

de soumission voulant que « l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation » du partenaire implique « l'absence de négociation effective » (V. déjà Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; V. cep. CEPC, Avis n° 18-7). Par le vocable employé, les juges tendent à fondre, voire à confondre, la soumission avec le nouvel abus d'un état de dépendance constitutif d'une violence régi par l'art. 1143 C. civ., lequel suppose notamment la preuve de menaces ou de manœuvres de l'un des contractants exercées à la seule fin de contraindre le consentement de son cocontractant. Cela étant, à défaut de preuve en l'espèce de tels agissements de la part de la plateforme, « la question de la détermination du rapport de force entre les parties est donc [...] sans objet ».

**Absence de déséquilibre significatif.** Pour ce qui est du déséquilibre significatif, il est à nouveau distingué selon que les opticiens sont généralistes ou spécialisés dans les montures pour enfants. S'agissant des premiers, aucun déséquilibre n'est constitué, dès lors que la quantité imposée de 36 montures, à un prix de marché, apparaît faible au regard du nombre moyen de 1000 montures constituant le stock d'un opticien, outre que cette gamme spécifique répond « à l'objectif du zéro reste à charge tout en proposant des produits répondant à des exigences de qualité et d'esthétique, et que ces montures peuvent être commercialisées par les opticiens au même titre que les autres montures qu'ils commandent à leurs fournisseurs ». Mis à part le prix correspondant à un prix de marché, les éléments retenus pour conclure que l'existence d'un déséquilibre n'est pas établie « et donc encore moins celle d'un déséquilibre significatif » – la quantité concernée par rapport au stock, la finalité pour les clients et le moindre risque pesant sur l'activité – constituent autant de facteurs externes au contrat qui ne font pas partie de son contenu obligationnel proprement dit, alors même qu'un tel déséquilibre devrait s'apprécier au regard des droits et des obligations composant ce contenu. Déjà discutable ici pour dénier l'existence d'un déséquilibre, cette façon de procéder l'est encore plus lorsqu'il s'agit de reconnaître, à l'inverse, que l'offre Prysmé « crée » bien « un déséquilibre » au détriment des opticiens spécialisés pour enfants, « en ce que ces montures ne correspondent pas à la gamme de produits vendus par ces opticiens très spécialisés » qui auront dès lors des difficultés à les vendre « au regard de la cible première du magasin ». Ces motifs tirés de l'absence d'intérêt de l'offre pour ces opticiens et des difficultés qu'elle engendre sont contestables puisqu'ils ne répondent pas aux critères posés à titre liminaire par la Cour et propres à qualifier un déséquilibre, lequel suppose *a minima* que les droits et obligations respectifs des parties soient affectés – « une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore (une) disproportion importante entre les obligations respectives des parties ». La suite du raisonnement doit en revanche être saluée lorsqu'il est relevé que, « pour autant, au regard du faible coût des montures et du bénéfice à être membre du réseau [...] par l'augmentation de la clientèle qui en découle, et des services rendus par (la plateforme) aux membres du réseau, il n'est pas établi que ce déséquilibre dans les droits et obligations soit significatif ». Suffisamment rare pour être soulignée, cette démarche en deux temps, qui consiste à identifier un déséquilibre, puis à rechercher si celui-ci ne pourrait pas être justifié par l'existence de contreparties, permet donc de faire échapper à toute sanction un déséquilibre, alors même qu'il serait constitué *prima facie*, précisément parce qu'il n'est pas significatif.

**III.- Absence d'avantage, condition préalable à la passation de commandes.** Cette obligation d'achat était critiquée, en dernier lieu, au titre de l'art. L. 442-6, I, 3° C. com. en tant qu'elle pourrait être assimilée, selon les opticiens, à une condition préalable à toute passation de commandes par la plateforme, celle-ci ne s'engageant à aucun volume d'achat, ni sur un minimum de flux de clientèle, ni sur l'augmentation du chiffre d'affaires qu'ils pourraient réaliser grâce à l'offre Prysmé. L'application du texte est cependant écartée dans la mesure où la plateforme ne propose que l'accès à son réseau constitué par les assurés et ne procède à aucune commande auprès des opticiens adhérents, contrairement aux assurés qui leur achètent des montures et restent libres de choisir ou non un opticien du réseau. Que ce soit, pour conclure, sur le fondement du 1° ou du 2° de l'art. L. 442-6, I, des motifs similaires pour l'essentiel ont permis de justifier l'obligation d'achat imposée aux candidats au réseau. De là à ce que les différentes dispositions de ce texte puissent être considérées comme redondantes, il n'y a qu'un pas que l'ordonnance de réforme du T. IV L. IV du Code de commerce (v. *infra* p. 10) pourrait franchir dans un avenir proche, en érigeant le déséquilibre significatif en délit général qui engloberait de la sorte les autres pratiques restrictives de concurrence.

S.C

## Points de vue pratiques

Paris, 19 décembre 2018, n° 16/07213

**Action PAC « stand alone » : l'ex distributeur indemnisé pour perte de volume à raison d'une entente de dimension locale sur les prix minimum de revente pratiqués au sein de son réseau**

Lorsqu'elle se prétend victime d'une pratique anticoncurrentielle, une entreprise peut solliciter la réparation de son préjudice (rapp. Com. 6 octobre 2015, n° 13-24854 : Lettre distr. novembre 2015, nos obs.). S'ouvre alors à elle une voie dite de « follow-on », à mener devant les juridictions spécialisées, dans la continuité d'une action devant l'Autorité de la concurrence. Pareille voie suppose que la victime s'arme de patience dans l'objectif de voir réparer son préjudice. L'autre option est celle de l'action dite de « stand-alone », plus rapide, car menée directement devant les juridictions précitées, mais la charge de la preuve à la fois de l'entente et du préjudice indemnisable est alors moins aisée (bien que non encore applicables à l'espèce, voir : Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 ; Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 ; Décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 ; Circulaire du 23 mars 2017 de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 et du décret d'application n° 2017-305 du 9 mars 2017). C'est toutefois l'option choisie par un ex-revendeur agréée au sein d'un réseau de distribution sélective, afin d'obtenir diverses indemnités, en premier lieu devant le Tribunal de commerce de Grasse, bien que non doté de pouvoir juridictionnel pour ce type de contentieux, puis devant la Cour d'appel de Paris. Cette dernière, tout en relevant d'office la fin de non-recevoir d'ordre public au titre de la demande initialement portée devant le tribunal des Alpes-Maritimes, a d'abord annulé le premier jugement, pour ensuite évoquer l'affaire.

L'originalité de l'espèce tient à ce que l'action n'a pas été initiée, par exemple, par un distributeur pratiquant des prix bas de détail, candidat refoulé à l'entrée dans le réseau ou, en dehors de tout réseau nommé de distribution, se voyant opposé des refus de livraison sur certains produits ou, encore, par un revendeur invoquant l'infraction de prix minimum imposé en tant que PRC. Il est ici question d'un distributeur qui, certes dans un contexte de surveillance des prix et de pressions, avait, en tant que membre du réseau, lui-même pris part à l'entente qu'il entend dénoncer. La Cour d'appel précise en effet qu'« il n'est pas contesté que la société (...) appliquait les consignes de prix de la société (...). L'accord de volonté du distributeur est donc établi ». C'est d'ailleurs parce qu'il n'a pas pu être suffisamment concurrentiel en termes de prix de revente, que le distributeur poursuit son ex fournisseur. Entre autres, il lui reproche de lui avoir imposé, au temps de la relation, des prix de revente qui l'ont rendu moins concurrentiel et conduit à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde judiciaire, suivie d'une liquidation.

Dans le cadre de cette action en « stand alone », la Cour d'appel rappelle utilement le standard de preuve en matière d'entente sur les prix, notamment développé et utilisé par l'ADLC, à savoir une preuve directe (formelle ou documentaire, comme une clause d'un contrat de distribution ou de CGV) ou indirecte (faisceau d'indices graves précis et concordants, reposant sur la méthode du « triple test » à partir des comportements des acteurs, démontrant d'une part la volonté du fournisseur d'imposer ses prix et, d'autre part, la volonté du distributeur de les appliquer). En l'espèce, à défaut d'être directement établi, l'accord de volonté l'est indirectement s'agissant du distributeur, qui appliquait les consignes de prix de son fournisseur, de même que du fournisseur qui avait la volonté d'imposer des prix de revente. La Cour estime, en effet, que « la preuve de la volonté du fournisseur d'imposer ses prix nécessite en premier lieu, de démontrer la communication de ceux-ci à la société Bubble Diving, en second lieu, d'établir que ces prix communiqués sont, en réalité, sous couvert de prétendus prix recommandés, des prix imposés. En l'espèce, la communication des prix est réalisée par la diffusion des tarifs du fournisseur à la société Bubble Diving, comme aux autres distributeurs du réseau. La preuve que ces prix communiqués étaient, en réalité, dans l'esprit du fournisseur, des prix imposés, exige que soit établie la mise en place d'une surveillance des prix par le fournisseur, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence de représailles, de simples contrôles de prix, ou pressions étant suffisants ». L'entente est jugée de dimension locale, faute pour le distributeur d'établir qu'un nombre suffisant d'autres distributeurs, répartis sur le territoire français, auraient appliqué les prix imposés par le fournisseur.

# Points de vue pratiques

*In-fine*, faute d'un lien de causalité suffisant entre la pratique de prix imposé au distributeur et la dégradation de sa situation financière, ayant conduit à la liquidation ou à la perte de valeur de son fonds de commerce, il n'est pas fait droit à toutes ses demandes indemnitaires. Cela ne nous surprend pas, alors que comparativement, d'autres distributeurs du réseau ont pratiqué les mêmes prix imposés sans pour autant avoir été acculés *ipso-facto*, à une procédure de sauvegarde. Néanmoins, la Cour estime, *a minima*, qu'il existait un lien direct entre la pratique dénoncée et la diminution des ventes du distributeur, ouvrant droit à indemnisation : « *Toutefois, la pratique de prix imposés a conduit à une baisse des volumes vendus, un message électronique attestant de l'attitude réactive des consommateurs aux différences de prix. Compte tenu de cet élément, de la durée des pratiques et de leur caractère systématique, la cour évalue à 20.000 euros le préjudice économique subi de ce fait par la société Bubble Diving* ».

Outre l'originalité de l'affaire, déjà soulignée, tenant à l'engagement d'une action indemnitaire par un ancien participant à l'entente, l'on peut relever le faible montant de l'indemnisation allouée à raison des carences probatoires pour plus ample ou juste indemnisation, de même que son caractère forfaitaire, regrettable au regard du principe de réparation intégrale. Toutefois, en se contentant d'un seul message électronique pour motiver le prononcé la sanction au titre du seul préjudice ici réparable, la Cour d'appel donne le signal d'une relative facilité pour l'établissement du lien de causalité entre l'entente et le dommage ici reconnu. Sans qu'il n'ait été question de poser présomption de préjudice (« (...) la pratique a conduit (...), un message électronique attestant (...) »), l'on en retient qu'une entente au sein d'un réseau, conduisant un distributeur à devoir pratiquer un prix de vente artificiellement élevé par rapport au prix, inférieur voire très inférieur, qu'il aurait souhaité pratiquer, a tout lieu de générer pour lui une diminution de ses volumes de vente.

Soulignons à l'occasion, parce que le sujet est intéressant en pratique, les deux problématiques périphériques abordées dans ce contentieux, à savoir celles d'un arrêt des livraisons et de la modification des conditions tarifaires (passage d'un tarif « Cadencement » à un tarif « Saison », moins avantageux).

J.-M.V

Angers, 20 novembre 2018, n°16/02629

**Secteur du prêt-à-porter : précisions sur le champ de l'exclusivité consentie à l'agent commercial**

La société IKKS a confié à la société REVE le mandat exclusif de vendre des vêtements et accessoires pour enfants conçus et commercialisés sous la marque IKKS sur le territoire helvétique et le Liechtenstein. Après avoir constaté la vente de produits pour enfants, sous la marque IKKS, via le site internet Zalando.ch, à destination d'une clientèle de consommateurs suisses, l'agent assigne son mandant en paiement des commissions auxquelles il estime avoir droit au titre des ventes réalisées par le biais du site Zalando.ch et en résiliation judiciaire du contrat d'agent aux torts exclusifs du mandant avec paiement de l'indemnité compensatrice. En cours de procédure l'agent formule une demande indemnitaire additionnelle au motif de la commercialisation, par le mandant, sur le territoire contractuel, d'une nouvelle collection pour enfants vendue sous la marque « Sorry 4 the mess ».

Aux termes de la clause d'exclusivité figurant dans le contrat, le droit exclusif consenti à l'agent est limité à une certaine catégorie de clients, soit les détaillants indépendants moyen et haut de gamme et les grands magasins moyen et haut de gamme. La clause ne précise pas, en revanche, si la clientèle ainsi définie englobe les commerçants dits du e-commerce qui commercialisent leurs produits exclusivement via des sites de ventes en ligne multimarques. Dans l'espoir de contourner cette imprécision, l'agent soutient que le site marchand Zalando.ch constitue une boutique, certes en ligne, mais qui s'apparente à un grand magasin multimarque. Sans trancher cette question, la Cour estime, qu'en tout état de cause, la violation de l'exclusivité n'est pas démontrée, dans la mesure où la société IKKS rapporte la preuve qu'elle a vendu ses produits à la société Allemande Zalando GmbH qui a son siège social à Berlin. Ainsi : « *à supposer que la société Zalando puisse être regardée comme entrant dans la définition que donne le contrat litigieux de la clientèle réservée à l'agent commercial, il reste que la vente de produits en Allemagne par la société IKKS à la société Zalando GmbH ne contrevient pas à la clause d'exclusivité qui n'interdit nullement au mandant de passer des contrats de vente avec une société allemande, peu important que cette dernière les ait ensuite offerts aux particuliers, sur le territoire suisse, via son site internet Zalando.ch* ». La Cour en conclut que la demande de résiliation du contrat d'agence ne peut prospérer de ce chef.

En ce qui concerne le grief résultant de la commercialisation d'une nouvelle collection sous une marque distincte, la Cour constate que l'exclusivité de représentation de l'agent commercial est clairement limitée aux articles vendus

sous la marque IKKS. Dans ces conditions, il ne saurait être retenu, sauf à dénaturer l'intention des parties, que l'exclusivité aurait porté, au sens large, sur tout vêtement pour enfant commercialisé par la société IKKS groupe et ce, d'autant plus que la marque « Sorry 4 the mess », déposée à l'INPI et utilisée pour la vente de la collection litigieuse, ne comporte aucune référence ou adjonction de la marque IKKS. Sur ce fondement également, la violation de l'exclusivité n'est donc pas démontrée. En revanche, la Cour estime que la société IKKS a manqué à son obligation de loyauté à l'égard de son agent. En effet, il résulte des échanges de courriers produits aux débats que le mandant aurait, dans un premier temps, donné son accord pour que la commercialisation de la nouvelle collection soit confiée à l'agent pour, finalement, revenir sur sa position et commercialiser, en direct, les produits sur le territoire en démarchant la clientèle de l'agent. « *Le démarchage direct par la société IKKS sur la même clientèle dès juillet 2014, tel qu'il résulte des mails produits par la société IKKS, s'il ne lui était pas interdit, était néanmoins de nature à générer une certaine confusion, voire des doutes, dans l'esprit des clients de l'intimée, ce qui a d'ailleurs été le cas ainsi qu'il résulte de mails de clients que l'intimée verse aux débats. Elle aurait donc dû, avant d'y procéder, à minima informer son agent pour qu'il puisse s'y préparer, ce qu'elle n'établit, ni ne soutient avoir fait* ». En conséquence, la société IKKS est condamnée à payer à son agent une somme évaluée forfaitairement à 20.000 euros en réparation du préjudice subi du fait de la perte du marché promis et du préjudice d'image. Ces manquements sont, toutefois, jugés insuffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat d'agence aux torts du mandant.

N.L

Ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018 ; Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 ; Avis de l'Autorité de la concurrence n°18-A-14 du 23 novembre 2018

**Le nouvel encadrement des promotions sur les produits alimentaires**

À l'issue des États Généraux de l'Alimentation, l'une des conclusions du gouvernement fut la nécessité de réduire les promotions sur les produits de l'alimentation des hommes et des animaux de compagnie. La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite loi « Egalim » annonçait cette limitation. Bien que laissant d'immenses zones d'ombres, la présente ordonnance doit en être la mise en œuvre. La limitation est double, en valeur de chaque produit et en volume des produits achetés par le distributeur auprès d'un fournisseur.

**La limitation en valeur** : La promotion ne peut excéder 34 % du prix de vente au consommateur, que ce soit par réduction du prix ou par augmentation du volume pour le même prix. Cette limite inclut toutes les opérations promotionnelles réalisées sur le produit, quel qu'en soit son auteur, le distributeur ou le fournisseur. La difficulté principale réside dans la détermination du prix de référence, sous au moins deux angles.

**1- Promotions par les fournisseurs** : Les fournisseurs souhaitent eux-mêmes promouvoir leurs produits, notamment par des offres placées dans les emballages. Évaluer le montant de la promotion qu'ils sont autorisés à proposer, implique pour eux de connaître le prix auquel le distributeur vendra son produit. Or, ils ne sont pas censés intervenir sur la détermination de ce prix de revente, lequel, en outre, peut varier d'un distributeur à l'autre. La référence à un prix de revente moyen constaté ou aux prix de revente généralement constatés, comme opèrent aujourd'hui nombre de sites internet pratiquant des remises sur prix barrés, sera-t-elle admise ou le fabricant devra-t-il s'en tenir, pour ce calcul, au seul prix de référence dont il peut avoir la maîtrise, à savoir le seuil de revente à perte, dont on rappelle que s'agissant des denrées alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur, le prix d'achat effectif est désormais affecté d'un coefficient de 1,10.

**2- Prix de référence** : Autre souci des promoteurs d'opérations, qu'il s'agisse cette fois des fabricants ou des distributeurs, le prix de référence dans le temps. Le prix de revente au consommateur servant de base au calcul des réductions de prix autorisées, est en effet susceptible de varier dans le temps, notamment s'il a fait l'objet de promotions précédentes. Quel prix de référence retenir ? La question est ici identique à celle apparue après la disparition de la stricte - mais simple - réglementation française relative au prix de référence dans les annonces de réduction de prix, le fameux prix le plus bas pratiqué au cours des 30 jours précédant le début de l'opération. Depuis la disparition de cette règle, le prix de référence doit s'apprécier au regard du seul principe de loyauté à l'égard du consommateur tel qu'issu de la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 et de sa transposition en droit français. La libéralisation ou l'incertitude qui ont résulté de la disparition de la « règle des 30 jours » explique sans doute en partie la floraison d'offres de réduction et de prix barrés constatée sur Internet, parfois de manière quasiment permanente. La jurisprudence judiciaire est rare sur le sujet, la plupart des litiges faisant l'objet de transactions avec l'administration.