



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

AVANT-PROJET RELATIF AU DROIT DU MARCHE

REGELUNGSENTWURF ZUM MARKTRECHT

Introduction

*Avertissement : Cet « avant-projet » (ou faudrait-il dire avant-avant-projet) n'est **pas totalement finalisé**. Sa publication anticipée a pour but de susciter d'ores et déjà la discussion sur certaines des propositions avancées.*

Le Livre X 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 déloyales entre professionnels).

La libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement ou la libre prestation de services ne sont pas visées car elles sont déjà dans le TFUE. Il serait toutefois possible de faire le choix de les énoncer de nouveau en tête de chapitre, en renvoyant au TFUE.

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 X a vocation à avoir un effet direct, et non à être optionnel.

La présente introduction n'est pas destinée à figurer dans le code, elle a pour but de présenter au lecteur la manière dont le code a été élaboré, et les objectifs poursuivis.

Quant à la manière, 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 pour le moment 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 des États membres.
- **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.

Les objectifs du Livre X du code européen des affaires, sur le droit du marché partent d'un constat.

Pour relancer l'Europe auprès du citoyen, il faut lui faire comprendre tout ce que l'Europe lui a déjà apporté. Rendre le droit européen du marché plus accessible est donc le premier objectif. Mais il faut aussi que ce droit soit adapté à la vie moderne des affaires 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

-Si un citoyen veut exploiter une entreprise en Europe et s'interroge sur les règles qui le régissent en droit du marché (conçu au sens large), il doit faire une recherche concernant divers textes épars : des textes du Traité, des règlements, des directives, des textes de droit mou (lignes directrices, communications). À cela s'ajoute une recherche de jurisprudence.

Autant dire que la tâche est impossible pour un citoyen européen, sans passer par un juriste. Certes, l'existence d'un code ne rendra pas ledit citoyen omniscient, et il aura toujours besoin du juriste. Mais le fait de pouvoir avoir un accès plus direct aux règles qui vont concerner son activité rapproche inéluctablement le droit européen de son destinataire.

-Certains s'étonneront peut-être que soient abordés, outre l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, le droit des concentrations, le droit des aides d'État, notamment pour le droit de la concurrence. À titre d'illustration, le citoyen européen qui veut exploiter une entreprise a besoin de savoir si un État membre peut subventionner ses entreprises au détriment des autres entreprises de l'Union et si les aides illégales doivent être restituées.

-Intégrer les principales règles pose nécessairement la question de savoir où s'arrêter. Le groupe « Droit du marché » a bien eu conscience que le code ne serait jamais complet, que certains « textes », comme les lignes directrices, ne pouvaient y figurer *in extenso*, sous peine d'avoir à rédiger un code européen de droit du marché, ne laissant pas de place pour les autres matières.

Par exemple, s'agissant des règlements d'exemption, il a été choisi de n'intégrer pour le moment que le seul règlement « restrictions verticales ». Le groupe a considéré que ce règlement était celui dont le citoyen européen avait le plus besoin. En outre, il est aussi celui qui est utile pour la rédaction des contrats de distribution, qui vont figurer dans ce Livre X.

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

La codification du droit européen des affaires permettra au citoyen qui veut exploiter une entreprise en Europe de trouver dans un code la plupart des règles qui lui permettront de le faire, ce y compris les principales jurisprudences « acquises » en droit du marché de l'UE.

3/ Accessibilité par la simplification du vocabulaire

On reproche souvent aux textes européens un vocabulaire trop technique, incompréhensible pour le non-juriste. Dire par exemple, « *si les conditions du §3 de l'article 101 TFUE sont remplies, l'interdiction de l'article 101 §1 du TFUE n'est pas applicable* » est une formulation exacte, mais absolument inaccessible pour le citoyen européen. Parler d'exemption comme on le faisait auparavant, ou encore d'exonération ou de pratique justifiée, apparaît plus clair pour un destinataire non-juriste.

Pour autant, la simplification du vocabulaire ne doit pas porter atteinte à la nécessaire application rigoureuse du droit, porteuse de sécurité juridique. Il fallait donc trouver un juste milieu entre la simplification des textes et la préservation de leur rigueur.

➤ 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. Certaines règles de droit de la concurrence datent du Traité et sont demeurées inchangées dans leur formulation, alors qu'elles sont parfois modifiées par une interprétation différente des textes par la Commission européenne. 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.

1/ Maintien en substance de ce qui a prouvé son efficacité

Il ne s'agit pas au nom de la modernité de tout changer. Dès lors, le groupe a conservé tout ce qui fonctionne bien. De nombreux textes ont d'ailleurs été évalués (cf l'évaluation très positive de la directive sur les agents commerciaux).

2/ Maintien en substance des textes récemment adoptés

Les textes très récents (comme par exemple la directive de 2014 sur les actions privées) n'ont pas été substantiellement modifiés.

Lorsque le successeur du règlement 330/2010 aura été adopté, ce qui se fera avant que le projet de code européen des affaires ne soit finalisé, le groupe substituera ces nouvelles règles à celles du règlement antérieur reprises dans le code.

3/Modernisation

Il fallait être aussi force de proposition.

Au titre de la modernisation, le constat a d'abord été fait que les règles de fond des droits nationaux de la concurrence sur les ententes et les abus de position dominante sont très proches du droit de l'Union. En outre, en cas d'affectation du commerce intra-européen, les règles nationales peuvent se cumuler avec le droit de l'Union, mais seulement pour aller dans le même sens, du fait du principe de primauté, ce qui ne présente guère d'intérêt. Enfin, dans un marché intérieur de plus en plus intégré, la jurisprudence sur l'affectation du commerce intra-européen a réduit et continue de réduire le nombre et l'importance des situations purement nationales. Dès lors, nous proposons que ces règles de fond du droit de l'Union s'appliquent dans l'Union européenne, qu'il y ait ou non affectation du commerce intra-européen. Cela nous paraît être le sens de l'évolution.

Cette réforme figurant dans le Titre 1, serait très mesurée, puisqu'elle ne modifierait pas :

- les règles nationales institutionnelles (choix de l'autorité de concurrence, composition, etc.), qui restent soumises au principe de l'autonomie institutionnelle avec ses limites déjà existantes
- les règles nationales de procédure, qui restent soumises au principe de l'autonomie procédurale avec ses limites déjà existantes
- les règles d'imposition des sanctions
- les règles nationales du droit des concentrations
- certaines règles de fond spéciales des droits nationaux des pratiques anticoncurrentielles, différentes du droit des ententes et des abus de position dominante (comme l'abus de dépendance ou les règles spéciales pour les DOM-TOM) : (ce point n'est pas achevé)

Afin qu'il n'y ait pas de blocage sur une réforme raisonnable et qui va dans le sens de l'évolution décrite, nous proposons néanmoins de rédiger une version subsidiaire préservant les règles nationales de fond du droit des ententes et des abus de position dominante en l'absence d'affectation du commerce intra-européen (ce point n'est pas achevé). Il y aurait alors application du droit de l'Union en cas d'affectation du commerce intra-européen, et application du droit national en l'absence d'application du droit du commerce intra-européen (guichet unique).

S'agissant de la modernisation de la partie sur la distribution, est par exemple proposée la création d'un contrat de partenariat intégré qui regrouperait franchise, concession et licence de marque, avec quelques règles spécifiques en cas de transfert d'un savoir-faire. Seules les règles spéciales du droit économique sont ici

développées. Pour ce qui n'est pas traité, renvoi est fait au droit des contrats applicable en vertu des règles de conflit de lois du Règlement Rome I.

S'agissant enfin des pratiques déloyales commerciales entre professionnels, le sens de l'évolution est de créer un contrôle des clauses abusives entre professionnels, si la victime est une micro, une petite ou une moyenne entreprise au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission. Ce contrôle est inspiré du contrôle des « standard clauses » entre professionnels existant déjà dans de nombreux États membres de l'Union. Mais, afin de favoriser une plus grande prévisibilité, une liste de clauses noires est proposée.

Ce ne sont bien entendu que des illustrations. Il y a bien d'autres propositions.

Enleitung

Das Marktrecht ist seit langem einer der Grundpfeiler des europäischen Wirtschaftsrechts. Das europäische Wettbewerbsrecht überdeckt in manchen Fällen die Lücken des Europarechts auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. Es ist daher von außerordentlicher Bedeutung, dass dieser wichtige Bereich auch in das Europäische Wirtschaftsgesetzbuch aufgenommen wird.

Derzeit ist das Marktrecht für europäische Unternehmen nicht ausreichend lesbar und verständlich. Es wäre daher von Vorteil, wenn es in einem Buch des europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs strukturiert und modernisiert würde.

Es wird vorgeschlagen, das Marktrecht in drei Hauptachsen zu gliedern, die jeweils den Gegenstand eines Titels bilden: erstens das Wettbewerbsrecht, zweitens das Vertriebsrecht und drittens das Recht der unlauteren Geschäftspraktiken zwischen Gewerbetreibenden. Wie in diesem Teilbereich des Unionsrechts bereits üblich, wäre dieses Buch des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuches direkt anwendbar und nicht bloß fakultativen Charakters: Es soll die derzeit bestehenden Regeln ersetzen.

Gegenwärtig sind die nationalen Wettbewerbsregeln für Kartelle und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stark am Unionsrecht angelehnt. Dort, wo sie den innereuropäischen Handel zu beeinträchtigen vermögen, kommen sie zusätzlich zum Unionsrecht zur Anwendung, was unnötige und hochkomplexe Parallelstrukturen zur Folge hat. Die immer weiter voranschreitende europäische Einigung spricht stark dafür, die materiellen europäischen Regeln in der ganzen Union anzuwenden, unabhängig davon, ob der intraeuropäische oder bloß der nationale Handel beeinträchtigt ist.

Dieser Entwurf lässt unberührt:

- nationale institutionelle Regelungen (Wahl der Wettbewerbsbehörde, deren Zusammensetzung, etc.), die weiterhin dem Prinzip der institutionellen Autonomie mit seinen bereits bestehenden Grenzen unterliegen,
- nationale Verfahrensregeln, die weiterhin dem Prinzip der Verfahrensautonomie mit seinen bereits bestehenden Grenzen unterliegen,
- Regeln über die Verhängung von Sanktionen,
- nationale Regeln des Fusionsrechts und
- Bestimmte materielle Spezialnormen des nationalen Wettbewerbsrechts, die weder unter das Kartellverbot noch unter den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fallen (wie etwa Missbrauch von Abhängigkeit oder Sonderregeln für die französischen Überseegebiete).

Sollte dieser Vorschlag auf politischen Widerstand stoßen, könnte zu einem späteren Zeitpunkt eine subsidiäre Version ausgearbeitet werden, die das nationale materielle Kartellrecht und das Recht über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung beibehält, sofern die jeweiligen Handlungen keine Auswirkungen auf den intraeuropäischen Handel haben.

Die Modernisierung des Marktrechts würde auch durch die Schaffung eines integrierten Partnerschaftsvertrages erreicht, der Franchising, Konzession und Markenlizenz zusammenfasst und einige spezifische Regeln für den Transfer von Know-how beinhaltet. Hier werden nur die besonderen Regeln des Wirtschaftsrechtes dargelegt. Für das hier nicht Behandelte wird auf das allgemeine Vertragsrecht verwiesen, welches nach den Kollisionsnormen der Rom I-VO anwendbar ist.

Bezüglich der unlauteren Geschäftspraktiken wird vorgeschlagen, eine Kontrolle der missbräuchlichen Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden einzuführen, wenn der Benachteiligte ein Kleinst-, Klein- oder mittelgroßes Unternehmen im Sinne des Anhangs der Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission ist. Diese Kontrolle beruht auf der Kontrolle von „standard clauses“ zwischen Gewerbetreibenden, wie sie in zahlreichen EU-Mitgliedstaaten bereits existiert. Um dennoch Vorhersehbarkeit zu gewährleisten, wird eine schwarze Liste von Klauseln vorgeschlagen.

Schließlich ist noch anzumerken, dass die meisten Leitlinien oder Mittelungen der Kommission, die oft sehr lang (Hunderte von Seiten) sind und die flexibler geändert werden können müssen als die einer Kodifikation, nicht übernommen werden sollten. Die Liste der beizubehaltenden Texte ist noch nicht erstellt, ebensowenig die Liste der Texte, die außer Kraft zu setzen sind, da sie in das Buch X des Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs integriert wurden. Auch die Erläuterungen zu den Artikeln sind nicht noch nicht alle verfasst.

Groupe de travail (par ordre alphabétique)
Arbeitsgruppe

Martine Behar-Touchais, professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne Paris 1), Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-André Tunc), ancien membre du collège du Conseil français de la concurrence (janvier 2003 à janvier 2009), expert auprès de l'Assemblée franco-allemande

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)

Fryderyk Zoll, professeur docteur à l'Université Osnabrück, docteur de l'Université de Jagiellonian

Plan

TITRE 1 : DROIT DE LA CONCURRENCE

Chapitre 1 : Règles générales

Article 1 : Objectifs

Article 2 : Articulation avec la régulation sectorielle

Article 3 : Entreprise

Article 4 : Entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général

Article 5 : Obligations des Etats membres

Article 6 : Application territoriale du droit de la concurrence

Chapitre 2 : Les pratiques anticoncurrentielles

Article 7 : Articulation du droit des pratiques anticoncurrentielles avec le droit national

Section 1 : Caractérisation des pratiques

§ 1/ Règles communes aux abus et aux ententes

Article 8 : Définitions

Article 9 : Restriction de concurrence sensible

Article 10 : Infraction unique

Article 11 : Complicité et pressions illicites

§ 2/ Interdiction des ententes

1/Délimitation de l'interdiction

Article 12 : Types d'entente

Article 13 : Forme de l'entente

Article 14 : Ententes ayant un objet anticoncurrentiel

Article 15 : Clause d'étanchéité

Article 16 : Restrictions accessoires à une opération licite

2/Exemptions

a/ Règles générales

Article 17 : Exemption individuelle

Article 18 : Exemption par catégorie

b/ Exemption par catégorie pour les restrictions verticales

Article 19 : Définition de la restriction verticale

Article 20 : Champ d'application de l'exemption

Article 21 : Conditions de l'exemption

Article 22 : distribution par internet

Article 23 : Clauses exclues du bénéfice d'exemption

Article 24 : Effets de l'exemption ou du défaut d'exemption

Article 25 : Calcul et application des seuils en parts de marché

Article 26 : Application du seuil de chiffre d'affaires

c/ Exemption par catégorie de certaines ententes entre fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire

Article 27 : Regroupement de fournisseurs

§ 3/ Interdiction des abus de position dominante

Article 28 : Principe d'interdiction

Article 29 : Position dominante

Article 30 : Abus d'exploitation

Article 31 : Abus d'éviction

Article 32 : Pratiques unilatérales dotées d'un objet anticoncurrentiel

Article 33 : Gains d'efficience

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

§ 1 Les sanctions

Article 34 : Injonction

Article 35 : Amende

Article 36 : Prescription

§ 2/ Les règles de compétence

1/ Le réseau européen de concurrence

Article 37 : Obligation de collaboration

2/ Articulation entre les compétences des autorités nationales et de la Commission

Article 38 : Principe de compétences parallèles

Article 39 : Règle de conflit

Article 40 : Effet des décisions des membres du réseau

§ 3/ L'enquête

Article 41 : Demande de renseignements

Article 42 : Pouvoir de recueillir des déclarations

Article 43 : Inspections des locaux de l'entreprise

Article 44 : Inspections d'autres locaux

Article 45 : Enquêtes par les autorités de concurrence des Etats Membres

Article 46 : Amendes prononcées pour infractions aux règles de procédure

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

Article 47 : Mode de saisine

Article 48 : Pouvoirs de la Commission et des autorités nationales du réseau

§ 5/ Déroulement de la procédure

Article 49 : Mesures provisoires

Article 50 : Communication des griefs

Article 51 : Droits fondamentaux

Article 52 : Recours

§ 6/ Procédures négociées

Article 53 : Transaction

Article 54 : Clémence

Article 55 : Procédure d'engagements

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

§ 1/ L'action

Article 56 : Introduction de l'action en réparation

Article 57 : Prescription

§ 2/ Les règles de preuve

Article 58 : Effets des décisions des membres du réseau

Article 59 : Demande de pièces

§ 3/ La mise en jeu de la responsabilité

Article 60 : Principe de responsabilité

Article 61 : Principe de la réparation intégrale

Article 62 : Evaluation des dommages-intérêts

Article 63 : Répercussion des surcoûts

Article 64 : Solidarité passive

Article 65 : Dispositions auxquelles on ne peut déroger

Article 66 : Articulation avec le droit national de la responsabilité civile

§ 4/ La nullité

Article 67 : Nullité

Chapitre 3 : Les concentrations

Section 1 : Les opérations notifiables

Article 68 : Définition d'une opération de concentration

Article 69 : Concentration de dimension européenne

Article 70 : Limitation du champ d'application du contrôle des concentrations

Article 71 : Calcul du chiffre d'affaires

Article 72 : Renvoi d'une opération de dimension européenne vers un Etat-membre

Article 73 : Renvoi d'une opération de dimension nationale vers la Commission européenne

Section 2 : L'exercice du contrôle

Article 74 : Décision de la Commission sur la compatibilité de l'opération

Article 75 : Appréciation d'une concentration

Article 76 : Décision relative à un projet de création d'une entreprise commune

Section 3 : Les règles procédurales

Article 77 : Notification

Article 78 : Suspension

Article 79 : Procédure d'examen de phase I

Article 80 : Procédure d'examen de phase II

Article 81 : Pouvoirs d'enquête

Article 82 : Pouvoir de dissolution

Article 83 : Amendes et astreintes

Section 4 : Les opérations soumises à information de la Commission

Article 84 : Participations minoritaires non-contrôlantes

Chapitre 4 : Les aides d'Etat

Article 85 : Principes

Article 86 : Définitions

Article 87 : Compatibilité des aides d'Etat avec le marché intérieur

Article 88 : Rôle des parties intéressées

TITRE 2 : DROIT DE LA DISTRIBUTION

Article 89 : Articulation avec les droits nationaux des Etats-membres

Chapitre 1. Le contrat de partenariat intégré

Section 1 : Qualification du contrat de partenariat intégré

Article 90 : Définition du partenariat intégré

Article 91 : Indépendance du partenaire intégré

Article 92 : Exclusion du droit du travail

Section 2 : La phase précontractuelle

Article 93 : Document d'information précontractuelle et projet de contrat

Article 94 : Etat descriptif de marché

Article 95 : Budget prévisionnel

Article 96 : Obligation de se renseigner du partenaire distributeur

Article 97 : Confidentialité des informations échangées pendant la période précontractuelle

Article 98 : Exigence d'un écrit en cas de réservation de territoire

Section 3 : La conclusion du contrat de partenariat intégré

Article 99 : Exigence d'un écrit

Article 100 : Vices du consentement

Section 4 : Les obligations nées du contrat de partenariat intégré

§ 1/ Dispositions générales

Article 101 : Obligation de loyauté et de coopération

Article 102 : Mise à disposition d'une marque ou d'une enseigne

Article 103 : Obligation de respecter l'image de l'enseigne

Article 104 : Obligation de confidentialité

§ 2/ Dispositions spéciales applicables à la franchise

Article 105 : Obligations du franchiseur

Article 106 : Obligations du franchisé

Section 5 : L'extinction du contrat de partenariat intégré

Article 107 : Neutralisation des signes distinctifs

Chapitre 2 : La distribution sélective

Article 108 : Organisation de la distribution sélective

Chapitre 3 : Les contrats de distribution conclus avec des intermédiaires

Article 109 : Champ d'application

Article 110 : Définition de l'agence commerciale

Article 111 : La conclusion du contrat

Article 112 : Durée du contrat

Article 113 : Représentation de plusieurs mandants

Article 114 : Obligation de loyauté et de coopération

Article 115 : Rémunération

Article 116 : Opérations conclues sans l'intervention de l'agent

Article 117 : Informations sur les commissions

Article 118 : Acquisition du droit à la commission

Article 119 : Exigibilité de la commission

Article 120 : Préavis

Article 121 : Indemnité ou réparation de fin de contrat

Article 122 : Perte du droit à l'indemnité ou à la réparation

Article 123 : Engagement de non-concurrence

TITRE 3 : DROIT DES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES ENTRE PROFESSIONNELS

Chapitre 1 : Règles communes des pratiques commerciales déloyales entre professionnels

Article 124 : Articulation avec les droits nationaux

Article 125 : Interprétation stricte

Article 126 : Champ d'application personnel

Section 1/ Clauses déséquilibres

Article 127 : Définition des conditions générales et incorporation au contrat

Article 128 : Exclusion de la négociation

Article 129 : Interprétation

Article 130 : Existence d'un désavantage déraisonnable

Article 131 : Clauses présumées entachées d'un désavantage déraisonnable

Article 132 : Sanction

Article 133 : Impérativité

Chapitre 2 : Règles spéciales sur les pratiques commerciales déloyales entre professionnels dans la chaîne alimentaire

Article 134 : Objet et champ d'application

Article 135 : Définitions

Article 136 : Interdiction des pratiques commerciales déloyales

Article 137 : Autorité d'application désignée

Article 138 : Plaintes et confidentialité

Article 139 : Pouvoirs de l'autorité d'application

Article 140 : Coopération entre les autorités d'application

Article 141 : Autres clauses abusives

Légende

Textes : en italique

En vert, quand il y a une version 2 ;

En rouge, les textes à garder ou à supprimer ;

En bleu et en normal les observations explicatives

TITRE 1 : DROIT DE LA CONCURRENCE

CHAPITRE 1 : REGLES GENERALES

Article 1 : Objectifs

Le droit de la concurrence a pour finalité de préserver les conditions d'une concurrence libre et non faussée, et de permettre la réalisation des objectifs du marché intérieur.

Le droit de la concurrence promeut le bien-être du consommateur, le progrès économique et technologique et les gains d'efficacité.

Article 2 : Articulation avec la régulation sectorielle

Sauf dérogation spécifique, la régulation sectorielle de marché ne fait pas obstacle à l'application des dispositions du présent titre.

Article 3 : 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. *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.*

Nonobstant ce qui précède, a également une activité économique, toute entité qui se trouve en concurrence avec des entités ayant une activité économique.

3. *Les activités de service public ne constituent pas une activité économique si elles sont exercées sous la forme d'un monopole octroyé par les administrations publiques conformément aux règles de l'article 106 TFUE ou si, en application des règles nationales, les usagers y ont gratuitement ou quasi-gratuitement accès.*

4. *Plusieurs entités juridiquement indépendantes constituent une seule entreprise si elles sont soumises à un contrôle unique, notamment à travers des participations majoritaires.*

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

Article 4 : Entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général

1. *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.*

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

Article 5 : Obligations des États membres

1. Les États membres ne doivent pas porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence du TFUE.

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.

Article 6 : Application territoriale du droit de la concurrence

Les règles du présent titre s'appliquent à toute pratique mise en oeuvre sur le territoire de l'Union européenne ou 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.

CHAPITRE 2 : LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Art. 101 TFUE Suppression de l'incise « qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et »

Art. 102. TFUE Suppression de l'incise « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté ».

Observation : 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.

En revanche, seront prévues des règles de répartition des compétences entre la Commission européenne et les autorités nationales.

Article 7 : Articulation du droit des pratiques anticoncurrentielles avec le droit national

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

2. Les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à ce que les États membres prohibent des pratiques anticoncurrentielles prenant la forme d'abus de dépendance économique ou de pratiques régionales dans des pays et territoires d'outre-mer visés à l'annexe 2 du TFUE.

3. Le droit de la concurrence ne s'applique pas aux négociations collectives entre partenaires sociaux.

Observation : l'annexe 2 vise actuellement un certain nombre de territoires britanniques qui devront être supprimés de la liste.

SECTION 1 : CARACTERISATION DES PRATIQUES

§ 1 : Règles communes aux ententes et aux abus de position dominante

Article 8 : Définitions

1. Une pratique anticoncurrentielle est une pratique qui, provoquant une restriction de concurrence sensible, fausse ou menace de fausser la concurrence.

2. Une restriction de concurrence porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à la structure ou au fonctionnement du marché.

3. 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 9 : Restriction de concurrence sensible

1. Une pratique est anticoncurrentielle si elle provoque une restriction de concurrence sensible, par son objet ou par ses effets.

2. 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.

3. 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 10 : 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.

2. L'infraction unique est dite répétée lorsqu'elle a connu une période d'interruption mais que ses éléments constitutifs s'inscrivent dans le même plan d'ensemble.

3. La prescription des faits composant une infraction unique ne commence à courir que du jour où l'infraction unique prend fin.

Article 11 : Complicité et pressions illicites

1. Constitue une tentative d'entente, le fait de faire pression sur d'autres entreprises ou associations d'entreprises, afin qu'elles adoptent ou s'associent à un comportement anticoncurrentiel ou méconnaissent une décision d'une autorité de concurrence.

2. 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 tentative et la complicité d'entente sont sanctionnées dans les mêmes conditions que l'entente.

§ 2/ Interdiction des ententes

1) Délimitation de l'interdiction

Article 12 : Types d'entente

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

Article 13 : 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.

Article 14 : Ententes ayant un objet anticoncurrentiel

1. Sont présumées constituer des ententes ayant un objet anticoncurrentiel, sans possibilité de preuve contraire, les accords entre concurrents ou décisions 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 présumées constituer des ententes ayant 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 21.

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.

Article 15 : Clause d'étanchéité

La clause d'étanchéité, qui interdit aux distributeurs sélectifs 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 §1 TFUE.

Article 16 : 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 §1 TFUE.

Est accessoire la restriction objectivement nécessaire à l'opération ou à l'activité, et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre.

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

➤ 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 ;*

2) Exemptions

a) Règles générales

Article 17 : Exemption individuelle

La pratique qui a un objet ou des effets anticoncurrentiels est néanmoins exemptée de plein droit des prohibitions d'ententes et d'abus de position dominante, s'il est établi que :

- 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.*

Version 2 : *La pratique qui a un objet ou des effets anticoncurrentiels est néanmoins exemptée de plein droit des prohibitions d'ententes et d'abus de position dominante, s'il est établi que le bien-être économique des consommateurs n'est pas réduit.*

Observation : *L'exemption individuelle est très peu souvent demandée et n'a pas été obtenue depuis 2003 (à notre connaissance). La version 2 est une proposition d'assouplissement des conditions requises.*

Article 18 : 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.

Observation : 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 330/2010 sur les accords verticaux qui est intégré dans le présent code.

b) Exemption par catégorie des restrictions verticales de concurrence

Article 19 : Définition de la restriction verticale

La restriction de concurrence est verticale lorsqu'elle résulte d'un accord ou d'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.

Une restriction verticale entre dans le champ d'application de l'article 101 TFUE.

Article 20 : 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 :

- 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 26. En revanche, l'exemption ne couvre pas les accords horizontaux conclus par les membres de l'association et les décisions adoptées par l'association.*
- aux accords verticaux de licence de droits de propriété intellectuelle qui constituent l'accessoire d'une relation de distribution.*

2. L'exemption ne s'applique pas :

- aux accords verticaux de licence de droits de propriété intellectuelle qui ne constituent pas l'accessoire d'une relation de distribution.*
- aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes.*
- aux accords verticaux faisant l'objet d'une exemption spéciale, sauf si le texte spécial le prévoit.*

- *aux accords pour lesquels la Commission a déclaré, par voie de règlement, que l'exemption ne s'applique pas, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause.*
- *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.*

Article 21 : 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.

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

- *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 le distributeur est lié par une clause d'approvisionnement exclusif.*

Version 2 (clause maintenant le droit actuel) : une clause imposant à l'acheteur un prix de revente minimum.

Version 3 (clause supprimant toute interdiction de prix imposés) : (supprimer la mention de cette clause)

- *une clause qui restreint les ventes passives du distributeur à un acheteur intermédiaire ou final. Est une vente passive, le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, ou de répondre à un appel d'offres, quand le pouvoir adjudicateur a sollicité spontanément le candidat.*

Par exception, sans perdre le bénéfice de l'exemption, il est possible d'interdire :

- *les ventes passives par l'acheteur intermédiaire 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 ;*
- *les ventes passives par le distributeur qui vend une nouvelle marque ou une marque existante sur un nouveau marché, pendant les deux ans qui suivent l'entrée sur ce nouveau marché ;*
- *les ventes passives par un grossiste aux utilisateurs finaux ;*

- *une clause qui restreint les ventes actives ou passives aux utilisateurs finaux par les distributeurs membres d'un système de distribution sélective. Toutefois, il est possible d'interdire à un membre du système les ventes actives ou passives à partir d'un local non autorisé.*

- *une clause qui restreint les fournitures croisées entre distributeurs membres d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;*
- *une clause qui restreint, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.*
- *Une clause permettant de cumuler sur un même territoire la distribution exclusive et la distribution sélective, sauf si les ventes actives dans d'autres territoires sont autorisées.*

Article 22 : Distribution par Internet

1. L'interdiction faite aux distributeurs d'un réseau de distribution, de recourir à Internet pour vendre les produits ou services contractuels est une restriction caractérisée.

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.

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

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 (contre la version 2: MBT/CH)

Article 23 : 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, étant précisé qu'une telle obligation tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée. 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.

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 à l'acheteur, 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 six mois 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 24 : Effets de l'exemption ou du défaut d'exemption

1. L'exemption rend inapplicable l'interdiction de l'article 101 §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 §1, sans pouvoir être exempté par l'article 101 §3 TFUE.

Article 25 : Calcul et application du seuil de parts de marché

Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 21, 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 sans dépasser 35 %, 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) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 % mais dépasse ensuite 35 %, l'exemption continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil de 35 % a été dépassé pour la première fois;
- f) le bénéfice des points d) et e) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles;

Article 26 : 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.

c) Exemption par catégorie de certaines ententes entre fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire

Article 27 : Regroupement de fournisseurs

1. *Entre fournisseurs de produits alimentaires, sont soustraites à l'interdiction des ententes prévue à l'article 101 TFUE, les pratiques mises en œuvre par un regroupement de fournisseurs, 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 10 % de parts de marché.

c/ que le groupement n'ait pas à lui seul plus de 30 % 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.*

Remarques :

-« Entre fournisseurs de produits alimentaires»= même formule de la directive de 2019

-Cette proposition d'exemption 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 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 28 : Principe d'interdiction

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

Article 29 : Position dominante

Une entreprise est en position dominante lorsqu'elle n'est pas soumise à une pression concurrentielle substantielle. Le degré de pression concurrentielle sur le marché pertinent se mesure notamment au regard de la part de marché détenue par l'entreprise 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 et de son portefeuille de données, et du pouvoir de marché des acteurs situés en amont ou en aval de l'entreprise en cause.

L'existence d'une position dominante sur un marché est présumée si la part de marché de l'entreprise en cause est stable et dépasse 50 %. L'entreprise peut apporter la preuve contraire.

Article 30 : Abus d'exploitation

L'entreprise dominante commet un abus d'exploitation si, sans raisons légitimes et suffisantes, elle soumet 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 qu'elle occupe, un marché amont, aval ou connexe.

Article 31 : Abus d'éviction

L'entreprise dominante commet un abus d'éviction si, en recourant à des méthodes autres que celles qui gouvernent une concurrence par les mérites, elle évince ou tente d'évincer des concurrents du marché qu'elle occupe, d'un marché amont, aval ou connexe.

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.

La pratique qui est susceptible d'évincer un concurrent au moins aussi efficace que l'entreprise en position dominante, provoque une restriction de concurrence sensible.

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.

Article 32 : Pratiques unilatérales dotées d'un objet anticoncurrentiel

1. Sont présumées constituer des pratiques unilatérales ayant un objet anticoncurrentiel, sans possibilité de preuve contraire, les pratiques tarifaires mettant en œuvre une stratégie d'éviction d'un concurrent au moins aussi efficace.

2. Sont présumées constituer des pratiques unilatérales ayant un objet anticoncurrentiel, 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, ou à consentir des avantages sans contrepartie.

Article 33 : Gains d'efficience

N'est pas illicite la pratique unilatérale d'une entreprise dominante qui peut être justifiée par des gains d'efficience suffisants dont profitent, en tout ou partie, les utilisateurs finaux.

SECTION 2/ LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR DES ACTIONS PUBLIQUES

§ 1. Les sanctions

Article 34 : Injonction

La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence prononcent des injonctions de faire ou de ne pas faire qui permettent de mettre fin à la situation illicite. Ces injonctions sont de nature structurelle ou comportementale ; elles sont justifiées et proportionnées à l'objectif de cessation de l'illicite. Les mesures structurelles ne peuvent être prononcées que s'il apparaît que des mesures comportementales ne seraient pas suffisamment efficaces.

Les injonctions comportementales sont nécessairement à durée déterminée. En fonction de l'évolution des circonstances, l'autorité apprécie, de sa propre initiative ou à la demande des entreprises intéressées s'il y a lieu de réviser l'injonction.

Article 35 : Amende

1. La Commission européenne et les autorités nationales de concurrence prononcent, à l'encontre de l'auteur de l'infraction, une amende dont le montant ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'entreprise incriminée, réalisé au cours de l'exercice social précédent.

2. L'amende prononcée est déterminée en fonction de la gravité de la pratique, et de sa durée. Celle-ci pourra être augmentée de 50% maximum en cas de récidive. 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.

Article 36 : 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.

§ 2. Les règles de compétence

1. Le réseau européen de concurrence

Article 37 : Obligation de collaboration

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.

2. Articulation entre les compétences des autorités nationales et de la Commission

Article 38 : 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.

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

Article 39 : Règle de conflit

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

Article 40 : 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 cette hypothèse, la décision de l'autorité nationale a autorité sur tout le territoire de l'Union européenne.

§3. L'enquête

Article 41 : 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.

Article 42 : 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.

Observation : reprise simplifiée de l'article 18 et 19 du règlement 1/2003.

Article 43 : 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.

Observation : reprise simplifiée de l'article 20 du règlement 1/2003

Article 44 : 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.

3. 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.

Article 45 : Enquêtes par les autorités de concurrence des États membres

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.

Article 46 : Amende prononcée pour infraction aux règles de procédure

La Commission peut, 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.

§4. Mise en œuvre par la Commission européenne et les autorités nationales du réseau

Article 47 : 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.

Une autorité nationale de concurrence peut aussi être saisie par le ministre chargé de l'économie, le ministère public ou par toute autorité de régulation qui y a intérêt, quand le droit national le prévoit.

Article 48 : 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 d'un montant maximal égal à 10% du chiffre d'affaires mondial total de l'entreprise ou de l'association d'entreprises, réalisé au cours de l'exercice social précédent. Lorsqu'une infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de l'amende est égal à 10% de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par les membres actifs sur le marché affecté.
- 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.

§5. Le déroulement de la procédure

Article 49 : 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.

Article 50 : 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.

Article 51 : 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.

Article 52 : 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.

§6. Les procédures négociées

Article 53 : 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 30% du montant de l'amende due.*

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

Article 54 : 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.*

Article 55 : Procédure d'engagements

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.

SECTION III/ LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR DES ACTIONS PRIVEES

Abrogation de la directive de 2014 (à l'exception de l'article 15) et des législations nationales adoptées pour la transposition de celle-ci.

§1/L'action

Article 56 : 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.

Article 57 : 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 d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à l'encontre des auteurs de la pratique anticoncurrentielle, non bénéficiaires de la procédure de clémence.

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.

§2/ les règles de preuve

Article 58 : Effets des décisions des membres du réseau

I. 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 irréfragable quant à l'existence et à l'imputation de la pratique qui lie le juge dans le cadre d'une action civile.

Explication : différence avec la directive 2014 : la présomption est irréfragable également pour les décisions d'ANC étrangères

II. 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.

JP Gasorba CJUE

Article 59 : Demande de pièces

I. 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.

II. Par dérogation au paragraphe I 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 bénéficier 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 présenté 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.

§3/ La mise en jeu de la responsabilité

Article 60 : 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.

JP CJUE 2019

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

Article 61 : 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. Les juges peuvent également tenir compte des bénéfices que l'auteur de la pratique a injustement réalisés.

*Commentaire : inspiration notamment de la directive secret d'affaires Manfredi permettant les dommages et intérêts punitifs prévus par le droit national
L'expression « tenir compte » a pour but de laisser de la souplesse au juge.*

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.

Article 62 : 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.

Article 63 : 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.

La directive de 2014 doit être abrogée à l'exception de l'article 15.

Article 64 : Solidarité passive

I. 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.

II. 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 :

1° Sa part de marché sur le marché pertinent est inférieure à 5 % pendant toute la durée de la commission de la pratique anticoncurrentielle ;

2° 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.

III. 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 autres victimes 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.

IV.- 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 ladite 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.

A noter que cet alinéa dit le contraire de la directive art19§3

Article 65 : Dispositions auxquelles on ne peut déroger

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

Article 66 : Articulation avec le droit national de la responsabilité civile

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

§4/ La nullité

Article 67 : Nullité

Est nul tout engagement, contrat ou clause contraire aux articles 101 ou 102 TFUE. Le droit national applicable au contrat régit les conséquences de la nullité.

CHAPITRE 3 : LES CONCENTRATIONS

Remarques :

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

SECTION 1. LES OPERATIONS NOTIFIABLES

Article 68 : 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.

Observation : reprise à l'identique du champ d'application du contrôle des concentrations.

Article 69 : 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.*

Observation : il s'est agi 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 (ce fût le cas pour le rachat de Waze, 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 70 : 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 71 : 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) 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 point 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.

SECTION 2. LES RENVOIS

Article 72 : 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.

Observations : 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 notifiante, 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 73 : 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.

Observation : 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.

SECTION 3. L'EXERCICE DU CONTROLE

Article 74 : Décision de la Commission sur la compatibilité de l'opération

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.

Article 75 : 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.

Article 76 : Décision relative à un projet de création d'une entreprise commune

1. Le projet de 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.

Observation : droit constant (art 2 § 4 et 5 du règlement 139/2004)

SECTION 4. LES REGLES PROCEDURALES

Article 77 : 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.

Article 78 : 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.

Observation : reprise de l'article 7 du règlement 139/2004. L'arrêt Ernst and Young (aff. C-633/16) définit le gun jumping comme toute opération qui « contribue au changement de contrôle ». Le terme « contribuer » est apparu trop large et se justifiait, dans l'arrêt Ernst and Young, par les particularités de l'espèce. Nous proposons de retenir la formule « acte mettant en œuvre, même partiellement, le changement de contrôle ».

Article 79 : 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.

Article 80 : 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.

Observations : copier-coller des articles 12 et 13 du règlement 139/2004.

Article 81 : Pouvoirs d'enquête

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

Article 82 : Pouvoir de dissolution

1. La Commission peut prendre toutes mesures appropriées en vue d'une dissolution définitive de la concentration 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.*

Article 83 : 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.

Observation : reprise simplifiée des articles 14 et 15 du règlement 139/2004.

SECTION 5 : LES OPERATIONS SOUMISES A INFORMATION DE LA COMMISSION

Article 84 : 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.

Observation : Le groupe est assez partagé sur cette question qui fait l'objet de débats actuels et récurrents.

CHAPITRE 4 : LES AIDES D'ÉTAT

Article 85 : Principes

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

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.

Tout bénéficiaire d'une aide au sens du paragraphe précédent doit la restituer.

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.

Article 86 : définitions

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

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 destinées à 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.*

2. Constitue une mesure sélective toute mesure favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

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

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

Toute entreprise à laquelle l'avantage est transféré en est le bénéficiaire indirect. Le repreneur ou le continuateur 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.

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 87 : Compatibilité des aides d'État avec le marché intérieur

Sont compatibles avec le marché intérieur, les aides :

- déclarées compatibles par une décision de la Commission européenne prise sur la base de l'article 107 § 2 ou 3 TFUE conformément à la procédure prévue à l'article 108 §3 TFUE;*
- remplissant les conditions posées par un règlement d'exemption par catégorie de la Commission européenne pris en application des articles 108 §4 et 109 TFUE et du règlement (CE) n° 994/98 du Conseil ;*

- *qualifiées d'aide existante, sous réserve de la procédure prévue à l'article 108 §1 TFUE*
- *déclarées compatibles par une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 108 § 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 88 : 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 § 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 une mesure ou un projet susceptible d'être qualifié 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 du règlement d'exemption ou un régime d'aides d'État autorisé.

4. Les entreprises concurrentes de l'entreprise bénéficiaire d'une aide peuvent saisir les juridictions nationales compétentes si l'aide n'a pas été notifiée ou s'il est fait une application abusive d'une aide d'État compatible.

TITRE 2 : DROIT DE LA DISTRIBUTION

Article 89 : Articulation avec les droits nationaux des Etats membres

Les questions non traitées par le présent titre relèvent du droit national applicable en vertu des règles de conflit de lois.

Observation :

Les questions non traitées sont soumises au droit international privé, et donc aux droits nationaux applicables

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

CHAPITRE 1. LE CONTRAT DE PARTENARIAT INTEGRE

SECTION 1. QUALIFICATION DU CONTRAT DE PARTENARIAT INTEGRE

Article 90 : 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, quand 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, quand 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, quand le concessionnaire bénéficie d'une exclusivité sur le territoire ou sur la clientèle concédée.

Article 91 : 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 92 : 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.

SECTION 2. LA PHASE PRECONTRACTUELLE

Article 93 : 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 conclusion, la modification substantielle, le renouvellement ou la cession du contrat de partenariat intégré doit être nécessairement précédée, 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 le partenaire sur les obligations des parties. 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.

Article 94 : 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 et 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.

Article 95 : 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.

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 d'affaires mensongers.

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 aléatoire de ce qui se passera peut-être dans l'avenir. 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.

Article 96 : Obligation de se renseigner du partenaire distributeur

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

Article 97 : Confidentialité des informations échangées pendant la période précontractuelle

Les partenaires distributeurs sont tenus à la confidentialité des informations qu'ils obtiennent en vue de la conclusion d'un accord de partenariat intégré et ne peuvent les utiliser, directement ou indirectement, en dehors de l'accord de partenariat intégré à conclure.

Article 98 : Exigence d'un écrit en cas de réservation de territoire

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.

L'écrit est exigé à peine de nullité de l'accord de réservation.

SECTION 3. LA CONCLUSION DU CONTRAT DE PARTENARIAT INTEGRE

Article 99 : 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 100 : Vices du consentement

Le contrat de partenariat intégré encourt la nullité en cas de vice du consentement, conformément 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.

SECTION 4. LES OBLIGATIONS NEES DU CONTRAT DE PARTENARIAT INTEGRE

§1. Dispositions générales

Article 101 : Obligation de loyauté et de coopération

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

Article 102 : 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 103 : 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 104 : 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 105 : 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 106 : 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 INTEGRE

Article 107 : 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 SELECTIVE

Article 108 : 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.

CHAPITRE 3 : LE CONTRAT D'AGENCE COMMERCIALE

Observations : 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 109 : 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 110 : 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, 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 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.

Observations :

- Ajout au terme « négociateur » de la périphrase « même sans pouvoir modifier les conditions contractuelles », afin d'éliminer la question de la négociation sur les prix qui fait actuellement l'objet d'une question préjudicielle (Tribunal de commerce de Paris, 19/12/2018). A mettre à jour après l'arrêt de la CJUE
- 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 111 : 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.

Observations : Option pour le consensualisme (Directive art. 13 2.)
Consensualisme : Allemagne, France, Espagne, Italie

Article 112 : 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 113 : Représentation de plusieurs mandants

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

Article 114 : 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.

*Observations : Les illustrations données par la Directive (art. 3 et 4) sont évidentes ou ne paraissent pas indispensables.
Simplification du texte.*

Article 115 : 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.

Observations : 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.

Observation sur le dernier alinéa : reprise de l'article 9 de la directive synthétisé

Article 116 : 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.

Observations :

- 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.

Observations :

- 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 117 : 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.

Observation : article 12 de la directive synthétisé

Article 118 : 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.

Observation : 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)

Volonté de 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.

Observation : 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 119 : 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.

Observation : partie de l'article 10 de la directive synthétisé

Article 120 : 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.

Observation : Simplification du dispositif de la Directive (art. 15)

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

Article 121 : 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.

Observation :

- 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.

Observation :

-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.

Observation : 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.

Observation

-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 122 : 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.*

Observation : 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.

Observation : 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 123 : 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.

Observation : Article 20 de la

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 DELOYALES ENTRE PROFESSIONNELS

Le groupe a choisi de ne pas insérer de texte sur la concurrence déloyale car cette matière est extrêmement jurisprudentielle et casuistique.

CHAPITRE 1 : REGLES COMMUNES DES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES ENTRE PROFESSIONNELS

Article 124 : Articulation avec les droits nationaux

1. *Les pratiques commerciales déloyales, 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 déloyales 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, les délais de paiement sont exclues du présent code.

Version 2 du dernier alinéa : si le groupe « commerce général » a traité « les délais de paiement :

« 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 contractualisation, (éventuellement les délais de paiement) entre entreprises sont exclus de cette codification.

Notamment, si le groupe « commerce général » ne les a pas traités, les délais de paiement resteront soumis à la directive 2011/7/UE

Article 125 : Interprétation stricte

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

Article 126 : Champ d'application personnel

L'interdiction de pratiques déloyales entre professionnels ne s'applique que si la victime est une micro, une petite ou une moyenne entreprise au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission.

Article 127 : 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 d'échange, 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.

(inspiration BGB section 305 (1))

Beaucoup d'EM de l'un 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.

Observations : Ces hypothèses sont inspirées de la JP CJUE très élaborée sur la convention de Bruxelles, puis sur le Règlement Bruxelles I puis I bis pour 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 128 : 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.

Observations : 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 129 : Interprétation

En cas de doute, l'interprétation des conditions générales se fait en faveur de celui qui ne les a pas rédigées.

Article 130 : 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.*

[Observations : Inspiration section 307BGB](#)

[\(pour le prix : inspiration art 1171 c.civ. français, et clauses abusives du droit de la consommation\)](#)

(4) *Le désavantage déraisonnable s'apprécie globalement.*

Article 131 : 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 ;

(1) *qui restreint l'obligation pour la partie qui a rédigé les conditions générales de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;*

(2) *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 ;*

(3) *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 ;*

(4) *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 ;*

(5) *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;*

(6) *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 ;*

[Observation : 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 132 : Sanction

La clause abusive est nulle.

Article 133 : Impérativité

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. REGLES SPECIALES SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES ENTRE PROFESSIONNELS DANS LA CHAÎNE ALIMENTAIRE

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 134 : Objet et champ d'application

1. Il est établi une liste minimale de pratiques commerciales déloyales interdites entre acheteurs et fournisseurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire.
2. Ces règles s'appliquent à certaines pratiques commerciales déloyales 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 135 : 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 entreprises¹
- 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

¹ JO L 124 du 20.5.2003 p.36

ou conservées par d'autres moyens pour éviter qu'elles ne deviennent impropres à la consommation.

Article 136 : Interdiction des pratiques commerciales déloyales

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 et des voies de recours définis dans la directive 2011/7/UE ;

- 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 de l'article 172 bis du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil ;

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.

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 137 : 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 138 : 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 le ou les membres ou le 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 139 : 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, conformément à l'article 136, paragraphe 3 ;

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 ;

Dans la directive, est visée une « sanction effective, proportionnée et dissuasive » ; la version proposée a pour but que tous les EM 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 140 : 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 141 : 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 139.

Remarque : La directive prévoit : « Les États membres peuvent prévoir des règles visant à lutter contre les pratiques commerciales déloyales 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 PCD 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 CG.