations ou des restrictions d'achat et de fourniture ;

➤ Les restrictions à la liberté d'action d'entreprises concurrentes dans le cadre d'un accord ou d'une organisation, directement liées, nécessaires et proportionnées à la réalisation des objectifs de l'accord ou au fonctionnement de l'organisation telles que certains accords de non-concurrence, de licence de droits de propriété intellectuelle ou portant sur des obligations ou des restrictions d'achat et de fourniture, ou des restrictions d'affiliation à une autre organisation ;

➤ Les clauses des contrats de partenariat intégré qui permettent d'éviter que le savoir-faire soit communiqué aux concurrents, telles que :

■ Les clauses d'interdiction faite au franchisé d'ouvrir pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci un magasin ayant un objet identique ou similaire dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau ;

- Les clauses exigeant l'agrément du franchiseur en cas de cession par le franchisé de son fonds professionnel ;

- Les clauses qui permettent à la tête de réseau de préserver l'identité et la réputation du réseau symbolisé par l'enseigne, et qui organisent le contrôle indispensable à cette fin, telles que :

- Les clauses obligeant un franchisé à appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur et à utiliser le savoir-faire transmis;

- Les clauses obligeant le distributeur à ne vendre les marchandises visées au contrat que dans un local aménagé et décoré selon les instructions de la tête de réseau ;

- Les clauses soumettant le choix du local et de son emplacement, ainsi que son changement à l'agrément préalable de la tête de réseau ;

- Les clauses d'interdiction de cession des droits et obligations résultant du contrat de partenariat intégré ;

- Les clauses permettant le contrôle de la tête de réseau sur l'assortiment offert par le distributeur ;

- Les clauses subordonnant toute publicité à l'agrément préalable de la tête de réseau, pourvu qu'elle ne concerne que la nature de la publicité ;

- Les clauses d'exclusivité d'approvisionnement faisant peser sur le distributeur, pour toute la durée d'un accord de partenariat intégré, l'obligation de ne vendre que des produits provenant de la tête de réseau ou de fournisseurs sélectionnés par ce dernier, sous réserve qu'il ne soit pas possible de formuler des spécifications de qualité objectives et que cela n'empêche pas le distributeur de se procurer ces produits auprès d'autres distributeurs du réseau ;

Remarque :

C'est la théorie des restrictions accessoires, admise par la CJUE

Nous la précisons en listant les restrictions accessoires déjà ainsi qualifiées en jurisprudence. Cette liste n'est pas exhaustive

2) Exemptions

a) Règles générales

Article 2.1.2.1.10 : Exemption particulière

La pratique qui a un objet ou des effets anticoncurrentiels bénéficie néanmoins d'une exemption particulière et échappe aux prohibitions des ententes et des abus de position dominante, si :

1. la pratique contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique;

2. les utilisateurs bénéficient d'une partie équitable du profit qui en résulte ;

3. les restrictions de concurrence qui y sont liées sont indispensables pour atteindre ces objectifs;

4. la concurrence n'est pas éliminée pour tout ou une partie substantielle des marchés concernés.

Remarque:

Le groupe n'ignore pas que la décision d'exemption individuelle n'existe plus. Elle a disparu de la liste des décisions que peut adopter la Commission dans le Règlement 1/2003 (constatation d'inapplication de l'article 101 §1 en vertu de l'article 101 §3).

Cependant, le mot exemption subsiste. Il subsiste dans les règlements d'exemption catégorielle ; Il subsiste aussi dans le vocabulaire employé par les ANC. Par exemple, l'ADLC, dans une décision 20-D-20 du 3 décembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des thés haut de gamme décide : «§264 : Par ailleurs, dans la mesure où aucune demande en ce sens n'a été formulée par l'entreprise mise en cause, il n'y a pas lieu d'examiner si la pratique en cause peut faire l'objet d'une exemption individuelle, sur le fondement des articles 101, paragraphe 3, TFUE et L. 420-4 du code de commerce ».

Cela peut justifier que l'on continue d'utiliser ce mot, même s'il n'a plus le sens d'une décision constitutive, qu'il avait avant le règlement 1/2003. En outre employer deux termes, un pour le règlement d'exemption, et un pour la justification individuelle, n'est pas satisfaisant.

Cependant pour éviter toute confusion avec l'ancienne décision constitutive d'exemption individuelle, le groupe a choisi de parler d'exemption particulière par opposition à l'exemption catégorielle ou par catégorie.

Article 2.1.2.1.11 : Exemption par catégorie

La pratique qui a un objet ou des effets anticoncurrentiels est néanmoins exemptée, si elle remplit les conditions d'un règlement d'exemption par catégorie adopté par la Commission européenne ou les conditions de l'exemption des restrictions verticales prévue par le présent chapitre.

Remarque :

Il faut conserver les règlements cadre du Conseil qui habilite la Commission à adopter des règlements d'exemption. On conserve tous les règlements d'exemption, à l'exception du règlement sur les accords verticaux qui est intégré dans le présent code.

b) Exemption par catégorie des restrictions verticales de concurrence

Le présent texte tient compte de la réforme du Règlement « restrictions verticales » par le Règlement 2022/720 du 10 mai 2022, qu'elle codifie ici .

Article 2.1.2.1.12 : Définitions

1/Un « accord vertical » est un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. Il est conclu entre une entreprise appelée « fournisseur » et une entreprise appelée « acheteur ».

Remarque :

Le Règlement 2022/720 définit l'acheteur comme « entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise; »(art.1k du Règlement). Il nous a semblé que parler d'une vente pour le compte d'autrui n'était pas adéquat.

2/Une « restriction verticale » est une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

3/Au sens des articles 2.1.2.1.10 à 2.1.2.1.19, le « distributeur » est un acheteur.

- Un système de « distribution sélective » est 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, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés sur le territoire réservé par le fournisseur pour l'exploitation de ce système.

- Un système de « distribution exclusive » est un système de distribution dans lequel le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients à titre exclusif à lui-même ou à un nombre maximal de cinq acheteurs et restreint la possibilité de tous ses autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif.

4/ Sont des «ventes actives», le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par le biais de publicité et de promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de médias papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou appartenant à des groupes de clients spécifiques, l'exploitation d'un site internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site internet des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi;

5/ Sont des « ventes passives», les ventes faisant suite à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services au client sans que la vente ait été initiée par le ciblage actif du client, du groupe de clients ou du territoire

spécifiques, et incluant des ventes résultant de la participation à des marchés publics ou répondant à des procédures de passation de marchés privés.

Article 2.1.2.1.13 : Champ d'application de l'exemption

1. L'exemption s'applique aux accords verticaux, relatifs aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre, notamment :

a. aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres exploitent un commerce de détail, et qu'aucun ne réalise un chiffre d'affaires annuel total supérieur à 50 millions d'euros réalisé au cours de l'année précédent et calculé en application de l'article 2.1.2.1.18. En revanche, l'exemption ne couvre pas les accords horizontaux conclus par les membres de l'association et les décisions adoptées par l'association.

b. aux accords verticaux de licence de droits de propriété intellectuelle qui constituent l'accessoire d'une relation de distribution.

c. aux accords verticaux conclus entre des entreprises concurrentes lorsque l'une des conditions suivantes est remplie: (i) le fournisseur est actif en amont en tant que producteur, importateur ou grossiste et en aval en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant de biens, tandis que l'acheteur est un importateur, un grossiste ou un détaillant en aval et non une entreprise concurrente en amont où il achète les produits contractuels; ou (ii) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au stade de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

d. aux échanges d'informations entre deux entreprises concurrentes qui remplissent l'une des deux conditions visées à l'alinéa précédent, à condition que ces échanges soient directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical et soient nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels

Remarque :

Les c et d portent sur la situation nommée « double distribution ».

2. Par exception au 1, l'exemption ne s'applique pas :

a. aux accords verticaux conclus entre un prestataire de services d'intermédiation en ligne et son partenaire référencé avec qui il entretient une relation de concurrence

b. aux accords verticaux faisant l'objet d'une exemption spéciale, sauf si le texte spécial le prévoit.

c. aux accords pour lesquels la Commission a déclaré, par voie de règlement, que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant le marché en cause, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % dudit marché.

d. aux accords pour lesquels la Commission, pour le territoire de l'Union européenne, ou une autorité nationale de concurrence pour son territoire, a retiré le bénéfice de cette exemption catégorielle, au motif que l'accord exempté, produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité. De tels effets peuvent se produire, notamment lorsque le marché en cause de la prestation de services d'intermédiation en ligne est fortement concentré et que la concurrence entre les prestataires de ces services est limitée par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires qui restreignent la possibilité pour les acheteurs des services d'intermédiation en ligne de proposer, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables sur leurs canaux de vente directe.

Remarque :

L'exemple donné après le « notamment » figure dans l'article 6 du Règlement 2022/720. C'est pourquoi on l'a mentionné dans ce texte.

Article 2.1.2.1.14 : Conditions de l'exemption

L'exemption est subordonnée à la réunion de deux conditions :

1/ D'une part, la part de marché détenue par le fournisseur des biens ou des services ne doit pas dépasser 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et la part de marché détenue par le distributeur ne doit pas dépasser 50 % du marché en cause sur lequel il distribue les biens ou services contractuels.

Remarque :

Au moment du Règlement 330/2010, la Commission, qui avait pour objectif notamment que la grande distribution ne puisse pas se prévaloir du Règlement quand elle bénéficiait d'une forte part de marché, avait voulu fixer la part de marché du distributeur sur le marché aval où il distribue les produits. Cela avait été mal reçu par les parties prenantes, dès lors que la part de marché de 30% aurait souvent été dépassée, sur le marché aval qui est le plus souvent un marché local. La Commission avait donc finalement accepté en 2010 que la part de marché de 30% de l'acheteur-distributeur soit appréciée sur le marché amont, où il s'approvisionne. Le même seuil a été maintenu par le règlement n° 2022/720. Le groupe propose ici un changement, qui consiste à apprécier la part de marché du distributeur sur le marché aval (ce qui était une analyse beaucoup plus judicieuse), mais à augmenter le seuil à 50% (pour que seules les situations où le distributeur a une très forte part de marché sur le marché aval local fasse perdre le bénéfice de l'exemption).

2/D'autre part, l'accord vertical ne doit comporter aucune des restrictions caractérisées suivantes :

➤ a/une clause imposant à l'acheteur un prix de revente minimum. Toutefois, une tête de réseau ou un fournisseur qui a moins de 10 % de parts de marché peut imposer des prix minima, même si l'acheteur est lié par une clause d'approvisionnement exclusif.

Remarque :

- La proposition est ici une avancée. Elle admet une clause de prix minimum, si le fournisseur a moins de 10% de parts de marché, ce qui n'est pas possible actuellement.
- Il est à noter que l'expression « prix de revente minimum » est l'expression consacrée en droit de la concurrence, même si elle vise des situations diverses : un prix de revente minimum imposé à un acheteur mais aussi par exemple, un prix minimal de la prestation de services à appliquer au consommateur final par un distributeur prestataire de services,...

Version 2 (clause maintenant le droit actuel) :

➤ une clause imposant à l'acheteur un prix de revente *minimum*.

➤ *b/lorsque le fournisseur opère un système de distribution exclusive, de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le distributeur exclusif peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de :*

i /la restriction des ventes actives du distributeur exclusif et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq autres distributeurs exclusifs ;

ii/la restriction des ventes actives ou passives du distributeur exclusif et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels ;

iii/la restriction du lieu d'établissement du distributeur exclusif ;

iv/la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un distributeur exclusif agissant en tant que grossiste sur le marché ;

v/ la restriction de la capacité du distributeur exclusif à vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur ;

➤ *c/ lorsque le fournisseur opère un système de distribution sélective:*

i/ la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, les membres du système de distribution sélective peuvent vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:

(1) la restriction des ventes actives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq distributeurs exclusifs;

(2) la restriction des ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré;

(3) la restriction du lieu d'établissement des membres du système de distribution sélective;

(4) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que grossistes sur le marché;

(5) la restriction de la capacité de vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;

ii/ la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent à des niveaux commerciaux identiques ou différents;

iii/ la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice du point c), i), 1) et 3), du présent article;

➤ d/ lorsque le fournisseur n'opère ni un système de distribution exclusive ni un système de distribution sélective, la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, un acheteur peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:

i/ la restriction des ventes actives de l'acheteur et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq distributeurs exclusifs;

ii/ la restriction des ventes actives ou passives de l'acheteur et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels;

iii/ la restriction du lieu d'établissement de l'acheteur;

iv/ la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché;

v/ la restriction de la capacité de l'acheteur à vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;

Remarque :

Le Règlement 2022/720 venant d'être adopté le 19 mai 2022, il nous a paru opportun de reprendre ses termes, même s'ils sont un peu complexes.

Article 2.1.2.1.15 : Distribution par Internet

1. *La clause qui empêche l'utilisation effective de l'internet par le distributeur, pour vendre les produits ou services contractuels, est une restriction caractérisée.*

Version 2 : *La tête de réseau, qui ne distribue pas elle-même le produit ou le service sur Internet, peut interdire la distribution sur Internet à ses distributeurs, à condition de les en informer avant qu'ils rentrent dans le réseau.*

Remarque : Cette version 2 veut revenir sur la Jurisprudence Pierre Fabre (CJUE 2011), si la tête de réseau ne distribue pas elle-même le produit sur Internet. Le groupe était néanmoins partagé et certains (notamment 2 membres) très opposés au fait que l'on autorise les têtes de réseau à interdire la distribution par Internet. C'est pourquoi la version 1 proposée maintient la jurisprudence Pierre Fabre.

La tête de réseau peut en revanche imposer à son distributeur des normes raisonnables de qualité du site Internet par lequel il distribue le produit ou le service.

Elle peut également lui imposer toute restriction relative à la publicité en ligne, à condition que celle-ci n'aboutisse pas à empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne.

2. *L'interdiction de vendre le produit ou le service sur une place de marché est exemptée, à condition que la tête de réseau ne se soit pas réservée la dite vente sur la place de marché.*

Remarque :

Ceci est conforme à l'Arrêt Coty 6 dec 2017 : la CJUE a autorisé la clause interdiction au distributeur de distribuer sur des places de marché comme Ebay ou Amazon par exemple

Le Président du Bundeskartellamt avait cependant noté avant l'arrêt Coty qu'il était anormal que les têtes de réseau interdisent cette distribution aux distributeurs, alors qu'elles-mêmes distribuaient le produit sur des places de marché.

Puisque l'interdiction repose sur l'atteinte à l'image de marque du produit, cette atteinte vaut tout autant pour une distribution par la tête de réseau, que pour une distribution par les distributeurs

Dans ses lignes directrices relatives au Règlement n°2022/720, la Commission écrit : « Il est peu probable qu'une justification invoquée par le fournisseur en lien avec la qualité réponde aux conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité dans les situations suivantes: (a) le fournisseur utilise lui-même la place de marché en ligne que l'acheteur ne peut utiliser; ... » (§342).

D'où la mention dans le texte de l'exigence que la tête de réseau ne se soit pas réservée la vente sur la place de marché.

Article 2.1.2.1.16 : Clauses exclues du bénéfice de l'exemption

1. *L'exemption ne s'applique pas :*

➤ *aux obligations de non-concurrence conclues pour la durée d'un contrat de distribution, qui portent sur des produits ou services qui ne sont pas nécessaires à l'homogénéité du réseau;*

➤ aux obligations de non-concurrence, hors contrat de distribution, si leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. La limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur.

Est une « obligation de non-concurrence » au sens du présent article :

- toute obligation interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels ;
- ou toute obligation d'approvisionnement auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur, pour plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels.
- toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents.

2. L'exemption ne s'applique pas non plus :

➤ à toute obligation imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

➤ à toute obligation interdisant au distributeur, présent sur une plateforme d'intermédiation en ligne, d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de plateformes concurrentes.

➤ à toute obligation interdisant au distributeur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, ou de s'affilier à un réseau concurrent, sauf lorsque les conditions suivantes sont remplies:

a/ l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels;

b/ l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;

c/ la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord

Ceci ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

Article 2.1.2.1.17 : Effets de l'exemption ou du défaut d'exemption

1. L'exemption rend inapplicable l'interdiction de l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

2. Le défaut de réunion des conditions de l'exemption n'a pas pour effet d'entraîner la nullité de l'accord. Celle-ci ne peut résulter que de la constatation que l'accord méconnaît

l'article 101 paragraphe 1, sans pouvoir être exempté par l'article 101 paragraphe 3 TFUE.

Remarque :

Reprise du droit actuel

Article 2.1.2.1.18 : Calcul et application du seuil de parts de marché

Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 2.1.2.1.18, les règles suivantes s'appliquent :

a) la part de marché du fournisseur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché aval. À défaut, la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci ;

b) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;

c) la part de marché du fournisseur inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs verticalement intégrés aux fins de la vente;

d) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 %, mais franchit ensuite ce seuil, l'exemption continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois;

e/ la part de marché d'une entreprise conjointe est imputée à parts égales à chaque entreprise disposant directement ou indirectement:

- de plus de la moitié des droits de vote,*
- ou du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise,*
- ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise.*

Pour l'application des articles 2.1.2.1.10 à 2.1.2.1.19, les termes «entreprise», «fournisseur» et «acheteur» comprennent leurs entreprises liées respectives.

Sont considérées comme des entreprises liées, les entreprises visées à l'article 2.1.3.1.4, §4.

Article 2.1.2.1.19 : Application du seuil de chiffre d'affaires

Le chiffre d'affaires annuel total résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres redevances, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie à

l'accord vertical concerné et du chiffre d'affaires réalisé par ses entreprises liées, en ce qui concerne tous les biens et services. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et ses entreprises liées ni de celles intervenues entre ces dernières entreprises.

L'exemption reste applicable si, pendant une période de deux exercices annuels consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

c) Exemption par catégorie pour les restrictions horizontales

Article 2.1.2.1.20 : Renvoi aux règlements d'exemption des accords horizontaux

D'autres règlements d'exemption s'appliquent à des accords particuliers, tels que les accords de recherche et développement ou des accords de spécialisation.

Remarque :

Ainsi que cela a été annoncé à l'article 2.1.2.1.11, les règlements d'exemption des accords horizontaux sont conservés. Ainsi, par exemple, l'exemption par catégorie des accords de recherche et développement est régie par le règlement n°(UE) N^o 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement. L'exemption des accords de spécialisation est régie par le Règlement n° (UE) n° 1218/2010 de la Commission, du 14 déc. 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation.

Article 2.1.2.1.21 : Exemption par catégorie de certaines ententes entre fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire

1. L'article 101 paragraphe 1 TFUE est inapplicable aux pratiques mises en œuvre par un regroupement de fournisseurs de denrées alimentaires, et qui portent sur la fixation collective de prix minima de vente, sur une concertation relative aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques permettant la négociation collective des prix, afin de contrebalancer le pouvoir d'achat de l'acheteur, à condition :

a/ que le regroupement de fournisseurs ne soit pas occulte.

b/ qu'il ne regroupe pas d'opérateurs ayant individuellement plus de 5 % de parts de marché.

c/ que le groupement n'ait pas à lui seul plus de 20 % de parts de marché.

2. La Commission, pour le territoire de l'Union européenne, ou chaque Autorité nationale de concurrence pour son territoire, peut retirer le bénéfice de l'application de cette exemption catégorielle, si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu de l'alinéa précédent, produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.

Remarque :

Cette proposition d'exemption novatrice est le prolongement de l'arrêt du 14 novembre 2017 (aff C-671/15), par lequel la CJUE a décidé que des pratiques qui portent sur la fixation collective de prix minima de vente, sur une concertation relative aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques, telles que celles en cause au principal, ne peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101, paragraphe 1, TFUE lorsqu'elles sont convenues entre différentes organisations de producteurs ou associations d'organisations de producteurs ou d'organisations professionnelles n'ayant pas ce statut, non reconnues par un État membre pour réaliser l'objectif de la PAC. En revanche, des pratiques qui portent sur une concertation relative aux prix ou aux quantités mises sur le marché ou sur des échanges d'informations stratégiques, telles que celles en cause au principal, peuvent être soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101 § 1 TFUE lorsqu'elles sont convenues entre membres d'une même organisation de producteurs ou d'une même association d'organisations de producteurs reconnue par un État membre et qu'elles sont strictement nécessaires à la poursuite du ou des objectifs assignés à l'organisation de producteurs ou à l'association d'organisations de producteurs concernée en conformité avec la réglementation de l'Union européenne. Cette jurisprudence est confortée par le règlement Omnibus dans le domaine de la PAC.

Il s'agit de dépasser ce domaine de la PAC, et de permettre l'exemption des ententes défensives de fournisseurs, dès lors que ces fournisseurs ont individuellement et regroupés, une part de marché qui n'est pas trop importante. **Cette entente est moins grave parce que l'acheteur puissant exerce ici un contre-pouvoir, qui exclut le surprofit des cartellistes.** C'est pourquoi l'exemption n'est ici prévue qu'à l'égard d'un acheteur puissant comme la grande distribution alimentaire, car le contre-pouvoir de l'acheteur vient atténuer l'effet anticoncurrentiel de l'accord horizontal.

En termes concrets, alors qu'en négociation individuelle, le fournisseur obtient un prix inférieur au prix de marché (parfois un prix abusivement bas) à cause de la puissance d'achat de l'acheteur, les fournisseurs regroupés ne pourront obtenir un prix supérieur au prix de marché, parce que l'acheteur puissant les contraindra à ne pas dépasser le prix de marché.

§ 3/ Interdiction des abus de position dominante

Article 2.1.2.1.22 : Principe d'interdiction

En application de l'article 102 TFUE, est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.

Article 2.1.2.1.23 : Position dominante

1. La position dominante se caractérise par l'absence de pression concurrentielle substantielle. Le degré de pression concurrentielle sur le marché pertinent se mesure notamment au regard de la part de marché détenue par la ou les entreprises en cause, comparée à celles détenues par ses concurrents, des barrières à l'entrée ou à la sortie du

marché concerné, des perspectives d'évolution du marché et de l'entreprise en cause, du pouvoir financier, de l'avance technologique de celle-ci, de son portefeuille de données, et du pouvoir de marché des acteurs situés en amont ou en aval de l'entreprise en cause.

2. La position dominante peut être individuelle ou collective.

Le fait que l'entreprise ait une part de marché stable qui dépasse 40%, est un indice de sa position dominante individuelle sur un marché.

Plusieurs entreprises sont en position dominante collective notamment quand (i) le marché est suffisamment transparent pour vérifier si toutes adoptent la même ligne d'action; (ii) les entreprises sont incitées à ne pas s'écarter de la ligne d'action commune ; et (iii) cette ligne d'action commune ne peut pas être contestée par des concurrents actuels, potentiels ainsi que par les consommateurs.

Remarque :

Cet article comprend deux paragraphes.

Le 1^{er} paragraphe propose une définition de la position dominante qui est commune à la position dominante individuelle et à la position dominante collective. La position dominante est définie grâce à la notion de « pression concurrentielle substantielle », ce qui est nouveau par rapport au droit positif. Le groupe de travail a préféré cette notion de « pression concurrentielle substantielle » à la notion de « possibilité de comportements indépendants ».

Sur le fond, cela ne devrait pas modifier la pratique décisionnelle. En effet, les indices permettant de mesurer cette « pression concurrentielle » sont les mêmes que ceux utilisés aujourd'hui pour mesurer la « possibilité de comportements indépendants ».

Cependant, par rapport à l'existant, le groupe de travail a ajouté, parmi les indices à prendre en compte, le portefeuille de données dont dispose l'entreprise, pour tenir compte du pouvoir de marché que ce type d'actifs peut donner.

Le second paragraphe définit, en les distinguant, la position dominante individuelle et la position dominante collective.

S'agissant de la position dominante individuelle, un certain nombre de décisions du Tribunal et de la Cour (CJCE, 3 juill.1991, Akzo, aff. C-62/86 ; TPICE, 17 déc. 2009, Solvay, aff. T-57/01) considèrent comme un indice de position dominante le fait d'avoir plus de 50% de parts de marché. Le groupe de travail a retenu quant à lui 40%, comme c'est le cas notamment en droit allemand et en droit polonais. Ceci n'empêcherait pas les autorités de concurrence d'admettre la position dominante en dessous de 40% en motivant fortement leur décision.

La définition de la position dominante collective est une reprise simplifiée des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour. Le mot « notamment » a été introduit

pour offrir davantage de souplesse dans le travail de caractérisation de la position dominante collective.

Article 2.1.2.1.24 : Abus d'exploitation

Un abus d'exploitation consiste à soumettre, sans raisons légitimes et suffisantes, ses partenaires ou utilisateurs à des conditions excessivement déséquilibrées au regard de ses propres coûts et des conditions habituellement constatées sur le marché, provoquant ainsi une restriction de concurrence sensible sur le marché pertinent, un marché amont, aval ou connexe.

Remarque :

Le groupe de travail a choisi de maintenir les abus d'exploitation dans le giron des abus de position dominante car la pratique décisionnelle de ces dernières années montre que cette notion connaît une résurgence d'intérêt. La définition qui a été donnée poursuit le double objectif de précision et d'adaptabilité.

Ainsi, le déséquilibre excessif est mesuré à la fois par référence à la relation contractuelle en cause et par référence aux conditions de marché.

Gage d'adaptabilité de la notion, la possibilité de tenir compte de « raisons légitimes et suffisantes » a été introduite ; elle permet au juge de prendre en considération, par exemple, certains éléments du contexte dans lequel s'inscrit la pratique.

Article 2.1.2.1.25 : Abus d'éviction

Un abus d'éviction consiste à évincer ou à tenter d'évincer des concurrents du marché pertinent, d'un marché amont, aval ou connexe, en recourant à des méthodes autres que celles qui gouvernent une concurrence par les mérites.

Le dépassement des limites d'une concurrence par les mérites est démontré notamment par la preuve de la mise en place d'une stratégie d'éviction.

L'abus qui a lieu sur un marché connexe du marché dominé, n'est sanctionné que s'il est démontré que, sans position dominante, l'abus n'aurait pas pu être mis en œuvre.

Remarque : Le paragraphe 1 définit l'abus d'éviction. Il reprend, en la simplifiant, l'essentiel de la définition retenue par la Cour de justice depuis l'arrêt Hoffman La Roche.

Le groupe de travail a choisi de centrer cette définition sur deux critères constitutifs : la capacité d'éviction de la pratique et le recours à des méthodes qui ne relèvent pas de la concurrence par les mérites. Ces critères sont bien différents : le premier a une dimension purement objective (on scrute l'effet d'une pratique), l'autre a une dimension subjective (on scrute la stratégie poursuivie par l'entreprise).

Si le premier critère ne fait guère débat, il n'en va pas de même du second. Le groupe de travail en a été conscient et a considéré qu'en dépit des critiques doctrinales

qui sont parfois adressées au concept de « concurrence par les mérites », celui-ci doit conserver une place centrale dans le raisonnement, dès lors qu'il permet de porter une appréciation subjective sur le comportement et la stratégie de l'entreprise dominante.

Dans le paragraphe 2, il est précisé que la mise en œuvre d'une stratégie d'éviction révèle le dépassement des limites d'une concurrence par les mérites. Mais ce n'est là qu'un exemple et d'autres circonstances pourraient également révéler le dépassement de ces limites.

Le paragraphe 3 codifie la jurisprudence Tetra Pak (CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94) qui admet que l'abus puisse avoir lieu sur un marché connexe au marché dominé mais exige, dans un tel cas, l'existence de liens spécifiques entre l'abus et la position dominante.

Article 2.1.2.1.26 : Abus de position dominante ayant un objet ou des effets anticoncurrentiels

1. L'abus de position dominante peut avoir un objet ou des effets anticoncurrentiels

2. Sont présumées constituer des abus de position dominante par l'objet, sans possibilité de preuve contraire, les pratiques tarifaires mettant en œuvre une stratégie d'éviction d'un concurrent au moins aussi efficace.

3. Sont présumées constituer des abus de position dominante par l'objet, sauf à l'entreprise dominante à rapporter la preuve de l'absence d'effet anticoncurrentiel, les pratiques consistant pour une entreprise dominante :

-à stipuler des clauses d'exclusivité de durée excessive ;

-à se faire consentir des avantages sans contrepartie à l'occasion d'une révision d'un contrat ;

-à refuser de laisser un accès à une ressource essentielle qu'elle détient, celle-ci s'entendant comme une ressource indispensable pour accéder à un marché aval ou connexe et impossible ou déraisonnablement difficile à reproduire de manière rentable ;

-à se réserver, ou à réserver à ses partenaires privilégiés, un traitement plus favorable que celui accordé à ses concurrents ;

Remarque:

Le groupe de travail a cherché à aligner la méthode d'analyse des abus de position dominante sur celle déjà adoptée en matière d'entente. Ainsi, l'alternative entre l'objet et les effets anticoncurrentiels est rédigée de la même manière s'agissant des ententes ou des abus. L'idée d'un abus par l'objet est en germe dans la jurisprudence la plus récente, mais l'intérêt est ici de la consacrer clairement.

Cet article commence donc par rappeler l'alternative puis établit une liste de pratiques abusives pour lesquelles l'objet anticoncurrentiel est présumé, sans possibilité d'apporter la preuve contraire, et une liste de pratiques pour lesquelles l'objet anticoncurrentiel est présumé de manière simple, c'est-à-dire avec possibilité d'apporter la preuve de l'absence de restriction de concurrence induite par la pratique. Les

pratiques non listées ne peuvent être considérées comme des abus de position dominante par l'objet ; la preuve de leurs effets anticoncurrentiels doit donc être rapportée.

Si le groupe de travail, pour des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique, a souhaité lister les pratiques dotées d'un objet anticoncurrentiel, il a délibérément choisi de ne faire figurer dans cette liste qu'un nombre réduit de pratiques, le but étant de conserver le caractère restrictif donné à la notion d'objet anticoncurrentiel.

Au titre des nouveautés, on signalera les pratiques dites d'auto-préférence, pour lesquelles le groupe a choisi de considérer qu'elles font présumer l'existence d'une restriction de concurrence par l'objet, avec possibilité de rapporter la preuve contraire. S'agissant des clauses d'exclusivité de durée excessive, le groupe de travail a considéré qu'il était possible de donner de la sécurité juridique en les classant parmi les pratiques présumées provoquer une restriction par l'objet, tout en laissant une liberté d'appréciation quant à la durée excessive. La présomption étant simple, il reste toujours à l'entreprise dominante la faculté de démontrer que la pratique ne provoque pas d'effets anticoncurrentiels sensibles.

Article 2.1.2.1.27 : Gains d'efficience

N'est pas illicite le comportement d'une entreprise dominante qui peut le justifier notamment par des gains d'efficience suffisants dont profitent, en tout ou partie, les utilisateurs finaux.

Remarque :

Une faculté d'exonération a été introduite au travers de cette disposition. La preuve des gains d'efficience générés par la pratique pèse sur les épaules de l'entreprise dominante. Il s'agit ici de consacrer la règle introduite par les orientations sur les abus d'éviction du 24 février 2009, en simplifiant sa formulation pour laisser davantage de latitude aux autorités de concurrence. La considération de « nécessité objective » n'a en revanche pas été reprise car le groupe a considéré qu'elle ne relève pas du droit de la concurrence.

Le groupe de travail était partagé sur l'opportunité qu'il y avait à introduire une faculté d'exonération bénéficiant aux pratiques qui servent des motifs d'intérêt général mais y a finalement renoncé, craignant d'apporter de l'insécurité juridique.

Section 2 : La mise en œuvre du droit de la concurrence par des actions publiques

§ 1/ Le réseau européen de concurrence

Article 2.1.2.2.1 : Composition du réseau européen de concurrence

Le réseau européen de concurrence est constitué de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence, qui s'obligent à travailler en étroite

collaboration pour une application coordonnée des règles de concurrence sur le territoire de l'Union européenne.

Les autorités nationales de concurrence membres du réseau, qui doivent disposer de ressources suffisantes, sont indépendantes, exercent leurs pouvoirs en toute impartialité et dans l'intérêt d'une application effective et uniforme de ces dispositions, sous réserve d'obligations proportionnées de rendre des comptes.

Remarque : Le second alinéa reprend l'article 4 de la directive ECN+

Article 2.1.2.2.2 : Principe de compétences parallèles

Chaque autorité nationale de concurrence est compétente pour la mise en œuvre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 101 et 102 TFUE si et dans la mesure où une pratique anticoncurrentielle produit un effet sur leur territoire national.

Lorsqu'une autorité nationale de concurrence, statuant sur le fondement du droit de la concurrence de l'Union européenne, décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure mise en œuvre, prononce des mesures conservatoires, accepte des engagements, constate une infraction, constate l'absence d'infraction ou retire le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, elle en informe les autres membres du réseau, dans un délai utile.

La Commission européenne est compétente si une pratique anticoncurrentielle produit un effet sur tout ou partie du territoire de l'Union européenne.

Remarque :

Cet article reprend le principe de compétences parallèles qui existe en droit positif. Il retient la théorie de l'effet pour déterminer l'autorité compétente. L'obligation d'information qui pèse sur les autorités nationales est inspirée du système actuel (article 11 du règlement 1/2003), tel qu'il a été complété par la directive ECN + (article 10 et 11). Les modalités de cette communication ont été assouplies : le délai de 30 jours avant la prise de décision qui avait été prévu par le règlement 1/2003 paraît trop strict et peu respecté, de sorte qu'un assouplissement de celui-ci est apparu souhaitable.

Article 2.1.2.2.3 : Répartition des compétences

Lorsqu'une même pratique anticoncurrentielle produit des effets sur le territoire de plusieurs États membres, les compétences des autorités de concurrence au sein du réseau européen des autorités de concurrence sont réparties comme suit :

- *La Commission européenne dispose d'une compétence exclusive si elle ouvre une procédure ou si elle évoque l'affaire ;*
- *Chaque autorité nationale de concurrence est compétente pour connaître d'une pratique anticoncurrentielle transfrontière en ce qui concerne les effets sur son propre territoire ;*

- *Si plusieurs territoires de l'UE sont affectés, les membres du réseau peuvent s'accorder pour confier la procédure à une autorité concernée.*

Remarque :

Cet article rappelle l'existence du droit de « préemption » dont dispose la Commission sur les affaires relevant du droit de l'UE. Il explique également que la compétence de chaque autorité nationale est, en principe, limité à son propre territoire mais institutionnalise la possibilité de nommer une autorité comme « chef de pool » lorsque plusieurs territoires sont affectés.

Article 2.1.2.2.4 : Effet des décisions des membres du réseau

1. *Les décisions de la Commission européenne ont effet sur tout le territoire de l'UE.*

2. *Quand les membres du réseau se sont accordés pour confier la procédure à une seule des autorités nationales concernées, cette dernière sanctionne les pratiques en tenant compte des effets de celles-ci sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Dans ce cas, la décision de l'autorité nationale a autorité sur tout le territoire de l'Union européenne.*

Remarque : En droit positif, les décisions des ANC n'ont autorité que sur leur territoire (sous réserve de ce qui sera dit pour les actions privées). S'agissant de l'action publique, il en résulte par exemple qu'une décision de condamnation du Bundeskartellamt allemand n'empêche pas l'Autorité de la concurrence française, de se saisir de la même affaire et de condamner les entreprises une nouvelle fois. La règle non bis in idem ne serait pas méconnue, car la portée territoriale des décisions ne serait pas la même, et donc l'intérêt juridique protégé ne serait pas le même.

Nous proposons que **dans le seul cas où les membres du réseau se sont accordés pour confier la procédure à une seule des autorités nationales concernées**, la décision de cette dernière ait autorité sur tout le territoire de l'UE.

En l'absence d'accord des membres du réseau, l'autorité de la décision prise par une ANC n'aura d'autorité que pour son territoire, comme en droit positif.

Textes à conserver : communication sur les échanges d'information dans l'ECN (ou REC en français)

Article 2.1.2.2.5 : Règles spécifiques relatives à la mise en œuvre du droit antitrust aux interventions étatiques

La Commission européenne veille à l'application de l'article 2.1.1.4 et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

Remarque :

C'est la reproduction de l'article 106 §3 du TFUE

§ 2/ L'enquête

a/ Enquête par la Commission

Article 2.1.2.2.6 : Demande de renseignements

1. *La Commission peut, par une simple demande ou par voie de décision, demander aux personnes, entreprises ou associations d'entreprises, de fournir tous les renseignements nécessaires. Dans les deux cas, la Commission indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.*

2. *Seule l'adoption d'une décision de demande de renseignements contraint son destinataire à répondre sous peine de sanctions.*

Remarque :

Reprise en l'état des solutions de droit positif, dans leurs grandes lignes (article 18 du règlement 1/2003)

Article 2.1.2.2.7 : Pouvoir de recueillir des déclarations

En cas de simple demande de renseignements, la Commission peut entendre toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. Au début de l'entretien, qui peut être conduit par téléphone ou par d'autres moyens électroniques, la Commission indique la base juridique et l'objet de l'entretien. Lorsque l'entretien n'est réalisé ni dans les locaux de la Commission ni par téléphone ni par d'autres moyens électroniques, la Commission en informe au préalable l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité compétente de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents et autres personnes mandatés par la Commission pour conduire l'entretien.

Remarque :

Reprise simplifiée de l'article 19 du règlement 1/2003.

Article 2.1.2.2.8 : Inspections des locaux de l'entreprise

1. *La Commission peut procéder à une inspection par voie de mandat ou de décision.*

2. *Les agents et autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants:*

a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;

b) contrôler les livres et autres documents en rapport avec l'activité, quel qu'en soit le support;

c) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait des livres et documents;

d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci;

e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

Les agents et autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de l'inspection, ainsi que les sanctions au cas où les livres ou autres documents en rapport avec l'activité qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites seraient inexactes ou dénaturées. La Commission avise, en temps utile avant l'inspection, l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

3. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions encourues en cas de non-respect de la décision, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Commission prend ces décisions après avoir entendu l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

4. Les agents de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée et les agents mandatés ou désignés par celle-ci prêtent, à la demande de cette autorité ou de la Commission, activement assistance aux agents et autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission. Ils disposent à cette fin des pouvoirs définis au paragraphe 2.

5. Si, en vertu du droit national, l'assistance de l'État membre requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif. Lorsqu'une telle autorisation est demandée, l'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Lorsqu'elle contrôle la proportionnalité des mesures coercitives, l'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité compétente de l'État membre, des explications détaillées concernant l'objet de l'inspection. Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut ni remettre en cause la nécessité de l'inspection ni

exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.

Remarque :

Reprise simplifiée de l'article 20 du règlement 1/2003

Article 2.1.2.2.9 : Inspection d'autres locaux

1. S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels pertinents liés au domaine faisant l'objet de l'inspection sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, la Commission peut ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

2. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours devant la Cour. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit la Commission à conclure qu'il existe un tel soupçon. La Commission prend ces décisions après avoir consulté l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

3. Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable de l'autorité judiciaire nationale de l'État membre concerné. L'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. L'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées. Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut remettre en cause la nécessité d'une inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour.

4. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection ordonnée conformément au paragraphe 1 disposent des pouvoirs prévus à l'article précédent.

Remarque :

Reprise intégrale de l'article 22 du règlement 1/2003.

b/ Enquête par les autorités nationales de concurrence

Article 2.1.2.2.10 : Pouvoirs d'inspection de locaux professionnels

1. Les autorités nationales de concurrence sont en mesure de procéder ou de faire procéder à toutes les inspections inopinées nécessaires des entreprises et associations d'entreprises en vue de l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatées ou nommées par les autorités nationales de concurrence pour procéder à ces inspections sont au minimum investis des pouvoirs suivants:

- a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises;
- b) contrôler les livres ainsi que tout autre document liés à l'activité de l'entreprise, quel qu'en soit le support, et avoir le droit d'accéder à toutes les informations auxquelles a accès l'entité faisant l'objet de l'inspection;
- c) prendre ou obtenir, sous quelque forme que ce soit, copie ou extrait de ces livres ou documents et, s'ils le jugent opportun, poursuivre ces recherches d'information et la sélection des copies ou extraits dans les locaux des autorités nationales de concurrence ou dans tous autres locaux désignés;
- d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci;
- e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

2. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections visées au paragraphe 1. Lorsqu'une entreprise ou association d'entreprises s'oppose à une inspection qui a été ordonnée par une autorité nationale de concurrence administrative et/ou qui a été autorisée par une autorité judiciaire nationale, si le droit national l'exige, les autorités nationales de concurrence puissent obtenir l'assistance nécessaire de la force publique ou d'une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection. Cette assistance peut également être demandée à titre préventif.

Remarque :

Reprise des paragraphes 1 et 2 de l'article 6 de la directive ECN +.

Article 2.1.2.2.11 : Pouvoirs d'inspection d'autres locaux

1. S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents liés à l'activité de l'entreprise et à l'objet de l'inspection, qui pourraient être pertinents pour prouver une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, sont conservés dans des locaux, sur des terrains et dans des moyens de transport autres que ceux visés à l'article précédent, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises ou associations d'entreprises, les autorités nationales de concurrence administratives

peuvent procéder à des inspections inopinées dans ces locaux, sur ces terrains et dans ces moyens de transport.

2. Ces inspections ne sont effectuées qu'avec une autorisation préalable d'une autorité judiciaire nationale.

3. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés ou désignés par les autorités nationales de concurrence pour procéder à une inspection conformément au paragraphe 1 du présent article disposent au minimum des pouvoirs définis à l'article précédent.

Remarque :

Reprise intégrale de l'article 7 de la directive ECN +

Article 2.1.2.2.12 : Demandes d'information

Les autorités nationales de concurrence administratives peuvent demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires à l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans un délai déterminé et raisonnable. Ces demandes de renseignements sont proportionnées et n'obligent pas le destinataire de la demande à admettre l'existence d'une infraction aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'obligation de fournir tous les renseignements nécessaires couvre les renseignements auxquels a accès ladite entreprise ou association d'entreprises. Les autorités nationales de concurrence sont en outre habilitées à demander à toute autre personne physique ou morale de fournir des renseignements susceptibles d'être pertinents en vue de l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans un délai déterminé et raisonnable.

Remarque :

Reprise de l'article 8 de la directive ECN +

Article 2.1.2.2.13 : Entretiens

Les autorités nationales de concurrence administratives sont habilitées à convoquer à un entretien tout représentant d'une entreprise ou d'une association d'entreprises, tout représentant d'autres personnes morales ainsi que toute personne physique lorsque ledit représentant ou ladite personne serait susceptible de posséder des informations pertinentes en vue de l'application des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Remarque :

Reprise de l'article 9 de la directive ECN +.

Article 2.1.2.2.14 : Enquêtes réalisées par une autorité pour le compte d'une autre

1. Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du TFUE.

2. Sur demande de la Commission, les autorités de concurrence des États membres procèdent aux inspections que la Commission juge indiquées par voie de mandat ou de décision. Les agents des autorités de concurrence des États membres chargés de procéder aux inspections, ainsi que les agents mandatés ou désignés par celles-ci, exercent leurs pouvoirs conformément à leur législation nationale. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée, prêter assistance aux agents de l'autorité concernée.

Remarque :

Reprise simplifiée des principes de coopération à l'intérieur du réseau européen de concurrence, comme ils ont été prévus par le règlement 1/2003 et la directive ECN +.

§ 3/ Saisine et opportunité des poursuites

Article 2.1.2.2.15 : Mode de saisine

La Commission européenne et les autorités nationales du réseau peuvent agir d'office ou sur plainte déposée par toute personne y ayant intérêt.

Les autorités nationales de concurrence peuvent également être saisies, selon les modalités prévues par leur droit national.

Remarque : Disposition conforme au droit positif : les modes de saisine sont nombreux. Toute personne qui y a intérêt peut saisir un membre du réseau.

Article 2.1.2.2.16 : Principe de l'opportunité des poursuites

La Commission et les autorités nationales administratives de concurrence ont le pouvoir de rejeter de telles plaintes notamment au motif qu'elles ne les considèrent pas comme une priorité. Elles en informent dans ce cas le réseau.

Cette disposition est sans préjudice du pouvoir des autorités nationales de concurrence administratives de rejeter des plaintes pour d'autres motifs définis par le droit national.

Remarque :

Cet article consacre le nouveau pouvoir d'opportunité des poursuites qui a été reconnu aux autorités nationales de concurrence lors de la transposition de la directive ECN+. Il reste aux membres du réseau à définir leurs « priorités ». Reprise de l'article 4, §5 de la directive.

D'autres motifs de rejet de plainte peuvent être retenus. En droit français, l'article L. 462-8 du code de commerce permet à l'Autorité de la concurrence de rejeter une plainte lorsque les faits invoqués ne sont pas appuyés par suffisamment d'éléments

probants, lorsqu'ils peuvent être traités par le ministre de l'économie ou lorsqu'ils ont été traités ou sont en cours de traitement par une autre autorité du réseau.

Article 2.1.2.2.17 : Prescription

1. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence ne peuvent pas être saisies de faits remontant à plus de cinq ans, sachant que ce délai ne commence à courir que du jour où la pratique en cause a pris fin.

2. La prescription est interrompue lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou par une autorité de concurrence d'un État membre de l'Union européenne.

Remarque :

Le groupe a opté pour une prescription des poursuites, et non pour une prescription de l'imposition des sanctions (comme le fait la Commission, et qui lui permet de reconnaître l'entente ou l'abus, sans sanctionner, ce qui peut avoir des effets pour les actions privées).

§4/ Mise en œuvre par la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence

Article 2.1.2.2.18 : Pouvoirs de la Commission et des autorités nationales du réseau

Une fois valablement saisie, la Commission ou l'autorité nationale du réseau a la possibilité :

- de constater l'infraction, et d'enjoindre d'y mettre fin ;
- de prononcer une amende
- de constater l'absence d'infraction,
- de décider qu'il n'y a pas lieu à poursuivre, en raison du fait que la pratique a déjà fait l'objet d'une décision, qu'elle fait actuellement l'objet d'une procédure devant une autorité ou une juridiction nationale ou qu'elle ne présente pas un intérêt suffisant pour être poursuivie.
- d'accepter des engagements.

Remarque :

S'agissant des autorités nationales, ces possibilités sont prévues par la directive ECN +. S'agissant de la Commission, elles résultaient du règlement 1/2003. A simplement été décidé d'ajouter la faculté de prononcer un non-lieu, qui n'existait pas, s'agissant de la Commission.

Article 2.1.2.2.19 : Mesures provisoires

La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence peuvent prononcer des mesures provisoires, sous forme d'injonctions comportementales de faire ou de ne pas faire, lorsqu'il est probable que la pratique constitue une pratique anticoncurrentielle et que des considérations d'urgence et de gravité justifient le prononcé d'une telle mesure.

Cette décision doit être proportionnée et s'applique, soit pour une durée déterminée, qui peut être renouvelée dans la mesure où cela est nécessaire et opportun, soit jusqu'à ce que la décision définitive soit prise.

Une procédure nationale de recours accéléré contre ces mesures existe dans chaque Etat membre.

Remarque :

Reprise simplifiée du droit positif issu du règlement 1/2003 (pour la Commission) et de la directive ECN + (pour les autorités nationales de concurrence).

Article 2.1.2.2.20 : Communication des griefs

Lorsque la Commission ou l'autorité nationale de concurrence a suffisamment d'indices en sa possession, elle notifie à l'entreprise mise en cause les griefs qui lui sont reprochés.

Remarque :

Solution conforme au droit positif

Article 2.1.2.2.21 : Ouverture de la procédure contradictoire et respect des droits fondamentaux

A compter de la communication des griefs, la procédure devant la Commission et les autorités nationales de concurrence est contradictoire et doit être menée dans un délai raisonnable, dans le strict respect des principes généraux du droit de l'Union et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La communication des griefs ouvre à l'entreprise mise en cause un accès au dossier de l'autorité de concurrence saisie.

Remarque :

Solution conforme au droit positif (règlement 1/2003 et art. 3 de la directive ECN +)

§ 5/ Sanctions et procédures négociées

a/ les sanctions

Article 2.1.2.2.22 : Cessation de l'infraction

La Commission ou les autorités nationales de concurrence qui constatent une infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, peuvent obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises concernées à mettre fin à cette infraction. À cette fin, elles peuvent leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Lorsqu'elles ont à choisir entre deux mesures correctives d'une efficacité égale, la Commission ou les autorités nationales de concurrence optent pour la mesure

corrective qui est la moins contraignante pour l'entreprise, conformément au principe de proportionnalité.

Remarque : Solution conforme au droit positif (article 7 du règlement 1/2003 et article 10 de la directive ECN +).

Article 2.1.2.2.23 : Amende prononcée pour infraction aux règles de procédure

La Commission ou les Autorités nationales de concurrence peuvent, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande de renseignements, qu'elle soit formulée par simple demande ou par décision ;

b) elles ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit en réponse à une décision de demande de renseignements ;

c) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision;

d) leur représentant ou membre du personnel de l'entreprise concernée fournit une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée, non rectifiée ou complétée dans un délai fixé par la Commission ;

e) elles brisent des scellés apposés par les agents mandatés de la Commission.

Remarque :

Reprise des solutions issues de l'article 23, §1 du règlement 1/2003 et de l'article 13, §2 de la directive ECN+.

Article 2.1.2.2.24 : Amende prononcée pour infraction aux règles substantielles

1. La Commission ou les autorités nationales de concurrence administratives peuvent infliger par voie de décision dans leur propre procédure de mise en œuvre, ou requérir dans une procédure judiciaire autre que pénale que soient infligées des amendes effectives, proportionnées et dissuasives aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles enfreignent l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. Le montant de l'amende infligée à l'entreprise ou l'association d'entreprises, auteur d'une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est déterminé en fonction de la gravité de l'infraction ainsi que la durée de celle-ci.

3. L'amende n'excède pas 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise ou l'association d'entreprises au cours de l'exercice social précédent le prononcé de la sanction. Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

4. Sans préjudice de l'alinéa précédent, le montant de l'amende est calculé en appliquant tout d'abord une proportion, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, de la valeur des ventes de biens ou services réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné. Ce montant de base est augmenté en fonction de la durée de l'infraction.

5. Des circonstances aggravantes ou atténuantes susceptibles de mener à une augmentation ou à une réduction du montant de base sont ensuite prises en compte. La récidive est une circonstance aggravante qui peut conduire à une augmentation de 50 % au maximum. L'entreprise sanctionnée est en situation de récidive lorsqu'elle-même ou une des entités qui la composent a commis une pratique de même nature dans les cinq années précédant la communication des griefs.

6. L'absence de capacité contributive d'une entreprise peut également, à sa demande et dans des circonstances exceptionnelles, être prise en compte.

Remarque : Cette proposition combine et s'efforce de synthétiser des éléments issus du Règlement 1/2003 (art. 23), de la Directive ECN+ (art. 14) et des lignes directrices « amendes » de 2006.

Certains choix ont été faits par le groupe de travail, tels que notamment (i) ne pas proposer un facteur de multiplication chiffré lié au critère de durée, afin de permettre de tenir compte de la diversité des pratiques des autorités nationales, (ii) la proposition d'un « délai de récidive » (qui n'est pas un délai de prescription) afin de pallier le silence des textes actuels et les imprécisions de la jurisprudence, et d'accroître la sécurité juridique au profit des entreprises et enfin, (iii) la référence aux circonstances exceptionnelles conditionnant la prise en compte de l'absence de capacité contributive correspond à la jurisprudence, notamment française, qui ne retient cet argument qu'au vu de difficultés financières sérieuses, réelles et documentées.

Article 2.1.2.2.25 : Astreinte

La Commission ou les autorités nationales administratives de concurrence peuvent, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes effectives, proportionnées et dissuasives. Ces astreintes sont déterminées proportionnellement au chiffre d'affaires mondial total journalier moyen de ces entreprises ou associations d'entreprises, réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date fixée dans ladite décision, pour contraindre ces entreprises ou associations d'entreprises au moins :

- a) à fournir de manière complète et exacte des renseignements demandés lors de l'enquête;
- b) à se présenter à un entretien fixé lors de l'enquête ;
- c) à se soumettre à une inspection ;
- d) à se soumettre à une décision de cessation de l'infraction
- e) à respecter une décision ordonnant des mesures provisoires ;
- f) à respecter un engagement rendu obligatoire par une autorité du réseau ;

Remarque : Reprise des solutions de droit positif (article 24 du règlement 1/2003 et article 16 de la directive ECN +)

b/ Procédures négociées

Article 2.1.2.2.26 : Transaction

1. L'entreprise qui renonce à contester les griefs qui lui sont notifiés par la Commission peut se voir soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de l'amende envisagée. L'entreprise qui accepte la proposition obtient ainsi une réduction d'amende ne pouvant dépasser 10% du montant de l'amende due.

2. La procédure de transaction devant les autorités nationales de concurrence est régie par le droit national.

Remarque : Le 1^{er} paragraphe intègre dans le code le principe de la transaction. Il fixe un maximum de 10% quant à la réduction obtenue, conforme au maximum actuel prévu par la Communication du 2 juillet 2008 sur les procédures de transaction, point 32.

Article 2.1.2.2.27 : Clémence

1. Une exonération totale ou partielle d'amende peut être accordée à l'entreprise, participant à une entente, qui a contribué, par ses déclarations, à la détection de celle-ci, à sa caractérisation ou à l'identification de ses membres, en apportant des éléments d'informations dont la Commission, une autorité nationale de concurrence ou une administration nationale ne disposait pas déjà. Le caractère total ou partiel de l'exonération dépend du degré d'utilité des informations transmises.

2. La demande de clémence déposée auprès de la Commission ou d'une autorité nationale de la concurrence, vaut demande de clémence auprès de toutes les autorités du réseau des autorités de concurrence, sauf opposition expresse du demandeur.

3. Lorsqu'une entreprise a bénéficié d'une exonération totale de sanctions grâce au programme de clémence, ses directeurs, gérants et autres membres de son personnel qui

encourent une peine personnelle, de nature pénale ou autre que pénale, relative à leur participation à la pratique anticoncurrentielle, ne peuvent se voir infliger une telle peine par un juge d'un État membre, si ces personnes ont coopéré activement avec l'autorité de concurrence.

Remarque :

Le 1^{er} paragraphe énonce les grands principes du programme de clémence, sans modification par rapport au droit positif.

Le 2^{ème} paragraphe ne retient pas le mécanisme des demandes sommaires prévues par l'article 22 de la directive ECN+ (transposé en droit français par l'article R. 464-5-4 du code de commerce). Avec cette nouvelle disposition, l'entreprise qui dépose une demande de clémence devant une autorité du réseau pourra se prévaloir de celle-ci devant les autres autorités du réseau, saisies des mêmes pratiques, pour l'attribution d'une place dans l'ordre d'arrivée en vue de bénéficier d'une exonération. L'efficacité du réseau européen de concurrence en ressort ainsi renforcée.

Quant au 3^{ème} paragraphe, même s'il vise davantage les législations nationales que la législation européenne, il a semblé utile de reprendre ici, de manière simplifiée, les termes de l'article 23 de la directive ECN +. Comme dans la directive ECN +, sont ici visées à la fois les peines pénales et les peines d'une autre nature (administratives), pour tenir compte des divergences des législations nationales des Etats membres.

Article 2.1.2.2.28 : Limites à l'utilisation des preuves obtenues dans le cadre de la clémence ou d'une procédure de transaction

1. L'accès aux déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou aux propositions de transaction ne peut être accordé qu'aux parties visées par les procédures concernées et aux seules fins de l'exercice de leurs droits de la défense.

2. La partie qui a obtenu l'accès au dossier de la procédure de mise en œuvre des autorités nationales de concurrence peut uniquement utiliser les informations tirées des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et des propositions de transaction lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre de procédures devant des juridictions nationales, dans des affaires qui ont un lien direct avec celle dans laquelle l'accès a été accordé, et uniquement lorsque ces procédures concernent:

a) la répartition, entre les participants à une entente, d'une amende qui leur est infligée solidairement par une autorité nationale de concurrence

b) un recours contre une décision par laquelle une autorité nationale de concurrence a constaté une infraction à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou à des dispositions du droit national de la concurrence.

3. Les catégories suivantes d'informations obtenues par une partie au cours d'une procédure de mise en œuvre devant une autorité nationale de concurrence ne peuvent pas être utilisées par ladite partie dans le cadre d'une procédure devant des juridictions

nationales tant que l'autorité nationale de concurrence n'a pas clos sa procédure de mise en œuvre à l'égard de toutes les parties concernées par l'enquête :

a) les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure de mise en œuvre engagée par l'autorité nationale de concurrence;

b) les informations établies par l'autorité nationale de concurrence et envoyées aux parties au cours de sa procédure de mise en œuvre;

c) les propositions de transaction qui ont été retirées.

4. En cas d'opposition expresse du demandeur à ce que la clémence soit faite auprès de tout le réseau, les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ne peuvent être communiquées à d'autres autorités nationales de concurrence qu'avec l'accord du demandeur.

Remarque :

Cet article reprend du paragraphe 1 au paragraphe 3 le contenu de l'article 31 de la directive ECN+.

Le paragraphe 4 prévoit les cas dans lesquels les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence peuvent être communiquées à d'autres autorités du réseau.

Alors que l'article 12 du règlement 1/2003 avait retenu un principe de libre échange des informations au sein du réseau, l'article 31, paragraphe 6 de la directive ECN+ a posé des limites pour les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence.

Le paragraphe 4 de notre proposition réduit le périmètre de ces limites et vise à améliorer la circulation de l'information au sein du réseau en laissant une place plus grande à la volonté du demandeur à la clémence. En principe, la demande de clémence valant pour toutes les autorités du réseau (voir article précédent), les déclarations effectuées par le demandeur à la clémence pourront librement circuler au sein du réseau. Par exception, le demandeur à la clémence peut s'opposer au principe selon lequel sa demande vaut devant les autres autorités du réseau (voir article précédent) ; dans ce cas, ses déclarations ne pourront pas être transmises aux membres du réseau sauf s'il y consent de manière expresse.

Article 2.1.2.2.29 : Procédure d'engagements

1. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence peuvent, si elles estiment ces mesures efficaces pour répondre aux préoccupations de concurrence décelées lors de l'instruction, renoncer à communiquer des griefs et inviter la ou les entreprises concernées à prendre des engagements pour faire cesser, à l'avenir, leurs pratiques illicites.

Après avoir organisé un test de marché et si les engagements proposés leur paraissent crédibles pour répondre aux préoccupations de concurrence décelées, la Commission et les autorités nationales peuvent rendre obligatoires les engagements. Dans ce cas, l'entreprise ne sera pas sanctionnée par une autorité du réseau ni pour le passé, ni pour l'avenir, si elle respecte les engagements rendus obligatoires

2. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence peuvent rouvrir la procédure et réviser la décision lorsque l'un des faits sur la base desquels la décision d'engagements repose subit un changement substantiel ou lorsque la décision d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou trompeuses fournies par les parties à la procédure.

Remarque :

Le premier paragraphe retranscrit la procédure d'engagements telle qu'elle existe aujourd'hui et a été imposée aux ANC par la directive ECN + (art. 12). Le second paragraphe autorise la révision des engagements dans les cas prévus par la directive ECN + (art. 12). La faculté de sanctionner l'entreprise qui contrevient à ses engagements n'a pas été reprise dans cet article car elle figure déjà dans d'autres dispositions.

§6/ Recours et exécution des décisions

Article 2.1.2.2.30 : Recours

La décision de la Commission européenne est susceptible de recours devant le Tribunal de l'union européenne.

Les décisions des autorités nationales de concurrence font l'objet d'un recours devant les autorités ou juridictions désignées par la loi nationale.

Article 2.1.2.2.31 : Exécution des décisions

La décision définitive d'une autorité de concurrence du réseau prononçant une amende ou une injonction peut être exécutée par l'autorité de concurrence d'un autre État membre lorsqu'il est établi qu'après avoir fait des efforts raisonnables sur son territoire, l'autorité qui est l'auteur de la décision n'a pas été en mesure de recouvrer elle-même l'amende ou l'astreinte, faute, pour l'entreprise en cause, de posséder suffisamment d'actifs sur le territoire de cette autorité.

Remarque :

Cette disposition reprend le principe prévu par l'article 26 de la directive ECN+, sans entrer davantage dans les détails car il incombe à chaque État de prévoir les modalités pratiques de cette demande d'exécution d'une décision.

Section III/ La mise en œuvre du droit de la concurrence par des actions privées

Remarque :

Abrogation de la directive de 2014 et des législations nationales adoptées pour la transposition de celle-ci, car le texte ci-dessous reprend pour l'essentiel la directive

§1/L'action

Article 2.1.2.3.1 : Introduction de l'action en réparation

L'action en réparation est introduite par la victime d'une pratique anticoncurrentielle, à tout moment, en présence ou en l'absence de toute procédure devant une autorité de concurrence.

Remarque :

Les actions en réparation peuvent être intentées de manière autonome (action dite en stand alone) ou de manière consécutive (action en follow on) à une procédure intentée devant une autorité de concurrence.

Article 2.1.2.3.2 : Prescription

L'action civile régie par les dispositions de la présente section se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative :

1° La pratique et le fait qu'elle constitue une violation du droit de la concurrence ;

2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ;

3° L'identité de l'auteur de cette pratique.

Toutefois, la prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé.

Elle ne court pas à l'égard des victimes du bénéficiaire de clémence, dont elles ne sont pas les acheteurs directs ou indirects, tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir contre le bénéficiaire de la clémence selon les termes de l'article 2.1.2.3.9, §3 alinéa 2.

Le délai de prescription est interrompu par tout acte d'une autorité de concurrence ou d'une juridiction visant à la poursuite de la pratique, cause du dommage. Il est suspendu pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige.

Remarque : l'article 10 de la directive 2014/104 prévoit que le délai de 5 ans est le délai minimum que chaque État membre doit prévoir dans son droit national de la prescription. Cet article vise à consacrer la solution minimum retenue par la directive.

Le point de départ de la prescription est retardé pour les victimes du bénéficiaire de la clémence qui ne sont ni ses acheteurs directs (acquéreurs), ni ses acheteurs indirects (sous-acquéreurs). En effet, l'action en indemnisation intentée par ces victimes qui n'entretiennent aucun lien contractuel avec le bénéficiaire de la clémence est conçue comme étant subsidiaire. L'article 11, paragraphe 4, in fine de la directive 2014/104 prévoyait de laisser un délai raisonnable et suffisant aux victimes pour agir. La présente proposition apporte davantage de précision : le délai ne court pas pendant toute la durée de procédures d'indemnisation intentées à l'encontre des membres de l'entente qui ne sont pas bénéficiaires de la clémence.

§2/ les règles de preuve

Article 2.1.2.3.3 : Effets des décisions des membres du réseau

1. Une décision rendue par une autorité de concurrence d'un État membre, par une juridiction de recours d'un État membre ou par la Commission européenne, qui a reconnu l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et déterminé son imputation à une ou plusieurs personnes, et qui ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire pour la partie relative à ce constat, crée une présomption non susceptible de preuve contraire quant à l'existence et à l'imputation de la pratique qui lie le juge dans le cadre d'une action civile.

Remarque :

Il s'agit là d'étendre la force liante des décisions des autorités de concurrence, au-delà de ce qui avait été prévu par l'article 9 de la directive 2014/104. Rappelons en effet que cet article 9 prévoyait que les décisions rendues par une autorité nationale de concurrence d'un autre pays que celui dans lequel se déroule l'action civile n'ont pas de force liante à l'égard du juge saisi de l'action civile. Désormais, la force liante est étendue aux décisions rendues par tous membres du réseau européen de concurrence, afin de simplifier, pour les victimes, le fardeau probatoire relatif à l'établissement de la pratique anticoncurrentielle.

Le droit allemand admet déjà cette solution (article 33b GWB)

2. Une décision d'engagement prise par une autorité de concurrence d'un État membre ou par la Commission européenne constitue un indice pertinent dont le juge doit tenir compte pour la caractérisation de la pratique anticoncurrentielle.

Remarque :

Consécration de la jurisprudence Gasorba (CJUE, 23 nov. 2017, aff. C-547/16, pt 29).

Article 2.1.2.3.4 : Demande de pièces

1. Les demandes de production de pièces détenues par une partie au procès, un tiers ou par une autorité nationale de concurrence doivent être satisfaites lorsqu'elles sont nécessaires pour garantir la mise en œuvre effective du droit à la réparation et l'effet utile du droit de la concurrence de l'Union européenne. Doivent notamment être pris en considération l'utilité des pièces demandées pour l'issue du litige, les difficultés d'obtention auxquelles se heurte le demandeur, le caractère confidentiel de ces éléments et l'intérêt de leur détenteur à ne pas les communiquer.

2. Par dérogation au paragraphe 1 du présent article, le juge ne peut pas enjoindre la communication ou la production d'une pièce comportant :

1° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présenté volontairement à une autorité de concurrence par une personne ou en son nom, et contribuant à établir la réalité d'une pratique anticoncurrentielle et à en identifier ses auteurs, en vue de

bénéficiaire d'une exonération totale ou partielle de sanctions en application d'une procédure de clémence ;

2° Un exposé écrit ou la transcription de déclarations orales présentée volontairement à une autorité de concurrence par une personne ou en son nom, traduisant sa volonté de renoncer à contester la réalité des griefs qui lui sont notifiés et la responsabilité qui en découle, ou reconnaissant sa participation à une pratique anticoncurrentielle et la responsabilité qui en découle, établi pour permettre à une autorité de concurrence d'utiliser la procédure de transaction ou une procédure abrégée similaire.

Le juge écarte des débats les pièces mentionnées au présent article qui seraient produites ou communiquées par les parties lorsque ces pièces ont été obtenues uniquement grâce à l'accès au dossier d'une autorité de concurrence.

Remarque :

Reprise, de manière simplifiée, des articles 5 à 7 de la directive 2014/104.

§3/ La mise en jeu de la responsabilité

Article 2.1.2.3.5 : Principe de responsabilité

Toute entreprise, au sens du présent chapitre, est responsable du dommage qu'elle a causé par la commission d'une pratique contraire aux articles 101 ou 102 TFUE.

Remarque :

Consécration de la jurisprudence Skanska (CJUE, 14 mars 2019, aff. C-724/17) relative à l'imputation de la responsabilité à l'entreprise.

Il est présumé, jusqu'à preuve contraire, qu'une entente entre concurrents provoque un préjudice.

Remarque :

Reprise de l'article 17,§2, de la directive 2014/104.

Article 2.1.2.3.6 : Principe de la réparation intégrale

1. L'auteur de la pratique est condamné à réparer, en nature ou par équivalent, l'intégralité du dommage causé, qu'il s'agisse des pertes faites ou du manque à gagner.

Remarque :

Le principe de réparation intégrale a été retenu par l'article 3 de la directive. Le groupe de travail a décidé d'introduire de la souplesse en permettant au juge de « tenir compte » des bénéfices de la pratique pour son auteur dans l'objectif de trouver une réponse aux fautes lucratives.

2. Lorsqu'il est établi que le demandeur à l'action a subi un préjudice mais qu'il est pratiquement impossible d'évaluer celui-ci, le juge sera habilité à l'estimer afin d'offrir au

demandeur une réparation effective de son dommage. Dans ce cas, les juges peuvent notamment tenir compte des bénéfices que l'auteur de la pratique a injustement réalisés.

Remarque_:

Reprise de l'article 17,§1 de la directive ; le groupe de travail a estimé qu'il avait une grande utilité pour garantir le droit effectif des victimes à recevoir une réparation. S'agissant de la prise en compte des bénéfices, le groupe s'est inspiré des solutions retenues par l'article 14 de la directive 2016/943 sur le secret des affaires.

Article 2.1.2.3.7 : Evaluation des dommages-intérêts

Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

Il peut être tenu compte des fautes de la victime, postérieures à la survenance du dommage, qui peuvent avoir concouru à l'aggravation de celui-ci.

Remarque : Règles d'évaluation qui ne figuraient pas dans la directive 2014/104 et qui paraissent importantes. Elles permettront de prendre en compte l'évolution du dommage et le rôle de la victime.

Le 1^{er} alinéa ne figurait pas dans la directive, mais se trouve à l'article L 481-7 du code de commerce français

Le deuxième alinéa est une proposition nouvelle.

Article 2.1.2.3.8 : Répercussion des surcoûts

La répercussion des surcoûts par l'acheteur direct à ses propres acheteurs est un moyen de défense que peut invoquer l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, à l'encontre de l'acheteur direct.

Quand l'acheteur direct est demandeur en indemnisation, la charge de la preuve de la répercussion des surcoûts pèse sur le défendeur, auteur de la pratique.

Quand l'acheteur indirect est demandeur en indemnisation, il est réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre lorsqu'il a démontré l'existence de la pratique, l'existence d'un surcoût payé par l'acheteur direct et le fait que l'acheteur indirect a acheté les biens ou services concernés par l'infraction au droit de la concurrence, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant. Le défendeur peut démontrer que le surcoût n'a pas été répercuté sur l'acheteur indirect, ou qu'il ne l'a pas été entièrement.

Remarque_:

Reprise simplifiée des articles 12 à 14 de la directive 2014/104.

Article 2.1.2.3.9 : Responsabilité solidaire

1. Lorsque plusieurs entreprises ont concouru à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle, elles sont solidairement tenues de réparer le préjudice en résultant. Elles contribuent entre elles à la dette de réparation à proportion de la gravité de leurs fautes respectives, de leur rôle causal dans la réalisation du dommage, de l'intérêt qu'elles ont retiré à participer à la pratique, de l'éventuel recours au programme de clémence lors d'une action préalable devant une autorité de concurrence et des indemnités déjà versées par un codébiteur solidaire aux victimes sur le fondement de transactions conclues.

2. Par dérogation au paragraphe 1 du présent article, une petite ou moyenne entreprise n'est pas tenue solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects lorsque :

- Sa part de marché sur le marché pertinent est inférieure à 5 % pendant toute la durée de la commission de la pratique anticoncurrentielle ;
- L'application du paragraphe 1 du présent article compromettrait irrémédiablement sa viabilité économique et ferait perdre toute valeur à ses actifs.

Cette dérogation n'est pas applicable lorsque la petite ou moyenne entreprise a été l'instigatrice de la pratique anticoncurrentielle, a contraint d'autres personnes à y participer ou a précédemment commis une telle pratique constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou une juridiction de recours.

3. La personne ayant bénéficié d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence est tenue solidairement avec les autres membres de l'entente, de réparer le préjudice subi par ses contractants directs ou indirects.

En revanche, elle n'est tenue d'indemniser les victimes de l'entente, qui sont les contractants directs ou indirects des autres membres de l'entente, que si ces victimes n'ont pas pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction au droit de la concurrence, ou n'ont pas contracté de règlement consensuel avec un ou plusieurs des membres de l'entente.

4. La victime qui a conclu un règlement consensuel avec l'un des codébiteurs solidaires ne peut réclamer aux autres codébiteurs, non parties au dit règlement consensuel que le montant de son préjudice diminué de la part contributive dans la dette du codébiteur partie au règlement consensuel ou de la somme qu'elle a reçue au titre de ce règlement consensuel si elle supérieure à la dite part contributive. Les codébiteurs, non parties à ce règlement, ne peuvent réclamer au codébiteur partie à celui-ci une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime.

Sauf en cas de nullité du règlement consensuel, la victime ne peut réclamer au codébiteur partie au dit règlement le paiement du solde de son préjudice.

Remarque :

Pour les 1 à 3 : Reprise simplifiée de l'article 11 de la directive 2014/104. Des critères de répartition définitive du poids de la dette entre codébiteurs solidaires sont énoncés dans ce nouveau texte alors qu'actuellement, la question est renvoyée aux droits nationaux.

Pour le 4 : cet alinéa porte sur les effets découlant d'un éventuel règlement consensuel du litige avec certains des auteurs de la pratique anticoncurrentielle. Les solutions retenues sont reprises de l'article 19 du règlement 2014/104. Le dernier alinéa du nouveau texte retient la solution contraire à celle prévue par l'article 19§3, l'objectif étant de sécuriser la position des débiteurs, parties au règlement consensuel du litige.

Article 2.1.2.3.10 : Absence de liberté contractuelle

Il ne peut être dérogé par convention aux dispositions de la présente section.

Article 2.1.2.3.11 : Articulation avec le droit national de la responsabilité civile

A défaut de règles spécialement prévues dans la présente section, les principes généraux du droit européen et à défaut, les règles nationales relatives au droit de la responsabilité civile sont applicables, en tant que de besoin, sans que ces dernières ne puissent porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union européenne.

Remarque :

Il semble important, pour éviter toute lacune, de renvoyer en tant que de besoin aux droits nationaux de la responsabilité civile.

§4/ La nullité

Article 2.1.2.3.12 : Nullité

Est nul tout engagement, contrat ou clause contraire aux articles 101 ou 102 TFUE. Les conséquences de la nullité sont régies par les principes généraux du droit européen et à défaut par le droit national applicable au contrat.

Remarque :

L'article 101§2 TFUE vise expressément la nullité. L'article 102 TFUE ou La directive n° 2014/104 n'y font pas référence. Il est apparu important de faire figurer la nullité, comme sanction civile, dans le code européen. La question des éventuelles restitutions ou encore du caractère total ou partiel de la nullité relève du droit national applicable au contrat.

CHAPITRE 3 : LES CONCENTRATIONS

Remarque :

Le code européen a vocation à abroger le règlement 139/2004. En revanche les textes d'application sont nécessaires pour la procédure du contrôle, la procédure des renvois, l'analyse des effets de l'opération et il convient de les conserver.

Section 1. Les opérations notifiables

Article 2.1.3.1.1 : Définition d'une opération de concentration

1. *Constitue une concentration toute opération qui conduit à un changement durable de contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une entreprise.*
2. *Le contrôle se définit comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise.*
3. *La concentration peut notamment prendre la forme*
 - a) *d'une fusion entre plusieurs entreprises précédemment indépendantes*
 - b) *de l'acquisition par une ou plusieurs personnes disposant déjà du contrôle sur une entreprise, du contrôle direct ou indirect sur une autre entreprise*
 - c) *de la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.*

Remarque :

Cet article reprend à l'identique la définition de concentration de l'article 3 al. 1 à 4 du règlement 139/2004.

Article 2.1.3.1.2 : Concentration de dimension européenne

1. *Ne relèvent du présent code que les opérations de dimension européenne.*
2. *Une concentration est de dimension européenne lorsque :*
 - a) *le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros, et*
 - b) *le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union à l'intérieur d'un seul et même État membre.*
3. *Une concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension européenne lorsque :*

- a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros ;
- c) dans chacun d'au moins trois États membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros, et
- d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union à l'intérieur d'un seul et même État membre.

4. Une concentration qui n'atteint ni les seuils fixés au paragraphe 2, ni ceux fixés au paragraphe 3, est de dimension européenne lorsque :

- a) la valeur de la transaction est supérieure à 800 millions d'euros et
- b) l'acquéreur a réalisé un chiffre d'affaires total qui est supérieur à 1 milliard d'euros au niveau mondial et supérieur à 250 millions d'euros sur le territoire de l'Union européenne.

Remarque : Dans un premier temps, cet article reprend les seuils en chiffres d'affaires de l'article 1 du règlement 139/2004.

Ensuite, il introduit un critère supplémentaire qui élargit l'obligation de notification en tenant compte de la valeur de la cible. Il s'agit ici de rendre notifiables des opérations qui n'atteignent pas les seuils de notification classiques, du fait du chiffre d'affaires réduit des entreprises cibles, mais dont la valeur de la transaction fait apparaître que ces entreprises représentent une valeur économique, commerciale et concurrentielle qui ne se reflète pas dans leur chiffre d'affaires actuel et qui repose sur l'anticipation d'une future position de marché liée à des innovations avancées (ce fût le cas pour le rachat de Waze et de WhatsApp, par exemple).

Le droit allemand a introduit ce nouveau cas de notification, avec un seuil de 400 millions d'euros (valeur de la contrepartie). Le droit autrichien également, avec un seuil de 200 millions d'euros.

La formule « valeur de la transaction » a été utilisée afin d'englober les différentes modalités que le « prix » peut avoir et éviter ainsi les stratégies de contournement.

Article 2.1.3.1.3 : Limitations du champ d'application du contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations n'a pas lieu :

- a) lorsque des établissements de crédits, d'autres établissements financiers ou des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente, pour autant qu'ils n'exercent pas les droits de vote attachés à ces participations en vue de déterminer le comportement concurrentiel de cette entreprise ou pour autant qu'ils n'exercent ces droits de vote qu'en vue de préparer la réalisation de tout ou partie de cette entreprise ou de ses actifs, ou la réalisation de ces participations, et que cette réalisation intervient

dans un délai d'un an à compter de la date de l'acquisition; ce délai peut être prorogé sur demande par la Commission lorsque ces établissements ou ces sociétés justifient que cette réalisation n'a pas été raisonnablement possible dans le délai imparti;

b) lorsque le contrôle est acquis par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue;

c) lorsque les opérations visées à l'article 1, paragraphe 3, point b), sont réalisées par des sociétés de participation financière visées à l'article 5, paragraphe 3, de la quatrième directive 78/660/ CEE du Conseil du 25 juillet 1978 fondée sur l'article 54, paragraphe 3, point g), du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés ⁽¹⁾, sous la restriction toutefois que les droits de vote attachés aux participations détenues ne soient exercés, notamment par la voie de la nomination des membres des organes de direction et de surveillance des entreprises dont elles détiennent des participations, que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer directement ou indirectement le comportement concurrentiel de ces entreprises.

Article 2.1.3.1.4 : Calcul du chiffre d'affaires

1. Le chiffre d'affaires total au sens du présent règlement comprend les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur ventes ainsi que de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article. Le chiffre d'affaires réalisé soit dans l'Union, soit dans un État membre, comprend les produits vendus et les services fournis à des entreprises ou des consommateurs soit dans l'Union, soit dans cet État membre.

2. Par dérogation au paragraphe 1, lorsque la concentration consiste en l'acquisition de parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou de plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la concentration est pris en considération dans le chef du ou des cédants. Cependant, deux ou plusieurs opérations au sens du premier alinéa qui ont eu lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération.

3. Le chiffre d'affaires est remplacé :

a) pour les établissements de crédit et autres établissements financiers, par la somme des postes de produits suivants, tels qu'ils sont définis dans la directive 86/635/ CEE du Conseil (1), déduction faite, le cas échéant, de la taxe sur la valeur ajoutée et d'autres impôts directement liés auxdits produits:

- i) intérêts et produits assimilés ;*
- ii) revenus de titres : — revenus d'actions, de parts et d'autres titres à revenu variable, — revenus de participations, — revenus de parts dans des entreprises liées ;*
- iii) commissions perçues ;*
- iv) bénéfice net provenant d'opérations financières ;*
- v) autres produits d'exploitation.*

Le chiffre d'affaires d'un établissement de crédit ou d'un établissement financier dans l'Union ou dans un État membre comprend les postes de produits, tels que définis ci-dessus, de la succursale ou de la division dudit établissement établie dans l'Union ou dans l'État membre en question, selon le cas ;

b) pour les entreprises d'assurances, par la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci; en ce qui concerne l'article 1er, paragraphe 2, point b), et paragraphe 3, points b), c) et d), et la dernière partie de phrase desdits deux paragraphes, il est tenu compte respectivement des primes brutes versées par des résidents de l'Union et par des résidents d'un État membre.

4. Sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires: a) de l'entreprise concernée; b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement: i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation; ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote; iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise; iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise; c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b); d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b); e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux points a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b).

5. Lorsque des entreprises concernées par la concentration disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au paragraphe 4, point b), il y a lieu, dans le calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées au sens du présent règlement: a) de ne pas tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et chacune des entreprises concernées ou toute autre entreprise liée à l'une d'entre elles au sens du paragraphe 4, points b) à e); b) de tenir compte du chiffre d'affaires résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées entre l'entreprise commune et toute entreprise tierce. Ce chiffre d'affaires est imputé à parts égales aux entreprises concernées.

Remarque :

Cet article reprend les seuils en chiffres d'affaires de l'article 5 du règlement 139/2004.

Section 2. Les renvois

Article 2.1.3.2.1 : Renvoi d'une opération de dimension européenne vers un État membre

1. Dans un délai de quinze jours ouvrables à compter de la réception de la copie de la notification, un État membre peut, de sa propre initiative, sur invitation de la Commission ou sur invitation d'une des entreprises concernées par l'opération, solliciter de la Commission le renvoi d'un cas de concentration notifiée auprès d'elle, dès lors que l'opération notifiée affecte ou menace d'affecter, de manière significative, la concurrence sur un marché à l'intérieur de cet État membre présentant toutes les caractéristiques d'un marché distinct.

2. Avant la notification d'une concentration de dimension européenne, la ou les entreprises concernées peuvent également solliciter de la Commission le renvoi de l'examen du cas, pour les mêmes conditions que celles énoncées au paragraphe 1. La Commission en informe l'État membre qui dispose d'un délai de cinq jours ouvrables pour s'opposer à la demande de renvoi.

3. Dans un délai de quinze jours ouvrables qui suit la réception de la demande de renvoi, la Commission décide si les critères du renvoi sont réunis et renvoie alors tout ou partie du cas à une ou plusieurs États membres ; elle en informe les États membres et les entreprises parties à la concentration.

Dans le cas d'un renvoi, et si un dossier de notification lui avait déjà été adressée, elle le transmet alors sans délai à l'État membre. Les délais de la procédure de contrôle nationale commencent à courir à cette date.

A défaut de réponse dans le délai de quinze jours ouvrables, la Commission est réputée avoir accepté le renvoi selon les termes de la demande de renvoi.

Remarque :

Il s'agit ici de reprendre les règles des articles 4 et 9 du règlement 139/2004, en n'énonçant que les règles de base. Un délai uniforme de 15 jours a été laissé à la Commission pour prendre position sur la demande de renvoi.

Dans le cas d'une demande adressée par l'entreprise notificante, il existe actuellement une procédure pour demander à l'EM son accord. Le groupe de travail a été partagé sur la possibilité de supprimer ou non le veto de l'EM sur la demande de renvoi. Un compromis a été trouvé : réduction du délai de 15 à 5 jours, mis à disposition de l'EM pour exercer son veto.

Article 2.1.3.2.2 : Renvoi d'une opération de dimension nationale vers la Commission européenne

1. *Avant toute notification aux autorités nationales compétentes, la ou les entreprises concernées peuvent demander à la Commission que leur opération, qui est susceptible d'être examinée en vertu du droit national de la concurrence d'au moins trois États membres, soit examinée par elle.*

2. *La Commission en informe les États membres concernés. A défaut d'opposition de l'un d'eux dans un délai de quinze jours ouvrables qui suit l'information, la concentration doit être notifiée à la Commission qui rend sa décision sur le fondement des règles applicables aux concentrations de dimension européenne. Toute autorité nationale compétente est alors dessaisie du pouvoir de se prononcer sur l'opération de concentration.*

Remarque :

Il s'agit ici de retoucher le mécanisme du renvoi des articles 4 et 22 du règlement 139/2004.

Du fait du très faible nombre de renvois demandés par un ou plusieurs EM et du fait que, progressivement, la plupart des EM se sont dotés d'un contrôle des concentrations, nous proposons de supprimer le renvoi ascendant à la demande d'un ou de plusieurs EM.

Le groupe de travail est conscient que cette proposition s'inscrit à contre-courant de la « nouvelle approche » appliquée à l'article 22 du règlement 139/2004 depuis le début de l'année 2021, par laquelle la Commission et certains États membres estiment que l'article 22 peut être utilisé par la Commission pour contrôler des opérations non-notifiables jugées problématiques (notamment les opérations susceptibles d'être qualifiées de « killer acquisitions » dans certains secteurs : produits pharmaceutiques, services numériques par exemple).

Toutefois, cette nouvelle approche conduit à rendre très largement caducs les seuils de notification, qui constituent le fondement de la sécurité juridique indispensable aux acteurs économiques.

Par ailleurs, le groupe a introduit un critère de valeur de l'opération parmi les seuils qui déterminent la dimension européenne (article 2.1.3.1.2, §4). Ce critère permet de mieux appréhender les opérations dont la valeur transactionnelle est élevée alors que le chiffre d'affaires de l'un des parties est faible.

C'est pourquoi le groupe de travail recommande de s'en tenir aux dispositions de l'article 4.5 du règlement 139/2014, qui permettent aux seules entreprises de solliciter un renvoi à la Commission, à la condition que l'opération soit susceptible de relever de la compétence d'au moins trois autorités nationales de concurrence au regard de leur droit national.

En toute hypothèse, la première affaire dans laquelle la nouvelle approche de l'article 22 fait actuellement l'objet d'un contentieux soumis au Tribunal de l'UE (aff.

T-227/21, Illumina), de telle sorte que cette proposition de rédaction devra être revue à la lumière de l'arrêt futur du Tribunal, voire d'un possible pourvoi devant la Cour.

Section 3. L'exercice du contrôle

Article 2.1.3.3.1 : Décision de la Commission sur la compatibilité de la concentration

1. *Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché intérieur. Dans le cas inverse, la concentration est déclarée incompatible.*

2. *La Commission peut assortir sa décision de compatibilité de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées se conforment aux engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché intérieur.*

3. *La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.*

Remarque :

Cet article reprend les termes du règlement 139/2004 tout en changeant la présentation et la rédaction. Il reprend d'abord le test matériel de l'article 2 du règlement 139/2004 et intègre ensuite l'article 6 al. 2 dudit règlement sur les décisions assorties de conditions et de charges. Enfin, il définit les effets d'une décision de la Commission au regard des restrictions dites accessoires en termes identiques à ceux de l'article 6 al. 1 dernière phrase du règlement 139/2004.

Article 2.1.3.3.2 : Appréciation d'une concentration

1. *Pour rendre sa décision, la Commission tient compte :*

a) *de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective sur le marché intérieur au vu notamment de la structure de tous les marchés affectés et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union ;*

b) *de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des utilisateurs intermédiaires et finaux, ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.*

2. La Commission peut tenir compte d'objectifs de politique industrielle européenne pour adopter une décision de compatibilité.

Remarque :

Cet article reflète les critères d'appréciation de l'article 2 du règlement 139/2004. Cependant, il innove sur la possibilité de tenir compte d'objectifs de politique industrielle européenne, ce qui pourrait, dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles, amener la Commission à autoriser une opération de concentration qu'elle aurait sinon bloquée. Il est à noter que les objectifs de politique industrielle doivent être des objectifs établis au niveau européen, ce qui exclut la prise en compte de la politique industrielle nationale d'un ou plusieurs Etats-Membres.

Article 2.1.3.3.3 : Décision relative à la création d'une entreprise commune

1. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome doit être notifié conformément à la présente section si l'opération est de dimension européenne.

S'il a pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 101, paragraphes 1 et 3, du traité en vue d'établir si l'opération est compatible ou non avec le marché intérieur.

2. Dans cette appréciation, la Commission tient notamment compte de:

- la présence significative et simultanée de deux ou plusieurs entreprises fondatrices sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié à ce marché,*
- la possibilité donnée aux entreprises concernées par leur coordination résultant de la création de l'entreprise commune d'éliminer ou restreindre la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause.*

Remarque :

La codification est à droit constant en reprenant les articles 2 § 4 et 5 du règlement 139/2004.

Section 4. Les règles procédurales

Article 2.1.3.4.1 : Notification

1. Les concentrations de dimension européenne doivent être notifiées à la Commission après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle.

La notification peut également être faite lorsque les entreprises concernées démontrent de bonne foi à la Commission leur intention de conclure un accord ou, dans le cas d'une offre publique d'achat ou d'échange, lorsqu'elles ont annoncé publiquement leur intention de faire une telle offre, à condition que l'accord ou l'offre envisagés aboutisse à une concentration de dimension européenne.

2. Les concentrations qui consistent en une fusion ou dans l'établissement d'un contrôle en commun au sens du présent chapitre, doivent être notifiées conjointement par les parties à la fusion ou à l'établissement du contrôle en commun. Dans les autres cas, la notification doit être présentée par la personne ou l'entreprise qui acquiert le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises.

3. Lorsque la Commission constate qu'une concentration notifiée relève du présent code, elle publie le fait de la notification, en indiquant les noms des entreprises concernées, leur pays d'origine, la nature de la concentration ainsi que les secteurs économiques concernés. La Commission tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Elle transmet également, dans un délai de trois jours ouvrables, aux autorités compétentes des États membres concernés par l'opération copie des notifications.

Remarque :

Cet article reprend en substance les règles de l'article 4 du règlement 139/2004 sur la notification d'opérations de concentration à dimension européenne. L'alinéa 2 §1 montre qu'on peut notifier un projet.

Article 2.1.3.4.2 : Suspension

1. Une concentration qui doit être examinée par la Commission ne peut être mise en œuvre avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché intérieur.

Tout acte mettant en œuvre même partiellement un changement de contrôle de l'entreprise cible et qui serait effectué avant la décision déclarant la concentration compatible avec le marché intérieur sera sanctionné en vertu des règles prévues au présent chapitre. Les obligations contractuelles nécessaires pour préserver la situation de l'entreprise cible ne sont pas considérées comme mettant en œuvre le changement de contrôle.

2. Le paragraphe 1 ne fait pas obstacle à la réalisation d'une offre publique d'achat ou d'échange ou d'opérations par lesquelles le contrôle est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs au moyen d'une série de transactions sur titres, y compris sur ceux qui sont convertibles en d'autres titres admis à être négociés sur un marché tel qu'une bourse de valeurs pour autant :

- a) que la concentration soit notifiée sans délai à la Commission, et
- b) que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées ou ne les exerce qu'en vue de sauvegarder la pleine valeur de son investissement et sur la base d'une dérogation octroyée par la Commission conformément au paragraphe 3.

3. Par dérogation aux paragraphes 1 et 2, la Commission peut, sur demande, autoriser la mise en œuvre totale ou partielle de la concentration, sans attendre la décision de compatibilité. La demande de dérogation doit être motivée. Lorsqu'elle se prononce sur la demande, la Commission doit prendre en compte notamment les effets que la suspension peut produire sur une ou plusieurs entreprises concernées par la concentration ou sur une tierce partie, et la menace que la concentration peut présenter pour la concurrence. Cette dérogation peut être assortie de conditions et de charges destinées à assurer des conditions de concurrence effective. Elle peut être demandée et accordée à tout moment, que ce soit avant la notification ou après la transaction.

Remarque : Cet article reprend l'article 7 du règlement 139/2004 tout en proposant une définition de la notion « gun jumping ». Tandis que l'arrêt Ernst and Young (aff. C-633/16) définit le gun jumping comme toute opération qui « contribue au changement de contrôle », il est proposé de retenir la formule plus opérante d'« acte mettant en œuvre, même partiellement, le changement de contrôle ». En effet, le terme « contribuer » est apparu trop large et se justifiait, dans l'arrêt Ernst and Young, par les particularités de l'espèce.

Article 2.1.3.4.3 : Procédure d'examen de phase I

Dans un délai de 25 jours ouvrables qui court à compter de la réception du dossier complet de notification, la Commission procède à l'examen de l'opération et doit adopter une des décisions suivantes :

a) soit elle constate, par voie de décision, que l'opération ne relève pas du champ d'application des règles du présent code ;

b) soit elle rend une décision de compatibilité si la concentration notifiée ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur ou si les modifications apportées par les entreprises concernées à l'opération telle que notifiée font disparaître tout doute sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur. Dans le cas où des modifications sont présentées par les parties, le délai est porté à 35 jours.

c) soit elle ouvre une procédure d'examen de phase II si elle constate que la concentration notifiée soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur.

Remarque :

Cet article codifie les délais du règlement 139/2004 pour la procédure d'examen de phase I à droit constant tout en modifiant la structure, la présentation et la rédaction afin d'améliorer la lisibilité.

Article 2.1.3.4.4 : Procédure d'examen de phase II

1. *La Commission doit prendre une décision sur la compatibilité de l'opération dans un délai de 90 jours ouvrables, porté à 105 jours si les parties proposent des modifications, qui court à compter de la réception du dossier complet de notification.*

Les délais fixés dans cet article peuvent être prolongés si les parties notifiantes présentent une demande en ce sens. Ils sont suspendus lorsque la Commission, en raison de circonstances dont une des entreprises participant à la concentration est responsable, a été contrainte de demander un renseignement par voie de décision ou d'ordonner une inspection.

A défaut de décision adoptée, la Commission est réputée avoir déclaré l'opération compatible avec le marché intérieur.

Remarque :

Cet article correspond à l'identique aux règles établies par le règlement 139/2004.

Article 2.1.3.4.5 : Pouvoirs d'enquête

Les pouvoirs d'enquête sont identiques à ceux décrits dans le chapitre relatif aux pratiques anticoncurrentielles.

Remarque : Par souci de simplification et de cohérence et pour renforcer l'effet utile de la procédure de contrôle des concentrations, les pouvoirs d'enquête sur ceux dont dispose la Commission en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Article 2.1.3.4.6 : Pouvoir d'ordonner la déconcentration

1. *La Commission peut prendre toutes mesures appropriées en vue d'une déconcentration si celle-ci a été réalisée sans avoir obtenu une décision de compatibilité, dès lors qu'il apparaît, après examen, que celle-ci était incompatible avec les exigences de la concurrence.*

La Commission peut prendre toutes mesures provisoires appropriées pour conserver ou rétablir, pendant la durée de la procédure, la concurrence sur les marchés concernés.

2. *La Commission peut révoquer la décision de compatibilité adoptée si :*

a) sa décision repose sur des indications inexactes dont une des entreprises concernées est responsable ou si elle a été obtenue par tromperie

b) les entreprises concernées contreviennent à une charge dont est assortie la décision.

Remarque :

Il est proposé de résumer les pouvoirs de dissolution et de mesures provisoires dont dispose la Commission au cas où les entreprises ne respectent pas leurs obligations au regard du régime du contrôle des concentrations.

Article 2.1.3.4.7 : Amendes et astreintes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées, lorsque de propos délibéré ou par négligence:

a) elles omettent de notifier une concentration avant sa mise en œuvre, à moins qu'elles n'y soient expressément autorisées par une décision de la Commission ;

b) elles mettent en œuvre une concentration avant qu'elle ne soit déclarée compatible ;

c) elles mettent en œuvre une concentration déclarée incompatible avec le marché intérieur par voie de décision de la Commission ;

d) elles contreviennent à une condition ou une charge imposée par décision de la Commission.

Pour fixer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération la nature, la gravité et la durée de l'infraction.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux personnes concernées des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires total journalier moyen de l'entreprise ou association d'entreprises concernée par jour ouvrable de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :

a) à fournir d'une manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision ;

b) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision ;

c) à exécuter une charge imposée par décision ;

d) à prendre les mesures ordonnées par décision.

Lorsque les personnes concernées ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale.

Remarque : Cet article reprend en substance les articles 14 et 15 du règlement 139/2004 tout en simplifiant la présentation

Section 5 : Les opérations soumises à information de la Commission

Article 2.1.3.5 : Participations minoritaires non contrôlantes

1. Doivent faire l'objet d'un dépôt d'avis d'informations les opérations de dimension européenne au sens du présent chapitre, par lesquelles une entreprise, ayant plus de 30% de parts de marché sur le ou les marchés sur lesquels la cible est également présente, acquiert, directement ou indirectement, une participation non contrôlante dans le capital de cette dernière qui soit supérieure à 25%.

2. Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter de la réception de cet avis d'informations, la Commission peut imposer aux entreprises concernées de notifier l'opération au sens du présent chapitre. Durant ce délai, l'opération ne peut pas être mise en œuvre.

3. Sans réponse de la Commission, l'opération peut être mise en œuvre.

Remarque :

Eu égard aux controverses et aux divergences au sein du groupe, sur la contrôlabilité de liens structurels non-contrôlants entre entreprises, et notamment de la prise de participations minoritaires, il est apparu inopportun d'élargir la notion de concentration aux participations minoritaires (non-contrôlantes) ou à la prise d'influence au-dessous du seuil de contrôle. Toutefois, il est proposé un régime d'information de la Commission, qui lui permet d'évoquer une opération de prise de participation minoritaire qualifiée.

CHAPITRE 4 : LES AIDES D'ÉTAT

Article 2.1.4.1 : Définition de l'aide d'Etat

1. Est une aide d'État au sens de l'article 107 paragraphe 1 TFUE, tout avantage accordé au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Constitue un avantage, toute mesure favorisant une ou plusieurs entreprises, qui résulte d'un transfert direct ou indirect de ressources d'État ou d'une renonciation à des recettes publiques, de quelque nature que ce soit.

3. Ne constituent pas un avantage :

- les mesures octroyées par l'État en qualité d'opérateur économique et dans des conditions normales de marché.

- les mesures nécessaires pour compenser les surcoûts supportés pour fournir un service d'intérêt économique général.

-les mesures accordées à la suite d'une procédure de mise en concurrence conformément aux règles sur la passation des marchés publics.

4. Constitue une ressource d'État, toute ressource placée directement ou indirectement sous le contrôle de l'État.

5. Constitue un bénéficiaire direct, toute entreprise destinataire de l'aide.

6. Toute entreprise à laquelle l'avantage est transféré en est le bénéficiaire indirect. Le repreneur ou le continueur économique d'une entreprise bénéficiaire est réputé être bénéficiaire indirect de l'aide, dans la mesure où le paiement versé en contrepartie du transfert de l'entreprise bénéficiaire n'intègre pas l'avantage.

7. Le seul fait d'être partie à une transaction économique avec le bénéficiaire direct d'une aide n'emporte pas de transfert de l'avantage.

Article 2.1.4.2 : Aides illégales

1. Constitue une aide illégale, toute aide qui, sans bénéficier d'une exemption au titre d'un règlement général d'exemption ou sans relever d'un régime approuvé, a été mise en œuvre sans que l'Etat membre ait préalablement obtenu une décision finale de la Commission admettant sa compatibilité avec le marché intérieur.

2. Les aides mises à exécution postérieurement à la décision admettant la compatibilité de la Commission sont présumées légales jusqu'à une éventuelle décision d'annulation par les juridictions de l'Union. Ensuite, à la date de cette dernière décision, les aides en cause sont réputées ne pas avoir été déclarées compatibles par la décision annulée, de sorte que leur mise à exécution doit être considérée comme illégale.

3. Les Etats-membres s'abstiennent de mettre en œuvre des aides illégales et récupèrent ces dernières sans délai auprès de leurs bénéficiaires directs ou indirects.

Remarque :

Selon la Cour, les aides déclarées compatibles deviennent rétroactivement illégales si la décision de la Commission est annulée (CJCE, C-199/06 (CELF), para. 63). Le régime change donc avec l'annulation de la décision de la Commission. Cela ne pose guère de problème, car il est clair que les aides privées de base légale par l'annulation de la décision de la Commission doivent être récupérées de la même manière que les aides illégales dès le départ. Ce n'est qu'en matière de réparation du dommage qu'il convient de distinguer. Il suffit cependant d'appliquer le principe de la responsabilité pour faute. En effet, la mise en œuvre d'une aide déclarée compatible ne saurait être qualifiée de faute, puisqu'elle est parfaitement en phase avec le régime d'aides d'Etat.

Article 2.1.4.3 : Compatibilité de l'aide avec le marché intérieur

1. Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, les aides d'État qui affectent les échanges entre États membres et qui faussent ou menacent de fausser la concurrence.

2. Les mesures d'aides accordées par les États sont présumées affecter les échanges entre États membres, si le bénéficiaire de la mesure d'aide exploite son activité dans plusieurs États membres ou s'il est soumis, dans ses activités locales, à la concurrence effective d'entreprises établies dans un autre État Membre. La Commission européenne peut définir des catégories d'aides d'État qui sont réputées ne pas avoir d'effet sur les échanges entre les États membres, eu égard notamment à leur faible montant.

3. La Commission européenne peut définir des catégories d'aides d'État qui sont réputées ne pas fausser la concurrence, eu égard notamment à leur faible montant ou au caractère spécifique du marché ou de l'activité en cause.

4. Sont compatibles avec le marché intérieur, les aides :

- déclarées compatibles par une décision de la Commission européenne adoptée conformément à l'article 107 paragraphe 2 ou 3 TFUE
- remplissant les conditions posées par un règlement d'exemption par catégorie de la Commission européenne
- qualifiées d'aide existante, sous réserve de la procédure prévue à l'article 108 paragraphe 1 TFUE
- déclarées compatibles par une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 108 paragraphe 2 TFUE

Les aides accordées aux entreprises en difficulté peuvent être soumises à des règles dérogatoires fixées par la Commission en application de l'article 109 TFUE.

Lorsque des programmes d'aides compatibles visent l'ensemble d'un secteur économique, leur compatibilité s'étend à l'ensemble des entreprises en difficulté actives dans ce secteur.

Article 2.1.4.4 : Rôle des parties intéressées

1. La procédure de contrôle des aides d'État par la Commission européenne respecte le principe du contradictoire pour les parties intéressées, à compter de l'ouverture de la procédure formelle d'examen visée à l'article 108 paragraphe 2 TFUE. Tout État membre ou toute entreprise dont les intérêts sont susceptibles d'être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles sont réputés être des parties intéressées.

2. Seul l'État membre concerné peut notifier à la Commission européenne un projet d'aide d'État, en vue de faire adopter une décision sur sa compatibilité avec le marché intérieur.

3. Nonobstant la compétence exclusive de la Commission européenne de statuer sur la compatibilité d'une aide d'État, les juridictions nationales peuvent contrôler la conformité de l'aide avec les conditions fixées par un règlement d'exemption ou un régime d'aides d'État autorisé.

Article 2.1.4.5 : Droits des concurrents

1. Toute entreprise concurrente de l'entreprise bénéficiaire d'une aide peut saisir les juridictions nationales compétentes afin d'obtenir, de l'entité ayant attribué l'aide, la réparation du préjudice résultant de la mise en œuvre d'une aide illégale, que celle-ci soit ou non déclarée compatible avec le marché intérieur postérieurement à sa mise en œuvre. Dans le cas où l'aide est déclarée compatible postérieurement à sa mise en œuvre, le préjudice réparable est celui qui résulte de la seule mise en œuvre anticipée de l'aide.

Quand l'aide a été mise à exécution postérieurement à une décision de compatibilité de la Commission, l'annulation de cette décision ne saurait donner lieu à réparation du fait de l'illégalité de l'aide, dès lors que celle-ci est récupérée dans un délai raisonnable.

2. Toute entreprise concurrente de l'entreprise bénéficiaire d'une aide peut saisir les juridictions nationales compétentes afin d'obtenir, du bénéficiaire de l'aide la réparation du préjudice résultant de la mise en œuvre d'une mesure d'aide illégale, que celle-ci soit ou non déclarée compatible avec le marché intérieur postérieurement à sa mise en œuvre, dès lors que le bénéficiaire a su ou aurait dû savoir que la mesure constitue une aide illégale.

3. Toute entreprise concurrente de l'entreprise bénéficiaire d'une aide peut saisir les juridictions nationales compétentes afin d'enjoindre l'entité ayant attribué l'aide de surseoir à la mise en œuvre d'une aide non notifiée, ou n'entrant pas dans le cadre d'un régime approuvé ou d'un règlement général d'exemption.

Toute entreprise concurrente de l'entreprise bénéficiaire d'une aide peut saisir les juridictions nationales compétentes afin d'enjoindre sous astreinte l'entité ayant attribué l'aide de récupérer une aide illégale, même si cette dernière est ultérieurement déclarée compatible. Dans le cas où l'aide illégale est déclarée compatible postérieurement à sa mise en œuvre, l'obligation de récupération se limite à l'avantage qui résulte de la seule mise en œuvre anticipée de l'aide.

Remarque

Les droits des concurrents sont les suivants :

§ 1 : Action en réparation devant le juge national à l'encontre de l'entité ayant attribué l'aide, exclue en cas d'annulation d'une décision de compatibilité, suivie d'une récupération dans un délai raisonnable ;

§ 2 : Action en réparation devant le juge national à l'encontre du bénéficiaire, exclue si ce dernier ne connaissait pas (ou ne pouvait pas connaître) son illégalité ;

§ 3 : Demande auprès du juge national d'enjoindre l'entité attribuant l'aide de ne pas la verser ou de la récupérer .

§1 : Ceci est une codification d'une jurisprudence qui commence à s'affirmer en France (p. ex. CE, 22 juillet 2020, SIDE, n° 434446) mais qui semble isolée et encore peu répandue en dehors de France. Elle peut cependant se prévaloir des principes généraux du droit de l'Union dans la suite de la jurisprudence Francovich (aff. C-6/90, arrêt du 19 novembre 1991) et qui s'appliquent en cas d'aides illégales (CJCE, C-199/06 (CELF))

§2 Ceci est une nouveauté par rapport au droit positif, dans le but de rendre plus effectif le respect de la réglementation des aides.

§3 C'est le droit positif, résultant de l'effet direct de l'article 108 § 3 TFUE

Titre 2 : Droit de la distribution

Article 2.2 : Articulation avec les droits nationaux des Etats membres

Les questions traitées dans le présent titre relèvent exclusivement du droit européen sauf indication contraire du présent titre.

Les questions non traitées par le présent titre relèvent des principes généraux du droit européen et à défaut, du droit national applicable en vertu des règles de conflit de lois.

Remarque :

- Les questions non traitées sont soumises au droit international privé, et donc aux droits nationaux applicables (droit des contrats, etc.)

- En revanche, les questions traitées par le présent titre sont traitées de manière autonome, ou complète, par le texte ci-dessous

- Le contrat de partenariat intégré n'est pas conçu comme un instrument optionnel. Dès lors que le contrat conclu entre dans cette qualification, le régime européen s'applique

CHAPITRE 1. LE CONTRAT DE PARTENARIAT INTÉGRÉ

Section 1. Qualification du contrat de partenariat intégré

Article 2.2.1.1.1 : Définition du partenariat intégré

1. Le partenariat intégré est un contrat, par lequel un partenaire, appelé tête de réseau, octroie à son cocontractant, appelé le distributeur, lequel agit en son propre nom et pour son propre compte, le droit de vendre des produits ou de fournir des services, sous une enseigne commune, et s'engage éventuellement à transférer son savoir-faire ou à fournir une assistance commerciale ou technique.

2. Peuvent notamment être qualifiés de partenariat intégré, le contrat de franchise, de concession et de licence de marque lorsque la marque est utilisée à titre d'enseigne commune.

3. La franchise est le contrat par lequel les parties s'engagent à collaborer, le franchiseur, mettant à la disposition du franchisé, ses signes distinctifs et un savoir-faire testé par le franchiseur, moyennant une rémunération et l'engagement du franchisé de les utiliser selon une technique commerciale uniforme, avec l'assistance du franchiseur et sous son contrôle. La franchise est dite exclusive, quand le franchisé bénéficie d'une exclusivité sur un territoire ou sur une clientèle.

Le savoir-faire est un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ; dans ce contexte, « secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible ; « substantiel » se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels ; « identifié » signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité. Le savoir-faire n'a pas à être original.

4. La licence de marque est le contrat par lequel le titulaire d'une marque appelé le donneur de licence, en concède la jouissance à un licencié, pendant une période déterminée, et en contrepartie de redevances. La licence de marque est dite exclusive lorsque le licencié bénéficie d'une exclusivité sur un territoire ou sur une clientèle concédée.

5. La concession est le contrat par lequel un concédant réserve à un concessionnaire le droit de vendre sur un territoire ou à une clientèle déterminée, en son propre nom et pour son propre compte, sous la marque du concédant, des produits qu'il fabrique ou distribue. La concession est dite exclusive, lorsque le concessionnaire bénéficie d'une exclusivité sur le territoire ou sur la clientèle concédée.

Remarque :

Le contrat de partenariat intégré est une nouveauté, en ce qu'il traduit un régime minimal commun à certains contrats, comme la franchise, la concession et la licence de marque. En revanche, le contrat de franchise se verra appliquer en plus des règles spécifiques.

Article 2.2.1.1.2 : Indépendance du partenaire intégré

1. Le partenaire distributeur est un revendeur indépendant qui s'engage seul dans

l'exercice de son activité.

2. Il n'a droit de la part de son partenaire à aucun remboursement de ses frais ou des pertes occasionnées par l'exercice de son activité

3. Le partenaire tête de réseau n'est pas responsable du fait du partenaire distributeur, et réciproquement.

4. Tout partenaire distributeur doit afficher dans son magasin physique et sur son site internet qu'il est un professionnel indépendant.

Article 2.2.1.1.3 : Exclusion du droit du travail

Dès lors que le contrat est qualifié de partenariat intégré, au sens du présent code, il ne saurait être requalifié en contrat de travail. Le distributeur ne peut pas davantage se voir appliquer les dispositions du droit du travail.

Remarque :

Dès lors que la qualification de contrat de partenariat intégré est acquise, cet article a pour but d'exclure des régimes particuliers, tel celui de gérant de succursale du droit français, qui vient déséquilibrer le contrat qui avait été conclu.

Section 2. La phase précontractuelle

Article 2.2.1.2.1 : Document d'information précontractuelle et projet de contrat

1. Dès lors qu'un contrat de partenariat intégré comporte un engagement d'exclusivité du partenaire distributeur, l'engagement à hauteur de plus de 80% de son activité étant assimilé à un tel engagement d'exclusivité, la réservation du territoire, la conclusion, la modification substantielle, le renouvellement ou la cession du contrat de partenariat intégré doivent être nécessairement précédées, dans les trente jours, de la remise par la tête de réseau au distributeur, d'un document d'information précontractuelle accompagné d'un projet de contrat.

2. Si le contrat est conclu avant l'expiration de ce délai, les sanctions visées au paragraphe 4 sont applicables.

3. Le document d'information précontractuelle comprend deux parties.

Dans une première partie, le document d'information précontractuelle renseigne sur les obligations des partenaires. Il précise en outre si le contrat contient l'une des clauses suivantes et en décrit la portée :

a) la mention que l'accord de partenariat intégré est conclu ou non en considération de la personne ;

- b) les conséquences de l'inexécution des obligations prévues par le contrat ;*
- c) le mode de calcul de la rémunération due par le distributeur et son mode de révision éventuelle en cours de contrat ;*
- d) les clauses de non-concurrence, leur durée et leurs conditions ;*
- e) la durée de l'accord de partenariat d'affaires et les conditions de son renouvellement ;*
- f) les conditions de préavis et de fin de l'accord, notamment en ce qui concerne les charges et investissements ;*
- g) le droit de préemption ou l'option d'achat en faveur de la tête de réseau et les règles de détermination de la valeur du fonds professionnel lors de l'exercice de ce droit ou de cette option ;*
- h) les exclusivités réservées au distributeur.*

Dans une seconde partie, le document d'information précontractuelle contient les informations suivantes :

- a) le nom ou la dénomination de la tête de réseau ainsi que ses coordonnées ;*
- b) au cas où la tête de réseau est une personne morale, l'identité et la qualité de la personne physique qui agit en son nom ;*
- c) la nature des activités de la tête de réseau ;*
- d) les droits de propriété intellectuelle dont l'usage est concédé ;*
- e) les comptes annuels des trois derniers exercices de la tête de réseau, ou à défaut d'exercice depuis 3 ans, les comptes annuels des exercices précédents ;*
- f) l'expérience de partenariats intégrés et l'expérience dans l'exploitation de l'activité en dehors d'un accord de partenariat intégré ;*
- g) l'expérience de la tête de réseau dans d'autres activités commerciales ;*
- h) les contentieux terminés ou en cours entre la tête de réseau et des membres du réseau, pour les trois dernières années ;*
- i) le cas échéant pour chacune des trois dernières années écoulées, le nombre d'exploitants qui font partie du réseau dans le pays où doit s'exercer l'activité et à international ainsi que les perspectives d'expansion du réseau ;*
- j) le cas échéant pour chacune des trois dernières années écoulées, le nombre d'accords de partenariat d'affaires conclus, le nombre d'accords de partenariat intégré auxquels il a été mis fin à l'initiative de la tête de réseau et à l'initiative du distributeur ainsi que le nombre d'accords de partenariat intégré non renouvelés à l'échéance de leur*

terme ;

k) les charges et les investissements spécifiques à l'enseigne auxquels s'engage le distributeur au début et au cours de l'exécution de l'accord de partenariat intégré en indiquant leur montant et leur destination ainsi que leur durée d'amortissement, le moment où ils seront engagés ainsi que leur sort en fin de contrat ;

l) Les procédures collectives dont a fait l'objet la tête de réseau, ou une entreprise qui était dirigée dans le passé par l'actuel dirigeant de la tête de réseau.

4. En cas d'absence, d'incomplétude, d'inexactitude ou de retard de délivrance du document d'information précontractuelle, l'annulation du contrat pour vice du consentement, ainsi que l'indemnisation éventuelle du distributeur, sont soumises au droit national applicable.

Le seul constat de l'absence, l'incomplétude, l'inexactitude ou le retard de délivrance du document d'information précontractuelle ne peut toutefois fonder la nullité du contrat.

Remarque : Ce texte est inspiré de l'article L 330-3 et R330-1 du code de commerce français, et de la jurisprudence française qui refuse de prononcer la nullité du contrat, au seul constat de l'inexécution de cette obligation précontractuelle d'information. Pour qu'il y ait nullité, il faudra prouver un vice du consentement, et cela sera soumis au droit national applicable en vertu de la règle de conflit de lois.

Article 2.2.1.2.2 : État descriptif de marché

1. Le distributeur ne peut valablement accepter le contrat, sans justifier au préalable avoir fait faire par un professionnel de son choix, bénéficiaire d'une assurance de responsabilité professionnelle, et indépendant du futur partenaire intégré, une description de l'état du marché concerné par l'accord, tant au niveau local, qu'au niveau national (ou international si l'accord concerne plusieurs pays), cet état décrivant les éléments actuels du marché (nombre de clients potentiels, nombre de concurrents actuels ou potentiels dont l'installation peut d'ores et déjà être prévue, à échéance de moins d'une année).

2. Il est interdit au partenaire, tête de réseau, de délivrer directement ou indirectement cet état de marché, sous peine de devoir indemniser le préjudice causé par le fait de priver l'autre partenaire de l'accès à un professionnel indépendant.

3. Tout professionnel qui entend effectuer des états de marché doit demander son inscription sur la liste officielle des professionnels effectuant des états de marchés. Cette liste sera accessible sur un site officiel, dans chaque État membre.

4. Un tel état de marché n'est pas requis en cas de renouvellement du contrat.

Remarque : Il y énormément de contentieux sur les états de marchés. L'idée novatrice a donc été de s'inspirer des diagnostics qui ont été mis en place avec succès en

droit immobilier français, pour que l'obligation précontractuelle d'information des acheteurs immobiliers soit effective. La nouvelle profession de diagnostiqueur a au surplus été créatrice d'emplois. Avec ce texte, l'état de marché ne sera plus fait par le cocontractant, mais par un professionnel inscrit sur une liste dans chaque Etat membre, professionnel qui sera assuré, et qui devra être indépendant des deux parties.

Article 2.2.1.2.3 : Budget prévisionnel

1. Le partenaire distributeur ne peut valablement accepter le contrat, sans justifier au préalable, avoir fait faire par un professionnel de son choix, indépendant du futur partenaire intégré, bénéficiaire d'une assurance de responsabilité professionnelle, un budget prévisionnel de son activité dans le réseau.

Tout professionnel qui entend effectuer des budgets prévisionnels prévus au présent article doit demander son inscription sur la liste officielle des professionnels effectuant des budgets prévisionnels. Cette liste sera accessible sur un site officiel, dans chaque État membre.

2. A cette fin, le partenaire tête de réseau doit délivrer les chiffres d'au moins 5 partenaires intégrés exerçant dans le réseau (dont le pilote dans les réseaux de franchise, s'il en existe un). Si de tels chiffres n'existent pas encore dans le réseau, le partenaire tête de réseau délivre au partenaire distributeur l'ensemble des chiffres d'affaires des entreprises du réseau auxquelles il a accès.

3. Le partenaire tête de réseau est responsable s'il délivre des chiffres trompeurs.

4. Dans tous les cas, en tête du budget prévisionnel, le professionnel indépendant chargé du budget prévisionnel doit faire figurer, dans un encadré et en caractères gras, la mention suivante :

« Un budget prévisionnel est une projection hypothétique du chiffre d'affaires et du résultat qui seront peut-être réalisés. Les chiffres dudit budget ne sauraient être garantis. »

Cet encadré n'est qu'une mise en garde et n'emporte pas décharge de responsabilité du professionnel, auquel il appartient de faire ensuite une prévision raisonnable d'activité, à partir des chiffres réels fournis par le partenaire tête de réseau.

5. Les frais de l'établissement de ce budget prévisionnel sont à la charge du partenaire distributeur.

6. Il est interdit au partenaire tête de réseau de délivrer directement ou indirectement ce budget prévisionnel, sous peine de devoir indemniser le préjudice causé par le fait de priver l'autre partenaire de l'accès à un professionnel indépendant.

7. Un tel budget prévisionnel n'a pas à être réalisé en cas de renouvellement du contrat.

Remarque :

Il y énormément de contentieux sur les budgets prévisionnels. L'idée a donc été de s'inspirer des diagnostics qui ont été mis en place avec succès en droit immobilier français, pour que l'obligation précontractuelle d'information des acheteurs immobiliers soit effective. La nouvelle profession de diagnostiqueur a au surplus été créatrice d'emplois. Avec ce texte, le budget prévisionnel ne pourra plus fait par le cocontractant, mais par un professionnel inscrit sur une liste dans chaque Etat membre, professionnel qui sera assuré, et qui devra être indépendant des deux parties. Chaque Etat membre détermine si ces professionnels doivent être experts-comptables.

Article 2.2.1.2.4 : Obligation de se renseigner du partenaire distributeur

La remise des documents précontractuels n'exclut pas l'obligation du partenaire distributeur de se renseigner.

Article 2.2.1.2.5 : Confidentialité des informations échangées pendant la période précontractuelle

Le partenaire distributeur est tenu à la confidentialité des informations qu'il obtient en vue de la conclusion d'un accord de partenariat intégré et ne peut les utiliser, directement ou indirectement, en dehors de l'accord de partenariat intégré à conclure.

Article 2.2.1.2.6 : Exigence d'un écrit en cas de réservation de territoire

L'accord de réservation est conclu par écrit à peine de nullité.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat de partenariat intégré, pour obtenir la réservation d'un territoire, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Section 3. La conclusion du contrat de partenariat intégré

Article 2.2.1.3.1 : Exigence d'un écrit

Le contrat de partenariat intégré doit être conclu par écrit, à peine de nullité. Les clauses de l'accord de partenariat intégré sont rédigées de manière claire et compréhensible.

Article 2.2.1.3.2 : Vices du consentement

Le contrat de partenariat intégré encourt la nullité en cas de vice du consentement, conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, et à défaut, au droit national applicable au contrat. Toutefois, l'erreur sur la rentabilité de l'activité de l'entreprise du partenaire distributeur ne peut, à elle seule, constituer un vice du consentement.

Remarque :

Dès lors que le partenaire bénéficiera d'un budget prévisionnel réalisé par un tiers indépendant et assuré, il n'y a pas lieu d'admettre une erreur sur la rentabilité. Pour tous les autres vices du consentement, c'est la loi applicable au contrat qui régira les vices du consentement.

Section 4. Les obligations nées du contrat de partenariat intégré

§1. Dispositions générales

Article 2.2.1.4.1 : Obligation de loyauté et de coopération

Les parties au contrat de partenariat intégré sont tenues d'une obligation de loyauté et de coopération.

Article 2.2.1.4.2 : Mise à disposition d'une marque ou d'une enseigne

Le contrat de partenariat intégré donne au distributeur le droit d'utiliser l'enseigne commune. Si l'enseigne a été déposée à titre de marque, le contrat comporte une licence de marque.

Article 2.2.1.4.3 : Obligation de respecter l'image de l'enseigne

Les distributeurs s'abstiennent de tout comportement susceptible de nuire à l'image de l'enseigne.

Ils s'engagent notamment à ne pas dénigrer le réseau, le produit ou le service, la marque ou l'enseigne.

Article 2.2.1.4.4 : Obligation de confidentialité

Le distributeur, qui a obtenu des informations confidentielles de la tête de réseau est tenu à la confidentialité, pendant la durée du contrat et après son extinction.

§2. Dispositions spéciales applicables à la franchise

Article 2.2.1.4.5 : Obligations du franchiseur.

1. Le franchiseur doit transmettre au franchisé un savoir-faire tel que défini par le présent titre.

2. Le franchiseur est tenu d'apporter au franchisé une formation initiale et une assistance continue. Le contrat peut préciser les contours de l'obligation d'assistance.

Article 2.2.1.4.6 : Obligations du franchisé

1. Le franchisé doit payer au franchiseur le droit d'entrée s'il en a été stipulé un, et les redevances de franchise.

La clause autorisant le franchiseur à contrôler les résultats d'activité du franchisé est licite, dans la mesure où elle n'entraîne pas une immixtion dans les affaires du franchisé.

2. Le franchisé doit respecter le savoir-faire transmis. Le franchiseur peut contrôler le respect par le franchisé de ce savoir-faire.

Section 5. L'extinction du partenariat intégré

Article 2.2.1.5 : Neutralisation des signes distinctifs

Le distributeur a l'obligation de déposer l'enseigne et de neutraliser les signes distinctifs qui le rattachaient au réseau.

CHAPITRE 2 : LA DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Article 2.2.2 : Organisation de la distribution sélective

La distribution est dite sélective lorsque le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou services contractuels qu'à des distributeurs agréés, et que ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.

Dans l'organisation et la mise en œuvre d'une distribution sélective, le fournisseur est libre du choix des biens et services, des distributeurs agréés et des exigences qu'ils doivent satisfaire pour la revente des produits ou services.

La clause d'étanchéité, qui interdit aux distributeurs sélectifs et à leurs clients de vendre à des distributeurs non agréés qui revendent sur le territoire soumis à la distribution sélective, n'est pas contraire à l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

Remarque :

Dans le règlement 330/2010, est une clause noire le fait d'interdire aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective de revendre à un distributeur non agréé **situé sur un territoire où le réseau de distribution n'est pas implanté**. Idem article 4 c i du projet de réforme du règlement qui ne permet que « la restriction des ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur le territoire du système de distribution

sélective ». Cela ne permet pas de protéger le réseau contre les revendeurs parallèles (hors ou dans l'Europe) qui sont installés hors du territoire où le réseau est implanté, mais qui revendent dans le territoire d'implantation. C'est pourquoi nous proposons que ce ne soit plus le lieu d'installation du revendeur qui soit pris en considération, mais le lieu de la revente

CHAPITRE 3 : LE CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE

Remarque :

La dernière consultation de la Commission de 2015 a révélé que la directive agents commerciaux est une réussite (notée entre 7 et 10 sauf par les anglais). C'est pourquoi nous sommes partis de cette directive, mais sans conserver les options.

Article 2.2.3.1 : Champ d'application

Les articles du présent chapitre ne s'appliquent :

- *ni au contrat de commission, qui est le contrat par lequel, un distributeur indépendant appelé commissionnaire est chargé de conclure des opérations d'achat ou de vente de biens ou de services en son nom propre et pour le compte de son commettant ;*

- *ni au contrat de courtage qui est le contrat par lequel un intermédiaire appelé courtier, met en relation deux personnes en vue de la conclusion d'un contrat entre elles.*

Article 2.2.3.2 : Définition de l'agence commerciale

Le contrat d'agence commerciale est celui par lequel une personne physique ou morale, dénommée l'agent commercial, est chargée de manière permanente, en tant qu'intermédiaire indépendant, de négocier, et le cas échéant, de conclure des opérations d'achat ou de vente de biens ou de services au nom et pour le compte d'autrui, dénommé le mandant. Le pouvoir de négocier n'inclut pas nécessairement le pouvoir de modifier les prix et plus généralement les autres conditions contractuelles de l'opération envisagée.

Si l'activité d'agence commerciale est accessoire par rapport à une activité principale, la qualification du contrat est celle qui résulte de l'activité principale, sauf si l'activité d'agence commerciale fait l'objet d'un contrat écrit distinct ou que les parties en disposent autrement.

Les dispositions du présent chapitre sur l'agence commerciale sont applicables sans préjudice des lois nationales particulières concernant d'autres catégories de représentants.

Remarque :

- prise en compte de l'arrêt de la CJUE C-828/18 du 4 juin 2021,
- Les **services** sont ajoutés. Idem Allemagne, France, Espagne et Italie
- « **Mandant** » plutôt que « **commettant** » utilisé par la Directive (art. 1). La jurisprudence de la CJUE a du reste jugé que la Directive ne s'applique pas au contrat de commission (10 février 2004, Mavrona, C-85/03)
- **Activités accessoires** : Voir article 2 2. de la Directive : option de la directive
Exclusion des activités accessoires en Allemagne et France. Pas en Espagne ou Italie

Article 2.2.3.3 : Conclusion du contrat

Le contrat d'agence commerciale résulte du seul accord des parties.

Chaque partie peut obtenir de l'autre un écrit signé qui mentionne le contenu du contrat d'agence commerciale et de ses modifications. Les parties ne peuvent y déroger.

Remarque : Option pour le consensualisme (Directive art. 13 2.)

Consensualisme : Allemagne, France, Espagne, Italie

Article 2.2.3.4 : Durée du contrat

Le contrat d'agence commerciale peut être à durée déterminée ou indéterminée. Le contrat à durée déterminée que les parties continuent d'exécuter après son terme devient à durée indéterminée.

Article 2.2.3.5 : Représentation de plusieurs mandants

L'agent commercial peut représenter plusieurs mandants, sauf s'il en a été convenu autrement.

Article 2.2.3.6 : Obligation de loyauté et de coopération

L'agent commercial et le mandant sont réciproquement tenus d'une obligation de loyauté et de coopération. Les parties ne peuvent y déroger.

Remarque : Les illustrations données par la Directive (art. 3 et 4) sont évidentes ou ne paraissent pas indispensables.

Simplification du texte.

Article 2.2.3.7 : Rémunération

1. *L'agent commercial est rémunéré par un montant fixe, une commission ou une combinaison des deux. Toute rémunération qui dépend du nombre ou de la valeur des affaires traitées est une commission.*

En l'absence d'un accord entre les parties sur la rémunération, l'agent commercial est rémunéré conformément aux usages du lieu où il exerce son activité et pour les biens ou services concernés. En l'absence de tels usages, l'agent commercial a droit à une rémunération qui tient compte de tous les éléments qui ont trait à l'opération.

Remarque :

Changement de la structure de l'article, et suppression de « raisonnable » (art. 6 1.)

2. *La commission est due à l'agent commercial pour les opérations conclues pendant la période du contrat d'agence commerciale si elles l'ont été avec son intervention actuelle ou passée pour un même type d'opérations.*

3. *La commission est due à l'agent commercial pour toute opération conclue après la fin du contrat lorsque la commande a été reçue par le mandant ou par l'agent commercial en cours de contrat, ou lorsque l'opération a été conclue dans un délai raisonnable après la fin du contrat grâce, principalement, à l'activité déployée par l'agent commercial au cours du contrat. Dans ce cas, l'agent commercial lui succédant n'a pas le droit à la commission, sauf s'il est équitable de partager celle-ci entre eux.*

Remarque sur le dernier alinéa :

Reprise de l'article 9 de la directive synthétisé

Article 2.2.3.8 : Opérations conclues sans l'intervention de l'agent

1. *En l'absence de l'intervention de l'agent, la commission lui est due pour les opérations conclues avec les personnes appartenant au secteur géographique ou au groupe dont il a été chargé. Toutefois, la commission n'est pas due pour les opérations réalisées sans l'intervention directe ou indirecte du mandant.*

Cette disposition ne porte préjudice à l'application de l'article 101 TFUE lorsque l'agent a la qualité d'entreprise au sens du droit de la concurrence.

Remarque :

-Arrêt de la CJUE Chevassus-Marche 17 janvier 2008 C-19/07

-A supposer que l'agent commercial soit une entreprise au sens de l'article 101 TFUE, par exemple quand il est multi-cartes, cet alinéa le protège contre les ventes passives. Cet alinéa était dans la directive. D'où l'ajout de la réserve relative à l'application de l'article 101 quand l'agent est une entreprise

2. La commission est due à l'agent commercial si l'opération a été conclue, sans son intervention, avec un tiers qui lui a transmis les droits et obligations qu'il détenait en vertu d'un contrat d'agence.

Remarque :

- Contraction / Clarification de l'article 7 1) de la Directive
- Choix d'une attribution sans exclusivité (Directive art. 7 2. dernier §).
Allemagne, France, pas d'exclusivité requise. Espagne, Italie, exclusivité requise.
- **Le texte de l'article 7 1. b) de la Directive** n'est pas clair.

Il a été interprété par la CJUE comme visant les opérations conclues qui sont la suite de l'intervention de l'agent. Les versions anglaise et italienne vont dans le sens retenu par la CJUE. Il semble que la version grecque aussi (langue de procédure dans l'arrêt du 12/2/1996, C-104/95). C'est aussi le cas de la version soumise par la Commission au Parlement européen pour avis en 1978 et de de la version modifiée par le PE. Mais, la version française et espagnole ne disent pas cela et paraissent traiter de l'hypothèse dans laquelle le droit à la commission résulte de la cession d'un portefeuille de clients. À mon sens ces versions sont inconciliables.

Ajout de cette hypothèse ? Cas différent de celui de la succession d'agents (article 9 Directive)

Article 2.2.3.9 : Informations sur les commissions

Le mandant remet à l'agent commercial un relevé des commissions dues, au plus tard le dernier jour du mois suivant le trimestre au cours duquel elles sont acquises. Ce relevé mentionne tous les éléments sur la base desquels le montant des commissions a été calculé.

L'agent commercial a le droit d'exiger de son mandant qu'il lui fournisse toutes les informations nécessaires pour vérifier le montant des commissions qui lui sont dues, en particulier un extrait des documents comptables.

Les parties ne peuvent déroger aux dispositions du présent article au détriment de l'agent commercial.

Remarque :

Article 12 de la directive synthétisé

Article 2.2.3.10 : Acquisition du droit à la commission

La commission est acquise au plus tard lorsque l'une des parties a exécuté ou aurait exécuté son obligation. Il ne peut être dérogé aux dispositions du présent article au détriment de l'agent commercial.

Remarque :

Partie de l'article 10 de la directive synthétisé

La directive voulait une fourchette (La commission est acquise dès que l'une des parties a exécuté son obligation ou le mandant aurait dû l'exécuter.

La commission est acquise au plus tard lorsque le client aurait dû exécuter son obligation)

On a voulu simplifier

L'agent commercial ne perd son droit à la commission que s'il est établi que l'opération entre le client et le mandant ne sera pas exécutée et que l'inexécution n'est pas imputable au mandant. Les parties ne peuvent y déroger au détriment de l'agent commercial.

Si l'agent perd son droit à la commission, les commissions déjà perçues sont remboursées au mandant.

Remarque : article 11 de la directive

La directive parle ici de « contrat », mais emploie le terme « opération » de façon plus générale. Nous avons retenu la notion d'opération.

Article 2.2.3.11 : Exigibilité de la commission

La commission est payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était due. Les parties ne peuvent y déroger au détriment de l'agent commercial.

Remarque :

Partie de l'article 10 de la directive synthétisé

Article 2.2.3.12 : Préavis

Lorsque le contrat d'agence est à durée indéterminée, soit dès l'origine, soit parce que les parties ont continué à l'exécuter après son terme, chacune des parties peut y mettre fin moyennant un préavis. Lorsque le contrat d'agence est à durée déterminée, et qu'une clause de tacite reconduction a été stipulée, un même délai de préavis s'applique pour s'opposer au renouvellement du contrat.

Le délai de préavis est d'un mois par année de contrat sans dépasser six mois.

Les parties ne peuvent convenir de délais de préavis plus courts. S'ils conviennent de délais plus longs, le délai de préavis à respecter par le mandant ne doit pas être plus court que celui que doit observer l'agent commercial. Les parties ne peuvent y déroger.

Chacune des parties peut mettre fin au contrat, sans préavis, en raison d'une inexécution du contrat ou de la force majeure.

Remarque :

Simplification du dispositif de la Directive (art. 15)

Le préavis est le suivant ailleurs : Allemagne 6, France 3, Espagne 6, Italie 6

Article 2.2.3.13 : Indemnité ou réparation à la fin du contrat

1. Sauf si le contrat stipule un droit à réparation de l'agent du fait de la fin du contrat, l'agent commercial a droit à une indemnité en raison de la fin du contrat.

Le droit à l'indemnité ou à la réparation demeure lorsque la fin du contrat intervient à la suite du décès de l'agent commercial.

Il est également dû lorsque la fin du contrat intervient en cours d'une période d'essai.

Dans tous les cas, l'octroi de cette indemnité ou la réparation du préjudice subi du fait de la fin du contrat ne prive pas l'agent commercial de son droit de demander réparation du préjudice subi pour des causes autres que la seule fin du contrat.

Remarque :

- **Article 17 de la Directive** : La Directive propose deux systèmes : l'indemnité et la réparation du préjudice, sans préciser toutefois comment calculer les montants respectifs.

Tous les pays de l'UE ont opté pour le système de l'indemnité sauf la France et l'Irlande (ce qui ne signifie pas qu'ils la calculent semblablement) Le Royaume-Uni prévoit l'indemnité sauf stipulation visant la réparation.

Il est proposé de retenir le système de l'indemnité, ce qui signifie, si l'on reste dans l'esprit de la Directive, que l'indemnité est plafonnée en tout état de cause à une année de commission. La clause contraire en faveur du droit à réparation serait possible, comme au Royaume-Uni, permettant à ceux qui sont attachés à la réparation de s'y soumettre.

- période d'essai : JP de la CJUE 19 avril 2018 c-645/16

2. L'indemnité prévue au paragraphe précédent est due si l'activité antérieure de l'agent peut continuer à apporter au mandant des avantages substantiels et dans la mesure où son montant est équitable.

Le calcul du montant de l'indemnité se fonde d'abord sur le montant actualisé des commissions brutes que le mandant économise à raison de la fin du contrat d'agence commerciale, compte tenu de la durée probable de la relation du mandant avec les clients apportés ou développés par l'agent commercial et de l'évolution probable du chiffre d'affaires réalisé avec eux. Ce montant est ensuite ajusté, s'il paraît inéquitable,

au regard de toutes les circonstances de l'espèce dont, notamment, l'obligation de non-concurrence assumée par l'agent commercial.

Le montant ainsi obtenu ne peut excéder un chiffre équivalant au montant de la rémunération annuelle moyenne perçue par l'agent commercial au cours des cinq dernières années ou sur la moyenne de la période contractuelle lorsqu'elle est inférieure à cinq ans.

Remarque :

Montant de l'indemnité : C'est pour l'essentiel le système décrit par la CJUE dans l'arrêt du 26 mars 2009, Turgay Seme, C-348/07, inspiré du système allemand (article 89B du code de commerce décrit dans le rapport de la Commission sur l'application 17 de la directive). Voir aussi système néerlandais (Cour suprême, 2 novembre 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW9865)

3. Si les parties ont opté pour une réparation du préjudice subi du fait de la fin du contrat, le préjudice de l'agent commercial découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions:

- qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial ou

- qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant.

Remarque : article 17 §3 de la directive

4. Les parties ne peuvent déroger aux dispositions du présent article au détriment de l'agent commercial alors même qu'elles seraient convenues que le contrat d'agence commerciale est régi par le droit d'un État non membre de l'Union européenne, si l'activité de l'agent commercial qui est l'objet du contrat se situe dans un État membre.

Remarque :

- Ajout de la jurisprudence Ingmar, 9/11/2000 C-381/98

- La Directive ajoute « avant l'échéance du contrat », ce qui ne paraît pas indispensable.

Article 2.2.3.14 : Perte du droit à l'indemnité ou à la réparation

L'agent commercial perd le droit à l'indemnité ou à réparation :

- s'il n'a pas notifié au commettant, dans un délai d'un an à compter de la fin du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits ;

- s'il a mis fin au contrat, à moins que cette fin ne soit justifiée par des circonstances attribuables au mandant ou à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent

commercial en raison desquels la poursuite de ses activités ne peut raisonnablement plus être exigée de lui ;

- *si, avec l'accord du mandant, l'agent commercial cède à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.*

Remarque :

Article 18 de la Directive.

Proposition de supprimer la perte du droit à la commission ou réparation en cas de résiliation sans délai du contrat pour un manquement de l'agent commercial (Directive art. 18). La faute est souvent invoquée à mauvais escient. + La faute peut être grave, sans affecter la base de clientèle. Si la faute affecte les avantages escomptés par le mandant, il en est tenu compte lors de l'évaluation du montant de l'indemnité ou éventuellement dans le cadre de l'équité.

Les parties ne peuvent déroger aux dispositions du présent article, au détriment de l'agent commercial, alors même qu'elles seraient convenues que le contrat d'agence commerciale est régi par le droit d'un État non-membre de l'Union européenne, si l'activité de l'agent commercial qui est l'objet du contrat se situe dans un État membre.

Remarque :

Ajout de la jurisprudence Ingmar, 9/11/2000 C-381/98 avec suppression de la condition liée à l'établissement du mandant dans un État tiers.

Article 2.2.3.15 : Engagement de non-concurrence

Le contrat d'agence commerciale peut contenir une clause qui restreint les activités professionnelles de l'agent commercial après la fin du contrat. Cette clause de non-concurrence doit être établie pour une durée maximale d'un an et concerner le secteur géographique ou le groupe de personnes confiés à l'agent commercial ainsi que le type de biens et services dont il assurait la promotion aux termes du contrat.

Les parties ne peuvent déroger aux dispositions du présent article au détriment de l'agent commercial.

Remarque :

Article 20 de la directive

Suppression de la référence aux régimes nationaux particuliers (art. 20 4.)

Suppression de la référence à l'écrit (art. 20 2 a) puisque la référence à la clause l'implique.

CNC : un an au lieu de deux ans dans la Directive (article 20 3.)

Titre 3 : Droit des pratiques commerciales abusives entre professionnels

Remarque:

Le groupe a choisi de ne pas mettre de texte sur la **concurrence déloyale** car cette matière est extrêmement jurisprudentielle et casuistique. Elle ressort donc des droits nationaux.

Plutôt que de parler de pratiques commerciales déloyales, ce qui crée une confusion avec la concurrence déloyale, nous avons préféré parler de pratiques commerciales abusives

CHAPITRE 1: RÈGLES COMMUNES DES PRATIQUES COMMERCIALES ABUSIVES ENTRE PROFESSIONNELS

Article 2.3.1.1 : Articulation avec les droits nationaux

1. *Les pratiques commerciales abusives, au sens du présent chapitre, sont celles mises en œuvre entre partenaires commerciaux et qui se rattachent au contenu, à l'exécution ou à l'extinction de la relation contractuelle. Les autres pratiques relèvent des droits nationaux.*

2. *Les États membres ne peuvent déroger aux règles sur les pratiques commerciales abusives entre professionnels issues du présent chapitre, sauf si le droit de l'Union européenne en dispose autrement. Ils peuvent néanmoins instaurer des règles régissant la rupture brutale des relations d'affaires établies.*

Les règles sur la transparence, la formalisation des relations commerciales, la facturation, sont exclues du présent code.

Remarque :

Ces textes se substituent aux droits nationaux des pratiques restrictives de concurrence

La transparence, la facturation, la formalisation des relations commerciales, sont exclues de cette codification et sont régies par les droits nationaux.

Les délais de paiement sont traités par le groupe « commerce général » (cf directive 2011/7/UE)

Article 2.3.1.2 : Interprétation stricte du droit des pratiques commerciales abusives entre professionnels

L'interdiction de pratiques commerciales abusives entre professionnels étant une exception à la liberté contractuelle s'interprète strictement.

Article 2.3.1.3 : Champ d'application personnel

L'interdiction de pratiques abusives entre professionnels ne s'applique que si la victime est une micro, une petite ou une moyenne entreprise au sens du droit européen.

Remarque :

Les micro, petite et moyenne entreprises sont définies par l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission.

Article 2.3.1.4 : Définition des conditions générales et incorporation au contrat

1. Les conditions générales sont toutes les conditions contractuelles pré-rédigées pour plusieurs contrats, qu'une partie au contrat présente à l'autre partie lors de la conclusion du contrat, autres qu'un contrat de société ou constitutif d'un groupement, ou un bail d'immeuble relatif à l'exercice de son commerce.

Peu importe que les conditions générales fassent partie du document contractuel lui-même ou constituent une partie physiquement distincte du contrat.

Remarque :

Inspiration BGB section 305 (1)

Beaucoup d'Etats membres de l'UE ont ce contrôle des standards clauses

2. Le consentement des parties à l'incorporation des conditions générales à leur contrat doit se manifester de manière claire et précise.

Les conditions générales sont incorporées au contrat uniquement dans les cas suivants:

- Si les parties ont expressément accepté les conditions générales ;*
- Si les conditions générales ont été transmises par courrier électronique avant la conclusion du contrat, et que le contrat a ensuite été conclu sans réserve ;*
- S'il y a été fait un renvoi exprès sur le document signé, et qu'elles ont été communiquées à l'autre partie ;*
- Si le contrat fait partie de relations d'affaires suivies, fondées sur ces conditions générales ;*
- Si la partie à laquelle on les oppose les a acceptées électroniquement en cliquant sur un lien les contenant.*

Remarque :

Ces hypothèses sont inspirées de la jurisprudence de la CJUE très élaborée sur la convention de Bruxelles, puis sur le Règlement Bruxelles I puis I bis sur l'acceptation écrite des clauses attributives de juridiction : notamment :

(CJCE, 14 déc. 1976, aff. 24/76, Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. c/ Rüwa Polstereimaschinen GmbH : Rec. CJCE 1976, p. 1831 ; Rev. crit. DIP 1977, p. 577, note E. Mezger ; JDI 1977, p. 734, obs. J.-M. Bischoff).

et (CJUE, 3e ch., 21 mai 2015, aff. C-322/14 : JurisData n° 2015-014228 ; Procédures 2015, comm. 224 , C. Nourissat ; Comm. com. électr. 2015, comm. 67, G. Loiseau) clic sur les CGV)

Article 2.3.1.5 : Exclusion de la négociation

Ne peut être qualifiée d'abusives une clause des conditions générales qui a été négociée. Il importe à la partie qui a rédigé les conditions générales, de prouver que la clause en question a été effectivement négociée.

Remarque :

L'idée est de ne sanctionner que les abus de force contractuelle et non une mauvaise négociation ; conforme au BGB, et au droit français de l'article 1171 du code civil

Article 2.3.1.6 : Interprétation des conditions générales

En cas de doute, l'interprétation des conditions générales se fait en faveur de celui qui ne les a pas rédigées.

Article 2.3.1.7 : Existence d'un désavantage déraisonnable

1. Sont qualifiées d'abusives, les clauses des conditions générales qui désavantagent de manière déraisonnable la partie qui ne les a pas rédigées, sans contrepartie suffisante.

2. Un tel désavantage déraisonnable ne peut concerner le prix.

3. Un désavantage déraisonnable est présumé exister, sous réserve de la preuve contraire, si une clause limite les droits et les obligations essentiels inhérents à la nature du contrat, de telle manière que la réalisation de l'objectif du contrat soit compromise.

4. Le désavantage déraisonnable s'apprécie globalement.

Remarque :

Inspiration section 307 BGB

(pour le prix (§2) : inspiration art 1171 c.civ. français, et clauses abusives du droit de la consommation)

Article 2.3.1.8 : Clauses présumées entachées d'un désavantage déraisonnable

Est présumée abusive, sauf à démontrer que le désavantage n'est pas déraisonnable au vu du contexte ou qu'il trouve une contrepartie suffisante, la clause non négociée incluse dans des conditions générales :

- qui réserve à la partie qui a rédigé les conditions générales le droit de modifier discrétionnairement, sans justification objective, les clauses du contrat relatives à sa durée et aux caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ;

- qui restreint l'obligation pour la partie qui a rédigé les conditions générales de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

- qui accorde à la seule partie qui a rédigé les conditions générales le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ;

- qui contraint la partie qui n'a pas rédigé les conditions générales à exécuter ses obligations essentielles alors que, réciproquement, l'autre partie n'exécuterait pas les siennes ;

- qui supprime tout droit à réparation du préjudice subi par la partie qui n'a pas rédigé les conditions générales, en cas de manquement à l'une quelconque de ses obligations par l'autre partie ;

- qui interdit à la partie qui n'a pas rédigé les conditions générales, de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution de ses obligations essentielles par l'autre partie ;

- qui reconnaît à la partie qui a rédigé les conditions générales le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit à l'autre partie ;

Remarque :

Inspiration des clauses noires des clauses abusives B2C, mais seulement de celles qui peuvent être transposées dans le cas d'un professionnel à protéger

Article 2.3.1.9 : Sanction

La clause abusive est nulle.

Article 2.3.1.10 : Absence de liberté contractuelle

1. Les parties ne peuvent déroger aux règles du présent chapitre.
2. Les règles du présent chapitre s'appliquent quelle que soit la loi applicable au contrat.

CHAPITRE 2. RÈGLES SPÉCIALES SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES ABUSIVES ENTRE PROFESSIONNELS DANS LA CHAÎNE ALIMENTAIRE

Remarque :

Texte à supprimer : directive n°2019/633 du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, qui est reprise dans ce chapitre

Article 2.3.2.1 : Objet et champ d'application

1. Il est établi une liste minimale de pratiques commerciales abusives interdites entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.

2. Ces règles s'appliquent à certaines pratiques commerciales abusives ayant trait à la vente de denrées alimentaires par un fournisseur qui se trouve être une petite ou moyenne entreprise à un acheteur qui n'appartient pas à cette catégorie.

Article 2.3.2.2 : Définitions

Aux fins du présent chapitre, on entend par:

a) «acheteur»: toute personne physique ou morale établie dans l'Union qui achète des denrées alimentaires à titre commercial. Le terme «acheteur» peut englober un groupe de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie;

b) «fournisseur»: tout producteur agricole ou toute personne physique ou morale, indépendamment de son lieu d'établissement, qui vend des denrées alimentaires. Le terme «fournisseur» peut englober un groupe de producteurs agricoles ou de personnes physiques et morales appartenant à cette catégorie, y compris des organisations de producteurs et des associations d'organisations de producteurs;

c) «petite et moyenne entreprise»: une entreprise au sens de la définition des micro, petites et moyennes entreprises énoncée à l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.

d) «denrées alimentaires»: les produits énumérés à l'annexe I du traité destinés à l'alimentation humaine, ainsi que les produits ne figurant pas dans ladite annexe, mais qui sont transformés à partir de ces produits et destinés à l'alimentation humaine;

e) «denrées alimentaires périssables»: des denrées alimentaires qui deviendront impropres à la consommation humaine à moins d'être stockées, traitées, conditionnées ou conservées par d'autres moyens pour éviter qu'elles ne deviennent impropres à la consommation.

Article 2.3.2.3 : Interdiction des pratiques commerciales abusives

1. Les pratiques commerciales suivantes sont interdites:

a) un acheteur paye un fournisseur de denrées alimentaires périssables plus de 30 jours calendaires après réception de la facture du fournisseur ou plus de 30 jours calendaires après la date de livraison des denrées alimentaires périssables, la date la plus tardive étant retenue.

Cette interdiction est sans préjudice:

- des conséquences des retards de paiement définis par le droit de l'Union européenne
- de la possibilité dont disposent un acheteur et un fournisseur de se mettre d'accord sur une clause de répartition de la valeur au sens du droit de l'Union européenne

b) un acheteur annule des commandes de denrées alimentaires périssables à si brève échéance que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un fournisseur trouve une autre solution pour commercialiser ou utiliser ces denrées;

c) un acheteur modifie unilatéralement et rétroactivement les modalités du contrat de fourniture en ce qui concerne la fréquence, le calendrier ou le volume des approvisionnements ou des livraisons, les normes de qualité ou les prix des denrées alimentaires;

d) un fournisseur paie pour les gaspillages de denrées alimentaires qui se produisent dans les locaux de l'acheteur sans qu'il y ait négligence ou faute de la part du fournisseur.

Remarque :

Au a/ les conséquences des retards de paiement sont prévus par la directive 2011/7/UE;

L'accord sur une répartition de la valeur est prévu à l'article 172 bis du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil;

2. Les pratiques commerciales suivantes sont interdites, si elles ne sont pas convenues en termes clairs et dépourvus d'ambiguïté lors de la conclusion du contrat de fourniture:

a) un acheteur renvoie des denrées alimentaires invendues à un fournisseur;

b) un acheteur subordonne le stockage, l'exposition ou le référencement des denrées alimentaires du fournisseur à un paiement dû par ce dernier;

c) un fournisseur paie pour la promotion des denrées alimentaires vendues par l'acheteur. Avant une promotion, et si cette promotion est décidée par l'acheteur, celui-ci précise la durée de la promotion et la quantité de denrées alimentaires qu'il prévoit de commander;

d) un fournisseur paie pour la commercialisation de denrées alimentaires par l'acheteur.

3. Si l'acheteur exige un paiement dans les situations décrites au paragraphe 2, points b), c) et d), celui-ci présente au fournisseur, sur demande de ce dernier, une estimation des paiements par unité ou globalement, selon le cas, et dans la mesure où

les situations décrites au paragraphe 2, points b) et d), sont concernées, également une estimation des coûts et les fondements de cette estimation.

4. Les interdictions visées aux paragraphes 1 et 2 sont applicables à toute situation entrant dans leur champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat de fourniture entre les parties.

Article 2.3.2.4 : Autorité d'application désignée

Une autorité publique chargée de faire respecter les interdictions prévues à l'article précédent au niveau national, appelée « autorité d'application », est désignée dans chaque État membre.

Article 2.3.2.5 : Plaintes et confidentialité

1. Un fournisseur adresse une plainte à l'autorité d'application de l'État membre dans lequel l'acheteur soupçonné de s'être livré à une pratique commerciale interdite est établi.

2. Les organisations de producteurs ou les associations d'organisations de producteurs dont les membres, ou les membres de leurs membres considèrent qu'ils sont lésés par une pratique commerciale interdite ont le droit de déposer une plainte.

3. L'autorité d'application garantit, si le plaignant en fait la demande, la confidentialité de l'identité du plaignant et de toute autre information dont la divulgation serait, de l'avis du plaignant, préjudiciable à ses intérêts. Le plaignant indique quelles sont ces informations dans une éventuelle demande de traitement confidentiel.

4. Lorsque l'autorité d'application considère que les motifs ne sont pas suffisants pour donner suite à une plainte, elle informe le plaignant des raisons qui motivent sa décision.

Article 2.3.2.6 : Pouvoirs de l'autorité d'application

L'autorité d'application dispose des pouvoirs suivants :

a) ouvrir et mener des enquêtes de sa propre initiative ou sur la base d'une plainte;

b) exiger que les acheteurs et les fournisseurs communiquent toutes les informations nécessaires pour réaliser les enquêtes sur les pratiques commerciales interdites ;

c) prendre une décision constatant une infraction des interdictions énoncées au présent chapitre et enjoindre à l'acheteur de mettre fin à la pratique commerciale interdite. L'autorité peut s'abstenir de prendre une telle décision, si celle-ci risque de révéler l'identité d'un plaignant ou de divulguer toute information qui serait, de l'avis de ce dernier, préjudiciable à ses intérêts, à condition que le plaignant ait indiqué quelles sont ces informations ;

d) infliger une sanction pécuniaire à l'auteur de l'infraction. La sanction est plafonnée à 2% du chiffre d'affaires mondial hors taxes concerné par la pratique. Elle est fixée en tenant compte de la nature, de la durée et de la gravité de l'infraction ;

- **Remarque :**

Dans la directive, est visée une « sanction effective, proportionnée et dissuasive » ; la version proposée a pour but que tous les Etats membres aient le même plafond de sanction, plutôt que de viser une « sanction effective, proportionnée et dissuasive », ce qui amène à des traitements très disparates des entreprises dans l'UE ; Inspiration RGPD, mais la sanction est plus faible.

e) publier ses décisions relatives aux points c) et d);

f) informer les acheteurs et les fournisseurs de ses activités, au moyen de rapports annuels, qui précisent, entre autres, le nombre de plaintes reçues et d'enquêtes ouvertes et clôturées. Pour chaque enquête, le rapport contient une description sommaire de l'affaire et de l'issue de l'enquête.

Article 2.3.2.7 : Coopération entre les autorités d'application

Les autorités d'application coopèrent efficacement les unes avec les autres et se prêtent mutuellement assistance dans le cadre des enquêtes ayant une dimension transfrontière.

Article 2.3.2.8 : Autres clauses abusives

Les présents textes n'excluent pas le contrôle des clauses abusives incluses dans les conditions générales de contrat, visé au chapitre précédent. En présence d'une telle clause abusive entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire, les autorités d'application ci dessus visées sont compétentes et disposent des pouvoirs de l'article 2.3.2.6.

Remarque : La directive prévoit : « Les États membres peuvent prévoir des règles visant à lutter contre les pratiques commerciales abusives et qui vont au-delà des dispositions énoncées aux articles 3, 5, 6 et 7, à condition que ces règles nationales soient compatibles avec les règles relatives au fonctionnement du marché intérieur » ; Mais plutôt que d'avoir une application disparate des pratiques commerciales abusives B2B, il est préférable d'avoir le même droit de l'UE applicable dans tous les EM, ce qui justifie la solution proposée, qui exclut les droits nationaux plus protecteurs

(conséquence de l'article 1 qui chapeaute le I et le II), mais étend les pouvoirs des autorités de contrôle aux clauses abusives dans les conditions générales entre professionnels.

-

Document de travail provisoire pour discussion