

Points de vue pratiques

rupture n'a pas été provoquée par de tels manquements ; b) rompre le contrat pour des manquements de l'agent : il lui sera possible d'invoquer d'autres manquements antérieurs à la rupture que ceux visés au courrier s'il les a découverts postérieurement et ne les a donc pas tolérés. Le mandant aura ainsi tout intérêt à mettre en exergue au sein du courrier la gravité de ces manquements et l'absence d'indemnité due en conséquence. Dans ces hypothèses de fin de contrat difficile, la tentation sera grande pour les mandant d'orienter la rédaction du courrier de rupture ainsi, même si la gravité des fautes reprochées est *a priori* critiquable, espérant que l'après contrat permettra grâce à certaines « découvertes » de consolider les fautes visées au courrier...

A. Louvet

CEPC, Avis n° 19-10 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats sur l'applicabilité des articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce

Nouvelles précisions de la CEPC sur le caractère non obligatoire de la convention écrite pour des reventes en l'état

Saisie sur la question du domaine d'application de l'obligation d'établir une convention écrite sur le fondement de l'ancien article L. 441-7 du Code de commerce, la CEPC vient de rendre un avis sur le fondement des nouveaux articles L. 441-3 et L. 441-4 issus de l'ordonnance du 24 avril 2019. Cet avis s'inscrit dans la continuité de deux avis de 2013 et 2016 sur des questions similaires (Avis n°13-01 : Lettre. distr. octobre 2013 et Avis n° 16-6 ; rapp. Avis du 22 décembre 2008, n°08112801 et plus récemment, Avis n° 16-7 : Lettre distr. mars 2016 ou encore Avis n° 18-10 : Lettre distr. décembre 2018, M.A).

Selon les faits rappelés par l'avis, une relation commerciale mettait en présence un exploitant de complexes cinématographiques et certains de ses fournisseurs, grossistes et fabricants de produits alimentaires et boissons. À l'occasion du déploiement de son activité, l'exploitant commercialisait deux catégories de produits. D'une part, il vendait des produits transformés dans les points de vente (tels que pop-corn, boissons mises en gobelets, etc.) et, d'autre part, il revendait en l'état d'autres types de produits achetés à ses fournisseurs (boissons en bouteille, friandises conditionnées en sachet, glaces, etc.).

Même si l'avis est dédié pour l'essentiel à la problématique de la revente en l'état de produits achetés (boissons en bouteille, friandises conditionnées en sachet, glaces, etc.), il est intéressant de relever que la CEPC constate, sans formuler d'observations ou de réserves à ce sujet, que le professionnel vend des produits de la première catégorie, en suite d'une transformation dans le point de vente. C'est le cas pour les boissons mises en gobelets, peut-être moyennant un simple changement de conditionnement, probablement en suite d'un achat en vrac ou moyennant des conditionnements plus volumineux. Sauf à ce qu'il soit confectionné sur le point de vente au fil des besoins, ce qui n'est pas précisé, cela pourrait être aussi le cas d'un pop-corn livré prêt à consommer (sous réserve que cette situation soit envisageable) et vendu par la suite au cornet ou en seau selon des quantités variables choisies par le consommateur. Quoi qu'il en soit, la situation est à conserver à l'esprit. En effet, au-delà des faits de l'espèce, un grand nombre de produits sont commercialisés sans que ne soit modifiée leur nature intrinsèque, le seul changement opéré touchant à leur allotissement ou leur conditionnement en fonction de la demande. On pense notamment aux ventes sous forme de parts ou de portions ou quantités individualisées. L'évocation, même furtive dans l'avis, de cette modalité de commercialisation, nous renvoie à une solution déjà incidemment évoquée dans l'avis 16-6 précité (voir *infra*) à l'occasion duquel la CEPC considérait que, pour des produits alimentaires non destinés à être transformés mais reconditionnés dans les points de vente avec des emballages spécifiques, l'article L. 441-7 n'avait pas vocation à s'appliquer « dans la mesure où il ne s'agit pas de revente de produits en l'état ».

Pour en revenir au cœur du sujet traité par l'avis, à savoir la revente en l'état de produits dans le cadre d'une activité commerciale qui, au principal, est celle d'une prestation de service (ici visionnage de films dans une salle spécialement aménagée), la CEPC transpose pour l'essentiel les solutions précédentes, et notamment celle de son avis n° 16-6, et considère que la revente, dans les conditions décrites par la partie saisissante, ne rentre pas dans le champ d'application des nouveaux articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce.

Au cas particulier, la CEPC opère comme elle l'avait fait dans son avis 16-6, en soulignant le caractère « accessoire » de la revente des produits alimentaires en l'état, à ceci près que dans le précédent avis, la revente apparaissait « comme un élément accessoire d'une prestation de service globale », alors que dans l'avis ici rapporté, la vente de prestations de restauration et de produits alimentaires ou boissons en l'état au sein du complexe cinématographique, par les exploitants de ceux-ci, constitue en principe « une activité accessoire à leur activité principale ». La CEPC reconnaît ainsi plus nettement l'existence de deux activités, tout en

prenant soin de souligner le caractère subordonné de l'activité accessoire à l'activité principale « destinée à une clientèle ayant acheté par ailleurs une place de cinéma ». C'est d'ailleurs aux conditions relevées en l'espèce, souligne-t-elle, que les exploitants de complexes cinématographiques ne sont pas des distributeurs ou des prestataires de services au sens des articles L. 441-3 et L. 441-4 du Code de commerce et n'ont donc pas à établir de convention annuelle ou pluriannuelle avec leurs fournisseurs de produits alimentaires ou de boissons, même dans le cas où ceux-ci sont revendus en l'état dans leurs établissements. L'enseignement est intéressant à prendre en compte dans d'autres univers. On songe par exemple à ce que l'on désigne parfois, dans le jargon opérationnel, sous le terme de « marchés spéciaux » (ex. réseau de stations-services exploités par les compagnies pétrolières, etc.).

En revanche et probablement pour confiner la portée de la solution ainsi donnée, la CEPC prend soin de préciser que la solution n'est pas transposable aux situations dans lesquelles la vente de prestations de restauration et de produits alimentaires ou boissons en l'état, serait effectuée non par l'exploitant du complexe cinématographique lui-même, mais par un tiers. En pareil cas, bien que l'activité de restauration et de revente en l'état soit intimement favorisée par l'implantation de l'exploitation tierce dans l'enceinte du complexe cinématographique, il conviendrait à notre avis de n'y voir, ni plus ni moins, qu'une activité tierce et/ou indépendante de celle de l'exploitant du complexe. Ce tiers et ses fournisseurs seront alors tenus d'établir une convention écrite dans le cadre des fournitures produits destinés à être revendus en l'état, sauf peut-être à considérer, par référence aux avis 13-01 et 16-6, que les reventes en l'état de produits alimentaires par le tiers apparaissent comme un élément accessoire d'une prestation de service globale. Une session de rattrapage en quelque sorte.

J.-M. Vertut

Paris, Pôle 5, ch. 7, 17 octobre 2019, n° 18/24456

Clauses restreignant la vente sur internet

En 2018 (décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018), l'Autorité de la concurrence condamnait la société Stihl et sa société mère pour avoir enfreint les dispositions des articles 101 du TFUE et 420-1 du Code de commerce en restreignant les ventes à distance sur internet depuis les sites des distributeurs agréés dans le cadre du réseau de distribution sélective entre 2006 et 2017. Elle infligeait une amende de 7 millions d'euros. Un deuxième grief avait été notifié à Stihl relatif à l'interdiction de vente sur les marketplaces, grief finalement non retenu par l'Autorité qui avait estimé que « l'interdiction de la commercialisation des produits par le biais de plateformes tierces constituait, dans les circonstances de l'espèce, une exigence légitime et non disproportionnée pour respecter les spécificités du réseau ».

La vente sur internet avait dans un premier temps été interdite par la marque à ses distributeurs. Puis, en 2014, le contrat avait été modifié et une clause introduite prévoyait que « les produits dits dangereux peuvent seulement être réservés en ligne. Ils doivent être payés et retirés dans votre magasin avec une mise en route préalable et une remise en mains propres avec instruction ». Le paiement en ligne fut ensuite autorisé dans la version du contrat de 2015.

Sans trop de surprise, la Cour confirme ici la restriction de concurrence par objet retenue par l'Autorité. « Le dispositif mis en œuvre de mars 2006 à septembre 2017 a eu pour objet de restreindre les ventes passives des membres du réseau de distribution sélective Stihl et le jeu de la concurrence dans le secteur de la distribution des produits d'entretien des espaces verts, bois et forêt, pour la période de 2006 à 2013 au cours de laquelle l'interdiction de vendre sur internet a été indifférenciée et absolue et pour la période postérieure à 2014, [le contrat ayant été modifié], au cours de laquelle le dispositif, bien qu'apte à atteindre l'objectif poursuivi de sécurisation du bon usage des produits, a excédé ce qui était nécessaire pour y parvenir ».

La Cour exclut ensuite le bénéfice de l'exemption issue du règlement n° 330/2010, la part de marché de Stihl étant de l'ordre de 18 %, exemption empêchée par l'existence d'une restriction caractérisée, la Cour rappelant la jurisprudence Pierre Fabre : « une clause contractuelle telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective ». Cette affaire, de par la nature même des produits, nous paraissait conduire à une discussion plus sérieuse sur le bénéfice de l'exemption individuelle. Le premier président de la Cour d'appel avait en effet ordonné le sursis à exécution de l'injonction de modifier la clause du contrat de distribution sélective et de publication de la décision de l'Autorité (Ord. 23 janvier 2019). En 2014, la décision Bang & Olufsen (Paris, 13 mars 2014) nous était apparue comme entrouvrant la