

FIDAL

AVOCATS

Bilan & perspectives

#7

Le bilan de l'actualité juridique en 2022 et les perspectives pour 2023

CONCURRENCE



DISTRIBUTION
CONSOMMATION



PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE



NUMÉRIQUE TECH
ET DONNÉES



DROIT ÉCONOMIQUE

Document élaboré par la Direction Technique Droit économique du cabinet Fidal

Concurrence - Distribution - Consommation : **Philippe Vanni**, Avocat associé, Directeur du Département Droit économique ; **Audrey Broche**, Juriste et **Anne-Cécile Martin**, Avocate associée et Maître de conférences en droit privé.

Propriété intellectuelle - Numérique Tech et données : **Laurence Dreyfuss Bechmann**, Avocate associée, Directrice du Département Droit économique et **Charles Suire**, Avocat.

2023 : un cap à tenir et des défis à relever !

En ce début d'année, les avocats du département Droit économique du cabinet Fidal ont le plaisir de vous adresser le bilan des évolutions marquantes de l'année écoulée afin de vous permettre de mieux apprécier les perspectives pour l'année à venir. L'année 2022 a été dense ; 2023 ne le sera pas moins !

Sans surprise, la régulation des marchés numériques a constitué le dénominateur commun de nos différentes spécialités, invitant à affermir encore nos approches transversales et pluridisciplinaires.

La liste des textes adoptés en 2022 est longue et on relèvera, parmi les plus emblématiques, le nouveau règlement d'exemption par catégorie des accord verticaux UE n° 2022/720, le *Digital Services Act* (DSA), le *Digital Markets Act* (DMA), le *Digital Governance Act* (DGA) et, en matière de cyber sécurité, la directive SRI 2. Les premières pierres à l'édifice ont donc été posées et il convient d'assurer désormais la mise en œuvre de ces nouveaux textes. A cet égard, 2023 sera une période clé pour, par exemple et selon les cas, mettre en conformité les accords en cours (règlement UE n° 2022/720 : jusqu'au 31 mai 2023) ou encore anticiper les conséquences de l'application à certaines plateformes du DMA (2 mai 2023) comme du DSA (17 fév. 2024). D'autant qu'en matière de numérique, l'élan ne devrait pas ralentir. Au contraire, l'instauration d'un cadre sécurisé de partage des données (DGA) devrait être prolongée par l'adoption d'une proposition de règlement fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès et de l'utilisation des données (« *Data Act* ») ainsi que par la création d'un espace européen des données de santé (« EHDS »). On relèvera également qu'une proposition de directive sur la responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle pourrait être adoptée, dans le sillage du travail de rédaction du règlement plus général sur l'IA dévoilé en 2021.

De façon non moins surprenante, mais quelque peu accélérée par le contexte de crise, tenir le cap en matière de numérique ne sera pas le seul enjeu de 2023. Il faudra aussi relever les défis portés par la crise énergétique, la pénurie de matières premières essentielles et plus largement la nécessité d'assurer une meilleure répartition de la valeur sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement agroalimentaire.

Le législateur français s'est déjà emparé du sujet et les suites du dispositif dit EGalim II – lequel promeut des mécanismes de répartition de valeur comme de renégociation – ne se feront pas attendre. Une proposition de loi visant à modifier le dispositif est en cours de discussion et, quoi qu'il en soit, depuis le 1er janvier 2023, l'obligation de contractualisation entre producteurs et premiers acheteurs est généralisée (sauf exceptions) et les contrats portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur et vendus sous marque de distributeur (MDD), en cours au 1^{er} janvier 2022, doivent être mis en conformité à l'article L. 441-7 du Code de commerce. De façon plus générale, la Commission européenne a annoncé dans son « programme de travail pour 2023 », une révision des règles relatives aux retards de paiement afin de réduire les charges pesant sur les PME en ces temps d'incertitude économique.

Il demeure qu'à côté de ces grands défis, les entreprises devront aussi s'atteler à d'autres grands chantiers juridiques. 2023 verra ainsi, notamment, le lancement officiel du brevet européen à effet unitaire et de la juridiction unifiée des brevets (1er juin 2023), la réforme du « Paquet dessins et modèles » et, sans doute, la réforme de notre droit français des contrats spéciaux.

Parce qu'il ne nous appartient pas de prédire l'avenir mais seulement de nous efforcer de le rendre plus lisible, nous vous adressons nos meilleurs vœux pour 2023 et formulons celui que cette 7^{ème} édition du « Bilan & Perspectives », vous accompagne au plus près de vos stratégies juridiques.

Les avocats du département Droit économique du cabinet Fidal

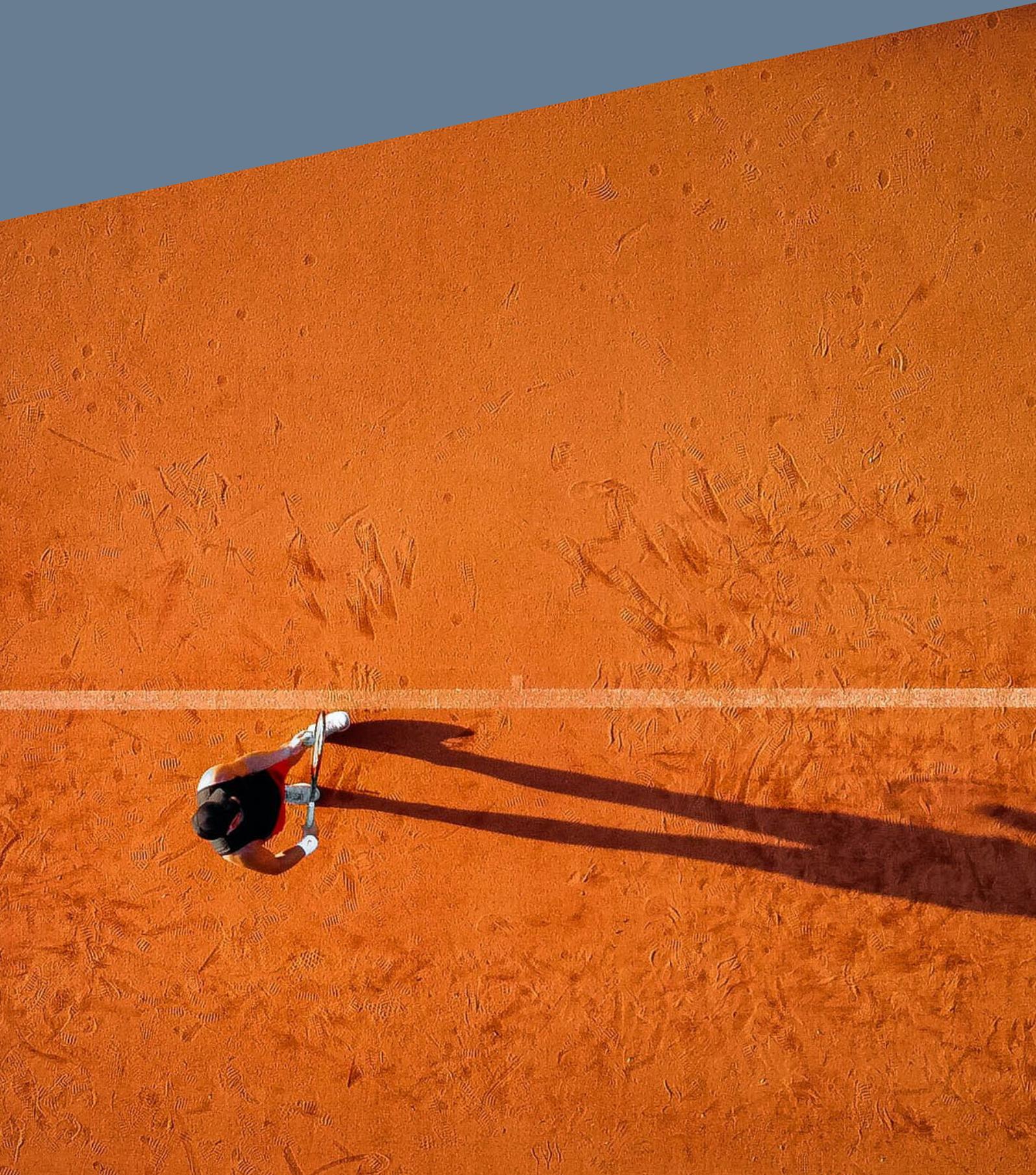
Au sommaire

| | |
|---|----|
| Concurrence..... | 4 |
| # Régulation des marchés numériques..... | 5 |
| # Programmes de conformité..... | 8 |
| # Aides d'Etat..... | 8 |
| # Concentrations..... | 9 |
| # Pratiques anticoncurrentielles..... | 10 |
| Abus de position dominante..... | 10 |
| Ententes..... | 12 |
| Sanctions, recours et procédures..... | 16 |
| # Transparence et pratiques déloyales entre professionnels..... | 20 |
| Contexte et réformes..... | 20 |
| Conditions générales de vente..... | 22 |
| Conventions écrites..... | 25 |
| Clause de renégociation..... | 27 |
| Délais de paiement et pénalités de retard..... | 27 |
| Pénalités logistiques..... | 28 |
| Avantage sans contrepartie..... | 29 |
| Déséquilibre significatif..... | 30 |
| Rupture brutale..... | 33 |
| Sanctions, recours et procédures..... | 36 |
| # Concurrence déloyale..... | 39 |
| Distribution - Consommation..... | 40 |
| # Contrats de distribution..... | 41 |
| Agence commerciale..... | 41 |
| Commission-affiliation..... | 44 |
| Franchise..... | 45 |
| Distribution exclusive..... | 47 |
| Distribution sélective..... | 48 |
| # Consommation..... | 50 |
| Réformes..... | 50 |
| Information des consommateurs..... | 52 |
| Pratiques commerciales interdites et réglementées..... | 53 |
| Formation et exécution des contrats..... | 55 |
| Clauses abusives..... | 56 |
| Démarchage téléphonique..... | 57 |
| Contrats hors établissement, contrats à distance..... | 57 |
| Conformité et sécurité des produits et services..... | 58 |
| Sanctions, recours et procédures..... | 60 |

| | |
|--|------------|
| Propriété intellectuelle..... | 61 |
| # Brevet | 62 |
| Réformes et actualités..... | 62 |
| Validité et titularité du brevet..... | 64 |
| Contrefaçon du brevet..... | 66 |
| # Marques et signes distinctifs | 67 |
| Réformes et actualités..... | 67 |
| Titularité et validité de la marque..... | 69 |
| Exploitation des droits..... | 72 |
| Contrefaçon et défense de la marque..... | 72 |
| # Dessins et modèles | 75 |
| Réformes et actualités..... | 75 |
| Validité et titularité du dessin ou modèle..... | 76 |
| Contrefaçon et défense des dessins et modèles..... | 79 |
| # Droit d'auteur | 80 |
| Réformes et actualités..... | 80 |
| Validité et titularité des droits d'auteur..... | 83 |
| Exploitation des droits d'auteur..... | 84 |
| Contrefaçon et défense des droits d'auteur..... | 86 |
| Numérique Tech et Données..... | 89 |
| # Intelligence artificielle | 90 |
| # Régulation d'Internet | 91 |
| # Signature électronique | 93 |
| # Contrats informatiques | 94 |
| # Preuve numérique | 96 |
| # Sécurité informatique | 97 |
| # Données | 99 |
| Contrôles et sanctions..... | 99 |
| Transfert hors UE..... | 101 |
| Données de connexion..... | 102 |
| # Index | 104 |



Concurrence





Régulation des marchés numériques

ENTRÉE EN VIGUEUR DES RÈGLEMENTS DIGITAL MARKETS ACT (DMA) ET DIGITAL SERVICES ACT (DSA) : LES POINTS CLÉS DE CES NOUVEAUX OUTILS DE RÉGULATION DE L'ESPACE NUMÉRIQUE EUROPÉEN

[DSA : Règlement \(UE\) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE \(règlement sur les services numériques\)](#)

[DMA : Règlement \(UE\) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives \(UE\) 2019/1937 et \(UE\) 2020/1828 \(règlement sur les marchés numériques\)](#)

Près de deux ans se sont écoulés depuis l'« ambitieuse » proposition de réforme de la Commission européenne, intervenue le 15 décembre 2020, visant à créer un espace numérique plus sûr pour les utilisateurs et des conditions de concurrence plus équitables pour les entreprises par l'adoption du « *Digital Services Act Package* », matérialisé par deux règlements européens portant, pour le premier, sur les services numériques et, pour le second, sur les marchés numériques.

Le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022, relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique dit « DMA » a été publié au JOUE le 12 octobre dernier ; quant au règlement sur les services numériques dit « DSA », il a été publié au JOUE du 27 octobre 2022. Ces publications marquent l'achèvement d'un long processus législatif et l'on y voit désormais plus clair sur le contenu et le calendrier d'application de ces deux textes.

Champ d'application et contenu des obligations

Il serait vain de présenter en quelques lignes le contenu de ces deux règlements qui comportent respectivement 54 articles pour le DMA et 93 pour le DSA, sans compter les considérants introductifs qui représentent, pour chacun des textes, un volume identique à celui des articles. Il est toutefois possible de faire un point sur leurs champs d'application et les principales obligations qu'ils instaurent.

S'agissant du « DMA », tout d'abord, son objectif, rappelé à l'article 1er, est de « contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, en établissant des règles harmonisées visant à garantir à toutes les entreprises la contestabilité et l'équité des marchés dans le secteur numérique de l'Union là où des contrôleurs d'accès sont présents, au profit des entreprises utilisatrices et des utilisateurs finaux ».

Il s'applique « aux services de plateformes essentiels fournis ou proposés par des contrôleurs d'accès à des entreprises utilisatrices établies dans l'Union ou à des utilisateurs finaux établis ou situés dans l'Union » et ce quel que soit « le lieu d'établissement ou de résidence des contrôleurs d'accès » et quel que soit « le droit par ailleurs applicable à la fourniture des services » (art. 1.2.).

Les services de plateforme essentiels sont listés à l'article 2.2 du règlement. Il s'agit : des services d'intermédiation en ligne ; des moteurs de recherche en ligne ; des services de réseaux sociaux en ligne ; des services de plateformes de partage de vidéos ; des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation ; des systèmes d'exploitation ; des navigateurs internet ; des assistants virtuels ; des services d'informatique en nuage ; des services de publicité en ligne, y compris tout réseau publicitaire, échange publicitaire et autre service d'intermédiation publicitaire, fourni par une entreprise qui met à disposition n'importe lesquels des autres services de plateforme essentiels énumérés précédemment. Quant aux contrôleurs d'accès, il s'agit (art. 3) d'entreprises :

- ayant un poids important sur le marché intérieur (art. 3.1 a), étant réputées comme telles : les entreprises qui dépassent des seuils en termes de chiffre d'affaires (CA annuel dans l'UE supérieur ou égal à 7,5 milliard d'euros au cours de chacun des trois derniers exercices) ou de capitalisation boursière moyenne ou de juste valeur marchande équivalente (au moins 75 milliards d'euros au cours du dernier exercice) et fournissent le même service essentiel dans au moins trois États membres (art. 3.2. a) ;



- fournissant un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux (art. 3.1 b), étant réputées comme telles : les entreprises qui, au cours du dernier exercice, ont compté au moins 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis ou situés dans l'Union et au moins 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union (art. 3.2 b) ;
- et jouissant d'une position solide et durable, dans leurs activités, ou qui, selon toute probabilité, jouiront d'une telle position dans un avenir proche (art. 3.1 c), étant réputées comme telles : les entreprises ayant atteint les seuils permettant de qualifier les services de plateforme essentiels qu'elles fournissent de point d'accès majeur (cf. ci-dessus) au cours de chacun des trois derniers exercices (art. 3.2 c).

Ces contrôleurs d'accès qui correspondent, à ce jour, à nos actuelles MAMAA (anciennes GAFAM) ont pour première obligation d'informer la Commission européenne sans tarder et, en tout état de cause, dans les deux mois qui suivent l'atteinte de ces seuils. Cette dernière dispose alors d'un délai de 45 jours pour adopter sa décision de désignation (art. 3).

On relèvera que la Commission peut également désigner en tant que contrôleur d'accès des entreprises qui ne sont pas réputées l'être, à défaut de dépasser chacun des seuils mentionnés à l'article 3.2., en tenant compte notamment de leur taille, de leurs activités et leur position, du nombre d'entreprises utilisatrices qui font appel à leurs services de plateforme essentiels pour atteindre des utilisateurs finals, des effets de réseaux et des avantages tirés des données, de la captivité des entreprises utilisatrices ou des utilisateurs finals, etc. Notons qu'elle peut mener une enquête de marché (art. 17) pour déterminer si un fournisseur de services de plateforme essentiels qui ne remplirait pas tous ces seuils pourrait être désigné en tant que contrôleur d'accès.

Une fois désignées en tant que contrôleur d'accès, sans préjudice d'ailleurs de la possibilité d'une réévaluation de ce statut (art. 4), ces entreprises sont tenues de respecter un certain nombre d'autres d'obligations ou d'interdictions afin d'éviter la limitation de la « contestabilité des marchés » (en d'autres termes d'éviter le verrouillage des marchés) ou la déloyauté. Sans aucune exhaustivité, on relèvera par exemple :

- l'interdiction d'empêcher « les entreprises utilisatrices de proposer les mêmes produits ou services aux utilisateurs finaux au moyen de services d'intermédiation en ligne tiers ou de leur propre canal de vente directe en ligne à des prix ou conditions différents de ceux qui sont proposés par les services d'intermédiation en ligne du contrôleur d'accès », ou « de communiquer et de promouvoir leurs offres gratuitement, y compris à des conditions différentes, auprès des utilisateurs finaux acquis grâce à son service de plateforme essentiel ou via d'autres canaux, et de conclure des contrats avec ces utilisateurs finaux, en utilisant ou non à cette fin les services de plateforme essentiels du contrôleur d'accès » (art. 5.3 et 5.4) ;
- l'obligation de « communiquer à chaque annonceur à qui il fournit des services de publicité en ligne (...) des informations gratuites relatives à chaque publicité mise en ligne (...) » (art. 5.9) ;
- l'interdiction d'utiliser « en concurrence avec les entreprises utilisatrices, les données, quelles qu'elles soient, qui ne sont pas accessibles au public, qui sont générées ou fournies par ces entreprises utilisatrices (...) » (art. 6.2) ;
- l'obligation d' « autoriser et permettre techniquement l'installation et l'utilisation effective d'applications logicielles ou de boutiques d'applications logicielles de tiers utilisant ou interagissant avec son système d'exploitation (...) » (art. 6.4) ;
- l'interdiction d'accorder « en matière de classement ainsi que pour l'indexation et l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même qu'aux services ou produits similaires d'un tiers » et l'obligation d'appliquer « des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires à ce classement » (art. 6.5) ;
- l'interdiction de disposer de « conditions générales de résiliation de la fourniture d'un service de plateforme essentiel qui soient disproportionnées » et l'obligation de veiller « à ce que les conditions de résiliation puissent être appliquées sans difficulté excessive » (art. 6.13) ;
- des obligations relatives à l'interopérabilité des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation (art. 7).

Le non-respect de ces obligations ou interdictions expose les contrôleurs d'accès à des amendes (art. 30) pouvant atteindre 1%, pour certains manquements, et 10%, pour d'autres, de leur chiffre d'affaires total réalisé au niveau mondial au cours de l'exercice précédent, voire 20 % en cas de répétition des agissements. Des astreintes (jusqu'à 5% du CA journalier moyen réalisé au niveau mondial au cours de l'exercice précédent par jour à compter de la date fixée par la décision de la Commission) peuvent également être prononcées (art. 31).



S'agissant du DSA, ensuite, son objectif, est de contribuer « au bon fonctionnement du marché intérieur des services intermédiaires en établissant des règles harmonisées pour un environnement en ligne sûr, prévisible et fiable qui facilite l'innovation et dans lequel les droits fondamentaux consacrés par la Charte, y compris le principe de protection des consommateurs, sont efficacement protégés » (art. 1).

Les objectifs sont donc nombreux même si, parmi les mesures clés annoncées, figure en premier lieu celle de responsabiliser les plateformes numériques et de lutter contre la diffusion de contenus ou de produits illicites.

Le règlement a vocation à s'appliquer aux services intermédiaires en ligne (art. 2) définis comme correspondant à l'un des services de la société d'information suivants : services de transport, de mise en cache ou d'hébergement (art. 3). Au sein de cette grande catégorie de services intermédiaires proposant des infrastructures de réseau (fournisseur d'accès internet et bureaux d'enregistrement de noms de domaine) figurent également les services d'hébergement (ex. services en nuage et d'hébergement en ligne) y compris les plateformes en ligne (ex. places de marché en ligne, boutique d'applications, plateforme de l'économie collaborative, réseaux sociaux) et les très grandes plateformes en ligne lesquelles présentent des risques particuliers et pour lesquelles des règles spécifiques sont prévues (cf. site Commission européenne, [Législation sur les services numériques](#)).

Les obligations et interdictions édictées par le règlement sont différentes selon la catégorie dans laquelle se situe l'entreprise et il est donc nécessaire de vérifier pour chacune d'entre elles quels sont les opérateurs concernés. Il est impossible de lister ici l'ensemble de ces obligations et interdictions. On relèvera, toutefois, certaines d'entre elles qui portent davantage sur la protection des utilisateurs au sens large, telles que par exemple :

- des obligations : de communication d'informations sur la transparence (art. 15) ; de transparence des systèmes de recommandation (art. 27) ; de transparence de la publicité en ligne pour les utilisateurs, (art. 26) ; de conférer un choix aux utilisateurs de ne pas avoir de recommandations fondées sur le profilage (art. 38) ;
- des interdictions : des interfaces trompeuses (« *dark patterns* ») et des pratiques visant à induire les utilisateurs en erreur (art. 25) ; des publicités ciblées destinées aux enfants et de celles fondées sur les caractéristiques particulières des utilisateurs (art. 26 et 28).

Un « coordinateur des services numériques » sera désigné par chaque Etat membre avec pour mission de contrôler le respect du DSA dans l'Etat et de recevoir les éventuelles plaintes (art. 49 et suivants). La Commission sera chargée de la surveillance des très grandes plateformes en ligne et des très grands moteurs de recherche (art. 56).

En cas de non-respect du DSA, des amendes pourront être prononcées à l'encontre des fournisseurs de services intermédiaires par les coordinateurs des services numériques (art. 51) ou à l'encontre des très grandes plateformes en ligne et très grands moteurs de recherche en ligne par la Commission (art. 74). Ces amendes pourront aller jusqu'à 6% du chiffre d'affaires mondial annuel réalisé par le fournisseur concerné au cours de l'exercice précédent (art. 52 et 74) sauf s'agissant de certains manquements pour lesquels un plafond plus bas est fixé (art. 52 et 74).

Calendrier d'application

Le règlement DMA entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au JOUE. Il est applicable à partir du 2 mai 2023 sauf application anticipée de certains articles dès le 1^{er} novembre 2022 (dont par exemple l'article 47 prévoyant la possibilité pour la Commission d'adopter des lignes directrices sur tout aspect du règlement) ou au contraire retardée au 25 juin 2023 pour d'autres (art. 54 du DMA).

Le règlement DSA entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au JOUE. Il est applicable à partir du 17 février 2024 sauf application anticipée de certains articles (dont par exemple la section 6 du Chapitre IV conférant à la Commission le pouvoir d'adopter des actes délégués) applicables à partir du 16 novembre 2022 (art. 93 du DSA).

Les entreprises doivent dès à présent anticiper l'application de ces nouveaux textes pour auditer en conséquence leurs relations commerciales sur ces marchés numériques.



Programmes de conformité

NOUVEAU DOCUMENT-CADRE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

[Autorité de la concurrence, Document-cadre du 24 mai 2022 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence](#)

[Et son communiqué de presse, 24 mai 2022](#)

À la suite de la consultation publique lancée en octobre 2021 sur un nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, l'Autorité de la concurrence a publié, le 24 mai 2022, la version définitive du nouveau texte « donnant à tous les acteurs des points de repère sur les objectifs, la définition et la mise en œuvre de ces programmes ». Elle y met à la disposition des acteurs économiques une série de principes directeurs permettant de contribuer à l'efficacité de ces programmes.

Le document comprend trois parties respectivement dédiées aux bénéficiaires des programmes de conformité, aux conditions et critères qui doivent, selon l'Autorité, être remplis afin de garantir leur efficacité et au rôle que peuvent jouer les différents acteurs de la conformité qui contribuent à sa réussite générale. Des ressources additionnelles sont par ailleurs présentées dans la dernière partie du document-cadre.

Mettre en œuvre ces programmes de conformité en tenant compte des préconisations de ce nouveau document-cadre.

Aides d'Etat

CRISE UKRAINIENNE ET AIDES D'ETAT

[Déclaration de la Commission européenne, 23 mars 2022](#)

[Communication de la Commission C\(2022\) 1890 final, 23 mars 2022](#)

[Communiqué de presse, Commission européenne, 7 avril 2022](#)

[Communiqué de presse, Commission européenne, 20 juillet 2022](#)

[Communiqué de presse, Commission européenne, 28 octobre 2022](#)

[Communication de la Commission, 2022/C 426/01, 28 octobre 2022](#)

[Décret n° 2022-423 du 25 mars 2022 relatif à l'aide exceptionnelle à l'acquisition de carburants modifié par le décret n° 2022-550 du 14 avril 2022, le décret n° 2022-1042 du 23 juillet 2022, et le décret n° 2022-1355 du 25 octobre 2022](#)

Le 23 mars 2022, la Commission européenne a adopté un encadrement temporaire en matière d'aides d'Etat, afin de soutenir l'économie dans un contexte de crise ukrainienne, prévoyant trois types d'aides : des « montants d'aide limités » ; un soutien à la liquidité « sous forme de garanties » ou « sous la forme de prêts bonifiés » ; des « aides destinées à couvrir les surcoûts dus à une augmentation exceptionnellement importante des prix du gaz naturel et de l'électricité ». Le 7 avril 2022, la Commission a d'ailleurs autorisé un régime français de soutien de trésorerie en faveur des entreprises sur la base de cet encadrement temporaire (CP Commission européenne, 7 avril 2022). L'encadrement temporaire de crise adopté par la Commission européenne a été modifié le 20 juillet 2022 puis le 28 octobre 2022. Ces modifications ont, notamment, étendu les mesures adoptées en mars en prévoyant des types d'aides supplémentaires, relevé les plafonds fixés pour des montants d'aide limités, et clarifié les critères d'évaluation des mesures de soutien à la recapitalisation. Toutes les mesures prévues par l'encadrement temporaire de crise ont été prolongées jusqu'au 31 décembre 2023 par la communication de la Commission en date du 28 octobre 2022.



Par un décret du 25 mars 2022, le Gouvernement français a mis en place une aide exceptionnelle à l'acquisition de carburants ayant pour objet d'assurer, par le versement d'une aide budgétaire, une baisse de 15 centimes d'euro par litre du prix des carburants hors taxes au bénéfice de l'ensemble des consommateurs en France métropolitaine, dans le département de Mayotte, en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à La Réunion. Cette mesure a été prolongée jusqu'au 31 août 2022 par le décret n° 2022-1042 du 23 juillet 2022. La mesure a été modifiée par le décret n°2022-1355 du 25 octobre 2022 qui prévoit la mise en place d'une aide exceptionnelle à l'acquisition de carburants d'un montant de 25 centimes d'euro hors taxe du 1er septembre au 15 novembre 2022 et d'une aide d'un montant de 8,33 centimes d'euro hors taxe du 16 novembre au 31 décembre 2022.

Suivre avec vigilance les dispositifs exceptionnels mis en place en réponse à une situation de crise ainsi que leurs évolutions.

Concentrations

RÉVISION EN COURS DU RÈGLEMENT D'APPLICATION SUR LES CONCENTRATIONS ET DE LA COMMUNICATION RELATIVE À UNE PROCÉDURE SIMPLIFIÉE

[Communiqué de presse, Commission européenne, 6 mai 2022](#)

La Commission européenne a publié des projets révisés de règlement d'application sur les concentrations et de communication relative à une procédure simplifiée à l'occasion du lancement d'une consultation publique au printemps 2022.

Cette révision vise en substance à « cibler et (...) simplifier la procédure d'examen des concentrations de la Commission pour les affaires peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence qui sont traitées selon la procédure simplifiée » ainsi qu'à « concentrer les ressources sur les affaires les plus complexes et les plus pertinentes ». L'objectif de la Commission est que les nouvelles règles soient en place en 2023.

Être attentif à la révision en 2023 des règles applicables en matière de contrôle des opérations de concentration.

SANCTION DU « GUN-JUMPING » ET DE L'ABSENCE DE NOTIFICATION

[Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-10 du 12 avril 2022 relative à la situation de la société Compagnie Financière Européenne de Prises de Participation au regard de l'article L. 430-8 du code de commerce](#)
[Et son Communiqué de presse, 12 avril 2019](#)
[CJUE, 18 mai 2022, affaire T-609/19](#)

Dans une première affaire, l'Autorité de la concurrence a sanctionné, pour la première fois dans la même décision, une société pour la réalisation sans notification et la réalisation avant autorisation d'une opération de prise de contrôle (« *gun-jumping* »), notifiée postérieurement à sa réalisation.

Relevant que « le I de l'article L. 430-8 du Code de commerce prévoit une obligation de faire, qui est instantanée, alors que le II du même article prévoit une obligation de ne pas faire, qui est continue », l'Autorité considère que « les obligations de notifier une opération, d'une part, et de ne pas procéder à sa réalisation avant autorisation, d'autre part, constituent deux obligations distinctes, qui poursuivent des objectifs autonomes ». Par conséquent, elle considère que deux amendes distinctes s'imposent en cas de méconnaissance des deux obligations prévues aux I et II de l'article L. 430-8 du Code de commerce. Elle sanctionne, en conséquence, la société à hauteur de 7 millions d'euros.



Dans une seconde affaire, la Cour de justice de l'Union européenne rejette le recours d'une société qui s'était vu infliger une amende de 28 millions d'euros par la Commission pour la réalisation sans notification et avant autorisation d'une opération de prise de contrôle réalisée en deux étapes. Après avoir indiqué que « le contrôle de la Commission, pour être effectif, doit être réalisé non seulement avant l'acquisition du contrôle, mais également avant la réalisation, même partielle, de la concentration », la Cour considère, en l'espèce, que l'opération provisoire, impliquant une structure de portage, réalisée par le demandeur constituait un élément d'une opération plus complexe et devait être qualifiée de réalisation partielle de la concentration. Elle approuve, en conséquence, la Commission d'avoir sanctionné l'opération réalisée sans notification et avant autorisation.

Auditer soigneusement le calendrier projeté des opérations de concentration pour éviter toute mise en œuvre anticipée.

Pratiques anticoncurrentielles

Abus de position dominante

PRATIQUES DES OPÉRATEURS DU MARCHÉ DU NUMÉRIQUE

[Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet, 16 juin 2022](#)

[Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-13 du 21 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la presse](#)

[Communiqué de presse, Commission européenne, 2 mai 2022](#)

Dans une première affaire, (16 juin 2022), l'Autorité de la concurrence a accepté les engagements proposés par Meta portant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne. À la suite d'une saisine par un acteur du secteur de la publicité en ligne, les services d'instruction de l'Autorité avaient identifié des pratiques mises en œuvre par Meta de nature à faire naître des préoccupations de concurrence sur « un marché français de la publicité en ligne ». En réponse à ces préoccupations, Meta a proposé trois séries d'engagements visant à « garantir aux prestataires de services publicitaires la possibilité de développer leur activité et les campagnes publicitaires de leurs clients selon le modèle de leur choix, dans des conditions qui ne sont pas de nature à impacter négativement la concurrence entre Meta et ces prestataires ».

Dans une deuxième affaire (21 juin 2022) dans le secteur de la presse (« droits voisins »), l'Autorité de la concurrence a accepté les engagements de Google « créant un cadre de négociation et de partage des informations nécessaires à une évaluation transparente de la rémunération des droits voisins » et les a rendus obligatoires.

Dans une troisième affaire (2 mai 2022), la Commission européenne a adressé une communication des griefs à Apple concernant des pratiques se rapportant à sa solution de paiement sans contact en magasin au moyen d'appareils mobiles - Apple Pay - qu'elle a estimées constitutives d'un abus de position dominante sur le marché des portefeuilles mobiles sur les appareils iOS. En particulier, la Commission reprochait à Apple de limiter l'accès aux matériels et à la technologie nécessaires au développement de solutions de portefeuille mobile concurrentes au profit de sa solution propriétaire, Apple Pay.

Considérer avec attention le traitement par le droit de la concurrence des pratiques des opérateurs du numérique et son articulation à venir avec les nouveaux instruments de régulation adoptés (V. supra DMA et DSA).



UTILISATION DES DONNÉES ISSUES DE FICHIERS CLIENTS

[Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-06 du 22 février 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité](#)

Par une décision du 22 février 2022, l'Autorité de la concurrence a sanctionné à hauteur de 300 millions d'euros un fournisseur d'énergie et plusieurs de ses filiales pour avoir abusivement exploité des moyens dont il dispose grâce à son statut d'opérateur chargé de la mission de fourniture d'électricité au tarif réglementé de vente (« TRV ») en utilisant les données issues de ses fichiers clients au TRV « dans une mesure excédant les seuls besoins liés à la gestion et au suivi de ces contrats » (art. L. 420-2 C. com. et 102 TFUE).

L'utilisation de ces moyens, non reproductibles par ses concurrents « dans des conditions de coûts et de délais raisonnables », a permis au fournisseur d'énergie de maintenir sa position sur les marchés de la fourniture au détail d'électricité et de renforcer sa position sur les marchés connexes de la fourniture de gaz et de services énergétiques.

Vérifier l'utilisation faites des données issues de fichiers clients qui peut, dans certaines circonstances, caractériser un abus de position dominante.

RECOURS À UNE ARGUMENTATION JURIDIQUE ERRONÉE ET À DES PROPOS DÉNIGRANTS

[Cour de cassation, chambre commerciale, 1er juin 2022, n° 19-20.999](#)

L'Autorité de la concurrence avait sanctionné pour abus de position dominante une entreprise pharmaceutique et sa société mère pour avoir empêché puis limité le développement de médicaments génériques, concurrents de son médicament princeps, par une intervention juridiquement infondée auprès de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé et par la mise en œuvre, une fois ces autorisations accordées, d'un discours dénigrant auprès de professionnels de santé (ADLC, 20 déc. 2017, déc. n° 17-D-25 ; CA Paris, 11 juill. 2019, n° 18/01945).

Rejetant l'ensemble des moyens formulés par l'entreprise pharmaceutique, la Cour de cassation confirme le caractère abusif du comportement consistant à retarder l'entrée sur le marché de médicaments génériques par le recours à une argumentation juridique erronée et à des propos dénigrants.

Considérer avec attention les argumentations et propos portant sur les produits de concurrents lesquels peuvent, dans certains cas, caractériser un comportement abusif.

MISE EN ŒUVRE D'UNE POLITIQUE DISCRIMINATOIRE VISANT À ENTRAVER LE DÉVELOPPEMENT DE LA VENTE EN LIGNE

[Autorité de la concurrence, décision n° 22-D-16 du 6 octobre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des verres optiques](#)

Par une décision en date du 6 octobre 2022, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une société du secteur des verres optiques et sa société mère à hauteur de 81 millions d'euros pour pratiques commerciales discriminatoires. Ont notamment été visées par l'Autorité des pratiques tenant à la restriction des livraisons de verres de marque, à l'interdiction faite aux sites de vente en ligne d'utiliser ses marques et logos et de communiquer sur l'origine des verres ainsi qu'à la limitation des garanties vis-à-vis des opérateurs en ligne.

À défaut d'élément permettant de considérer que ces restrictions étaient justifiées par les différences existant entre les opticiens exerçant leur activité dans les magasins physiques et ceux l'exerçant en ligne, l'Autorité a considéré que la société sanctionnée avait « abusé de sa position dominante en mettant en œuvre une politique commerciale discriminatoire visant à entraver le développement » en France de la vente en ligne de verres correcteurs.



Apprécier la licéité des restrictions, directes ou indirectes, de vente en ligne au regard de l'encadrement des pratiques discriminatoires (v. également ententes : cf. infra).

Ententes

CRISE UKRAINIENNE ET COOPÉRATION INTERENTREPRISES

Déclaration du REC, 21 mars 2022

Dans une déclaration du 21 mars 2022, le Réseau européen de la concurrence (REC) a précisé qu'il n'interviendrait pas activement contre des mesures de coopération strictement nécessaires et temporaires mises en place entre entreprises afin d'éviter de graves perturbations dues aux conséquences de la guerre et/ou des sanctions prises dans le marché intérieur. Il invite à cet égard les entreprises qui auraient des doutes sur la compatibilité de telles initiatives de coopérations interentreprises avec le droit européen de la concurrence, à prendre contact avec la Commission, l'autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ou les autorités nationales de concurrence.

Suivre avec vigilance les dispositifs exceptionnels mis en place en réponse à une situation de crise ainsi que leurs évolutions.

EXEMPTION PAR CATÉGORIE DES ACCORDS VERTICAUX : LE RÈGLEMENT (UE) 330/2010 EST MORT, VIVE LE RÈGLEMENT (UE) 2022/720 !

Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

Lignes directrices sur les restrictions verticales (2022/C 248/01)

Note explicative sur le nouveau règlement d'exemption par catégorie et les nouvelles lignes directrices l'accompagnant

Communiqué de presse, Commission européenne, 10 mai 2022

Le nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux a été adopté le 10 mai 2022.

Succédant au Règlement UE n° 330/2010, qui a expiré le 31 mai 2022, il constitue, depuis le 1^{er} juin 2022, le nouveau cadre de l'autoévaluation de la conformité au droit de la concurrence des accords verticaux, c'est-à-dire : des accords conclus entre des entreprises qui n'opèrent pas à un même stade sur le marché et donc, en substance des « accords relatifs à la fourniture et à la distribution de biens et de services » (v. note explicative).

Ce règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent constituent pour les entreprises un guide d'analyse précieux. En effet, lorsque leurs accords verticaux réunissent les conditions, ils bénéficient d'une « sphère de sécurité » qui leur permet d'être présumés réunir les conditions de l'article 101§3 du TFUE et, par voie de conséquence, d'échapper à l'application de l'article 101§1 du TFUE qui sanctionne les ententes anticoncurrentielles.

Le nouveau texte adopté le 10 mai 2022 renouvelle le cadre de l'analyse pour tenir compte, notamment, des évolutions de marché, spécialement en matière numérique. Il est impossible de dresser en quelques lignes un tableau exhaustif des modifications qu'il emporte (v. *infra* dispositions concernant spécialement les formules de distribution exclusive, distribution sélective et franchise). On se contentera donc, d'en relever les plus emblématiques qui portent sur le traitement des situations de « double distribution », les plateformes et les ventes en ligne dans les réseaux de distribution.



1. La double distribution

La double distribution désigne des situations dans lesquelles un fournisseur vend des biens ou des services non seulement en amont, mais aussi sur le marché en aval sur lequel il concurrence ainsi ses distributeurs indépendants.

En principe de tels accords entre concurrents devraient relever des seules règles applicables en matière d'accords de coopération horizontale. Ils peuvent toutefois être couverts par le règlement d'exemption applicable aux accords verticaux à condition notamment qu'il s'agisse d'accords verticaux non-réciproques (définis par les lignes directrices comme, « en particulier », ceux dans lesquels « l'acheteur des biens ou services contractuels ne fournit pas également des biens ou services concurrents au fournisseur », LD, point 93).

Si l'admission d'une telle exception – et donc l'application du règlement – avait été initialement limitée, dans le projet de règlement publié au mois de juillet 2021, par des conditions supplémentaires en termes de seuil de parts de marché, la version définitive du nouveau règlement ne fait plus référence à de telles conditions.

La possibilité, à titre d'exception, d'une exemption pour les accords verticaux entre concurrents non-réciproques demeure donc sans condition de seuil supplémentaire (art. 2. 4)).

Toutefois, le nouveau règlement précise (art. 2. 5)), à propos des échanges d'informations entre fournisseurs et distributeurs, dans un tel scénario de double-distribution, que l'exemption ne s'applique que si l'échange d'information « est à la fois :

- directement lié à la mise en œuvre de l'accord vertical
- et nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens et services contractuels » (considérant 14 du règlement).

En revanche, les plateformes (cf. *infra*) qui remplissent une fonction dite « hybride » sont, quant à elles, exclues de la possibilité de bénéficier de cette exception.

2. Les plateformes

Acteurs incontournables du marché numérique, les entreprises « actives dans l'économie des plateformes en ligne » qui offrent des services d'intermédiation en ligne – couramment dénommées de façon générique « plateformes » – font leur entrée dans le nouveau règlement.

Définies comme les entreprises qui fournissent des services d'intermédiation en ligne, c'est-à-dire qui « permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services à d'autres entreprises ou à des consommateurs finals en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre les entreprises ou entre les entreprises et les consommateurs finals » (considérant 10 du règlement), elles sont qualifiées de fournisseurs (art. premier, 1. d)) au sens du règlement.

Les accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne qu'elles concluent avec leurs « acheteurs » sont, quant à eux, qualifiés d'accords verticaux, ce dont il résulte qu'ils devraient, en principe, pouvoir bénéficier de l'exemption par catégorie sous réserve du respect des conditions édictées par le règlement.

Le règlement prévoit, à ce titre, une nouvelle restriction de concurrence exclue du bénéfice de l'exemption (c'est-à-dire dont la stipulation emporte, en principe (cf. sauf « restrictions exclues indissociables », LD, point 7), non pas la perte du bénéfice de l'exemption de l'accord en son entier mais de la seule stipulation concernée : art. 5 du règlement). Cela concerne les obligations de parité interplateformes sur le marché de détail, à savoir toute obligation « directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents ». Les lignes directrices précisent, notamment, que ces conditions peuvent porter « sur les prix, le stock, la disponibilité ou toute autre condition d'offre ou de vente » (LD, point 253).

Plus radicalement, comme déjà souligné (cf. *supra*), le règlement exclut toute possibilité, pour un accord vertical relatif à la prestation de services d'intermédiation en ligne, de bénéficier de l'exemption dans un scénario de double distribution, c'est-à-dire : lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est également une



entreprise concurrente sur le marché en cause pour les biens ou services objet de l'intermédiation, en d'autres termes lorsque la plateforme remplit une fonction dite « hybride ». Cette exclusion est justifiée par le fait que de telles plateformes dites « hybrides » « peuvent être en mesure d'influencer l'issue du processus concurrentiel sur le marché en cause de la vente des biens ou services objet de l'intermédiation et avoir intérêt à le faire » (considérant 14 du règlement).

3. Les ventes en ligne

Alors qu'en 2010, la Commission s'était refusée à traiter la question de l'encadrement des ventes en ligne directement dans le règlement pour se limiter à l'envisager dans les lignes directrices qui l'accompagnent (lesquelles, quoi que constituant un guide d'analyse utile, sont dénuées de portée normative), le nouveau Règlement UE 2022/720 envisage, cette fois, la question.

L'article 4 e) du règlement vise ainsi désormais en tant que restriction caractérisée de concurrence, faisant perdre le bénéfice de l'exemption à l'accord vertical en son entier, la stipulation ayant pour objet « d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels, étant donné que cela restreint le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, les biens ou les services contractuels peuvent être vendus (...) sans préjudice de la possibilité d'imposer à l'acheteur :

- I. d'autres restrictions des ventes en ligne ; ou
- II. des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne ».

Cette nouvelle restriction caractérisée vient entériner un mouvement jurisprudentiel désormais bien établi aux termes duquel le principe de l'interdiction d'interdire de manière absolue l'utilisation d'internet par des revendeurs indépendants est tempéré par la possibilité pour le fournisseur de prévoir un certain nombre de stipulations destinées à en encadrer l'utilisation.

On relèvera à cet égard dans les nouvelles lignes directrices :

- la suppression de la qualification de restriction caractérisée, *per se*, de certaines mesures indirectes de restriction (ex. double prix ; défaut d'équivalence globale entre les critères imposés pour la vente en ligne et hors ligne en matière de distribution sélective) ;
- la consécration de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16 Coty) admettant la possibilité d'interdire aux distributeurs de vendre en ligne via des plateformes tierces,

dans ces deux cas encore, à condition que de telles pratiques ou interdictions n'aient pas pour objet d'empêcher une utilisation effective d'internet.

La Commission relève à cet égard que les ventes en ligne se sont érigées en un « canal de vente performant » justifiant un allègement des protections (cf. note explicative). Les entreprises veilleront toutefois à maintenir une vigilance soutenue dans l'autoévaluation de leurs pratiques en matière de ventes en ligne, laquelle sera moins facile à défaut d'un cadre strict permettant d'identifier clairement ce qu'il est possible et impossible de faire.

Le nouveau règlement (UE) 2022/720 est entré en vigueur le 1^{er} juin 2022 et est immédiatement applicable à tous les nouveaux accords conclus à partir de cette date. Une période transitoire d'un an est toutefois prévue pour permettre aux entreprises de se mettre en conformité s'agissant des accords déjà en vigueur au 31 mai 2022 et qui ne remplissent pas les nouvelles conditions d'exemption prévues mais satisfont à celles qui sont prévues dans le règlement (UE) n° 330/2010.

Auditer les anciens contrats de distribution et rédiger les nouveaux à l'aune de ces nouveaux textes qui constituent le cadre d'analyse des accords verticaux pour les douze prochaines années.

EXEMPTION PAR CATÉGORIE APPLICABLE AU SECTEUR AUTOMOBILE : FIN DE LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR LA RÉVISION DU RÈGLEMENT (UE) N° 461/2010 (RECSA)

Communiqué de presse, Commission européenne, 6 juillet 2022



Le 6 juillet 2022, la Commission européenne a lancé une consultation publique sur ses projets de propositions concernant l'avenir du régime prévu par le règlement d'exemption par catégorie applicable au secteur automobile (RECSA). Les parties intéressées ont été invitées à présenter leurs observations sur ce projet pour le 30 septembre 2022.

La Commission européenne propose de prolonger le règlement pour une durée de 5 ans sans aucune autre modification que celle de son champ d'application temporel. Le projet de lignes directrices révisées comporte deux modifications, à savoir : l'ajout des données générées par les véhicules parmi les intrants essentiels auxquels les opérateurs doivent avoir accès et la mise à jour des références juridiques qui y figurent. Les textes définitifs devraient entrer en vigueur le 1^{er} juin 2023.

Être attentif à l'adoption du règlement RECSA révisé, en matière de distribution automobile.

COOPÉRATION HORIZONTALE DES ENTREPRISES : PUBLICATION DES PROJETS DE RÈGLEMENTS D'EXEMPTION ET DES LIGNES DIRECTRICES RÉVISÉS

[Communiqué de presse, Commission européenne, 1er mars 2022, IP/22/1371](#)

La Commission européenne a publié, le 1^{er} mars 2022, les projets de règlements d'exemption par catégorie révisés relatifs aux accords de recherche et développement (« REC applicable à la R&D ») et aux accords de spécialisation (« REC applicable aux accords de spécialisation ») ainsi que les lignes directrices révisées sur les accords de coopération horizontale qui les accompagnent.

Les actuels règlements d'exemption expirent le 31 décembre 2022. Pour mémoire, ces règlements créent une « zone de sécurité » pour certaines catégories d'accords de R&D et de spécialisation qui, en remplissant certaines conditions, se voient exemptés de l'application de l'article 101 § 1 du TFUE sur les ententes. Clarifiant ainsi les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent coopérer avec des concurrents, ces règlements et les lignes directrices qui les accompagnent constituent un véritable « guide d'analyse » permettant l'autoévaluation des pratiques. La coopération horizontale favorable à la concurrence sous la forme d'accords de R&D et d'accords de spécialisation exemptés s'est par ailleurs révélée « essentielle pour la transition numérique et écologique » ainsi que favorable « à la résilience du marché intérieur » (cf. Note explicative).

Les propositions de règlements et lignes directrices révisés visent à remédier à certains problèmes identifiés lors de la phase d'évaluation de ces textes début 2021, tels que leur inadéquation aux transformations économiques et sociétales des dix dernières années – notamment le passage au numérique et la poursuite d'objectifs de durabilité – ainsi que leur rigidité et complexité et leur manque de clarté rendant leur interprétation difficile aux entreprises. Ils visent également à « permettre plus facilement aux entreprises de coopérer » dans le cadre des accords de R&D ou de spécialisation et à « simplifier la surveillance administrative » exercée par la Commission, les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales (cf. Note explicative).

Sans dresser un tableau exhaustif des modifications opérées par les propositions publiées, on relèvera simplement à ce stade, quelques principales modifications qui intéresseront les entreprises.

S'agissant des projets de règlements, il convient de noter dès à présent :

- de manière générale : l'ajout de nouvelles définitions (ex. « nouveau produit ou nouvelle technologie », « entreprise concurrente en matière d'innovation », « pôle de R&D concurrent », « entreprise non concurrente »), la clarification de certaines existantes (ex. « accord de spécialisation unilatérale », « concurrent potentiel », « obligation d'achat exclusif ») et la mise à jour de la base de calcul des parts de marché à retenir,
- s'agissant spécialement du projet de règlement applicable à la R&D, l'adaptation du règlement aux accords pour le développement de nouveaux produits, technologies et procédés et pour les efforts de R&D visant principalement un but ou un objectif spécifique pour lesquels l'exemption s'applique pendant la durée des travaux de R&D si, au moment de la conclusion de l'accord de R&D, trois efforts concurrents de R & D ou plus s'ajoutent à, et sont comparables à, ceux des parties à l'accord de R&D ;
- s'agissant spécialement du projet de règlement applicable aux accords de spécialisation, l'extension de la définition des accords de spécialisation unilatérale afin de couvrir plus de deux parties.



S'agissant du projet de lignes directrices révisées, on relèvera notamment :

- leur restructuration ainsi que des orientations supplémentaires notamment sur des concepts clés (ex. entreprise, association d'entreprises, pratique concertée) et sur les restrictions par objet et par effet, afin notamment de tenir compte de la jurisprudence récente en la matière ;
- quelques adaptations et précisions concernant les accords d'achats groupés ;
- s'agissant des accords de commercialisation, l'ajout d'orientations sur les règles spécifiques en matière de produits agricoles et sur les risques de limitation de la production dans de tels accords ;
- une nouvelle structure de la partie relative aux échanges d'informations afin de faciliter l'autoévaluation et des orientations supplémentaires, notamment sur les différents types de partage de données et sur des concepts tels que les « informations/données réellement publiques » ou l'agrégation des informations/données, ainsi qu'une identification des informations commercialement sensibles ;
- la proposition de davantage de flexibilité dans l'analyse des effets en matière d'accords de normalisation ;
- l'ajout d'un nouveau chapitre relatif aux accords de durabilité définissant de tels accords et expliquant dans quels cas ils peuvent bénéficier de l'exemption à l'article 101§1 TFUE, avec notamment une attention particulière aux accords fixant des normes de durabilité.

Anticiper et tenir compte de l'évolution du cadre d'évaluation des accords de coopération horizontale.

Sanctions, recours et procédures

NOTIFICATION DE GRIEFS DANS LE CADRE DE LA COOPÉRATION ENTRE AUTORITÉS DE CONCURRENCE : PROCÉDURE APPLICABLE DEVANT LA COUR D'APPEL DE PARIS SAISIE D'UN RECOURS RELATIF À LA VALIDITÉ DE LA NOTIFICATION

[Décret n° 2022-1563 du 12 décembre 2022 relatif au contentieux des notifications effectuées en application du IV de l'article L. 462-9-1 du code de commerce](#)

[Décret n° 2022-1566 du 12 décembre 2022 attribuant compétence à la cour d'appel de Paris pour connaître du contentieux des notifications effectuées en application du IV de l'article L. 462-9-1 du code de commerce](#)

Pour mémoire, la coopération entre autorités de concurrence avait été renforcée à l'occasion de l'adoption de l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 réalisant la transposition de la directive dite ECN+.

Avait ainsi été introduit dans le code de commerce un article L. 462-9-1, prévoyant en son IV, que l'Autorité de la concurrence peut, à la requête et au nom d'une autorité d'un autre Etat membre exerçant des compétences analogues, notifier au destinataire :

- tous griefs préliminaires relatifs à une procédure engagée pour l'application de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et toutes décisions appliquant ces articles ;
- tout autre acte de procédure, adopté dans le cadre de l'application de ces mêmes articles, dont la notification est nécessaire en application des règles du droit national de l'autorité requérante ;
- tout autre document pertinent lié à l'application de ces mêmes articles, y compris les documents relatifs à l'exécution des décisions infligeant une sanction pécuniaire ou une astreinte.

Deux décrets du 12 décembre 2022 viennent attribuer compétence à la cour d'appel de Paris pour connaître des recours relatifs à la validité de la notification par l'Autorité de la concurrence des actes mentionnés au IV de l'article L. 462-9-1 du Code de commerce (D. n° 2022-1566) et préciser la procédure applicable devant cette dernière (D. n° 2022-1563).

Connaître la procédure applicable en cas de contestation d'une notification de griefs émise en application de l'article L. 462-9-1, IV du Code de commerce.



PROGRAMMES DE CLÉMENCE : PUBLICATION D'ORIENTATIONS SOUS LA FORME DE FAQ

[Commission européenne, communication, Frequently Asked Questions \(FAQs\) on Leniency, 25 octobre 2022 \(en anglais\) et son communiqué de presse](#)

La Commission européenne a publié au mois d'octobre 2022 des orientations, présentées sous la forme de « Questions – réponses », afin de « faciliter les demandes de clémence en assurant davantage de transparence, de prévisibilité et d'accessibilité aux potentielles entreprises sollicitant la clémence ».

Ces orientations comprennent des précisions sur l'application de la Communication sur la clémence, et précisent les modalités pratiques concernant la mise en œuvre du programme. Elles indiquent également « l'intention de la Commission d'examiner des demandes de clémence sur une base « anonyme », sans devoir divulguer le secteur, les parties prenantes ou toute autre information permettant d'identifier l'entente potentielle » afin de permettre « aux potentielles entreprises sollicitant la clémence de déterminer si le comportement en cause est susceptible d'être considéré comme une entente secrète et si le fait d'en faire part à la Commission leur permettrait de bénéficier du programme ».

Connaître et prendre en compte ces orientations en cas de recours envisagé à la procédure de clémence.

PRÉCISION DU PRINCIPE *NE BIS IN IDEM* PAR LA CJUE

[CJUE, 22 mars 2022, affaire C-117/20](#)

Par un arrêt en date du 22 mars 2022, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les contours du principe *ne bis in idem* et considéré que l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lu en combinaison avec l'article 52§1 de cette dernière ne s'oppose pas à ce qu'une personne morale soit sanctionnée par une amende pour avoir commis une infraction au droit de la concurrence de l'Union, lorsque, pour les mêmes faits, cette personne a déjà fait l'objet d'une décision définitive à l'issue d'une procédure relative à une infraction à une réglementation sectorielle ayant pour objet la libéralisation du marché concerné, « à condition qu'il existe des règles claires et précises permettant de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul des poursuites et des sanctions ainsi que la coordination entre les deux autorités compétentes, que les deux procédures aient été menées de manière suffisamment coordonnée dans un intervalle de temps rapproché et que l'ensemble des sanctions imposées corresponde à la gravité des infractions commises ».

Identifier les articulations entre les différentes réglementations, y compris sectorielles, et apprécier un éventuel cumul de sanctions possible.

OPÉRATIONS DE VISITE ET DE SAISIE : SECRET DES CORRESPONDANCES AVOCAT-CLIENT

[Cour de cassation, chambre criminelle, 4 janvier 2022, n° 20-83.813](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 26 janvier 2022, n° 17-87.359](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2022, n° 20-87.248, publié au Bulletin](#)

À l'occasion d'affaires concernant des opérations de visite et de saisie, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée sur l'étendue du secret des correspondances entre un avocat et son client.

Dans une première affaire (n° 20-83.813), la Cour de cassation désapprouve les juges du fond d'avoir retenu que « seuls sont insaisissables les documents qui relèvent de l'exercice des droits de la défense dans un dossier de concurrence, alors que c'est dans toutes les procédures où un avocat assure la défense de son client qu'est protégé le secret des correspondances échangées entre eux et qui y sont liées ».



Dans une seconde affaire (n° 17-87.359), s'agissant de documents qui n'émanaient pas ou n'étaient pas destinés à un avocat et dont la saisie avait été annulée par le premier président de la cour d'appel au motif qu'ils « repren[ai]ent une stratégie de défense mise en place par [un cabinet d'avocats] » se référant notamment aux « pratiques prohibées supposées » et étant « destinés à analyser les pratiques de [l'entreprise], afin de corriger d'éventuels errements volontaires ou involontaires, et à préparer [sa] défense dans l'hypothèse d'une future visite inopinée », la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir souverainement constaté que « les données confidentielles couvertes par le secret des correspondances échangées avec un avocat, et contenues dans les documents saisis, en constituaient l'objet essentiel ».

Dans une troisième affaire (n°20-87.248), en réponse aux recours formés par plusieurs sociétés contre des ordonnances du juge des libertés et de la détention autorisant des opérations de visite et de saisie et contre le déroulement des opérations de visite et saisie effectuées, le premier président de la cour d'appel de Paris avait considéré, notamment, que « si les conseils des avocats à leurs clients sont protégés par le secret professionnel et par principe insaisissables quel que soit le circuit de leur échange ou leur support », c'est cependant à la condition que « soit caractérisée la preuve qu'ils sont émis ou adressés par un avocat indépendant de l'entreprise » et « pour l'exercice des droits de la défense en rapport avec l'objet même de l'enquête déterminée ». La Cour de cassation censure la décision de rejet du recours du premier président de la cour d'appel de Paris au motif que « c'est à tort » que ce dernier « retient que seuls sont insaisissables les documents qui relèvent de l'exercice des droits de la défense dans un dossier de concurrence, alors que c'est dans toutes les procédures où un avocat assure la défense de son client qu'est protégé le secret des correspondances échangées entre eux et qui y sont liées ». (V. également en ce sens : Cass. Crim., 20 janvier 2021, n° 19-84.292).

Connaître les règles applicables en matière de secret des correspondances avocat-client.

SECRET DES AFFAIRES ET PUBLICATION DES DÉCISIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Cour d'appel de Paris, 16 juin 2022, RG n°20/14545
Tribunal des conflits, 11 avril 2022, n° 4242

Dans une première affaire, saisie de pratiques mises en œuvre sur le marché de la publicité en ligne, l'Autorité de la concurrence avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de Google aux termes d'une décision rendue le 31 janvier 2019. La version non confidentielle de cette décision avait été publiée sur le site internet de l'Autorité et Google avait alors contesté auprès de la cour d'appel de Paris une telle publication et demandé à cette dernière d'enjoindre à l'Autorité de la publier à nouveau, en supprimant les paragraphes qui avaient bénéficié de la protection du secret d'affaires. Dans une première décision, la cour d'appel de Paris s'était déclarée incompétente pour statuer sur une telle demande, et le Conseil d'État, saisi par Google, avait renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits. Ce dernier, par un jugement du 5 octobre 2020, avait finalement admis la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître d'un tel litige et Google avait, à nouveau, saisi la cour d'appel de Paris.

Après avoir rappelé que les dispositions des articles L. 151-1, L. 463-4, R. 463-14 et R. 463-15 du Code de commerce « organisent une procédure afin de ménager le droit à la protection du secret des affaires (...) avec d'une part, l'exercice des droits de la défense des entreprises mises en cause et, d'autre part, le respect du principe du contradictoire lors des débats », la cour d'appel énonce ensuite que le texte de l'article D. 464-8-1, lequel prévoit que la publicité des décisions de l'Autorité peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués, « ne saurait être interprété comme permettant à l'Autorité de ne pas tenir compte de la protection de données couvertes par le secret des affaires accordée au cours de l'instruction mais doit être interprété en ce sens qu'il permet à l'autorité de tenir compte de ce secret pour déroger au principe de publicité de ses décisions ». Elle en conclut qu'en publiant la version non confidentielle de sa décision, qui contenait des informations qui bénéficiaient d'une protection au titre du secret des affaires, l'Autorité a méconnu cette protection et elle enjoint par conséquent à cette dernière de publier une nouvelle version non confidentielle omettant les informations protégées.

On relèvera que dans une seconde affaire, le Tribunal des conflits qui avait été saisi par la Cour de cassation à propos de la diffusion par l'Autorité de la concurrence, concomitamment à la mise en ligne d'une décision de



sanction sur son site internet, d'une vidéo et de commentaires se rapportant uniquement à cette sanction particulière décide que la contestation d'une telle publication relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

Identifier, protéger et faire respecter le secret des affaires y compris dans le cadre de procédures.

RENFORCEMENT DU « NAME AND SHAME »

[Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat](#)
[Décret n° 2022-1701 du 29 décembre 2022 définissant les modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du code de commerce et du livre V du code de la consommation](#)

Le législateur a profité de la loi sur le pouvoir d'achat pour renforcer le dispositif de « *name and shame* » en matière notamment de pratiques anticoncurrentielles. L'article L. 464-9 du Code de commerce est ainsi modifié pour permettre, dans des conditions fixées par décret, la publication des injonctions de mettre un terme à des pratiques anticoncurrentielles, prononcées par le ministre chargé de l'économie. Le décret définissant les modalités de publicité de ces mesures a été publié au JORF du 30 décembre 2022.

Apprécier les risques de sanction en tenant compte de la possibilité d'une publication de cette dernière, y compris au stade de l'injonction.

INDEMNISATION DES VICTIMES DE PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : ABSENCE DE PRÉSUMPTION DE PRÉJUDICE DÉCOULANT D'UNE ENTENTE VERTICALE

[Cour de cassation, chambre commerciale, 28 septembre 2022, n°21-20.731, publié au Bulletin](#)

Deux contrats de concession exclusive, portant notamment sur des territoires différents, qui stipulaient tous deux une clause relative à une obligation de respect des prix conseillés, avaient été conclus entre deux sociétés. La cour d'appel de Paris avait constaté la nullité de ladite clause sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce, et avait condamné le concédant à réparer le préjudice en résultant pour le concessionnaire ainsi que pour un tiers au contrat qui s'était également plaint et dont l'affaire avait été jointe à l'instance. La Cour de cassation censure la cour d'appel sur ce second point.

Après avoir énoncé que la nullité de la clause, se rapportant à une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce, prévue par l'article L. 420-3, n'excluait pas qu'une telle clause ait pu causer un préjudice à l'une des parties au contrat, elle considère toutefois, que dès lors que la pratique retenue « n'était pas une entente entre concurrents », « aucune présomption de préjudice ne découlait de la pratique relevée » ce dont il résultait qu'il appartenait à la cour d'appel d'établir le préjudice causé par celle-ci.

S'agissant de la demande d'indemnisation du tiers au contrat, elle censure là encore la cour d'appel au motif qu'il était vainement soutenu que ce dernier ait été signataire du second contrat de concession en cause et qu'elle n'établissait pas en quoi ce tiers au contrat avait pu subir un préjudice du fait de l'annulation d'une clause y figurant.

Comp. : pour une décision portant sur la charge de la preuve avant la transposition de la directive « dommages et intérêts » (CA Paris, 5 janvier 2022, RG n° 19/22293).

Identifier sur qui pèse le risque de la preuve du préjudice découlant d'une entente verticale.



Transparence et pratiques déloyales entre professionnels

Contexte et réformes

BILAN DE LA MISE EN ŒUVRE EGALIM II : EGALIM III EN MARCHÉ ?

[Rapport d'information sur l'évaluation de la loi dite « EGalim » du 30 octobre 2018, Commission des affaires économiques, 23 février 2022](#)

[Rapport d'information n° 799 \(2021-2022\) déposé le 19 juillet 2022 au Sénat](#)

[Proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation et assurer l'avenir du fabriqué en France, n° 479, 15 novembre 2022](#)

[Proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation, n° 575, 29 novembre 2022](#)

Deux rapports d'information ont été déposés au Parlement dans le courant de l'année 2022 afin notamment de dresser le bilan de la mise en œuvre du dispositif dit « EGalim ».

Un premier rapport du 23 février 2022 publié par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, avait, après avoir dressé un bilan « en demi-teinte » de la bonne application et des conséquences juridiques, économiques, financières, sociales et environnementales de la loi dite « EGalim I » ayant rendu nécessaire l'intervention de la loi dite « EGalim II », formulé 23 recommandations, dont les 9 premières concernaient le rééquilibrage des rapports commerciaux entre producteurs et distributeurs. Un deuxième rapport, du 19 juillet 2022, publié par la commission des affaires économiques du Sénat avait notamment constaté l'inefficacité de la loi EGalim II à protéger la sanctuarisation du prix de la matière première agricole au détriment de celui des matières premières industrielles (énergie, transport, emballage) dont la hausse n'aurait pas pu être valorisée efficacement par les industriels auprès des distributeurs et avait formulé également diverses propositions de modification des dispositifs EGalim I et II.

Fin 2022, deux propositions de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation ont été déposées à l'Assemblée nationale. Elles proposent une modification de certaines dispositions issues du dispositif EGalim.

Les deux textes proposent tout d'abord de « confirmer le caractère de lois de police (...) des dispositions du titre IV du livre IV du Code de commerce », afin de lutter contre un « phénomène d'évasion juridique » (cf. exposé des motifs). Le critère de rattachement proposé est soit celui de la commercialisation des produits ou services sur le territoire français (proposition n° 575), soit celui plus large de la commercialisation ou de la destination des produits ou services à une commercialisation sur le territoire français (proposition n°479).

Les deux propositions reviennent également sur l'encadrement des promotions prévu à l'article 125 de la loi dite ASAP. La proposition de loi n° 479 « étend à tous les produits de grande consommation (PGC), l'encadrement des promotions dans les conditions prévues dans l'article 125 loi ASAP, l'interdiction de discrimination et l'individualisation de la valeur des contreparties prévue par EGalim II ». La proposition de loi n°575 envisage, quant à elle, le prolongement du dispositif d'encadrement des promotions et de relèvement du seuil de revente à perte (art. 125 loi ASAP) en supprimant sa date d'expiration initialement prévue pour le 15 avril 2023.

Elles proposent ensuite des « dispositions explicites sur le prix applicable en l'absence d'accord au 1er mars » prévoyant qu'« en l'absence d'accord au 1er mars, toute commande effectuée par le distributeur se fait sur la base du tarif et des conditions générales de vente en vigueur ».

S'agissant du mécanisme de transparence (dit de « l'option 3 des CGV ») sur la valorisation de la part des matières premières agricoles dans l'évolution du tarif des industriels, les deux propositions envisagent l'intervention du « tiers indépendant avant la conclusion du contrat, afin de se conformer au principe de transparence,



tout en conservant le mécanisme d'attestation postérieure au contrat, afin de répondre à l'objectif de sanctuarisation du coût de la matière première agricole » (cf. exposé des motifs).

Si la proposition de loi n° 479 a été retirée, l'examen de la proposition n°575, pour laquelle le Gouvernement a engagé la procédure accélérée, figure d'ores et déjà au calendrier de l'Assemblée nationale au mois de janvier.

Considérer avec attention les évolutions possibles du dispositif « EGALIM ».

NÉGOCIATIONS COMMERCIALES 2023 : PUBLICATION D'UN PACTE DE SOLIDARITÉ COMMERCIALE

Communiqué de presse du Ministère de l'Economie n°416, 8 décembre 2022

Un « pacte de solidarité commerciale pour les négociations commerciales 2023 agréé par les fournisseurs et les distributeurs sous l'égide de l'Etat » a été publié le 8 décembre 2022 pour faire face à la « situation exceptionnelle de forte inflation des coûts des matières premières et de l'énergie » et dont les engagements s'appliquent de façon transitoire pendant la période de négociation 2023.

Destiné à « fluidifier les négociations commerciales en cours », les signataires du pacte s'engagent à « faire appliquer ou respecter » un certain nombre de bonnes pratiques. On relèvera notamment celles consistant :

- pour le distributeur à « accepter la part correspondante de la hausse de tarif demandée » par un fournisseur PME à condition d'avoir transmis les justifications « concrètes et documentées de l'impact du coût de l'énergie sur le prix du produit » ;
- pour les produits de grande consommation non alimentaires/DPH, s'agissant des fournisseurs, « à faire de bonne foi, la pédagogie des demandes de hausses tarifaires et à apporter les éléments concrets d'explication de ces demandes de revalorisation de prix » et, s'agissant des distributeurs, à porter une « attention particulière aux demandes de revalorisation justifiée et documentée formulées par les fournisseurs de PME » ;
- lorsqu'un accord a été conclu, à le mettre en œuvre « rapidement en tenant compte des délais administratifs nécessaires mais sans attendre la fin de la période de négociations commerciales » ;
- pour le distributeur, à ne pas appliquer, jusqu'au 1er mars 2023, de pénalités logistiques aux PME « lorsque le fournisseur a notifié et justifié suffisamment en amont de la livraison le problème logistique auquel il est confronté ».

La liste des signataires de ce pacte figure en fin de document.

On rappellera par ailleurs qu'une charte d'engagements avait déjà été adoptée en mars 2022 « à titre exceptionnel et temporaire » par des représentants de fournisseurs de produits agricoles et alimentaires et des enseignes de la grande distribution pour faire face aux impacts économiques immédiats de la guerre en Ukraine alors que les négociations commerciales 2022 venaient de s'achever.

Être attentif aux chartes et autres engagements volontaires des acteurs du marché dans la conduite des négociations.

RELATIONS AMONT : PUBLICATION DE DÉCRETS D'APPLICATION DE LA LOI EGALIM 2

Décret n° 2022-1668 du 26 décembre 2022 fixant les produits et les catégories de produits pour lesquels le contrat de vente ou l'accord-cadre peut ne pas être conclu sous forme écrite

Décret n° 2022-1669 du 26 décembre 2022 fixant les seuils de chiffre d'affaires annuel en dessous desquels les dispositions de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime ne sont pas applicables

Les dispositions de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime prévoyant l'obligation de conclure par écrit les contrats de vente de produits agricoles entre un producteur agricole et un premier acheteur sont entrées en vigueur le 1er janvier 2023 (sauf pour certaines filières dont la date d'entrée en vigueur de ces dispositions avait été fixée de manière anticipée par décret n°2021-1416 du 29 octobre 2021). L'article L. 631-24-2 du



même code prévoit toutefois que, par dérogation au I de l'article L. 631-24, le contrat de vente ou l'accord-cadre pourrait ne pas être conclu sous forme écrite, en vertu de l'extension d'un accord interprofessionnel ou, en l'absence d'accord étendu, en vertu d'un décret en Conseil d'Etat qui précise les produits ou catégories de produits concernés.

C'est désormais chose faite avec la publication d'un premier décret du 26 décembre 2022 (n° 2022-1668) qui fixe les produits ou catégories de produits concernés, pour lesquels le contrat de vente ou l'accord-cadre, mentionné à l'article L. 631-24 CRPM, peut ne pas être conclu sous forme écrite. Pour mémoire, si le contrat est tout de même conclu sous forme écrite, il est régi par l'article L. 631-24, à l'exception du 5° du III du même article L. 631-24 (durée minimale de 3 ans). Lorsque la durée du contrat est inférieure à trois ans, par dérogation au 1° du même III, il peut ne pas comporter de clause relative aux modalités de révision automatique, à la hausse ou à la baisse, du prix fixe. La durée du contrat peut alors tenir compte de la durée des contrats par lesquels l'acheteur revend des produits comportant un ou plusieurs produits agricoles.

Un second décret du 26 décembre 2022 (n° 2022-1669), pris en application du I de l'article L. 631-24 CRPM, modifie l'article R. 631-6 du même code, qui avait été introduit par le décret n° 2021-1801 du 24 décembre 2021 pour fixer les seuils de chiffre d'affaires en dessous desquels l'article L. 631-24 n'est pas applicable aux producteurs ou aux acheteurs de produits agricoles. Le décret prévoit, à l'article R. 631-6 du CRPM, que l'obligation de conclure un contrat écrit prévue par l'article L. 631-24 « n'est pas applicable à la vente des produits agricoles pour lesquels le producteur, l'organisation de producteurs ou l'association d'organisation de producteurs réalise un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 000 euros ». Ce seuil général s'applique sous réserve des dispositions spécifiques prévues, pour certains produits agricoles, au II de l'article R. 631-6 susmentionné. Le décret introduit également de nouveaux seuils de chiffre d'affaires pour la vente de porcs charcutiers entiers, d'ovins de moins de douze mois destinés à l'abattage ou à l'engraissement et de pommes à cidre et poires à poirés.

Conditions générales de vente

RESPONSABILITÉ ÉLARGIE DU PRODUCTEUR (REP) : MENTION DE L'IDENTIFIANT UNIQUE DANS LES CGV

[Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire](#)

Depuis le 1^{er} janvier 2022, les producteurs soumis au principe de responsabilité élargie du producteur (REP) doivent s'enregistrer auprès de l'autorité administrative (ADEME) qui leur délivre un identifiant unique (art. L. 541-10-13 C. envir.). L'article R. 541-173 du Code de l'environnement prévoit que « tout producteur indique l'identifiant unique (...) dans le document relatif aux conditions générales de vente ou, lorsqu'il n'en dispose pas, dans tout autre document contractuel communiqué à l'acheteur » et que « tout producteur disposant d'un site internet communique son identifiant unique dans les mêmes conditions que les informations mentionnées à l'article 19 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ». Les nombreuses filières concernées par cette obligation d'enregistrement sont listées à l'article L. 541-10-1 du Code de l'environnement.

Parmi les sanctions encourues, il est spécialement prévu que lorsqu'une personne soumise au principe de REP « n'a pas fait apparaître parmi ses mentions obligatoires, sur des supports définis par voie réglementaire, l'identifiant unique mentionné au dernier alinéa de l'article L. 541-10-13, le ministre chargé de l'environnement peut ordonner le paiement d'une amende administrative au plus égale à 30 000 € » (art. L. 541-9-5 C. envir.).

Vérifier les filières concernées et, le cas échéant, la conformité des mentions des CGV.

MISE EN ŒUVRE D'EGALIM II : PUBLICATION DU DÉCRET N°2022-1325 DU 13 OCTOBRE 2022 MODIFIANT LA LISTE DES PRODUITS EXCLUS DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 441-1-1 C. COM.

[Décret n° 2022-1325 du 13 octobre 2022 modifiant le décret n° 2021-1426 du 29 octobre 2021 fixant la liste des produits alimentaires, catégories de produits alimentaires ou produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie exclus du champ d'application de l'article L. 441-1-1 du code de commerce](#)



Le décret n°2022-1325 du 13 octobre 2022 modifiant le décret n° 2021-1426 du 29 octobre 2021 fixant la liste des produits alimentaires, catégories de produits alimentaires ou produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie exclus du champ d'application de l'article L. 441-1-1 du code de commerce a été publié au Journal officiel du 16 octobre 2022 et est entré en vigueur le 17 octobre 2022. Le nouveau décret apporte des modifications à l'annexe initialement établie par le décret du 29 octobre 2021.

Identifier/vérifier les produits concernés par le dispositif issu d'EGalim II.

MISE EN ŒUVRE D'EGALIM II : ÉLABORATION DE L'AVIS TECHNIQUE DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES SUR L'ATTESTATION DU TIERS INDÉPENDANT

Avis technique de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) portant sur les attestations d'un tiers indépendant prévues par l'article L. 441-1-1 et l'article L. 441-7 du Code de commerce
Communiqués complémentaires du 25 février et du 23 mars 2022

La Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) a élaboré son avis technique portant sur les attestations d'un tiers indépendant prévues par l'article L. 441-1-1 et l'article L. 441-7 du Code de commerce. Rappelons, en effet, que si le texte (L. 441-1-1 C. com.) ne désigne pas de professionnels dédiés pour l'exercice des missions de tiers indépendants, se contentant de prévoir qu'un décret peut fixer la liste des professions présumées en présentant les garanties, ce sont en pratique bien souvent les CAC qui sont aujourd'hui chargés d'exercer la mission.

Cet avis est, en soi, dépourvu de valeur juridique contraignante quant aux interprétations qui y sont faites de certaines dispositions de la loi dite « EGalim II ». Il constitue, toutefois, un outil utile pour éclairer les différentes parties prenantes.

La CNCC reprend pour grande partie les développements de la FAQ du Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation sur la loi EGalim II.

La CNCC détaille par la suite la liste des pièces justificatives qui doivent être transmises - pour chacune des options de transparence 1, 2 et 3 et pour le contrat MDD - par le fournisseur au tiers indépendant en distinguant notamment selon que le tarif est établi sur des données historiques et/ou prévisionnelles. Doit notamment être transmis une « note méthodologique » décrivant la procédure mise en place par le fournisseur pour « produire les informations objet de l'attestation », en option 1 et 2 et pour le contrat MDD, ou pour « déterminer l'évolution du tarif du fournisseur du produit et la part de cette évolution résultant de celle du prix des matières premières agricoles en N comparé en N-1 », en option 3.

Invoquant le secret professionnel, la CNCC refuse que le tiers indépendant transmette l'attestation à l'acheteur. Selon l'avis, c'est au fournisseur qu'il appartiendra de la transmettre à l'acheteur.

Parmi les conditions d'acceptation et d'intervention du commissaire aux comptes, la CNCC précise notamment qu'en option 3, le commissaire aux comptes « vérifie préalablement à l'acceptation de l'intervention, que les conditions générales de vente mentionnent l'intervention d'un tiers indépendant », et rappelle qu'il « peut faire appel à des experts indépendants de l'entreprise », qu'il « n'est pas tenu d'accepter d'effectuer l'intervention » ou encore qu'il intervient dans le cadre d'une lettre de mission spécifique. Il indique encore, au titre des objectifs de son intervention, qu'il attestera la « cohérence » des informations qu'il a à attester avec les informations dont il dispose.

On relèvera que l'avis donne des exemples, s'agissant de l'option 3, de contrôles sur la correspondance – ou non – de l'évolution du prix convenu à l'évolution de la part que représente, dans ce prix, le prix d'achat des matières premières agricoles. Il rappelle d'ailleurs à cet égard « qu'il n'est pas prévu que les informations à attester portent sur la part des matières premières agricoles dans le tarif de base, mais seulement dans l'évolution de ce tarif ». L'avis de la CNCC fait état de l'attente d'une position du ministère de l'Agriculture s'agissant de la base à retenir, « des discussions étant toujours en cours avec [ce dernier] et la DGCCRF sur l'indicateur à retenir (Tarif brut, CA



Net facturé ou CA 3 X Net) » et recommande que « la base retenue par le fournisseur soit clairement exprimée dans la note méthodologique ».

L'avis fournit enfin des modèles d'attestation pour chacune des situations d'intervention du tiers indépendant (option 1, 2 ou 3 et contrat MDD).

Le 25 février 2022, la CNCC a émis un communiqué complétant son avis technique portant sur les attestations du tiers indépendant prévues par l'article L. 441-1-1 du Code de commerce. En substance, la CNCC prévoit que :

- le « prix convenu à retenir, dans le raisonnement de l'option 3, serait le prix «3 X Net» » ;
- et après avoir relevé qu'une « mise à jour de la FAQ devrait être publiée (délai non communiqué) et pourrait recommander que la convention conclue à l'issue des négociations commerciales comporte une clause selon laquelle le fournisseur et l'acheteur déclarent que les négociations n'ont pas porté sur la part de l'évolution du tarif du fournisseur du produit alimentaire correspondant à l'évolution du prix des matières premières agricoles entrant dans la composition dudit produit », elle indique comment, en présence d'une telle clause, la formulation de la conclusion du tiers indépendant, dans l'exemple 3 de son avis technique, pourrait être adaptée.

Le 23 mars 2022, la CNCC a émis un nouveau communiqué complémentaire concernant l'option 3. Elle y précise notamment :

- les « informations chiffrées » qui doivent être contenues dans la note méthodologique qui doit être transmise au tiers indépendant ;
- que « seule la note méthodologique doit obligatoirement être jointe à l'attestation », l'extrait des CGV et celui de la convention pouvant ne pas être jointes à l'attestation, « dès lors que le commissaire aux comptes a obtenu communication de ces documents et que l'attestation qu'il établit y fait expressément référence et indique les informations nécessaires pour les identifier » ;
- qu' « en cas de communication tardive des pièces justificatives au commissaire aux comptes, une mention est incluse à ce titre dans l'attestation ».

Se référer aux communiqués de la CNCC pour identifier le contenu précis des informations à transmettre au CAC agissant en tant que tiers indépendant.

COMMUNICATION DE CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE DIFFÉRENCIÉES ET RESPONSABILITÉ DU FOURNISSEUR

[Cour de cassation, chambre commerciale, 28 septembre 2022, n°19-19.768, publié au Bulletin](#)

Des pharmaciens d'officine avaient créé une structure de regroupement à l'achat (SRA) chargée d'acheter et de négocier les conditions d'achat, de transport et de stockage de produits pharmaceutiques pour le compte de ses adhérents, pharmacies ou grossistes-répartiteurs. À l'occasion d'un litige l'opposant à l'un de ses fournisseurs, la SRA avait fait valoir que ce dernier avait refusé de lui communiquer ses conditions générales de vente en direct aux officines, qu'elle considérait lui être applicables et avait demandé réparation de son préjudice sur le fondement notamment de l'ancien article L. 442-6, I. 9° du Code de commerce, applicable aux faits de la cause, sanctionnant le refus de communication des conditions générales de vente (remplacé depuis l'ord. n° 2019-359 du 24 av. 2019 par l'art. L.441-1, IV C. com. qui prévoit désormais une sanction administrative et vise « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente »). Le fournisseur qui disposait de trois catégories de conditions générales selon la nature de sa clientèle – officines indépendantes, officines groupées et grossistes – avait soutenu que la SRA était assimilable aux grossistes-répartiteurs ce qui avait justifié son refus de lui communiquer des conditions générales de vente applicables à une autre catégorie d'acheteurs.

Par un arrêt en date du 4 juillet 2019, rendu sur renvoi après cassation (CA Paris, 4 juillet 2019, RG n° 17/13577), la cour d'appel de Paris avait considéré, à l'issue de l'analyse de la relation contractuelle, que la SRA se rapprochait le plus de la catégorie d'acheteurs « officines indépendantes » et avait, en conséquence, condamné le fournisseur à lui communiquer les conditions générales de vente accordées à cette catégorie et retenu sa responsabilité du fait de son refus d'appliquer ces dernières comme base de négociation commerciale avec son cocontractant.



Dans un arrêt rendu le 28 septembre 2022, la Cour de cassation approuve la cour d'appel et rejette le pourvoi. Elle approuve d'abord la cour d'appel d'avoir déduit, au terme d'une analyse souveraine exacte des relations des parties dans leur ensemble, que la SRA était fondée à solliciter la communication des conditions générales de vente accordées aux officines indépendantes, acheteurs dont elle se rapprochait le plus au regard des trois catégories établies par le fournisseur dans son modèle de distribution, et leur application comme socle de la négociation commerciale.

Après avoir énoncé qu'il résulte de la combinaison des articles L. 441-6, I. et L. 442-1, 9° du Code de commerce que, si le fournisseur assujéti à une obligation de communication de ses conditions générales de vente applicables à la catégorie dont relève l'acheteur qui en fait la demande « est toujours libre de ne pas lui vendre », il est en revanche « tenu, lorsqu'il entre en négociation commerciale avec cet opérateur, de le faire sur la base de ces conditions de vente », elle approuve ensuite la cour d'appel d'avoir retenu qu'en ayant proposé à la SRA d'entrer en négociation sur la base de conditions générales de vente qui ne lui était pas applicables, le fournisseur avait engagé sa responsabilité.

Veiller à la définition claire et à la licéité des catégories de clients concernés par des conditions générales de vente catégorielles et s'assurer de leur communication adéquate.

Conventions écrites

CONTRATS MDD : AVIS ET RECOMMANDATION DE LA CEPC

[Recommandation CEPC n° 22-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de contrats portant sur des produits à marque de distributeur \(MDD\)](#)

[Avis CEPC n° 22-3 relatif à une demande d'avis d'un cabinet d'avocats portant sur la conformité de la pratique consistant à mettre en place, dans le cadre de la relation entre un fournisseur et un distributeur, des services de coopération commerciale pour favoriser la vente de produits comportant la marque du distributeur sur l'emballage](#)

Le 5 juillet 2022, la CEPC a publié une recommandation relative à un guide des bonnes pratiques en matière de contrat portant sur des produits à marque de distributeur (MDD). La CEPC indique que sa recommandation a vocation à s'appliquer à l'ensemble des relations entre fabricants et distributeurs portant sur des produits MDD, « qu'il s'agisse de produits agricoles ou de produits de grande consommation, alimentaires et non alimentaires, commercialisés dans des circuits de distribution à dominante alimentaire du commerce physique ou du e-commerce ». Elle ajoute que les bonnes pratiques qui y sont exposées « sont transposables aux circuits de distribution spécialisés de produits non-alimentaires (GSS non alimentaire) dans la mesure où ces circuits sont susceptibles de commercialiser des produits MDD » et « peuvent également être transposées à d'autres types de contrats ».

Après avoir dressé un état des lieux du marché des produits MDD (partie 1), la CEPC rappelle le cadre juridique des contrats qui lui sont relatifs et précise sa position à cet égard (partie 2), puis recense – dans l'ordre des opérations, depuis la négociation du contrat jusqu'à sa conclusion ou sa rupture – les bonnes pratiques qu'il convient de mettre en œuvre dans la relation entre le fabricant de produits MDD et le distributeur.

Parmi les nombreuses recommandations, on relèvera que la CEPC recommande notamment :

- Au stade de la phase précontractuelle :
 - dans le cas d'une différence entre le volume prévisionnel figurant dans le cahier des charges et celui figurant dans le contrat, qu'une « explication soit apportée par le distributeur concernant cette différence » ;
 - de « ne pas viser expressément » dans le cahier des charges « des marques ou des produits concurrents mais plutôt de définir un certain positionnement du produit à développer, au sein d'une catégorie déterminée, dans le respect des droits de propriété intellectuelle des tiers » ;
- Au stade de la phase contractuelle :
 - la matérialisation « de l'accord trouvé entre les parties » soit « par une modification de la trame du contrat initial du distributeur, soit par la prise en compte des amendements proposés par le fabricant,



- discutés et agréés par les parties pour former le contrat » et la précision de la « liste exhaustive de tous les documents qui engagent les parties » ;
- l'intégration d'un « mécanisme de révision du prix afin de prendre en compte les fluctuations des matières premières et des autres composants de fabrication du produit (transport, énergie, main d'œuvre, matière sèche, emballage/contenants...) en tenant compte de l'impact de ces fluctuations sur l'équilibre économique du contrat, de manière justifiée et documentée, dans le respect du secret des affaires » ;
 - s'agissant des produits alimentaires, outre la clause de révision automatique obligatoire pour certains d'entre eux, lorsqu'une clause de renégociation l'est également (produits légalement soumis), la définition « claire » « des modalités de déclenchement et de mise en œuvre de la clause (...) sans que les conditions et seuils de déclenchement de la clause soient imposés de manière unilatérale par l'une ou l'autre des parties » ;
- Au stade de la fin du contrat :
 - dans le cas où « le fabricant a informé le distributeur, dès le début de la période de préavis, qu'il détenait des stocks de produits et/ou d'emballages supérieurs aux quantités prévues par le contrat pour des raisons légitimes et justifiées (rotations insuffisantes des produits, seuils minimums de commandes de l'imprimeur, ...) » des échanges entre les parties « sur le sort des stocks d'emballages et de produits finis restant en la possession du fabricant » et la détermination de « leurs modalités d'écoulement » étant rappelé par la CEPC que pour les produits alimentaires, l'article L. 441-7, I quater C. com. précise que le contrat définit la durée minimale du préavis contractuel à respecter et prévoit le sort et les modalités d'écoulement des emballages et des produits finis ;
 - le recours, en cas de litige, à « toutes les techniques de règlement amiable (...), notamment celle de la médiation ».

Ce guide des bonnes pratiques a été publié quelques mois après celle d'un avis de la CEPC rendu le 1er avril 2022, à propos de la conformité aux dispositions de l'article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce de la pratique consistant, pour un distributeur, à facturer à son fournisseur des services de coopération commerciale s'agissant de produits dont le distributeur est titulaire de la marque apposée sur le conditionnement externe et assure la revente au détail mais dont la fabrication n'a pas été réalisée selon ses spécifications techniques ou son cahier des charges. On relèvera spécialement dans cet avis que :

- s'agissant de la qualification du produit, après avoir rappelé les critères cumulatifs de l'article L. 441-7 du Code de commerce ainsi que sa précédente recommandation n° 20-2 sur les produits MDD, la CEPC considère notamment que « le fait que le contenu du produit soit identique à celui des produits vendus sous marque de fournisseur n'empêche pas que le produit concerné puisse être considéré comme étant vendu sous marque de distributeur » ;
- s'agissant de la facturation par un distributeur de prestations de coopération commerciale à un fabricant de produits MDD, la CEPC rappelle en substance qu' « aucune rémunération ne peut donc être mise à la charge du fabricant au titre de la réalisation de services de coopération commerciale par le distributeur, une telle pratique étant désormais expressément interdite par le IV de l'article L. 441-7 du code de commerce et passible d'une amende administrative de 375.000 euros pour les personnes morales ».

Identifier l'exacte qualification des contrats portant sur des produits à marque de distributeur et les obligations corrélatives qui en découlent pour chacune des parties en gardant à l'esprit l'obligation de mise en conformité à l'article L. 441-7 du Code de commerce, au plus tard le 1er janvier 2023, des conventions en cours au 1er janvier 2022.

RELATIONS INTERNATIONALES ET TRANSPARENCE : L'OBLIGATION DE CONTRACTUALISATION ANNUELLE (ART. L. 441-3 C. COM.) QUALIFIÉE DE LOI DE POLICE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Tribunal administratif de Paris, 23 juin 2022, n°2108979/2-1

Une centrale d'achat de droit belge exerçant son activité à destination des marchés français et européen avait été sanctionnée par la DIRECCTE à une amende administrative d'un montant de 6 134 000 euros pour man-



quement à l'obligation de formalisation d'une convention unique avec ses fournisseurs au plus tard le 1er mars de l'année de son application (v. sur la contestation de la possibilité de cumul des amendes administratives : Conseil Constitutionnel 25 mars 2022, déc. n° 2021-984 QPC). La centrale avait demandé l'annulation de cette décision devant le Tribunal administratif de Paris. Par une décision rendue le 23 juin 2022, celui-ci rejette son recours en annulation.

Parmi les nombreux arguments soulevés par la centrale de droit belge – et tous rejetés par le tribunal –, on relèvera qu'elle faisait valoir l'inopposabilité à son égard des dispositions du droit français de la transparence, en l'occurrence de l'article L. 441-7 du Code de commerce [devenu L. 441-3 C. com.], dès lors que les contrats de vente conclus avec ses fournisseurs avaient été soumis à la législation belge. Après avoir considéré notamment que les dispositions en cause, visant à « assurer une plus grande transparence de la relation commerciale entre fournisseurs et distributeurs et à prévenir les déséquilibres dans leurs relations contractuelles », poursuivaient ainsi « un objectif de défense de l'ordre public économique et permett[ai]ent, par leur effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble », le tribunal décide qu'elles « s'appliquent en tant que loi de police à toute convention conclue entre un fournisseur et un distributeur ayant pour objet la distribution de produits sur le marché français, sans qu'y fasse obstacle les circonstances que la convention est régie par une autre loi choisie par les parties, a été conclue dans un autre pays ou prévoit également la distribution en dehors du marché européen ». Le tribunal en conclut que « dans ces conditions, et dès lors qu'il est constant, en l'espèce, que les produits visés par les conventions litigieuses, toutes conclues avec des fournisseurs français sont destinés au marché français » l'article L. 441-7 devenu L. 441-3 du Code de commerce était parfaitement opposable à la centrale d'achat de droit belge.

Être très attentif aux évolutions jurisprudentielles et légales (cf. supra proposition de loi) relatives à l'application dans un contexte international des règles françaises de transparence. (adde. v. infra sur la question de la compétence des juridictions en matière d'action du ministre en cas de pratiques restrictives de concurrence).

Clause de renégociation

MISE EN ŒUVRE DE LA LOI EGALIM II : PRÉCISION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA CLAUSE DE RENÉGOCIATION

[Décret n° 2022-263 du 26 février 2022 fixant la liste des filières exemptées du recours obligatoire au comité mentionné à l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime et portant diverses mesures d'application](#)

Le décret n° 2022-263 du 26 février 2022 prévoit que les dispositions de l'article L. 441-8 du Code de commerce (clause de renégociation) ne sont « pas applicables aux contrats de vente comportant des stipulations justifiant de les qualifier de contrats financiers au sens du III de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, ou des stipulations qui prévoient la conclusion d'un contrat financier pour la détermination du prix » (nouvel art. D. 441-3-1 C. com.).

Suivre les évolutions des dispositions réglementaires en la matière et considérer, en tout état de cause, avec intérêt la clause de renégociation qui peut être un instrument utile, spécialement, dans un contexte de crise.

Délais de paiement et pénalités de retard

DÉLAIS DE PAIEMENT : BILAN DES SANCTIONS PRISES AU PREMIER SEMESTRE 2022

[Communiqué de presse, DGCCRF, 9 août 2022](#)



La DGCCRF a publié le 9 août 2022 le bilan des sanctions prises en matière de délais de paiement au premier semestre 2022. Elle relève notamment que 138 procédures d'amende administrative représentant au total près de 13,8 millions d'euros ont été mises en œuvre et réaffirme sa volonté de mener une « action résolue de lutte contre les retards de paiement » dans les prochains mois, en « axant ses contrôles sur les grandes entreprises et celles de taille intermédiaire » et, « en ciblant notamment celles ayant bénéficié d'un prêt garanti par l'Etat (le dispositif ayant pris fin le 30 juin 2022) et qui n'auraient pas déjà été contrôlées ».

Vérifier la conformité des délais de paiement pratiqués par l'entreprise / à l'égard de l'entreprise.

PÉNALITÉS DE RETARD : LES PÉNALITÉS ÉGALES AU MONTANT MINIMAL PRÉVU PAR L'ARTICLE L. 441-6 C. COM. (DEVENU L. 441-10, II), NE CONSTITUENT PAS UNE CLAUSE PÉNALE SUSCEPTIBLE DE MODÉRATION

[Cour de cassation, chambre commerciale, 18 mai 2022, n°20-18.773](#)

La Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) avait assigné en référé une société en paiement d'une provision à valoir sur des redevances impayées et demandé le versement de pénalités de retard sur le fondement d'une clause qui prévoyait l'application d'une pénalité pour retard de paiement égale à trois fois le taux d'intérêt légal, c'est-à-dire au montant minimum légal des pénalités prévu par « l'article L. 441-6 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008 ».

Pour rejeter la demande formée au titre des pénalités de retard, le juge des référés avait qualifié la clause de clause « pénale » et retenu, en conséquence, que les sommes réclamées sur son fondement pouvant faire l'objet d'une réduction par les juges du fond, elles faisaient ainsi « nécessairement l'objet d'une contestation sérieuse » qu'il ne lui appartenait pas de trancher en référé.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation décide que « les pénalités de retard [contractuelles] égales au montant minimal prévu par l'article L. 441-6 du Code de commerce, ne constitu[en]t pas une clause pénale susceptible de modération, de sorte que n'existait aucune contestation sérieuse du bien-fondé de la demande à proportion de la somme jugée incontestable au titre de la dette principale » et censure l'ordonnance du juge des référés.

Vérifier la qualification des pénalités stipulées et en mesurer les conséquences.

Pénalités logistiques

FAQ DE LA DGCCRF SUR L'APPLICATION DU DISPOSITIF D'ENCADREMENT DES PÉNALITÉS LOGISTIQUES (ART. L. 441-17 C. COM.)

[Foire aux questions portant sur les lignes directrices en matière de pénalités logistiques, établie par la DGCCRF](#)

[Communiqué de presse, DGCCRF, 4 novembre 2022](#)

Le 11 juillet 2022, la DGCCRF a publié – en complément de la FAQ établie par le Ministère chargé de l'agriculture sur l'application de la loi EGalim II – des lignes directrices, sous forme de « foire aux questions », portant spécialement sur la mise en œuvre du dispositif, en matière de pénalités logistiques (art. L. 441-17 C. com.), introduit par la loi dite EGalim II.

Après avoir envisagé, de façon transversale, le champ d'application matériel et territorial du texte, la DGCCRF répond à une liste de questions, portant par exemple, sur :

- les modalités de détermination de la « marge d'erreur » devant être prévue dans le contrat, pour qu'elle soit considérée comme suffisante ;
- les modalités d'interprétation du « non-respect de la date de livraison », justifiant que le distributeur pro-



- cède au refus ou au retour des marchandises ;
- le « délai raisonnable » dont le fournisseur doit disposer pour lui permettre de vérifier et, le cas échéant, contester la réalité du grief correspondant ;
- l'appréciation et la preuve des « situations ayant entraîné des ruptures de stock », justifiant l'application de pénalités logistiques ;
- l'interprétation des « circonstances indépendantes de la volonté des parties » dont il doit être tenu compte, lorsqu'il est envisagé d'appliquer des pénalités logistiques.

On relèvera, par ailleurs, qu'à la suite de signalements, la DGCCRF a mené une enquête relative aux pénalités logistiques au terme de laquelle ont été mises en évidence des pratiques abusives de certains distributeurs dont, notamment :

- l'émission automatique de pénalités sans possibilité pour le fournisseur de s'adresser à un interlocuteur physique,
- l'émission de pénalités en l'absence de manquement contractuel du fournisseur ou lorsque ce dernier a informé le distributeur, avec un préavis raisonnable, de son incapacité à satisfaire certaines commandes,
- l'absence de remise d'un document justifiant le manquement à l'origine de la pénalité,
- la déduction automatique de pénalités sur facture de vente des fournisseurs.

La DGCCRF a indiqué à cet égard, dans un communiqué de presse du 4 novembre 2022, avoir adressé « à deux enseignes de la grande distribution des injonctions administratives assorties d'astreintes financières de plusieurs millions d'euros, afin qu'elles cessent ces pratiques illicites et mettent en conformité leurs contrats avec la loi » et annoncé que « deux autres enseignes ser[ai]ent concernées par des procédures similaires dans les prochaines semaines. » La DGCCRF a ajouté que « la perturbation des chaînes logistiques liée à la guerre en Ukraine justif[iait] le maintien d'une vigilance forte du Gouvernement » sur ce sujet.

Considérer avec attention la FAQ établie par l'administration pour apprécier la conformité de la stipulation et de la mise en œuvre des pénalités logistiques, en gardant à l'esprit qu'elle est établie sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux.

Avantage sans contrepartie

CONFORMITÉ DE L'ARTICLE L. 442-1, I, 1° C. COM. : CONSTITUTIONNALITÉ ET LÉGALITÉ DU DISPOSITIF

[Conseil constitutionnel, 6 octobre 2022, n°2022-1011 QPC](#)

[Conseil d'Etat, 21 décembre 2022, N° 463938](#)

Le Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à la Constitution – et spécialement aux libertés contractuelle et d'entreprendre, à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ainsi qu'au principe de légalité des délits et des peines – des dispositions du 1° du premier paragraphe de l'article L. 442-1 du Code de commerce qui sanctionne le fait d'obtenir ou tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie.

Par une décision rendue le 6 octobre 2022, le Conseil constitutionnel déclare le texte conforme à la Constitution.

Concernant l'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, le Conseil constitutionnel considère qu'en adoptant ces dispositions le législateur avait poursuivi « un objectif d'intérêt général » en réprimant certaines pratiques restrictives de concurrence « afin de préserver l'ordre public économique » et d'assurer « un équilibre des relations commerciales » et que ces dispositions permettent le contrôle par le juge des conditions économiques de la relation commerciale « uniquement pour constater une pratique illicite ». Il en déduit l'absence d'atteinte, à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Concernant les griefs tirés de la contrariété de la loi à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et au principe de légalité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel considère que la « notion d'avantage mani-



festement disproportionné au regard de la valeur consentie (...) ne présente pas de caractère imprécis ou équivoque ».

Une question préjudicielle avait été posée au Conseil d'Etat par le Tribunal de commerce de Paris sur la légalité de l'article 2 de l'ordonnance ayant créé le nouvel article L. 442-1, I, 1° du Code de commerce, les auteurs de la question soutenant en substance, que le gouvernement aurait dépassé les limites de l'habilitation légale, qui lui avait été donnée aux termes de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 dite « EGalim I » en vue de « simplifier et préciser les définitions » de certaines pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 du Code de commerce (dans sa version alors en vigueur), en « modifiant largement le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce ». Par une décision du 21 décembre 2022, le Conseil d'Etat a répondu par la négative et confirmé la légalité du dispositif.

Être attentif aux évolutions jurisprudentielles en matière d'application du dispositif de l'article L. 442-1, I, 1° C. com.

Déséquilibre significatif

CHAMP D'APPLICATION : ARTICULATION DES DISPOSITIONS DE DROIT COMMUN ET DE DROIT SPÉCIAL

[Cour de cassation, chambre commerciale, 26 janvier 2022, n° 20-16.782, publié au bulletin](#)

Une société de restauration avait conclu un contrat de location financière portant sur du matériel fourni par une société tierce, moyennant le paiement de loyers mensuels. A la suite d'impayés, la société de location financière avait assigné la société de restauration en paiement des sommes dues. Cette dernière invoquait, notamment, le caractère réputé non écrit de la clause résolutoire stipulée au profit de la société de location financière en se fondant sur les dispositions de l'article 1171 du Code civil. En appel, les juges avaient fait droit à sa demande considérant, en substance, la clause réputée non écrite au motif de son absence de réciprocité au profit de la société de restauration.

S'agissant de l'application de l'article 1171 du Code civil à l'espèce, la Cour de cassation considère qu'il « ressort des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 » ratifiant l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 que « l'intention du législateur était que l'article 1171 du code civil, qui régit le droit commun des contrats, sanctionne les clauses abusives dans les contrats ne relevant pas des dispositions spéciales des articles L. 442-6 du code de commerce et L. 212-1 du code de la consommation ». La Cour en déduit que « l'article 1171 du code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (...) tels que les contrats de location financière (...) (Com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512) » et confirme l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point. S'agissant de l'appréciation du déséquilibre significatif, considérant que « le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat » se « justif[iait] par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties », la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel.

Identifier les contrats et pratiques entrant dans le champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence. Vérifier, par ailleurs, s'il existe des règles de droit commun qui pourraient venir en concordance et des dispositifs de droits spéciaux qui pourraient venir l'écarter.

CHAMP D'APPLICATION : SANCTION DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF DANS UN RÉSEAU DE FRANCHISE

[Cour d'appel de Paris, 5 janvier 2022, RG n°20/00737](#)



À la suite d'une enquête menée par la DGCCRF sur les relations commerciales entretenues entre un franchiseur et ses franchisés membres d'un réseau de restauration rapide, le ministre de l'Economie avait assigné le franchiseur sur le fondement notamment de l'article L. 442-6, I., 2° du Code de commerce applicable à l'espèce (remplacé par L. 442-1, I., 2°), alléguant l'existence de clauses et pratiques porteuses d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Après avoir énoncé que l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif « impliqu[ait] la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective », la cour d'appel déduit, en l'espèce, du « défaut d'information sur le fonctionnement réel du réseau, [de] la position prépondérante du franchiseur sur les franchisés entrepreneurs individuels, [de] l'attractivité apparente du réseau et [des] nombreux contrats types identiques signés », l'absence de marge réelle de négociation du contrat de franchise.

Elle retient ensuite le caractère déséquilibré des clauses d'approvisionnement et de stock minimum « qui n'étaient équilibrées ni par d'autres clauses du contrat ni ne trouvaient dans leur mise en œuvre de justification quant à la préservation de l'homogénéité du réseau ou à la transmission du savoir-faire » ; de la clause d' *intuitu personae*, en ce qu'elle « permet[ait] au franchiseur de décider de la fin anticipée du contrat de franchise sans frais pour tout projet ayant une « incidence » sur la répartition actuelle du capital ou de celui du principal actionnaire, ou dans l'identité des dirigeants du franchisé » et en ce qu'elle « ne prév[oyait] pas de réciprocité pour le franchisé » ; ainsi que de certaines clauses de résiliation du contrat de franchise au motif notamment qu'une telle faculté n'était prévue qu' « au seul bénéfice du franchiseur » et pour des manquements du franchisé « dont certains ne résult[aient] pas directement des obligations du contrat de franchise ».

Être attentif au large champ d'application du droit des pratiques restrictives de concurrence.

ABSENCE DE « CONTREPARTIE OU DE JUSTIFICATION » DE RISTOURNES CONDITIONNELLES

Cour d'appel de Paris 23 février 2022, RG n° 21/07731

Un fournisseur réclamait à un distributeur, sur le fondement du déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I 2° C. com. anc.), la restitution de sommes correspondant à plusieurs ristournes litigieuses.

S'agissant, tout d'abord, de la condition de soumission ou de tentative de soumission, la cour d'appel la considère remplie au motif que les modifications du contrat pré-rédigé obtenues par le fournisseur, sur quelques points précis (ex. pourcentages des remises), ne suffisaient pas à démontrer une « négociation effective ». Elle ajoute que le montant facturé au titre de ces ristournes avait considérablement augmenté (plus de 20%) sans qu'il soit prouvé « que cette hausse notable et les conditions des modalités d'application, notamment la condition censée déclencher leur exigibilité » aient été négociées, ni que le mode de facturation ne « permette de déterminer les prestations venant en contrepartie » de leur paiement.

S'agissant, ensuite, de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, elle la considère caractérisée, au motif de l'absence de preuve de « véritables services, effectivement fournis et proportionnés » à leur prix, en d'autres termes d'une « contrepartie réelle et identifiée » aux ristournes en cause. La cour se fonde, à cet égard, sur un faisceau d'indices tenant en l'occurrence à une échéance régulière de paiement des ristournes témoignant d'une absence de conditionnement à l'exécution d'obligations variables « selon les périodes et/ou les besoins des parties » ; des mentions sur factures imprécises quant aux opérations en cause ; et à l'insuffisance des éléments produits par le distributeur (ex. planigrammes, préconisations d'implantation, catalogue promotionnel) pour démontrer la réalisation de services différents de ceux relevant de sa fonction.

V. notamment Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-13.533 et n° 19-16.344.

Vérifier l'existence de contreparties stipulées et réelles aux ristournes négociées.



RELATIONS ENTRE UNE PLATEFORME DE DISTRIBUTION D'APPLICATIONS ET SES DÉVELOPPEURS

Tribunal de commerce de Paris, 28 mars 2022, n°2018017655

Tribunal de commerce de Paris, 19 décembre 2022, n°2017040626

À la suite d'une enquête menée par la DGCCRF sur les relations commerciales entre la plateforme de distribution d'applications « GOOGLE Play » et les développeurs proposant sur le marché français leurs produits (applications) à la vente sur ladite plateforme « GOOGLE Play », le ministre de l'Économie avait introduit une action à l'encontre de GOOGLE sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° (remplacé par L. 442-1, I, 2°) du Code de commerce qui sanctionne le fait de soumettre ou tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

S'agissant de la soumission ou tentative de soumission, le tribunal annonce procéder à une « analyse globale *in concreto* de l'économie du contrat et du contexte dans lequel il est conclu » et considère que « la soumission est révélée par l'existence de [la] place de leader [de GOOGLE] » et du « rapport de force économiquement déséquilibré entre les parties, sans qu'il soit nécessaire de rechercher l'existence d'une position monopolistique ».

S'agissant de l'appréciation du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, le tribunal retient le caractère déséquilibré des clauses relatives :

- à la fixation du prix, le « taux de commission prélevée par GOOGLE caractéris[ant] une asymétrie entre les parties que GOOGLE ne peut justifier » et les développeurs n'ayant « aucune marge de manœuvre pour négocier » ce dernier et étant « contraints dans leur politique tarifaire puisqu'ils n'ont d'autre choix que d'accepter ou de résilier leur contrat » ;
- à la faculté de modification unilatérale du contrat par GOOGLE ;
- à la faculté de suspension unilatérale du contrat à la seule discrétion de GOOGLE selon une « marge de manœuvre discrétionnaire en fonction de ses seuls intérêts » et sans aucun rééquilibrage ;
- aux conditions de résiliation asymétriques du contrat, seule GOOGLE étant habilitée à résilier le contrat à tout moment, le développeur « étant quant à lui soumis à un préavis de trente jours » ;
- aux conditions posées pour la confidentialité des informations et leur utilisation au seul bénéfice de la plateforme, GOOGLE s'accordant « la possibilité de divulguer gratuitement et librement des informations auprès de tiers alors que les développeurs sont privés de tout contrôle sur la portée et la collecte d'informations et l'utilisation des données » ;
- à l'utilisation des signes distinctifs, GOOGLE s'accordant « gratuitement » une licence lui permettant d'afficher les signes distinctifs des développeurs ;
- aux exclusions de garanties et de responsabilité de GOOGLE, « privant en réalité les développeurs de toute action ».

Le tribunal précise par ailleurs que la plateforme « ne peut utilement invoquer la protection des consommateurs pour expliquer le déséquilibre caractérisé dès lors que l'infraction de déséquilibre significatif vise à protéger les partenaires et non les consommateurs par la contribution au fonctionnement d'un marché concurrentiel ».

On relèvera par ailleurs que, par une décision du 19 décembre 2022, le Tribunal de commerce de Paris a également sanctionné la société APPLE pour avoir stipulé dans ses contrats, la liant à ses développeurs d'applications, des clauses déséquilibrées au sens de l'ancien article L. 442-6, I., 2° C. com.

Auditer les clauses des contrats conclus par/avec des plateformes pour vérifier l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et, plus largement, le respect des nouveaux instruments de régulation applicables (cf. supra DMA / DSA).



Rupture brutale

CHAMP D'APPLICATION : SOUMISSION DE L'ACTIVITÉ D'INTERMÉDIATION EN OPÉRATION DE BANQUE AUX DISPOSITIONS DU CODE DE COMMERCE RELATIVES AUX PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

[Cour de cassation, chambre commerciale, 6 avril 2022, n°20-18.126](#)

Une société exerçant une activité d'intermédiation en opérations de banque avait conclu une convention de mandat d'une durée indéterminée avec une banque. À la suite de divergences entre les parties, la banque avait notifié à l'intermédiaire en opération de banque la rupture de la convention de mandat, à l'issue d'un préavis, et ce dernier l'avait assignée pour rupture brutale de relation commerciale établie. La banque invoquait notamment l'inapplicabilité des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce (remplacé par L. 442-1, II.) aux établissements de crédits et sociétés de financements pour leurs opérations de banque soumises aux dispositions du Code monétaire et financier en application de l'article L. 511-4 du même code.

Après avoir rappelé qu'« il résulte de l'article L. 511-4 du code monétaire et financier que les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence ne sont pas applicables aux établissements de crédit et aux sociétés de financement pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du même code », la Cour de cassation considère que l'activité d'intermédiation en opérations de banque, qui « n'est ni une opération de banque, ni une opération connexe au sens de l'article L. 311-2 », est soumise aux dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence et rejette le pourvoi.

V. également : CA Paris, 11 mars 2022, RG n° 20/01435 en matière de déséquilibre significatif (confirmant Cass. com. 15 janv. 2020, n° 18-10.512).

Identifier les opérateurs et relations entrant dans le champ d'application du dispositif.

IMPUTABILITÉ DE LA RUPTURE ET RÉSEAU DE DISTRIBUTION : RUPTURE IMPOSÉE PAR LA TÊTE DE RÉSEAU

[Cour de cassation, chambre commerciale, 22 juin 2022, n°21-14.230](#)

Une société spécialisée dans la commercialisation de fruits et légumes, approvisionnait quarante-trois magasins qui exerçaient sous l'enseigne d'une tête de réseau qui exploitait ces derniers ou en détenait des participations. Reprochant à cette dernière la rupture brutale de leur relation commerciale établie, elle l'avait assignée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° ancien du Code de commerce.

Les juges du fond avaient rejeté sa demande au motif que « les quarante-trois magasins en cause étaient exploités, au moment de la rupture, par trente-six sociétés différentes pourvues de personnalités juridiques autonomes et distinctes » de la tête de réseau et, en outre notamment que, s'agissant des établissements sous enseigne « les factures produites » étaient « émises à l'adresse des multiples établissements sous enseigne » et que plusieurs sociétés exploitant ces magasins étaient « des concessionnaires indépendants, par conséquent personnellement responsables de toute rupture brutale de relations commerciales établies » commises au préjudice du fournisseur de fruits et légumes.

La Cour de cassation censure les juges du fond considérant que la circonstance que les établissements en cause aient eu une personnalité juridique distincte de celle de la tête de réseau « n'excluait pas que celle-ci doive répondre d'une rupture des relations commerciales qu'elle leur aurait, de fait, imposée » ce dont il résultait qu'il appartenait aux juges de rechercher si ces sociétés « disposaient, quel que soit leur statut, d'une autonomie de décision quant au choix de leurs fournisseurs et, le cas échéant, la poursuite de leur relation commerciale avec ceux-ci ».

Identifier l'auteur de la rupture de la relation en vérifiant, dans un réseau de distribution, qui dispose du pouvoir de décision de rompre.



ABSENCE D'IMPUTABILITÉ EN CAS D'ARRÊT DES COMMANDES INHÉRENT À UN MARCHÉ EN CRISE

[Cour de cassation, Chambre commerciale, 1er décembre 2021, n° 20-19.113](#)

Un photographe avait réalisé des photographies pour le « catalogue papier » d'une société de vente par correspondance pendant plus de vingt ans. Reprochant à cette dernière une rupture brutale de relation commerciale établie « sans lettre de rupture et sans préavis », il l'avait assignée en réparation de son préjudice.

En appel, il avait été débouté de ses demandes aux motifs, en substance, que la société de vente à distance avait procédé « à des ruptures partielles dûment annoncées » et n'avait « totalement rompu la relation qu'après que son partenaire [ait] refusé de s'adapter aux nouvelles exigences du marché » marqué par « la crise du modèle économique de la vente par correspondance au moyen d'un « catalogue papier » ».

La Cour de cassation rejette son pourvoi. Après avoir rappelé l'absence de droit à « une relation inchangée » et que le partenaire ne peut « refuser toute adaptation commandée par l'évolution économique », elle approuve la cour d'appel d'avoir retenu sans qu'il soit nécessaire de « caractériser les éléments constitutifs de la force majeure » que « l'arrêt des commandes de photographies destinées au « catalogue papier » par la société de vente à distance, inhérente à un marché en crise, n'engageait pas la responsabilité de celle-ci » pour rupture brutale de relation commerciale établie.

Apprécier l'imputabilité de la rupture en tenant compte du contexte dans lequel elle s'inscrit (ex. marché en crise).

LE CARACTÈRE PRÉVISIBLE DE LA RUPTURE N'EXCLUT PAS SON CARACTÈRE BRUTAL

[Cour de cassation, chambre commerciale, 28 septembre 2022, n°21-16.209](#)

Une société spécialisée dans la conception et la fabrication de vêtements de sport et de loisirs avait conclu des contrats de prestation de services avec une société spécialisée dans la recherche de tendances en vue de la création de ses produits. La relation entre les deux sociétés, avait commencé en 1996, et avait pris fin à l'issue d'un dernier contrat conclu en 2015 portant sur les saisons été 2017 et hiver 2017/2018. Le prestataire de service avait alors assigné son cocontractant pour rupture brutale de la relation commerciale établie.

Pour rejeter sa demande, les juges du fond avaient, en appel, retenu le caractère précaire de la relation commerciale et le caractère prévisible de la cessation des commandes. Par un arrêt en date du 28 septembre 2022, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel.

Elle relève, d'une part, que la circonstance que les contrats conclus étaient des contrats de collaboration artistique, conclus à durée déterminée pour une ou deux saisons particulières ou pour une collection spécifique, sans possibilité de reconduction à l'issue de la réalisation des travaux commandés et le fait que le rythme des contrats ait été altéré au fil de la collaboration des parties ne permettent pas d' « exclure le caractère établi de la relation commerciale ».

Elle énonce, d'autre part, qu'il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 que « le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis ».

En l'occurrence même si la cour d'appel avait relevé que la cessation des commandes avait « été explicitement évoquée entre les parties avant la conclusion du dernier contrat, la première [ayant] indiqué expressément à la seconde qu'elle souhaitait pouvoir mettre un terme au partenariat, à l'issue de l'achèvement des prestations définies par ce contrat, si le nouveau fonctionnement testé ne lui donnait pas satisfaction », la Cour de cassation considère qu'elle n'avait pas constaté la manifestation d'une « intention non équivoque de rompre la relation commerciale et accordé un délai de préavis » et qu'elle avait ainsi privé sa décision de base légale.

Vérifier la manifestation d'une intention non équivoque de rompre et l'octroi d'un délai de préavis.



RELATION NÉGOCIÉE ANNUELLEMENT ET CHANGEMENT DE MODE D'APPROVISIONNEMENT PENDANT LE PRÉAVIS DE RUPTURE

[Cour de cassation, chambre commerciale, 7 décembre 2022, n°19-22.538, publié au Bulletin](#)

Un distributeur indépendant de produits électroniques grand public avait noué une relation commerciale avec une société spécialisée dans la distribution de produits dits bruns sur le marché français. A la suite de la détérioration des relations entre les deux sociétés, le fournisseur avait notifié au distributeur la rupture de leur relation commerciale moyennant le respect d'un délai de préavis d'un peu plus d'une année. Se plaignant d'une modification des conditions de la relation commerciale pendant ce délai de préavis, le distributeur l'avait alors assigné pour rupture brutale.

Par un arrêt en date du 7 décembre 2022, la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir rejeté sa demande au motif que « lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier ». Elle relève qu'en l'occurrence, les premiers juges avaient fait « ressortir que le changement de mode d'approvisionnement aux mêmes conditions tarifaires ne caractérisait pas une modification substantielle de la relation commerciale interdite durant le préavis » ce dont ils avaient pu valablement déduire que « la preuve d'un changement, en cours de préavis, des autres conditions commerciales existant, le cas échéant, entre les parties avant la rupture, n'avait pas été rapportée ».

Apprécier avec prudence et à l'aune de la nature de la relation rompue, l'incidence de la modification de la relation pendant le préavis de rupture accordé.

POURSUITE D'UNE RELATION COMMERCIALE NOUÉE AVEC UN TIERS : NÉCESSITÉ DE PROUVER LA COMMUNE INTENTION DES PARTIES

[Cour de cassation, chambre commerciale, 19 octobre 2022, n°21-17.653](#)

À la suite de la cession judiciaire, en 2012, de la société avec laquelle elle entretenait des relations commerciales, une société avait confié des prestations de services au cessionnaire de cette dernière. En 2016, elle avait réduit les commandes confiées à ce nouveau prestataire de services, puis, en 2017, elle lui avait notifié l'arrêt de leur relation commerciale. Placé en liquidation judiciaire la même année, le prestataire l'avait alors assignée en paiement de dommages et intérêts, invoquant une rupture brutale de relation commerciale établie. En appel, les juges avaient retenu une rupture partielle brutale des relations commerciales établies et avait condamné son auteur à indemniser le préjudice en ayant découlé pour le prestataire. Pour évaluer ce préjudice, les juges du fond avaient considéré que la relation avait débuté non pas en 2012 mais en 2005, date du début de la relation de l'auteur de la rupture avec la société cédée, au motif notamment de la « poursuite de l'activité » avec le cessionnaire « suivant les mêmes volumes et la même nature » de produits.

La Cour de cassation approuve les juges du fond, s'agissant de la brutalité de la rupture partielle, au motif notamment que l'auteur de la rupture « avait volontairement réduit les commandes en 2016 sans y être contraint par la baisse de sa propre activité ». S'agissant du calcul du préjudice, en revanche, après avoir rappelé qu'« il résulte [de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019] qu'en matière de rupture brutale d'une relation commerciale établie, la seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties », la Cour de cassation censure les juges du fond pour ne pas avoir caractérisé cette commune intention.

Vérifier la manifestation d'une commune intention des parties de poursuivre la relation initialement nouée avec un tiers.



Sanctions, recours et procédures

POUVOIR D'INJONCTION ET D'ASTREINTE DE LA DGCCRF

[Communiqué de presse DGCCRF, 7 décembre 2022](#)

Une enquête lancée en 2020 sur les conditions contractuelles imposées par une plateforme de vente en ligne à ses vendeurs tiers avait conduit au constat « d'irrégularités au regard de l'équilibre du contrat » et du respect du règlement (UE) 2019/1150 dit « *Platform to Business* ». A la suite de ces constats, les services de la DGCCRF avaient décidé de faire usage du nouveau pouvoir « d'injonction sous astreinte » (art. L. 470-1 C. com.) et avaient demandé à la plateforme concernée de « procéder rapidement à des changements dans ses conditions contractuelles, en modifiant les clauses non-conformes (...), sous astreinte de 90 000 euros par jour de retard ».

En raison du retard pris dans l'exécution des demandes qui lui avaient été adressées, le communiqué de la DGCCRF indique que la plateforme « doit désormais s'acquitter du paiement d'une astreinte de 3,33 millions d'euros à l'issue des vérifications et d'une période de contradictoire imposée par la procédure ».

Connaître les pouvoirs de l'administration en matière d'injonction et d'astreinte.

CUMUL DE SANCTIONS ADMINISTRATIVES : CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION DE L'ARTICLE L. 470-2, VII DU CODE DE COMMERCE

[Conseil constitutionnel, 25 mars 2022, décision n° 2021-984 QPC](#)

Pour mémoire, le Conseil d'État avait renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution du VII de l'article L. 470-2 du Code de commerce lequel dispose que « lorsque, à l'occasion d'une même procédure ou de procédures séparées, plusieurs sanctions administratives ont été prononcées à l'encontre d'un même auteur pour des manquements en concours, ces sanctions s'exécutent cumulativement » sans préciser « dans la limite du maximum légal le plus élevé » (cette dernière précision ayant été supprimée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » (Conseil d'État, 29 décembre 2021, N° 457203).

Par une décision en date du 25 mars 2022, après avoir considéré qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose que des sanctions administratives prononcées pour des manquements distincts soient soumises à une règle de non-cumul » et que les dispositions contestées « n'ont pas pour objet de déterminer le montant des sanctions encourues pour chacun des manquements réprimés » et « ne font pas obstacle à la prise en compte par l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, de la nature des manquements, de leur gravité et de leur répétition pour déterminer le montant des sanctions, en particulier lorsqu'elles s'appliquent de manière cumulative », le Conseil écarte le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité des peines.

Le Conseil constitutionnel décide que « les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas les principes de légalité et de nécessité des délits et des peines, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution ».

Apprécier les risques de sanctions en tenant compte de la possibilité d'un cumul des amendes administratives pour des manquements en concours.

RENFORCEMENT DU « NAME AND SHAME »

[Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat](#)
[Décret n° 2022-1701 du 29 décembre 2022 définissant les modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du code de commerce et du livre V du code de la consommation](#)



Profitant de la loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, le législateur est venu renforcer le dispositif de « *name and shame* ».

L'article L. 470-1 du Code de commerce est ainsi modifié pour permettre, dans des conditions fixées par décret, la publication de la décision d'injonction en cas de manquements aux dispositions notamment du droit de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence (Titre IV du Livre IV du Code de commerce) dès leur prononcé et non pas uniquement, postérieurement, en cas d'inexécution totale ou partielle ou d'inexécution tardive de l'injonction. Le décret définissant les modalités de publicité de ces mesures a été publié au JORF du 30 décembre 2022.

Apprécier les risques de sanction en tenant compte de la possibilité d'une publication de cette dernière, y compris au stade de l'injonction.

MISE EN ŒUVRE DE LA LOI EGALIM II : COMPÉTENCE DU CRDCA

[Décret n° 2022-263 du 26 février 2022 fixant la liste des filières exemptées du recours obligatoire au comité mentionné à l'article L. 631-28 du Code rural et de la pêche maritime et portant diverses mesures d'application](#)

Le décret n° 2022-263 du 26 février 2022 fixe la liste des filières exemptées du recours obligatoire au comité de règlement des différends commerciaux agricoles (CRDCA) en cas d'échec de la médiation (art. L. 631-28 CRPM). Le décret définissant les modalités de publicité de ces mesures a été publié au JORF du 30 décembre 2022.

Vérifier l'obligation de soumettre ses différends à un organe spécialement désigné (ex. CRDCA).

PREUVE DE LA SOUMISSION OU TENTATIVE DE SOUMISSION : LE JUGE NE PEUT SE FONDER UNIQUEMENT OU DE MANIÈRE DÉTERMINANTE SUR DES DÉCLARATIONS ANONYMES

[Cour de cassation, chambre commerciale, 11 mai 2022, n° 19-22.242 publié au Bulletin](#)

À la suite d'une enquête menée par la DGCCRF sur les clauses contractuelles liant une société de conception, fabrication et commercialisation de turbines à gaz destinées à la production d'énergie à ses fournisseurs, le ministre chargé de l'Economie avait assigné cette société en cessation de certaines pratiques et en paiement d'une amende civile sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I., 2° du Code de commerce. Condamnée en appel, la société estimait qu'en se fondant uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes versés par le ministère de l'Economie, il avait été porté atteinte à ses droits de la défense.

Après avoir énoncé, au visa de l'article 6 §1 et §3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'« au regard des exigences du procès équitable, le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des déclarations anonymes », la Cour de cassation censure la cour d'appel pour avoir méconnu les exigences du texte susvisé en se fondant, de façon déterminante, sur des déclarations recueillies anonymement pour estimer rapportée la preuve de l'existence d'une soumission des fournisseurs aux clauses contractuelles en cause.

Apprécier la recevabilité des moyens de preuve produits.

RÉFÉRÉ ET SUSPENSION DES LIVRAISONS : LE TRIBUNAL DE COMMERCE ORDONNE LA REPRISE DES LIVRAISONS

[Ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris, 2 février 2022, n°2022002981](#)



À la suite de la suspension, sans préavis, des livraisons de marchandises d'un fournisseur à un distributeur, ce dernier l'avait assigné en référé d'heure à heure afin qu'il lui soit ordonné de reprendre les livraisons « aux dernières conditions en vigueur (tarifaire et autres) jusqu'au plus proche des événements suivants : la conclusion d'une convention annuelle entre les parties pour l'année 2022 ; ou l'écoulement d'un préavis de dix-huit (18) mois ».

Le distributeur soutenait que le non-respect de la clause prévue par leur contrat qui stipulait le « maintien des conditions en place à défaut de signature d'un nouveau contrat cadre à l'issue de l'année civile ou d'un accord de période transitoire » constituait un trouble manifestement illicite à son égard et que l'épuisement de ses stocks de marchandises « faute de livraison depuis le 4 janvier 2022 qui constituerait par ailleurs une rupture brutale des relations » était constitutif d'un dommage imminent. Le fournisseur justifiait, quant à lui, cette suspension par l'échec de ses tentatives de renégocier, depuis six mois, les tarifs étant « devenus intenable avec la flambée du prix des matières premières » et le distributeur ayant « [ignoré] volontairement sa lettre de réserve sur la clause léonine de maintien des prix sur une période transitoire ». La « convention signée étant la loi des parties », le tribunal ordonne le rétablissement des livraisons « pour une période courte qui devra permettre de trouver un nouvel accord de tarif équilibré tenant compte de la réalité du marché » sous astreinte de 100 000 € par jour de retard.

V. également : Ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris, 16 janvier 2019, RG n° 2020001069.

Apprécier l'opportunité d'agir en référé.

CENTRALES D'ACHAT INTERNATIONALES ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE : LA CJUE SE PRONONCE SUR LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE POUR CONNAÎTRE DE L'ACTION DU MINISTRE

CJUE, 22 décembre 2022, aff. C-98/22

A la suite d'une enquête, le ministre de l'Economie et des Finances français avait assigné une centrale d'achat et un prestataire de services ayant leur siège en Belgique devant les juridictions françaises aux fins de faire, notamment, constater certaines pratiques restrictives de concurrence (déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties) à l'égard de fournisseurs établis en France. Les sociétés assignées soutenaient que les juridictions françaises étaient incompétentes pour connaître d'une telle action au motif qu'elle ne relevait pas de la « matière civile et commerciale » au sens du Règlement « Bruxelles I bis » (règlement (UE) no 1215/2012 du 12 décembre 2012) permettant de déterminer la compétence judiciaire. Saisie du litige, la cour d'appel de Paris avait décidé de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne concernant la notion de « matière civile et commerciale ».

La CJUE répond que cette notion, au sens du règlement précité, « n'inclut pas l'action d'une autorité publique d'un État membre contre des sociétés établies dans un autre État membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier État membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'agir en justice ou des pouvoirs d'enquête exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers ».



Concurrence déloyale

PARASITISME : INDIFFÉRENCE DE LA FINALITÉ, DU STATUT JURIDIQUE OU DE L'ACTIVITÉ DES PARTIES ET DE L'EXISTENCE D'UNE INTENTION DE NUIRE

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 2022, n°20-13.542, publié au Bulletin](#)

Par un arrêt en date du 16 février 2022, la Cour de cassation a précisé la notion de parasitisme en retenant que « l'action en parasitisme, fondée sur l'article 1382, devenu 1240, du code civil, qui implique l'existence d'une faute commise par une personne au préjudice d'une autre, peut être mise en œuvre quels que soient le statut juridique ou l'activité des parties, dès lors que l'auteur se place dans le sillage de la victime en profitant indûment de ses efforts, de son savoir-faire, de sa notoriété ou de ses investissements ». En l'espèce, la Cour de cassation approuve une cour d'appel, qui avait établi l'utilisation d'outils de communication par des associations conçus et financés par une autre association pour dénoncer la maltraitance animale, d'en avoir déduit qu'elles avaient commis des actes de parasitisme, « peu important la finalité de leurs campagnes respectives ».

Considérer avec attention l'action en concurrence déloyale en tant qu'outil de protection de l'entreprise.



Distribution - Consommation





Contrats de distribution

Agence commerciale

ASSIETTE DES COMMISSIONS : VALIDITÉ DE LA CLAUSE D'EXCLUSION DE L'ASSIETTE DES COMMISSIONS DES OPÉRATIONS CONCLUES AVEC UN TIERS DONT L'AGENT A OBTENU ANTÉRIEUREMENT LA CLIENTÈLE POUR DES OPÉRATIONS DU MÊME GENRE (L. 134-6 AL. 1^{ER} 2^{ÈME} PHRASE)

[CJUE 13 octobre 2022, aff. C-64/21](#)

Saisie d'une question préjudicielle relative à la qualification – en tant que règle impérative ou non – du droit à commission sur opérations conclues par le mandant avec un tiers dont l'agent commercial a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre, la CJUE répond que cette disposition (art. 7, § 1, b), de la directive 86/653 transposée en droit français par art. L. 134-6 al. 1^{er} 2^{ème} phrase C. com.) « doit être interprété[e] en ce sens que : il peut être dérogé contractuellement au droit que cette disposition confère à l'agent commercial indépendant de percevoir une commission pour l'opération conclue, pendant la durée du contrat d'agence, avec un tiers dont cet agent a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre ».

Auditer les contrats d'agence pour vérifier l'opportunité de stipuler/accepter de telles clauses d'exclusion du droit à commissionnement.

INDEMNITÉ DE CESSATION DE CONTRAT (L. 134-12 C. COM.) : CLAUSE DE MODIFICATION DU PÉRIMÈTRE DE CLIENTÈLE DE L'AGENT ET ÉVALUATION FORFAITAIRE DU PRÉJUDICE RÉSULTANT DE LA CESSATION DES RELATIONS

[Cour de cassation, chambre commerciale, 5 octobre 2022, n°20-16.665](#)

Un contrat d'agence commerciale prévoyait que le mandant pourrait modifier les clients entrant dans le secteur de représentation de l'agent à condition, en substance, de respecter un préavis et de proposer à l'agent un client en remplacement ou, en cas d'impossibilité, de lui verser une indemnité compensatrice.

La Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir « exactement retenu que la clause litigieuse, qui ne prévoyait pas une indemnisation forfaitaire du préjudice résultant d'une cessation des relations avec le mandant, n'était pas contraire aux dispositions de l'article L. 134-12 du Code de commerce ».

Auditer les clauses de modification de périmètre de clientèle et vérifier leur licéité au regard des dispositions impératives du régime de l'agence commerciale.

INDEMNITÉ DE CESSATION DE CONTRAT (ART. L. 134-12 C. COM.) : LICÉITÉ DE LA CLAUSE DE RÉSILIATION UNILATÉRALE ET MODALITÉ DE CALCUL DE L'INDEMNITÉ

[Cour de cassation, chambre commerciale, 28 septembre 2022, n°21-12.292](#)

Un contrat d'agence commerciale à durée déterminée, stipulant la possibilité pour les parties de résilier le contrat avant son terme, avait été conclu par deux sociétés. Faisant application de cette stipulation, le mandant avait unilatéralement résilié le contrat avant l'arrivée de son terme, en s'engageant à lui verser l'indemnité compensatrice du préjudice subi en raison de la cessation des relations prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce. L'agent l'avait alors assigné en paiement de commissions sur les ventes faites postérieurement



à la résiliation du contrat par son mandant et avait contesté le montant de l'indemnité de fin de contrat laquelle devait, selon lui, inclure dans son assiette de calcul les commissions sur les ventes réalisées jusqu'au terme initialement convenu.

Par un arrêt en date du 28 septembre 2022, après avoir énoncé que « selon l'article L. 134-12 du code de commerce, le contrat à durée déterminée peut être révoqué par le consentement mutuel des parties, suivant les clauses ou conditions spécifiées au contrat d'agent commercial, et le caractère anticipé de la cessation d'un tel contrat, à durée déterminée, donne droit à réparation du préjudice résultant de la perte de commissions jusqu'à la date de fin de contrat originellement prévue », la Cour de cassation censure les juges du fond pour avoir retenu le caractère non écrit de la clause de résiliation unilatérale avant terme, mais les approuve d'avoir décidé que « les indemnités devaient être calculées au regard du terme initial du contrat dès lors qu'à défaut, il y aurait un détournement des règles d'ordre public protectrices de l'agent commercial ».

Auditer les clauses de durée et de résiliation unilatérale et apprécier leurs conséquences en termes de droit à commission et à indemnisation.

INDEMNITÉ DE CESSATION DE CONTRAT (L. 134-12 C. COM.) : LA FAUTE GRAVE DE L'AGENT N'ENTRAÎNE PAS NÉCESSAIREMENT LA PERTE DU DROIT À INDEMNITÉ

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 novembre 2022, n°21-17.423, publié au Bulletin](#)

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 novembre 2022, n°21-10.126, publié au Bulletin](#)

[Cour de cassation, chambre commerciale, 19 octobre 2022, n° 21-20.681, publié au Bulletin](#)

Par deux décisions rendues le 16 novembre 2022, la Cour de cassation considère que la faute grave de l'agent ne fait pas nécessairement perdre à ce dernier son droit à indemnité de cessation de contrat. Tel est le cas, lorsque la faute grave de l'agent est découverte postérieurement à la résiliation du contrat par le mandant. Tel est le cas également, lorsque la résiliation à l'initiative de l'agent est justifiée par des manquements du mandant.

Faute grave de l'agent découverte postérieurement à la résiliation par le mandant

Aux termes d'une première décision, rendue le 16 novembre 2022 (Com., 16 nov. 2022, n°21-17.423, publié au Bulletin), la Chambre commerciale de la Cour de cassation opère un important revirement de jurisprudence s'agissant des conséquences de la faute grave de l'agent commercial commise antérieurement à la rupture du contrat d'agence commerciale et découverte par le mandant postérieurement à cette dernière.

A contrecourant de sa jurisprudence antérieure (Com., 1er juin 2010, n° 09-14.115 ; Com., 24 nov. 2015, n° 14-17.747 ; Com., 19 juin 2019, n° 18-11.727), elle décide au visa des articles L. 134-12 et L. 134-13 du Code de commerce que « l'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et a été découvert postérieurement à celle-ci par le mandant, de sorte qu'il n'a pas provoqué la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité ».

Jusqu'à présent, la Cour de cassation admettait que la faute grave de l'agent, découverte par le mandant postérieurement à la rupture, était de nature à le priver de son indemnité de cessation de contrat (v. not. Com. 1er juin 2010 n° 09-14.115 ; Com. 19 juin 2019, n° 18-11.727). Une telle solution avait été critiquée au motif que la découverte de la faute postérieurement à la rupture excluait la possibilité de considérer, ainsi que l'exige l'article L. 134-13 du Code de commerce, qu'une telle faute ait pu provoquer la rupture dès lors, précisément, que le mandant l'ignorait au moment où il avait manifesté sa volonté de rompre. A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne avait d'ailleurs rappelé (CJUE 28 oct. 2010, aff. C-203/09) la nécessité de retenir une interprétation stricte des exceptions au droit à indemnisation de l'agent, posées par la directive, et l'impossibilité – sauf à ajouter une cause de déchéance non prévue – de priver l'agent d'un tel droit « lorsque le commettant établit, après lui avoir notifié la résiliation du contrat moyennant un préavis, l'existence d'un manquement de cet agent qui était de nature à justifier une résiliation sans délai de ce contrat ».

Ce retour à la rigueur des principes ne peut donc qu'être approuvé. En pratique, cela conduira à un renforcement de la vigilance des mandants :

- d'une part, dans l'identification des comportements fautifs de leurs agents (étant rappelé, par ailleurs,



que la tolérance par le mandant d'un comportement fautif connu de l'agent exclut la qualification de faute grave privative du droit à indemnité : v. not. Com. 11 juin 2022, n° 98-21.916 ; Com. 9 avr. 2009, n° 08-12.832 ; Com. 8 déc. 2009, n° 08-17.749),

- et, d'autre part, dans l'indication, le cas échéant, dans la lettre de résiliation des agissements fautifs de l'agent ayant provoqué la rupture.

Faute grave de l'agent commercial à l'initiative de la rupture pour faute du mandant

Dans une autre affaire, aux termes d'une décision rendue le même jour, la Cour de cassation, considère que la faute grave de l'agent commercial ne lui fait pas perdre son droit à indemnité « lorsque la cessation du contrat d'agence commerciale résulte de l'initiative de l'agent et qu'elle est justifiée par des circonstances imputables au mandant ». Dans ce cas, « la réparation prévue à l'article L. 134-12 de ce code demeure due à l'agent, quand bien même celui-ci aurait commis une faute grave dans l'exécution du contrat » (Com., 16 nov. 2022, n° 21-10.126, publié au Bulletin).

La logique qui sous-tend cette solution, même si elle n'est pas exprimée aussi clairement par la Cour de cassation est comparable à celle ayant conduit au revirement de jurisprudence évoqué précédemment. Dans ce cas encore, la résiliation n'est pas consécutive au constat de la faute grave de l'agent. Elle est à l'initiative de l'agent et justifiée par des circonstances imputables au mandant. En l'occurrence, l'agent reprochait à son mandant de ne pas lui avoir transmis les éléments nécessaires au calcul de ses commissions et d'avoir vendu de manière renouvelée ses produits sur un site de vente en ligne.

Les conséquences pratiques sont, là encore, importantes et devront conduire à une réactivité accrue des agents victimes de manquements de leurs mandants et devront être prompts à dénoncer, le cas échéant, les manquements du mandant justifiant une résiliation à leur initiative.

Dans les deux cas toutefois, relevons que ces solutions n'excluent pas, par ailleurs, la possibilité pour le mandant de demander réparation de son préjudice subi en raison de la faute commise par l'agent.

La Cour de cassation a en effet récemment considéré – en réponse à un agent commercial qui considérait qu'un même manquement de sa part ne pouvait « justifier à la fois la suppression de l'indemnité de cessation de contrat et l'allocation de dommages et intérêts au mandant » – qu'« en cas de cessation d'un contrat d'agence commerciale, la perte par le mandataire du fait de sa faute grave, en application de l'article L. 134-13 du code de commerce, de son droit à la réparation prévue par l'article L. 134-12 de ce code ne prive pas le mandant de la possibilité d'agir en réparation du préjudice que lui a causé cette faute » (Com., 19 oct. 2022, n° 21-20.681, publié au Bulletin).

Considérer attentivement l'exécution de la relation contractuelle du point de vue de l'agent comme de celui du mandant pour être prompt à dénoncer les éventuels manquements de l'un ou de l'autre.

SOUS-AGENCE : EXCLUSION DU DROIT À INDEMNITÉ DU SOUS-AGENT EN CAS DE CONTINUATION DES RELATIONS AVEC LE COMMETTANT PRINCIPAL

CJUE 13 oct. 2022, affaire C-593/21

La CJUE considère que la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, doit être interprétée en ce sens que « l'indemnité d'éviction qui a été versée par le commettant à l'agent principal dans la mesure de la clientèle apportée par le sous-agent est susceptible de constituer, dans le chef de l'agent principal, un avantage substantiel » mais précise que « toutefois le paiement d'une indemnité d'éviction au sous-agent est susceptible d'être considéré comme étant inéquitable (...) lorsque celui-ci poursuit ses activités d'agent commercial à l'égard des mêmes clients et pour les mêmes produits, mais dans le cadre d'une relation directe avec le commettant principal, et ce en remplacement de l'agent principal qui l'avait précédemment engagé ».

Analyser avec attention les relations de sous-agence et anticiper les effets de leur poursuite en cas de cessation du contrat conclu avec l'agent-principal.



AGENTS COMMERCIAUX : RAPPEL DE L'ABSENCE DE QUALIFICATION DE LOI DE POLICE DANS L'ORDRE INTERNATIONAL DES ARTICLES L. 134-1 ET SUIVANTS DU CODE DE COMMERCE

Cour d'appel de Paris, 10 mars 2022, RG n° 18/09215

Par un arrêt en date du 10 mars 2022, la cour d'appel de Paris rappelle que « si la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, est une loi protectrice d'ordre public interne, elle ne constitue pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

Comp. : CJCE 9 nov. 2000, aff. C-381/98, Ingmar ; CJUE 17 oct. 2013, aff. C-184/12, Unamar

Identifier la loi applicable aux contrats conclus avec des agents commerciaux étrangers.

Commission-affiliation

COMMISSION-AFFILIATION ET RÉAPPROVISIONNEMENT EN PÉRIODE DE SOLDES : CONSÉQUENCES DE L'INDÉPENDANCE JURIDIQUE DU COMMISSIONNAIRE ET DU COMMETTANT

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 février 2022, n°21-83.226, publié au Bulletin

Au cours d'un contrôle, les services de la DGCCRF avaient constaté qu'un magasin, approvisionné par une société avec laquelle il était lié par un contrat de commission-affiliation, vendait en soldes des références qui avaient fait l'objet d'un réapprovisionnement dans les trente jours précédents. Pour mémoire, l'article L. 310-3 du Code de commerce impose que les produits annoncés comme soldés aient été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée.

Au motif que le commettant et le commissionnaire étaient deux entités juridiques distinctes, chacune disposant d'un stock propre – même si le commettant approvisionnait le commissionnaire – la cour d'appel avait considéré que la détention des marchandises proposées en soldes devait être appréciée au regard de la société « commissionnaire venderesse » qui « ne saurait s'exonérer des obligations et interdictions découlant de l'application de la législation du code du commerce, en sa qualité de commerçant procédant elle-même à des soldes, en tant que gestionnaire de son magasin et maître des prix affichés ». Elle en avait déduit l'impossibilité de faire remonter la date de détention des marchandises dans l'établissement du commissionnaire à la détention des marchandises dans le dépôt d'un fournisseur, juridiquement indépendant. Retenir le contraire aurait, en effet, abouti « à vider la loi de son sens » et à générer « une inégalité économique au sein des différents commerces, les uns écoulant effectivement leurs stocks dépareillés, les autres vendant tous leurs articles régulièrement réapprovisionnés ».

La Cour de cassation approuve la cour d'appel et rejette le pourvoi formé contre sa décision de sanction du commissionnaire sur le fondement de l'article L. 310-5, 3° du Code de commerce, dès lors qu'il était établi que ce dernier « ne [s'était] pas borné à écouler le stock qu'[il] détenait, mais [avait] effectué, au cours de la période de soldes, un réassortiment auprès d'un fournisseur qui constituait une entité juridique distincte et écoulait ainsi son propre stock ».

Apprécier et tenir compte des conséquences de l'indépendance juridique du commissionnaire et du commettant.



Franchise

RÈGLEMENT UE 2022/720 SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES : POINTS CLÉS EN MATIÈRE DE FRANCHISE

[Règlement \(UE\) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées](#)

A l'instar de l'ancien règlement, le nouveau règlement ne définit pas la franchise.

Tout au plus fait-il référence à ce qu'il qualifie de système de « distribution libre » entendu comme celui dans lequel « le fournisseur n'opère ni un système de distribution exclusive ni un système de distribution sélective » (art. 4, d)). A cet égard, des dispositions dédiées aux restrictions de territoire et de clientèle « lorsque le fournisseur n'opère ni un système de distribution exclusive ni un système de distribution sélective » sont introduites (art. 4, d)). Le fournisseur peut ainsi restreindre les ventes actives des distributeurs libres (ou sélectifs) et de leurs clients directs (clauses de « pass-on » (art.4 c) i) (1) et art.4, d), i)) vers les territoires ou clientèles exclusifs. Il peut également restreindre les ventes actives ou passives des distributeurs libres (ou exclusifs) et de leurs clients directs (clauses de « pass-on ») à des distributeurs non-agrèés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective (art.4 b) ii) et art.4, d), ii)).

De leur côté, les lignes directrices visent, en revanche, expressément la franchise à laquelle elles consacrent plusieurs paragraphes (pt. 165 et s.).

Pour une présentation générale du règlement d'exemption : *cf. supra*.

Vérifier la licéité de la stipulation des clauses destinées à protéger les distributeurs et le réseau de franchise mais également les éventuels autres réseaux de distribution (exclusifs, sélectifs) opérés par le promoteur du réseau.

FOURNITURE DE COMPTES PRÉVISIONNELS ET APPRÉCIATION DU FRANCHISÉ

Cour d'appel de Paris, 12 janvier 2022, RG n° 19/07792

Pour mémoire, le franchiseur est tenu de délivrer à son futur franchisé une information précontractuelle « qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » (art. L. 330-3 C. com.). Si les comptes prévisionnels ne figurent pas dans les éléments devant se trouver dans le document d'information précontractuelle, ils doivent, lorsqu'ils sont communiqués, « présenter un caractère sérieux » (Cass. com., 13 sept. 2017, no 15-19.740) ou encore constituer une information « sincère et vérifiable » (Cass. com., 10 juin 2020, no 18-21.536) sauf à encourir la nullité pour dol ou erreur.

Par un arrêt en date du 12 janvier 2022, la cour d'appel de Paris a considéré que s'agissant du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé et qui « n'a[vait] pas été celui escompté, un décalage de 50% à la baisse par rapport au prévisionnel le plus pessimiste ayant été observé », il appartenait au franchisé « d'étudier la faisabilité de son projet et d'en assumer les risques », le franchiseur n'ayant « aucun devoir de réserve et de modération lorsqu'[il] présente des chiffres et des éléments de comparaison ».

Être attentif au contenu des informations transmises pendant la période précontractuelle et aux devoirs respectifs de celui qui les transmet et celui qui les reçoit.



OBLIGATION D'ASSISTANCE DU FRANCHISEUR : ASSISTANCE AU DÉMARRAGE DU PROJET

Cour d'appel de Paris, Paris 30 mars 2022, RG n° 20/06507

Un contrat de franchise avait été conclu entre deux sociétés en vue de l'exploitation d'un point de vente d'une enseigne de restauration rapide. N'ayant pu obtenir un local approprié, notamment par défaut d'un financement des banques, le franchisé avait notifié au franchiseur la résiliation du contrat en invoquant une « absence d'investissement du franchiseur dans le montage de [son] projet ». Il avait par la suite assigné le franchiseur aux fins d'obtenir l'annulation ou la résolution du contrat et la condamnation à la restitution du montant du droit d'entrée et au paiement de dommages-intérêts.

Après avoir relevé que « la transmission par le franchiseur d'informations chiffrées inadaptées pour l'installation d'un restaurant (...), son assistance insuffisante au regard des stipulations commerciales et contractuelles et un processus contractuel ne prévoyant pas une phase intermédiaire de réservation de zone permettant au candidat de réaliser une étude de marché avant de signer le contrat de franchise » ne permettaient pas d'établir que le franchiseur avait « sciemment communiqué des informations inexacts ou caché des informations aux franchisés pour les tromper et les convaincre à signer le contrat de franchise ni que la rentabilité du concept faisait défaut avant l'ouverture du restaurant », la Cour d'appel de Paris retient toutefois de l'ensemble des éléments transmis que « le franchiseur a été défaillant dans l'exécution de ses obligations contractuelles au démarrage du projet ».

S'assurer du respect de l'obligation d'assistance du franchiseur à toutes les étapes de l'exécution du contrat de franchise y compris au « démarrage ».

FRANCHISE ET NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLE : NON-RÉTROACTIVITÉ DE L'ARTICLE L. 341-2 DU CODE DE COMMERCE ET VALIDITÉ DE LA CLAUSE INTERDISANT D'UTILISER LES COULEURS DU FRANCHISEUR

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 2022, n°20-20.429, publié au Bulletin](#)

Un franchiseur et deux franchisés avaient conclu deux contrats de franchise pour l'exploitation de centres de lavage pour véhicules, lesquels étaient arrivés à terme en 2008 et n'avaient pas été renouvelés. L'un des anciens franchisés avait alors assigné le franchiseur, notamment en nullité de la clause interdisant l'usage des couleurs bleu et blanc sans limite de durée après la cessation du contrat. L'autre franchisé était intervenu volontairement à l'instance.

La cour d'appel avait réputé non-écrite la clause litigieuse sur le fondement de l'article L. 341-2 du Code de commerce considérant, en substance, qu'il se déduisait de l'article 31, II de la loi du 6 août 2015 (lequel dispose que l'article L. 341-2 s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi) « qu'un an après la promulgation de la loi, est réputée non écrite toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un contrat (...) de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui l'a précédemment souscrit », et ce, « peu important que le contrat soit arrivé à son terme le 19 juin 2008 sans avoir été renouvelé ».

S'agissant de l'application de la loi dans le temps, après avoir considéré que « la loi nouvelle ne peut, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, inexistante en l'espèce, remettre en cause la validité d'une clause contractuelle régie par les dispositions en vigueur à la date où le contrat a été passé », la Cour de cassation censure la cour d'appel – qui avait fait application de l'article L. 341-2 du Code de commerce – pour violation de la loi.

S'agissant de la clause litigieuse, la Cour censure également la cour d'appel, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil (devenu art. 1103). Elle considère que les motifs tirés de la restriction apportée par la clause à l'activité de l'ancien franchisé - « le blanc, symbole de propreté, et le bleu, symbole de l'eau, [s'associant] naturellement à des activités de lavage, tel le lavage de véhicule » ou encore « l'existence de stations de lavage auto haute pression (...), qui utilisent également les couleurs bleu et blanc » - étaient « impropres à établir une atteinte disproportionnée au principe de la liberté d'entreprendre, au regard des intérêts légitimes du franchiseur ».

Mesurer la portée des clauses de non-concurrence post-contractuelles et en apprécier l'efficacité.



Distribution exclusive

RÈGLEMENT UE 2022/720 SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES : POINTS CLÉS EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION EXCLUSIVE

[Règlement \(UE\) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées](#)

Le nouveau règlement d'exemption introduit une définition de la distribution exclusive en tant que « système de distribution dans lequel le fournisseur alloue un territoire ou un groupe de clients à titre exclusif à lui-même ou à un nombre maximal de cinq acheteurs et restreint la possibilité de tous ses autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe de clients exclusif » (art. 1, h)).

Le nouveau règlement admet donc la possibilité d'une exclusivité partagée au titre de laquelle le fournisseur a la faculté d'allouer à titre exclusif un territoire ou un groupe de clients à plusieurs distributeurs dont le nombre maximal ne peut excéder 5 distributeurs, sous réserve de s'assurer de la compatibilité de ce système d'exclusivité partagée avec le besoin de retour sur investissements des distributeurs concernés.

Le nouveau règlement prévoit également la faculté d'étendre aux clients directs du distributeur exclusif (clauses de « pass on ») la restriction des ventes actives sur les territoires ou auprès de groupes de clients que le fournisseur a alloués à titre exclusif à d'autres distributeurs ou qu'il s'est réservés (art. 4) b) i)) et celle des ventes actives ou passives à des distributeurs non-agrèés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective (art.4 b) ii)). Le fournisseur peut également restreindre les ventes actives des distributeurs sélectifs ou libres et de leurs clients directs vers les territoires ou clientèles exclusifs (art.4 c) i) (1) et art.4, d), i)).

On relèvera enfin l'absence de modification substantielle du régime applicable aux obligations de non-concurrence. Le concessionnaire peut s'engager à s'approvisionner exclusivement auprès du concédant et si l'exemption par catégorie ne s'applique pas à toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse 5 ans (art. 5 1. a)), cette limite de durée n'est 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 liés à l'acheteur, à conditions que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur (art. 5 2. – comp. en droit interne art. L. 330-1 et 2 C.com.). On notera en outre la suppression, dans le nouveau règlement, de la précision selon laquelle une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de 5 ans est considérée comme ayant été conclue à durée indéterminée.

Pour une présentation générale du règlement d'exemption : *cf. supra*.

Apprécier les possibilités de retour sur investissements des distributeurs en cas d'exclusivité partagée et vérifier la licéité de la stipulation des clauses utiles pour protéger les distributeurs et le ou les réseaux.

ABSENCE DE TRANSFERT DU CONTRAT DE DISTRIBUTION EXCLUSIVE DES PRODUITS REVÊTUS D'UNE MARQUE EN CAS DE CESSION D'UN FONDS DE COMMERCE COMPRENANT LA PROPRIÉTÉ DES DROITS SUR CES MARQUES

[Cour de cassation, chambre commerciale, 19 octobre 2022, n°21-16.169, publié au Bulletin](#)

En 2016, un accord de distribution exclusive avait été conclu entre deux sociétés pour une durée de cinq ans. Le fournisseur avait cédé son fonds de commerce à un tiers en 2018, cette cession incluant les droits sur ces marques. Par la suite, la société cessionnaire avait informé le distributeur exclusif de la marque qu'elle ne signerait pas de contrat de distribution et ne pourrait recevoir aucune commande de sa part ni effectuer aucune livraison. Le distributeur avait alors assigné son fournisseur initial et la société cessionnaire en réparation de son



préjudice. La cour d'appel avait rejeté l'ensemble des demandes du distributeur, considérant que le contrat de distribution exclusive n'avait pas été transféré à la société cessionnaire lors de la cession du fonds de commerce, et avait écarté toute responsabilité délictuelle de la société cessionnaire.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation énonce que « la cession d'un fonds de commerce comprenant la cession de la propriété des droits sur des marques n'emporte pas cession du contrat de distribution exclusive des produits revêtus de ces marques » pour approuver la cour d'appel d'avoir retenu que le contrat de distribution litigieux n'était pas inclus dans la cession du fonds.

Rappelant que « le tiers à un contrat qui se rend complice de la violation par une partie de ses obligations contractuelles engage sa responsabilité délictuelle », elle censure toutefois la cour d'appel qui avait écarté la responsabilité de la société cessionnaire sans rechercher si cette dernière « n'avait pas connaissance, lors de l'acquisition du fonds de commerce, de l'accord de distribution exclusive conclu par la société [cédée] et si elle ne s'était pas sciemment rendue complice de l'inexécution de cet accord ».

Apprécier les conséquences de la cession du fonds de commerce sur les contrats de distribution exclusive.

Distribution sélective

RÈGLEMENT UE 2022/720 SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES : POINTS CLÉS EN MATIÈRE DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE

[Règlement \(UE\) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées](#)

Le nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux ne modifie pas substantiellement la définition du système de distribution sélective (art. 1, g)).

Le nouveau règlement prévoit la possibilité d'interdire la revente à des distributeurs non-agrées situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré (art. 4, c i) 2)). Il prévoit par ailleurs la faculté d'étendre cette interdiction aux clients du distributeur sélectionné (clauses de « *pass on* »). De même que pour la distribution exclusive, le fournisseur peut restreindre les ventes actives ou passives des distributeurs exclusifs ou libres (ex. franchise) et de leurs clients directs à des distributeurs non-agrées sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective (art.4 b) ii) et art.4, d), ii)). En outre, l'illicéité de l'obligation faite aux membres du réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés (art. 5, 1 c)) est maintenue.

Enfin, on relèvera spécialement, s'agissant des ventes en ligne, que le règlement met fin au principe d'équivalence aux termes duquel les critères imposés par les fournisseurs pour les ventes en ligne devaient être globalement équivalents à ceux fixés pour les ventes en points de vente physiques (*cf. supra*).

Pour une présentation générale du règlement d'exemption : *cf. supra*.

Vérifier la licéité de la stipulation des clauses utiles pour protéger les distributeurs et le réseau et, le cas échéant, adapter les exigences et la rédaction des contrats en considération de la fin du « principe d'équivalence ».



REFUS D'AGRÈMENT D'UN DISTRIBUTEUR REMPLISSANT LES CRITÈRES DE SÉLECTION : ABSENCE D'ILLICÉITÉ EN SOI

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 2022, n°20-11.754, publié au Bulletin](#)

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 2022, n°20-18.615](#)

[Cour de cassation, chambre commerciale, 16 février 2022, n°21-10.451](#)

Par trois arrêts en date du 16 février, rendus à propos de refus d'agrément opposés par des fournisseurs de réseaux de distribution sélective automobile à des anciens distributeurs agréés, la Cour de cassation confirme une solution désormais établie selon laquelle le fournisseur d'un réseau de distribution sélective n'est pas tenu d'agréer tous les candidats remplissant les critères de sélection, sous réserve du respect du droit de la concurrence.

La Cour de cassation rappelle ainsi que « si pour assurer la libre concurrence sur le marché, le droit de la concurrence impose à la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives de déterminer les critères de sélection requis par la nature des biens distribués ou réparés ou des services effectués et de les mettre en œuvre uniformément et de manière non discriminatoire, cette exigence ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle » (cf. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083, publié au Bulletin).

Dans la première affaire (n°20-11.754), elle ajoute par ailleurs que « ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus, par l'opérateur à la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative, d'agréer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection, seule une mise en œuvre discriminatoire de ces derniers ayant pour objet ou pour effet de fausser la concurrence ou un refus ayant le même objet ou effet étant prohibés par les articles 101 § 1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce ».

Dans les deux autres affaires (n°20-18.615 et n°21-10.451) :

- après avoir rappelé en outre que « le principe de la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels s'opposent à la reconnaissance d'un droit à l'agrément d'un ancien membre d'un réseau de distribution » (cf. CA Paris, 27 mars 2019, RG n° 17/09056) et relevé que la part de marché du fournisseur et celle des distributeurs étaient inférieures à 30 % et qu'il n'était pas soutenu que le contrat de distribution confint des clauses s'opposant à l'exemption ;
- elle approuve la cour d'appel de Paris d'avoir retenu « qu'un système de distribution sélective dans lequel la tête de réseau refuse son agrément sans avoir évalué la candidature sur la base des critères qualitatifs prédéfinis ne perd pas [pour cela] le bénéfice de l'exemption conférée par le règlement sur les accords verticaux » et d'en avoir déduit, « sans qu'importe la qualification du réseau, qu'il soit quantitatif ou quantitatif et qualitatif », que le refus du fournisseur d'examiner la candidature des distributeurs évincés « échappait à l'application des articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce ».

Apprécier, au cas par cas, les refus de sélection de distributeurs remplissant les critères posés par le promoteur du réseau, pour s'assurer de leur absence de caractère anticoncurrentiel.

RESTRICTION DES VENTES EN LIGNE : CONFIRMATION DE L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DANS L'AFFAIRE « STIHL »

[Cour de cassation, chambre commerciale, 26 janvier 2022, n° 19-24.464](#)

Pour mémoire, la cour d'appel de Paris avait confirmé la décision de l'Autorité de la concurrence (déc. n° 18-D-23) qui avait sanctionné un fournisseur pour avoir interdit, en pratique, la vente en ligne de certains produits comme les tronçonneuses, débroussailleuses, élagueuses ou sécateurs à batterie sur les sites internet de ses distributeurs agréés (CA Paris 17 oct. 2019 RG n° 18/24456).

Elle avait considéré que s'il peut être approprié de prévoir une obligation de mise en main pour des produits dangereux afin d'en garantir le bon usage et la sécurité des utilisateurs, une telle mesure n'est pas pour autant nécessaire, l'absence de nécessité d'une telle obligation de mise en main étant, selon la cour d'appel de Paris, caractérisée en raison :

- de l'absence de prise en compte du degré d'expérience de l'acheteur (profane/professionnel) dans le maniement des produits ;



- de son caractère personnel qui interdit toute possibilité de sous-traitance notamment à d'autres distributeurs ;
- et du fait qu'un contact entre le distributeur et l'acheteur pourrait être autrement atteint, par exemple au moyen d'une assistance à distance.

La cour d'appel avait en outre constaté « qu'aucun élément de la procédure n'établit que les accidents recensés sont plus fréquents lorsque l'utilisateur n'a pas bénéficié d'une démonstration physique du produit en magasin ». Elle en avait déduit que ce dispositif allant « au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver la sécurité des usagers tant professionnels que profanes » constituait une restriction de concurrence par objet et avait écarté toute possibilité d'une exemption de la pratique :

- au titre du règlement général d'exemption par catégorie n° 330/2010 en présence d'une telle restriction caractérisée de concurrence (en l'occurrence de ventes passives) ;
- et au titre d'une exemption individuelle (art. L. 420-4, I. 2° C. com. et 101§3 TFUE) en l'absence de démonstration du caractère indispensable de la restriction de concurrence pour réaliser les gains d'efficacité qu'elle permet de générer.

Par un arrêt en date du 26 janvier 2022, la Cour de cassation confirme en tout point l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

Auditer les clauses limitant les possibilités pour les distributeurs sélectionnés de vendre en ligne en considération, spécialement, de la nouvelle restriction caractérisée de concurrence introduite par le nouveau règlement UE 2022/720 (art. 4 e) (cf. supra).

Consommation

Réformes

PROTECTION DES CONSOMMATEURS : PROPOSITIONS DE DIRECTIVES

[Communiqué de presse, Commission européenne, 30 mars 2022](#)

[Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations](#)

[Communiqué de presse, Commission européenne, 28 septembre 2022](#)

Afin de donner aux consommateurs les « moyens d'agir en faveur de la transition écologique » et de « faire des choix éclairés et respectueux de l'environnement », la Commission européenne a déposé une proposition de directive visant en substance :

- d'une part, à modifier la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs afin « d'obliger les professionnels à fournir des informations sur la durabilité et la réparabilité des produits » et,
- d'autre part, à modifier la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales afin d'« intégrer les incidences environnementales et sociales du produit, ainsi que sa durabilité et réparabilité » à la liste des caractéristiques du produit au sujet desquelles un professionnel ne peut induire les consommateurs en erreur et d'ajouter de nouvelles pratiques à la liste des pratiques considérées comme trompeuses et à la « liste noire » des pratiques commerciales déloyales interdites.

Cette proposition doit à présent être examinée par le Conseil et le Parlement européen.

Le 28 septembre 2022, la Commission européenne a adopté deux propositions de directives en matière de responsabilité du fait des produits et d'intelligence artificielle afin d'« adapter les règles de responsabilité à l'ère numérique, à l'économie circulaire et à l'impact des chaînes de valeur mondiales ». La proposition relative à la responsabilité du fait des produits modernise les règles en vigueur afin d'offrir une sécurité juridique aux entre-



prises pour leur permettre d'innover tout en protégeant les consommateurs. Celle relative à la responsabilité en matière d'intelligence artificielle harmonise les règles nationales pour améliorer l'indemnisation des victimes. Ces propositions doivent à présent être adoptées par le Parlement européen et le Conseil.

Être attentif aux évolutions constantes des dispositifs consommateurs.

ÉCONOMIE CIRCULAIRE, DÉRÈGLEMENT CLIMATIQUE : PUBLICATION DE NOUVEAUX DÉCRETS ET ARRÊTÉS

[Décret n° 2022-764 du 2 mai 2022 relatif à l'expérimentation d'un dispositif interdisant la distribution d'imprimés publicitaires non adressés en l'absence d'une mention expresse et visible sur la boîte aux lettres ou le réceptacle du courrier \(« Oui Pub »\)](#)

Modifié par [Décret n° 2022-1478 du 28 novembre 2022](#)

[Décret n° 2022-765 du 2 mai 2022 fixant la liste des collectivités territoriales et groupements de collectivités territoriales participant à l'expérimentation d'un dispositif interdisant la distribution d'imprimés publicitaires non adressés en l'absence d'une mention expresse et visible sur la boîte aux lettres ou le réceptacle du courrier \(« Oui Pub »\)](#)

Modifié par [Décret n° 2022-1479 du 28 novembre 2022](#)

[Décret n° 2022-539 du 13 avril 2022 relatif à la compensation carbone et aux allégations de neutralité carbone dans la publicité](#)

[Arrêté du 22 avril 2022 relatif aux critères, aux sous-critères et au système de notation pour le calcul et l'affichage de l'indice de réparabilité des aspirateurs filaires ; des aspirateurs robots ; des lave-linges ménagers à chargement par le dessus ; des lave-vaisselle ménagers ; des nettoyeurs à haute pression ; des aspirateurs non filaires](#)

[Décret n° 2022-1440 du 17 novembre 2022 relatif aux modalités de l'information des consommateurs au sujet du caractère consommable des denrées alimentaires](#)

[Décret n° 2022-1565 du 14 décembre 2022 relatif aux conditions et modalités d'application du IV de l'article L. 541-15-10 du code de l'environnement](#)

Pris en application de la loi dite « Climat et résilience » (n°2021-1104 du 22 août 2021) :

- le décret n°2022-539 du 13 avril 2022, qui entre en vigueur le 1er janvier 2023, définit les modalités de communication des annonceurs sur la neutralité carbone de leurs produits ou services ;
- plusieurs décrets viennent préciser l'expérimentation du dispositif de consentement préalable expresse et visible à la réception de publicités imprimées dans les boîtes aux lettres, dit « Oui Pub » (art. 21 de la Loi Climat et résilience) en définissant les modalités de mise en œuvre par étape, de gouvernance, de suivi et d'évaluation de l'expérimentation (D. n°2022-764 du 2 mai 2022 ; D. n° 2022-1478 du 28 nov. 2022) ainsi que la liste des collectivités territoriales concernées par ladite expérimentation (D. n° 2022-765 du 2 mai 2022 ; D. n° 2022-1479 du 28 nov. 2022) .

Pris en application de la loi dite « AGECE » (n° 2020-105 du 10 février 2020), six arrêtés en date du 22 avril 2022, étendent l'indice de réparabilité à quatre nouvelles catégories de produits à compter du 4 novembre 2022 : les lave-linge à chargement par le dessus ; les lave-vaisselle ; les nettoyeurs à haute pression ; les aspirateurs (filaires, sans fil et robots). Les critères spécifiques à chaque nouvelle catégorie de produits pris en compte pour la détermination de l'indice sont :

- pour les aspirateurs filaires et les nettoyeurs à haute pression : l'assistance à distance sans frais ;
- pour les lave-linge à chargement par le dessus, les lave-vaisselle et les aspirateurs robots : l'accessibilité du compteur d'usage, l'assistance à distance sans frais et la possibilité de réinitialisation logicielle.

On relèvera encore un décret du 17 novembre, pris en application de l'article L. 412-7 du code de la consommation issu de la loi dite AGECE, qui précise la mention devant être utilisée par les professionnels lorsqu'ils choisissent d'informer les consommateurs qu'un produit alimentaire reste consommable après sa date de durabilité minimale.

Également pris en application de la loi dite AGECE, le décret n° 2022-1565 du 14 décembre 2022, qui entrera en vigueur le 1er avril 2023, définit les conditions et les modalités d'application des dispositions du IV de l'article L. 541-15-10 du Code de l'environnement qui interdisent « « l'impression et la distribution systématiques »



des tickets de caisse dans les surfaces de vente et dans les établissements recevant du public, des tickets de cartes bancaires, des tickets délivrés par des automates, ainsi que des bons d'achat et tickets visant à la promotion ou à la réduction des prix d'articles de vente dans les surfaces de vente. Après avoir précisé la notion « d'impression et de distribution systématiques », le décret détermine les cas pour lesquels l'interdiction ne s'applique pas et fixe les modalités selon lesquelles les consommateurs sont informés de cette interdiction et de la possibilité qui leur est reconnue de demander l'impression et la remise de tickets de caisse et de carte bancaire après chaque transaction.

Être attentif aux échéanciers d'application des dispositifs légaux antérieurement adoptés (ex. loi dite AGECE).

Information des consommateurs

CONSOMMATION : INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE ET GARANTIE COMMERCIALE

CJUE, 5 mai 2022, affaire C-179/21

Une société proposait à la vente sur une place de marché en ligne un produit dont la fiche d'information accessible *via* un lien sur la page concernée contenait notamment une déclaration relative à la garantie commerciale du producteur. Considérant qu'elle n'avait pas fourni d'informations suffisantes sur la garantie offerte par le producteur du produit, un de ses concurrents avait introduit une action en concurrence déloyale à son encontre.

La Cour Fédérale de Justice allemande, saisie du litige, avait posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de l'obligation ou non, pour le vendeur, de fournir à ses clients des informations relatives à la garantie commerciale offerte par des tiers à l'égard de produits qu'elle propose à la vente au sens de l'article 6, § 1, m) de la Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

La Cour considère que l'obligation d'information mise à la charge du professionnel, s'agissant de la garantie commerciale proposée par le producteur, « prend naissance non pas du simple fait de l'existence de cette garantie, mais seulement lorsque le consommateur a un intérêt légitime à obtenir des informations au sujet de ladite garantie pour pouvoir prendre sa décision de se lier contractuellement avec le professionnel ». Selon la Cour, un tel intérêt légitime est notamment établi dès lors que le professionnel fait de la garantie commerciale du producteur « un élément central ou décisif de son offre ». La Cour fournit ensuite une liste d'éléments à prendre en compte pour déterminer le caractère central ou décisif de l'offre. Elle ajoute que les informations qui doivent être fournies au consommateur au sujet des conditions relatives à la garantie commerciale du producteur englobent « tout élément d'information qui concerne les conditions d'application et de mise en œuvre d'une telle garantie, permettant au consommateur de prendre sa décision de se lier contractuellement ou non avec le professionnel ».

Identifier avec soin les informations centrales ou décisives de l'offre du professionnel parmi lesquelles peuvent figurer l'existence d'une garantie commerciale du producteur.

ANNONCES DE RÉDUCTION DE PRIX : PUBLICATION D'UN GUIDE ET D'UNE FAQ PAR DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES

Guide FCA et CDCF « Bien communiquer sur les prix »

FAQ annonces de réduction de prix MEDEF

Dans le prolongement de l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la directive UE n° 2019/2161 (dite « Omnibus ») relative à une meilleure application et une modernisation des règles en matière de protection des consommateurs deux guides ont été publiés en 2022 par des organisations professionnelles à propos notamment du nouveau dispositif relatif aux annonces de réduction de prix qu'elle avait, notamment, introduit.



Pour mémoire, l'ordonnance définit les conditions dans lesquelles les professionnels peuvent avoir recours à des annonces de réduction de prix (art. L. 112-1-1 C. consom.) et assimile le non-respect de ces règles à une pratique commerciale trompeuse. Toute annonce de réduction de prix doit désormais indiquer le « prix antérieur », défini comme le « prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard de tous les consommateurs au cours des trente derniers jours précédant l'application de la réduction de prix », étant précisé qu'en cas de « réductions de prix successives pendant une période déterminée » le prix antérieur est « celui pratiqué avant l'application de la première réduction de prix ». Il est toutefois spécifié que ces dispositions ne s'appliquent ni aux annonces de réduction de prix portant sur des produits périssables menacés d'une altération rapide ni aux opérations par lesquelles un professionnel compare les prix qu'il affiche avec ceux d'autres professionnels.

Les deux guides signalés n'ont pas force obligatoire. Ils peuvent toutefois constituer des éléments d'éclairages ou de questionnement utiles pour les entreprises.

Auditer les annonces de réduction de prix pour s'assurer de leur conformité au nouveau dispositif de l'article L. 112-1-1 du Code de la consommation.

Pratiques commerciales interdites et réglementées

RENFORCEMENT DE LA LUTTE CONTRE LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

[LOI n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat](#)
[Décret n° 2022-1701 du 29 décembre 2022 définissant les modalités de publicité des mesures prises en application du livre IV du code de commerce et du livre V du code de la consommation](#)

La loi dite « pouvoir d'achat » (loi n°2022-1158 art. 20 à 22) a renforcé la lutte contre les pratiques commerciales déloyales (ex. pratiques trompeuses, pratiques agressives), lesquelles « ont un impact négatif sur le pouvoir d'achat des victimes contractantes dans la mesure où elles se retrouvent engagées financièrement, parfois de manière significative » (v. Etude d'impact sur le projet de loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, 6 juill. 2022).

Deux circonstances aggravantes des pratiques commerciales trompeuses (L. 121-2 à L. 121-4 C. consom.) et agressives (L. 121-6 à L. 121-7 C. consom.) sont ainsi instaurées.

La première réside dans le fait que les pratiques « ont été suivies de la conclusion d'un ou de plusieurs contrats » (art. L. 132-2-1 et L. 132-11-1 C. consom. nouv.) c'est-à-dire qu'elles ont effectivement conduit le consommateur à s'engager. Dans ce cas, le nouveau texte prévoit que la peine d'emprisonnement est portée à 3 ans (au lieu de 2 ans).

La seconde circonstance aggravante est caractérisée par la commission de la pratique en « bande organisée » (art. L. 132-2-2 et L. 132-11-2 C. consom. nouv.) et la peine d'emprisonnement est alors portée à 7 ans. Le cas visé ici, par le législateur, est celui de « certains types d'«arnaques» organisées, qui portent une atteinte significative et manifeste aux intérêts économiques du consommateur » : par exemple, des « arnaques à la rénovation énergétique (...) organisées par un groupe de personnes et associant plusieurs personnes physiques et morales tout au long de la chaîne de commercialisation des dispositifs d'économie d'énergie » ou encore des « fraudes au compte personnel de formation (CPF) » (v. Etude d'impact sur le projet de loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, 6 juill. 2022).

On relèvera, que le dispositif de communication sur les procédures de sanction est également renforcé aux termes notamment, d'un nouvel article L. 512-22-2 du Code de la consommation permettant au Procureur de la République (art. 11 du Code de procédure pénale) de « rendre public » par l'intermédiaire des agents de la DGCCRF, « des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mise en cause ». Les articles L. 521-1 et 2 du Code de la consommation sont également modifiés pour permettre la publication des injonctions faites au professionnel de cesser des pratiques illicites comme celles de se conformer à ses obligations.



Le décret définissant les modalités de publicité de ces mesures a été publié au JORF du 30 décembre 2022.

Auditer les pratiques commerciales à l'égard des consommateurs à l'aune de ce nouveau dispositif qui non seulement identifie des circonstances aggravantes pour certaines pratiques mais prévoit, également, une publicité renforcée des procédures conduisant, le cas échéant, au prononcé de sanctions.

PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES : AFFICHAGE DU PRIX CONSEILLÉ FABRICANT COMME PRIX DE RÉFÉRENCE

Cour de cassation, chambre criminelle, 22 février 2022, n°21-81179

Une société avait annoncé, au moyen d'informations affichées en magasins pour des périodes déterminées, des prix réduits à côté de prix de référence barrés plus élevés et des pourcentages de réduction. À la suite d'une enquête de la DDPP établissant que ces réductions de prix étaient « en réalité habituelles, voire permanentes », la société avait été poursuivie devant le tribunal correctionnel pour s'être livrée à des pratiques commerciales trompeuses reposant sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur le caractère promotionnel des prix.

En appel, la société avait été déclarée coupable du délit de pratiques commerciales trompeuses au motif que cette dernière avait « affiché un prix de référence fictif, c'est-à-dire non pratiqué » pour certains produits, ou « non représentatif, c'est-à-dire très peu pratiqué, voire très occasionnel, voire encore exceptionnel » pour d'autres produits et qu'elle avait donc « fait usage d'allégations fausses ou présentées de façon trompeuse, engendrant une comparaison de prix artificielle pour le consommateur ».

Considérant que la cour d'appel avait procédé à une « évaluation au cas par cas, reposant sur l'analyse concrète des agissements reprochés », qu'elle avait caractérisé le « caractère trompeur, de nature à induire en erreur le consommateur moyen, de l'annonce d'un prix de référence autre que le prix réellement pratiqué au cours des mois précédant ces promotions », que l'arrêté du 11 mars 2015 « n'a pas pour effet de rendre imprévisible l'application, dans le cadre d'une évaluation au cas par cas, des dispositions claires et précises des [anciens] articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation (...) et de la directive n° 2005/29/CE » et enfin qu'elle s'était expliquée « par des motifs suffisants sur les raisons pour lesquelles elle [avait] estimé, par une appréciation souveraine des éléments de preuve débattus devant elle, d'une part, que les prix pratiqués en matière de vente en ligne ou par correspondance n'étaient pas plus représentatifs que ceux pratiqués dans les magasins au regard de la proportion respective de ces divers canaux de vente, d'autre part, qu'il n'était pas même établi que le prix de référence des produits contrôlés, tous canaux confondus, aurait été le prix régulier ou majoritairement pratiqué », la Cour de cassation l'approuve d'avoir retenu la culpabilité de la société.

V. également sur les annonces de réduction de prix : nouvel art. L. 112-1-1 C. conso. (Ord. n° 2021-1734 du 22 déc. 2021 – *cf. supra*).

Auditer les annonces de réduction de prix pour s'assurer de leur absence de caractère trompeur.

PRATIQUES COMMERCIALES RÉGLEMENTÉES : PUBLICATION DU DÉCRET RELATIF AUX CONDITIONS D'UTILISATION DES TERMES « RECONDITIONNÉ » ET « PRODUIT RECONDITIONNÉ »

Décret n° 2022-190 du 17 février 2022 relatif aux conditions d'utilisation des termes « reconditionné » et « produit reconditionné »

Le décret n° 2022-190 détermine les conditions d'application de l'article L. 122-21-1 du Code de la consommation qui prévoit un encadrement légal pour l'utilisation des termes « reconditionné » et « produit reconditionné ».



Aux termes du décret entré en vigueur le 1er janvier 2022, sont précisés :

- les conditions dans lesquelles un produit ou une pièce détachée d'occasion, au sens de l'article L. 321-1 du Code de commerce, peut être qualifié de « produit reconditionné » ou être accompagné du terme « reconditionné » (art. R. 122-4 C. consom.) ;
- l'interdiction d'employer les expressions « état neuf », « comme neuf », « à neuf » ou toute mention équivalente pour un produit ou une pièce détachée qualifié de « produit reconditionné » ou accompagné de la mention « reconditionné » (art. R. 122-5 C. consom.) ;
- l'encadrement de l'utilisation de la mention « reconditionné en France », réservée aux opérations mentionnées à l'article R. 122-4 qui sont réalisées en totalité sur le territoire national (art. R. 122-6 C. consom.).

S'assurer de la conformité des mentions utilisées.

Formation et exécution des contrats

PUBLICATION DU DÉCRET RELATIF À LA GARANTIE LÉGALE DE CONFORMITÉ POUR LES BIENS, LES CONTENUS NUMÉRIQUES ET LES SERVICES NUMÉRIQUES

[Décret n° 2022-946 du 29 juin 2022 relatif à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques](#)

Le décret n°2022-946 du 29 juin 2022, entré en vigueur le 1er octobre 2022, a pour objet de réviser et de compléter les dispositions réglementaires relatives à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et services numériques à la suite de la réforme opérée par l'ordonnance n°2021-1247 du 29 septembre 2021 transposant les directives (UE) 2019/770 et (UE) 20/771 du 20 mai 2019.

On relèvera notamment :

- l'ajustement du contenu des mentions relatives aux informations précontractuelles devant être transmises au consommateur (art. L. 111-1 et R. 111-1 C. Consom.) ;
- la précision des informations qui doivent être transmises par le producteur de biens comportant des éléments numériques au vendeur professionnel et au consommateur et les modalités de mise à disposition de ces informations par le vendeur au consommateur (art. L. 111-6 et D. 111-5-1 à D. 111-5-3 C. consom.) ;
- la précision des informations transmises dans les conditions générales applicables aux contrats de consommation et notamment les encadrés informant le consommateur des modalités de mise en œuvre des garanties légales devant figurer en annexe aux conditions générales (art. L. 111-2 ; art. D. 211-1 à R. 211-5 C. consom.) ;
- les encadrés devant figurer en annexe aux contrats de garantie commerciale (art. D. 217-1 à D. 217-5 C. consom.) visant à comporter « un même encadré rappelant l'existence et les modalités de mise en œuvre des garanties légales » (cf. notice du décret).

Auditer les CGV et contrats à destination des consommateurs pour vérifier leur conformité au nouveau dispositif en matière de garanties.

FACILITATION DE LA RÉSILIATION DES CONTRATS CONCLUS EN LIGNE : « BOUTON RÉSILIATION »

[Loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat](#)

L'un des nouveaux dispositifs issus de la loi portant mesure d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat (art. 15 à 19 de la loi n°2022-1158) vise à faciliter la résiliation par le consommateur de ses abonnements à certains services conclus par voie électronique (ex. gaz, électricité, internet). L'effet attendu de cette mesure est de permettre « dans un contexte inflationniste, aux consommateurs de résilier facilement leur contrat pour choisir un contrat plus avantageux, notamment en termes de prix (...) » et donc d'augmenter leur « capacité à faire jouer la



concurrence » ce qui constitue « une condition déterminante » du maintien de leur pouvoir d'achat (v. Etude d'impact sur le projet de loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat, 6 juill. 2022).

Sous peine d'une amende administrative de 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale, le nouvel article L. 215-1-1 du Code de la consommation instaure ainsi, de manière générale, pour certains contrats de prestation de services conclus par voie électronique (mais aussi pour ceux conclus par un autre moyen (ex. en magasin) si le professionnel, à la date à laquelle le consommateur souhaite résilier le précédent contrat, propose la souscription en ligne de ses contrats) l'obligation de mettre à disposition du consommateur une fonctionnalité gratuite lui permettant d'accomplir, par voie électronique, la notification et les démarches nécessaires à la résiliation du contrat.

Le professionnel devra également confirmer la réception de la notification et informer le consommateur sur support durable et dans des délais raisonnables de la date à laquelle le contrat prend fin et des effets de la résiliation.

Les modalités techniques de ce « bouton résiliation » et les informations devant être fournies au consommateur doivent être fixées par décret. Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur, à une date fixée par décret au plus tard le 1er juin 2023 et seront applicables aux contrats en cours à cette date.

On relèvera que la loi prévoit également une série de mesures spécifiques pour certains contrats en particulier, tels que des contrats dits « télécoms », abonnements à des services audiovisuel et de vidéos à la demande, abonnement internet, ou encore contrats d'assurance.

Auditer les mécanismes de résiliation prévus et s'assurer de leur conformité au nouveau dispositif.

Clauses abusives

RAPPEL DE L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DE LA DEMANDE TENDANT À FAIRE CONSTATER LE CARACTÈRE NON-ÉCRIT D'UNE CLAUSE ABUSIVE

[Cour de cassation, première chambre civile, 30 mars 2022, n°19-17.996, publié au Bulletin](#)

Une banque avait consenti des prêts immobiliers, libellés en francs suisses et remboursables en euros, à deux consommateurs. Les emprunteurs avaient ultérieurement assigné la banque invoquant notamment le caractère abusif de certaines clauses du contrat de prêt.

En appel, leur demande avait été déclarée irrecevable comme prescrite. Les emprunteurs soutenaient que la prescription quinquennale (art. L. 110-4 du Code de commerce) n'était pas applicable à leur demande. Rappelant la jurisprudence de la CJUE selon laquelle les dispositions prévues par la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, relatives aux clauses abusives, « lu[e]s à la lumière du principe d'effectivité », s'opposent « à une réglementation nationale soumettant l'introduction d'une demande par un consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur à un délai de prescription » (CJUE, 10 juin 2021, C-776/19 à C-782/19), la Cour de cassation juge que la demande tendant à voir réputer non écrite une clause abusive n'est pas soumise à la prescription quinquennale et casse l'arrêt de la cour d'appel.

Garder à l'esprit l'imprescriptibilité des actions tendant à faire constater le caractère non-écrit des clauses abusives.



Démarchage téléphonique

DÉCRETS D'APPLICATION DE LA LOI VISANT À ENCADRER LE DÉMARCHAGE TÉLÉPHONIQUE ET À LUTTER CONTRE LES APPELS FRAUDULEUX

[Décret n° 2022-1313 du 13 octobre 2022 relatif à l'encadrement des jours, horaires et fréquence des appels téléphoniques à des fins de prospection commerciale non-sollicitée](#)

[Décret n° 2022-1564 du 13 décembre 2022 modifiant certaines dispositions du code de la consommation relatives aux services accessibles par l'intermédiaire des opérateurs de communications électroniques](#)

Deux décrets ont été pris en application de la loi n° 2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux.

Le décret n°2022-1313 du 13 octobre 2022 prévoit que les appels téléphoniques à des fins de prospection commerciale non-sollicitée ne sont autorisés « d'une part que du lundi au vendredi, sauf lorsque ces jours sont fériés en application de l'article L. 3133-1 du code du travail, et d'autre part seulement de 10 heures à 13 heures et de 14 heures à 20 heures, ces heures correspondant à celles du fuseau horaire du consommateur ». Une exception est prévue en cas de consentement exprès et préalable du consommateur. Ce décret entrera en vigueur le 1er mars 2023.

Le décret n° 2022-1564 du 13 décembre 2022 modifie certaines dispositions réglementaires du Code de la consommation relatives au mécanisme de signalement des anomalies concernant un numéro à valeur ajoutée. Ces dispositions sont désormais intégrées à l'article L. 224-47 du Code de la consommation qui avait été modifié par la loi sur le démarchage téléphonique. Le décret prévoit également que chaque signalement concernant des numéros à valeur ajoutée doit être vérifié par les opérateurs de services à valeur ajoutée et fixe le délai de cette vérification. Ce décret entrera en vigueur le 1er janvier 2023.

Se mettre en conformité avec / anticiper l'entrée en vigueur de ces nouveaux dispositifs.

Contrats hors établissement, contrats à distance

PUBLICATION DU DÉCRET RELATIF AUX OBLIGATIONS D'INFORMATION PRÉCONTRACTUELLE ET CONTRACTUELLE DES CONSOMMATEURS ET AU DROIT DE RÉTRACTATION

[Décret n° 2022-424 du 25 mars 2022 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation](#)

Pour mémoire, l'ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021 a procédé à la transposition de la directive 2019/2161 dite « Omnibus » en droit français, modifiant notamment certaines dispositions relatives aux contrats conclus à distance et hors établissement.

Pris en application de l'article L. 221-5 du Code de la consommation modifié par ladite ordonnance, qui concerne les informations fournies par le professionnel au consommateur préalablement à la conclusion de contrats à distance ou hors établissement, le décret n° 2022-424 du 25 mars 2022 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation a été publié au JORF du 26 mars 2022.

En substance, le décret, entré en vigueur le 28 mai 2022, précise la liste et le contenu des informations précontractuelles devant être communiquées par le professionnel au consommateur en application de l'article L. 221-5 du Code de la consommation (art. R. 221-2 C. consom.) et modifie le modèle de formulaire de rétractation en supprimant la référence au numéro de télécopieur, ajustement rédactionnel prévu par la directive Omnibus



compte tenu de la rare utilisation de cette technique et de son caractère obsolète.

Auditer le contenu des informations transmises et du formulaire de rétractation pour s'assurer de leur conformité.

SANCTION DU DÉFAUT D'INFORMATION DU DROIT DE RÉTRACTATION DU CONSOMMATEUR OU ASSIMILÉ

[Cour de cassation, première chambre civile, 31 août 2022, n°21-10.075, publié au Bulletin](#)
[Cour de cassation, première chambre civile, 31 août 2022, n°21-11.455, publié au Bulletin](#)

Dans une première affaire (n°21-10.075), la Cour de cassation rappelle que selon l'article L. 221-3 du Code de la consommation, « les dispositions du Code de la consommation applicables aux relations entre consommateurs et professionnels sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq ».

Dans une seconde affaire (n°21-11.455), un contrat de location de matériel de vidéo surveillance avait été conclu hors établissement entre deux professionnels. Le locataire, une entreprise de moins de cinq salariés dont l'activité principale ne pouvait être considérée comme incluant l'objet du contrat (*cf. supra* première décision), s'était plaint du défaut de transmission des informations relatives à son droit de rétractation dont elle aurait dû bénéficier en application des articles L. 121-16-1 et L. 121-17, I, 2°, et L. 121-18-1 du Code de la consommation (dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (devenus L. 221-3 et L. 221-9 et L. 242-1 du Code de la consommation).

La cour d'appel avait rejeté sa demande d'annulation considérant qu'il résultait des articles L. 121-16-1 et suivants du Code de la consommation (dans leur version applicable à l'espèce) « que, lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur, celui-ci dispose d'une prolongation de douze mois pour exercer la faculté de rétractation de quatorze jours qui lui est offerte ». Elle est censurée par la Cour de cassation qui décide aux termes d'une décision publiée au bulletin que le preneur pouvait également invoquer la nullité du contrat litigieux, dès lors que « lorsque les informations relatives à l'exercice du droit de rétractation (...) ne figurent pas dans un contrat conclu hors établissement, la nullité de ce contrat est encourue ».

Connaître et mesurer l'étendue des sanctions de l'absence d'information du consommateur ou du « petit professionnel ».

Conformité et sécurité des produits et services

ÉTIQUETAGE ET CONTEXTE DE CRISE : AJUSTEMENTS TEMPORAIRES

[DGCCRF, Communiqué de presse, 29 avril 2022](#)
[Communiqué de presse, DGCCRF, 29 août 2022](#)

L'épidémie de grippe aviaire et la guerre en Ukraine ont donné lieu à des ajustements temporaires en matière d'étiquetage.

C'est ainsi que la DGCCRF, face aux tensions d'approvisionnement sur certains produits utilisés dans la fabrication de denrées alimentaires, a décidé d'accorder des dérogations temporaires à certaines obligations d'étiquetage sur la composition des denrées pour garantir la continuité en approvisionnement des produits concernés, tout en veillant à la sécurité et à la bonne information des consommateurs. Pour bénéficier d'une telle dérogation, les professionnels souhaitant modifier l'une de leurs recettes afin de faire face aux difficultés d'approvisionnement doivent soumettre une demande de dérogation à la DGCCRF. Ces dérogations peuvent être accor-



dées pour une durée maximale de 6 mois à compter de la demande et feront l'objet d'un réexamen au bout de 3 mois. L'indication qu'un changement de recette est intervenu devait, quant à elle, être précisée sur l'emballage au plus vite et au plus tard le 26 juin 2022.

Dans un autre communiqué de presse du 29 août 2022 elle a annoncé que « face aux tensions d'approvisionnement sur certains ingrédients, l'étiquetage des produits alimentaires dont la composition est modifiée sera temporairement adapté pour garantir la bonne information des consommateurs ». Le dispositif mis en place comporte, à certaines conditions, la possibilité de formuler une demande de dérogation temporaire à certaines obligations. Le communiqué de presse indique que l'ensemble des informations concernant les changements de composition faisant l'objet d'aménagements validés par la DGCCRF est disponible sur son site ([Présentation du dispositif](#) et [Moteur de recherche des produits concernés](#)).

Considérer avec attention les ajustements éventuels des règles – et leur durée – en matière d'étiquetage dans un contexte de crise.

DÉNOMINATIONS, INDICATIONS D'ORIGINE : SUSPENSION ET PRISE DE DÉCRETS

[Conseil d'État, Juge des référés, 27 juillet 2022, n°465844](#)

[Décret n° 2022-482 du 4 avril 2022 relatif au miel](#)

[Décret n° 2022-65 du 26 janvier 2022 modifiant le décret n° 2002-1465 du 17 décembre 2002 relatif à l'étiquetage des viandes bovines dans les établissements de restauration](#)

Et [Communiqué de presse, ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, 28 janvier 2022](#)

S'agissant des indications d'origine, on relèvera la publication de deux décrets.

Le premier, n° 2022-482 du 4 avril 2022, a pour objet de renforcer l'information du consommateur sur l'origine du miel en modifiant l'article 2 du décret n°2003-587 du 30 juin 2003 concernant le miel pour, d'une part, ajouter que « lorsque le miel est conditionné sur le territoire national, si le miel est originaire de plus d'un Etat membre de l'Union européenne ou de plus d'un pays tiers, les pays d'origine où le miel a été récolté sont indiqués sur l'étiquette » et préciser, d'autre part, que les différentes indications possibles des pays d'origine « si le miel est originaire de plus d'un Etat membre de l'Union européenne ou de plus d'un pays tiers » sont applicables « lorsque le miel n'est pas conditionné sur le territoire national ». Le second, n° 2022-65 du 26 janvier 2022, a modifié le décret n° 2002-1465 du 17 décembre 2002 relatif à l'étiquetage des viandes bovines dans les établissements de restauration pour étendre aux viandes porcines, ovines et de volailles au sens du règlement (UE) n° 1169/2011 dit « INCO », l'obligation d'indiquer la mention de l'origine ou de la provenance dans les établissements proposant des repas à consommer sur place ou dans les établissements proposant des repas à consommer sur place et à emporter ou à livrer. Le décret entré en vigueur le 1er mars 2022, est applicable jusqu'au 29 février 2024.

S'agissant des indications d'origine on relèvera que le Conseil d'État, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, a suspendu l'exécution du décret n° 2022-947 du 29 juin 2022 relatif à l'utilisation de certaines dénominations employées pour désigner des denrées comportant des protéines végétales. Il considère que l'insuffisance des définitions des obligations posées par ce décret et de celles des manquements susceptibles d'être reprochés aux personnes qui y sont soumis est de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité du décret au regard de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'accessibilité de la norme ainsi qu'au principe de légalité des délits.

Être attentif aux évolutions des règles applicables en matière de dénomination et d'indications d'origine.



Sanctions, recours et procédures

CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION DES DISPOSITIONS PERMETTANT À L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE D'ENJOINDRE LE DÉRÉFÉRENCIEMENT DES ADRESSES ÉLECTRONIQUES DONT LE CONTENU PRÉSENTE UN CARACTÈRE MANIFESTEMENT ILLICITE

[Conseil d'Etat, 22 juillet 2022, n° 459960](#)

[Conseil constitutionnel, 21 octobre 2022, décision n°2022-1016 QPC](#)

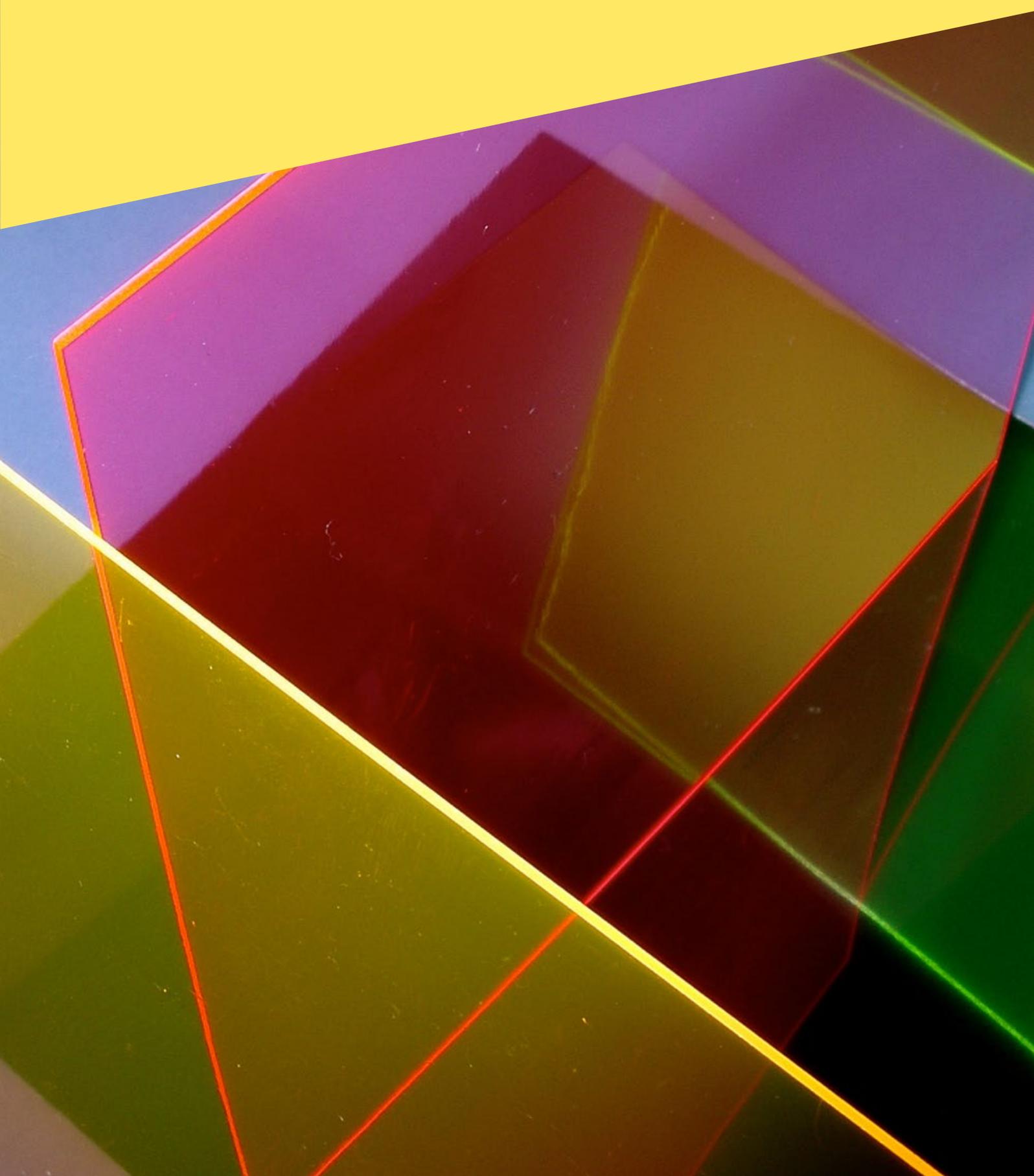
A la suite de contrôles exercés en juillet 2021 mettant en avant de nombreux manquements au droit de la consommation sur les produits vendus sur une place de marché, la DGCCRF avait enjoint à celle-ci de se mettre en conformité en cessant de tromper le consommateur sur la nature des produits, sur les risques inhérents à leur utilisation et sur les contrôles effectués et ce dans un délai de 2 mois. En novembre 2021, constatant le non-respect de cette injonction, le ministre de l'Economie a mis en œuvre, pour la première fois en France, les dispositions de l'article L. 521-3-1 du Code de la consommation (introduit par la loi dite DDADUE du 3 déc. 2020) en demandant aux sociétés Google, Qwant, Microsoft et Apple de déréférencer l'adresse internet et l'application concernés de leurs moteurs de recherche et des magasins d'applications.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (Conseil d'Etat, 22 juill. 2022) relative aux dispositions du a) du 2° de l'article L. 521-3-1 du Code de la consommation, qui permet à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation d'enjoindre de déréférencer certaines adresses électroniques des interfaces en ligne dont les contenus sont manifestement illicites, le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées conformes à la Constitution au motif en substance que ces dispositions poursuivent un objectif d'intérêt général de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales et prévoient des garanties suffisantes.

Mesurer les conséquences du renforcement des obligations et des procédures de sanction à l'égard des plateformes.



Propriété intellectuelle





Brevet

Réformes et actualités

UN BREVET UNITAIRE POUR TOUTE L'UNION EUROPÉENNE : OÙ EN EST-ON ?

[Communiqué de la Juridiction unifiée des brevets du 5 octobre 2022 sur la feuille de route de l'entrée en vigueur](#)

[Communiqué de la Juridiction unifiée des brevets du 19 octobre 2022 sur la liste des juges désignés](#)

[Communiqué de la Juridiction unifiée des brevets du 5 décembre 2022 sur le report de la Sunrise Period](#)

[Communiqué de la Juridiction unifiée des brevets du 20 décembre 2022](#)

Le début d'année 2022 a marqué le redémarrage et l'accélération de l'adoption du futur brevet européen à effet unitaire à la suite de deux événements : la levée du blocage constitutionnel en Allemagne et le dépôt, par l'Autriche, de son instrument de ratification en janvier. Cette formalité ouvrait une période transitoire de huit mois, par l'entrée en vigueur du Protocole sur l'application provisoire de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (« JUB »). Le second semestre a accéléré ce processus, désormais entré en dernière phase d'élaboration.

1. Une nouvelle corde à l'arc de la protection de l'innovation

La protection de l'innovation technique par le biais de brevets nationaux, ainsi que le dépôt de brevets européens auprès de l'Office européen des brevets (« OEB ») est maintenue sans changement dans le nouveau système. Le brevet européen à effet unitaire constitue, en ce sens, une pierre supplémentaire à l'édifice préexistant.

L'apport essentiel du nouveau brevet consiste en son caractère unitaire, qui faisait « défaut » au brevet européen. Outre le brevet national, le brevet européen, déposé auprès d'un guichet unique, mais fragmenté en autant de parties nationales que le déposant a désignées, le brevet unitaire permettra une protection uniforme sur l'ensemble des États membres participant au système, soit, pour l'heure : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Estonie, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie et Suède.

2. Une simplification du cadre de protection et des économies importantes

Les déposants qui feront le choix d'opter pour cet outil innovant peuvent escompter des avantages au moins sur deux plans.

D'une part, ce procédé simplifiera l'acquisition d'une protection uniforme sur le territoire de tous les États parties. Les déposants n'auront plus à viser individuellement chaque État couvert dans la demande initiale de brevet européen, ce qui présentera l'intérêt de n'accomplir de formalités qu'auprès d'un seul office pour le dépôt et le renouvellement du titre, là où le système préexistant oblige les déposants à accomplir des formalités et assumer des frais sur tous les territoires visés. De plus, le système juridictionnel adossé au brevet unitaire, la Juridiction unifiée des brevets, permettra de concentrer le contentieux devant un même tribunal écartant ainsi les risques de décisions contradictoires d'un État à l'autre.

D'un point de vue de stratégie de défense de la propriété intellectuelle, le nouveau brevet unitaire devrait faire l'objet d'une protection rigoureuse, en particulier dès les premiers temps de l'activité de la JUB, dont les formations de jugement seront composées tant de spécialistes du droit des brevets que d'experts techniques. Se sachant attendue des praticiens, la cour apportera, selon toute vraisemblance, un soin particulier aux futures décisions à trancher.

D'autre part, le mécanisme devrait permettre de diminuer les coûts pour les déposants. Bien que les frais de dépôt seront, en effet, identiques à ceux d'un brevet européen classique, les déposants constateront une différence significative quant aux frais de maintien en vigueur du titre. L'OEB précise que le canal du brevet unitaire permettra de réaliser une économie puisqu'une protection pour une durée de 10 ans coûtera moins de 5 000 euros, contre environ 7 000 euros pour le brevet européen ordinaire validé dans tous les pays. Ainsi, la dixième



année, le titulaire d'un brevet unitaire devra verser la somme de 1 175 euros, tandis que les redevances s'élèveraient à plus de 6 463 euros pour une protection individuelle dans 25 pays. Les déposants bénéficieront d'un autre avantage : il ne sera plus nécessaire de nommer des mandataires dans chaque pays protégé.

3. L'agenda de l'entrée en application de la Juridiction

Depuis la publication, le 5 octobre 2022, d'une « roadmap » (ou feuille de route) sur le site de la JUB, les avancements de nature pratique ont été précisés et ont, en particulier, permis à la Cour de fixer la date du lancement officiel de son activité initialement au 1er mars 2023, clôturant ainsi une période transitoire ouverte au 1er janvier 2023 (ou « sunrise period »).

Finalement, dans un communiqué daté du 5 décembre 2022 la JUB a annoncé le report du début de cette période transitoire (ou « sunrise period ») au 1er mars 2023, décalant la date d'ouverture officielle au 1er juin 2023. Cette décision est essentiellement motivée par des impératifs techniques et notamment pour permettre à l'ensemble des acteurs d'adopter le « Case Management System » (CMS) destiné à protéger la signature électronique de documents.

Cette information a été complétée à la fin décembre par un communiqué de la JUB informant les déposants qu'à l'exception du report de la période transitoire, les étapes prévues par la feuille de route étaient maintenues et tout spécialement la faculté de requérir que l'effet unitaire s'applique à une demande de brevet dès le 1er janvier 2023.

Entre temps, le 19 octobre 2022 était annoncée la liste officielle des 85 juges qui siégeront parmi les divisions de la juridiction, parmi lesquels de nombreux spécialistes français, tant juristes qu'experts techniques.

4. Que peut-on faire au cours de la phase actuelle de transition ?

Avec un certain enthousiasme, l'OEB a annoncé, dès le mois de décembre 2021, le lancement de mesures anticipant l'entrée en vigueur du brevet unitaire. Il est, d'ores et déjà, possible au déposant d'un brevet européen de requérir le report de la délivrance de son titre à la date à laquelle l'effet unitaire sera en vigueur (au 1^{er} janvier 2023).

Pour ce faire, l'OEB a indiqué avoir aménagé l'application de l'article 71(3) du Règlement d'exécution de la CBE, c'est-à-dire la notification au déposant du projet du texte du brevet qui sera effectivement délivré. En principe, le déposant est ordinairement invité à acquitter les taxes de délivrance et de publication, ainsi qu'à verser les traductions de son brevet lors de cette notification. Dorénavant, le déposant peut obtenir, sur sa demande, le report de la décision de l'OEB de délivrer le brevet de sorte que cette délivrance ne soit publiée au bulletin de l'Office qu'à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur la JUB.

À terme, l'option du caractère unitaire prendra la forme d'une simple mention à valider dans le dossier de dépôt du brevet européen.

Les perspectives du nouveau brevet unitaire s'annoncent également très positives pour le prestige de la France : l'installation du siège du tribunal de première instance dans la capitale contribuera à faire de Paris la place du droit des brevets, appelée à connaître des litiges dans d'importants domaines aussi variés que les techniques industrielles, les transports, le textile, les constructions ou encore l'électricité.

En définitive, le caractère unitaire du dépôt, du maintien en vigueur et de la protection auprès d'une même cour de justice pour un moindre coût, s'annoncent comme une avancée extrêmement bénéfique pour les titulaires désireux de sécuriser leur innovation. Une excellente opportunité de faire le point au sein de l'entreprise sur les perspectives stratégiques de valorisation de l'innovation technique.

Établir dès à présent la stratégie de protection unitaire pour les inventions dont la commercialisation est envisagée à l'échelle de l'Union européenne.



Validité et titularité du brevet

AUTODIVULGATION DES RÉSULTATS DE RECHERCHE ANTÉRIEUREMENT AU DÉPÔT DU BREVET : LE CAS D'ÉCOLE DES ÉCUEILS À ÉVITER

[Tribunal judiciaire de Paris, 20 janvier 2022, n° 19/01997](#)

[Tribunal judiciaire de Paris, ordonnance de référé, 3 juin 2022, n° 22/52718](#)

Malgré une sensibilisation accrue de la valeur des actifs incorporels et des éléments informationnels des entreprises par les opérateurs économiques, tout spécialement dans le monde de l'innovation technique, l'étude de la jurisprudence démontre que des erreurs sont toujours commises et portent préjudice aux sociétés déposantes de brevets. Parmi les écueils récurrents, celui de l'« autodivulgation » d'une invention, à l'occasion de la tenue d'un congrès scientifique, de la publication d'un article dans une revue, ou encore de l'annonce d'un partenariat économique à propos de tel produits ou tel procédé, sont autant de risques de voir s'effondrer la « nouveauté » de l'invention, en tant que critère essentiel de sa brevetabilité.

Dans une affaire tranchée par le Tribunal judiciaire de Paris, une société déposante d'un brevet sur un système innovant de protection des utilisateurs d'appareils de radiologie mobiles dans les hôpitaux ou cliniques contre les rayonnements desdits appareils avait diffusé une vidéo lors d'un congrès public présentant le dispositif proposé à la vente deux mois avant le dépôt du brevet. Or, cette présentation dévoilait non seulement l'apparence du dispositif mais également sa mise en route, son fonctionnement et l'objectif de son utilisation. Ainsi, l'ensemble des caractéristiques de l'invention était rendu public avant le dépôt formel de l'invention auprès de l'office.

Dans une seconde affaire, portée devant la même juridiction, statuant en référé, le déposant d'un brevet sur un traitement médical contre la sclérose en plaques avait mis en ligne sur son site Internet à une date antérieure à ce dépôt un support Powerpoint détaillant les différentes phases de recherche sur le composé présentant un effet thérapeutique. Or, cet exposé comportait suffisamment d'informations concrètes sur la formule définitive devant être appliquée pour considérer que l'invention était divulguée au public.

Dans ces deux affaires, les juges tranchent dans le sens d'un défaut de nouveauté, donc d'une annulation des brevets en cause.

Conclure impérativement des engagements de confidentialité avec tout tiers susceptible d'avoir accès à des résultats de recherche ou à une invention non encore brevetés et mettre en place une politique de systèmes d'information rigoureuse pour éviter tout risque de divulgation publique.

TITULARITÉ DES DROITS SUR UNE INVENTION ET VALIDITÉ D'UN BREVET DÉPOSÉ SONT DEUX QUESTIONS DISTINCTES POUR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

[Cour de justice de l'Union européenne, 8 septembre 2022, aff. n° C-399/21](#)

Le principe de territorialité des droits de propriété industrielle déposés auprès des offices implique qu'une protection n'est offerte qu'au sein du périmètre géographique du pays dans lequel se situe l'office de dépôt. En toute logique, ce même principe dicte aux différents juges nationaux de se déclarer incompétents à propos de demandes qui concernent des titres déposés à l'étranger.

Or, dans un arrêt du 8 septembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne était interrogée par un juge suédois sur l'étendue de sa compétence à propos d'une invention réalisée en Suède, ayant fait l'objet de plusieurs dépôts de brevets sur le plan international. Deux sociétés suédoises avaient conclu un partenariat commercial ayant abouti à des opérations de recherche et développement conjointes. L'une des deux sociétés faisait valoir que certaines inventions, déposées par le cocontractant, avaient été réalisées par ses propres salariés et en revendiquait la propriété.

Dans cette décision, les juges luxembourgeois ont estimé que la question de la titularité de droits sur une inven-



tion est une problématique distincte de l'analyse de la validité d'un brevet. C'est pourquoi, indépendamment de l'examen de brevetabilité des différents titres déposés, le juge suédois pouvait parfaitement statuer sur la question préalable de titularité des droits sur l'invention, sans empiéter sur l'examen des brevets européens et internationaux.

Ainsi, comme le fait valoir la Cour, « la question de savoir de quel patrimoine personnel relève un titre de propriété intellectuelle ne présente pas, en règle générale, un lien de proximité matérielle ou juridique avec le lieu de l'enregistrement de ce titre ».

Organiser par contrat le sort réservé aux résultats de recherche-développement dans le cadre d'un partenariat entre plusieurs sociétés pour éviter toute confusion quant aux droits sur des inventions brevetables.

UN EMPLOYEUR PEUT CÉDER LIBREMENT À DES TIERS UNE INVENTION DE MISSION ATTRIBUABLE, Y COMPRIS SI ELLE N'A PAS ÉTÉ DÉPOSÉE À TITRE DE BREVET

[Cour de cassation, chambre commerciale, 5 janvier 2022, pourvoi n° 19-22.030](#)

Par son arrêt du 5 janvier 2022, la Cour de cassation a tranché définitivement un problème controversé en matière de droits sur une invention réalisée par un salarié.

Si le Code de la propriété intellectuelle organise effectivement des règles précises de répartition des droits en fonction du caractère « attribuable » ou non à l'employeur d'une invention mise au point par un employé, le litige en cause présentait pour spécificité que l'invention du salarié n'avait pas été déposée à titre de brevet par l'employeur originaire. Ce n'est que postérieurement à la transmission du fonds de commerce de cet employeur que l'entreprise cessionnaire avait procédé au dépôt du brevet sur la base des travaux réalisés par l'ancien salarié. En conséquence, ce dernier revendiquait le droit de propriété sur ce brevet déposé par le cessionnaire.

Estimant que l'invention en cause était une « invention de mission » attribuable à l'employeur, la haute juridiction rejette les prétentions de l'ancien salarié en considérant que celle-ci relevait du patrimoine de l'employeur originaire, cet ancien salarié ne disposant d'aucun droit au dépôt d'un brevet sur cette invention :

« Il résulte des articles L. 611-6 du code de la propriété intellectuelle et L. 611-7, 1, du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 94-102 du 5 février 1994, que si l'inventeur est un salarié et que l'invention est faite dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, le droit au brevet sur cette invention appartient au seul employeur. Aucune disposition n'empêche celui-ci de céder ce droit à un tiers. Par conséquent, ayant cause du cédant, le cessionnaire qui dépose le brevet peut opposer au salarié inventeur, qui demande le transfert du brevet à son profit, la nature d'invention de mission de l'invention protégée par le brevet, sur laquelle le salarié n'a jamais détenu de droit à un titre de propriété industrielle. »

Veiller à spécifier précisément le périmètre de la mission d'ingénieurs ou chercheurs au sein de l'entreprise dans les contrats de travail pour clarifier la qualification des inventions qu'ils réalisent et notamment si celles-ci doivent être assimilées à des inventions de mission.



Contrefaçon du brevet

SANS PERSPECTIVE COMMERCIALE À TERME RAISONNABLE, LE TIERS QUI SOLLICITE UN FINANCEMENT POUR DE LA RECHERCHE MÉDICALE EXPÉRIMENTALE ET LA MISE AU POINT D'UN TRAITEMENT N'EST PAS RÉPUTÉ CONTREFACTEUR

[Tribunal judiciaire de Paris, ordonnance du juge de la mise en état, 11 février 2022, n° 21/06388](#)

Plus encore en matière de brevets que des autres droits de propriété intellectuelle, la question de la contrefaçon est complexe. Le caractère scientifique très précis des revendications d'un brevet implique d'apprécier si les produits commercialisés ou les procédés mis en œuvre par des tiers constituent bien des actes d'usage illicites.

Mais cette correspondance entre le contenu du brevet et la reproduction de ses enseignements par les tiers n'est pas la seule composante à prendre en compte pour apprécier l'étendue d'une contrefaçon.

Ainsi, dans une ordonnance rendue par le juge de la mise en état du Tribunal judiciaire de Paris, un laboratoire pharmaceutique reprochait à un organisme de recherche en biotechnologie de mener des travaux de recherche portant sur un traitement des gènes de résistance aux antibiotiques portés par la bactérie E. coli, susceptible de contrefaire son brevet.

En défense, l'entité de recherche assignée en contrefaçon faisait valoir que les actes qui lui étaient reprochés n'étaient pas compris dans la formule de l'article L. 613-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui réprime notamment « la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation, l'exportation, le transbordement, ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet ».

Or, cette ligne de défense est accueillie par le juge. En effet, au stade du contentieux, il était manifeste que l'entité défenderesse n'avait pas accompli d'actes vis-à-vis de « clients potentiels de produits incorporant la technique en cause » et n'avait pas encore mis au point à proprement dit un médicament pouvant être commercialisé au public. Seule était constatée la « demande de financement » pour mener à bien des actes de recherche expérimentale, laquelle ne peut être associée à une contrefaçon.

Veiller à réaliser un audit préalable à tous travaux de recherche scientifique, qu'elle soit ou non médicale, pour lister les droits des tiers susceptibles d'être opposés.

VERS UN ÉLARGISSEMENT DE LA COMPÉTENCE DU JUGE FRANÇAIS POUR TRANCHER DES ACTES DE CONTREFAÇON INTERNATIONAUX

[Cour de cassation, première chambre civile, 29 juin 2022, pourvoi n° 21-11.085](#)

[Tribunal judiciaire de Paris, 15 avril 2022, n° 19/12628](#)

La jurisprudence française récente semble faire une interprétation large de la compétence du juge français à propos de litiges internationaux impliquant des opérateurs qui participent à des actes de contrefaçon localisés dans des États différents, y compris en dehors de l'Union européenne. Deux décisions rendues cette année en matière de brevet en fournissent une illustration pertinente.

Dans son arrêt du 29 juin 2022, la première chambre civile de la Cour de cassation expose qu'un demandeur français agissant contre plusieurs opérateurs, pour certains situés en France, d'autres situés au Royaume-Uni et le dernier étant un fournisseur sud-africain, peut valablement porter devant le juge français l'ensemble de ses demandes au titre d'actes de contrefaçon de son brevet européen, commis en France, en Grande-Bretagne et en Allemagne.

Pour parvenir à cette solution à propos des sociétés défenderesses basées dans l'Union européenne (avant l'entrée en application du Brexit), la haute juridiction retient que le Règlement n° 1215/2012 du 22 décembre 2012 permet de concentrer les demandes contre des entités étrangères devant un même juge dès lors « que



les demandes [sont] liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables ».

Quant aux demandes portées contre la société sud-africaine, le titulaire du brevet pouvait s'appuyer sur l'article 14 du Code civil, dont il ressort que « le demandeur français, dès lors qu'aucun critère ordinaire de compétence n'est réalisé en France, peut valablement saisir le tribunal français qu'il choisit en raison d'un lien de rattachement de l'instance au territoire français, ou, à défaut, selon les exigences d'une bonne administration de la justice ».

Quant à la deuxième décision, rendue par le Tribunal judiciaire de Paris le 15 avril 2022, un titulaire de brevet reprochait des actes de contrefaçon tant à l'encontre d'une société française agissant en qualité de distributeur de produits auprès du consommateur français, que de son fournisseur, une société néerlandaise. Cette dernière contestait sa qualité à défendre devant les juridictions françaises dans la mesure où il n'existe aucun lien contractuel entre elle et le consommateur final basé en France.

Cette ligne de défense est écartée par le juge, qui estime devoir maintenir dans la cause la société néerlandaise, au motif que l'article L. 613-3 du Code de la propriété intellectuelle français sanctionne explicitement les actes d'exportation de produits contrefaisants :

« Contrairement à ce que soutient la société X, a bien la qualité d'exportateur celui qui, bien que domicilié au sein de l'UE, fait rentrer des produits contrefaisants sur le territoire français et en tout état de cause, le breveté poursuivant un importateur en contrefaçon peut mettre dans la cause et faire condamner l'exportateur, situé à l'étranger, lorsque celui-ci est conscient de la destination du produit qu'il exporte activement (Cass. com., 12 mars 1979 ; CA Paris, 4e ch., 7 avr. 2004, no 02/18118). »

Profiter du renouveau jurisprudentiel, commun à tous les titres de propriété intellectuelle, qui retient une compétence large des tribunaux français pour voir sanctionnés des actes commis en France par des réseaux de contrefaçon internationaux.

Marques et signes distinctifs

Réformes et actualités

LA CLASSIFICATION DE NICE S'ENRICHIT DES ACTIFS VIRTUELS ET DES JETONS NON FONGIBLES (« NFT »)

[Communiqué de l'EUIPO du 23 juin 2022](#)

[Revue Alicante News du mois de septembre 2022](#)

[Avis n° 28/2022 de l'OMPI](#)

Dans son avis n° 28/2022 publié le 14 octobre 2022, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (« OMPI ») a annoncé l'entrée en application de la douzième édition de la Classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques ("classification de Nice") au 1er janvier 2023. L'on notera tout spécialement l'introduction dans cette nouvelle version de la classification de Nice des « fichiers numériques téléchargeables authentifiés par des jetons non fongibles [NFT] » en classe 9.

Cette décision fait notamment suite à un communiqué de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (« EUIPO ») publié le 23 juin 2022, au vu de l'engouement du public comme des opérateurs économiques pour les crypto-actifs et spécialement les jetons non-fongibles (ou non-fungible tokens, « NFT »), qui s'est traduit par l'essor spectaculaire du dépôt de marques pour désigner notamment l'émission, la vente, la détention et l'échange des NFT ; catégorie jusqu'alors inconnue de la classification de Nice.



Dans son édition de septembre 2022, la revue de l'EIPO, Alicante News, a précisé les consignes devant être observées par les déposants de marques souhaitant viser dans le libellé de leurs produits la classe 9 contenant ces actifs : « Les NFT sont traités comme des certificats numériques uniques enregistrés dans une chaîne de blocs, qui authentifient des éléments numériques mais sont distincts de ces derniers ». Les dépôts de marques devront donc comporter, outre la formulation générique « fichiers numériques téléchargeables authentifiés par des jetons non fongibles [NFT] », l'élément authentifié par le NFT ainsi créé. Il en résulte que l'expression générique des « biens virtuels » manque de précision au sens où l'exige l'article 33 du Règlement n° 2017/1001 du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne.

Adapter, dans les meilleurs délais, les stratégies de dépôt de marques, y compris dans l'hypothèse d'une utilisation seulement future, afin de se prémunir contre les détournements, de plus en plus fréquents, réalisés par des tiers.

VERS UNE MODERNISATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE EUROPÉEN DES INDICATIONS GÉOGRAPHIQUES

[Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2022 relatif aux indications géographiques de l'Union européenne pour les vins, les boissons spiritueuses et les produits agricoles, et aux systèmes de qualité pour les produits agricoles, modifiant les règlements \(UE\) n° 1308/2013, \(UE\) 2017/1001 et \(UE\) 2019/787 et abrogeant le règlement \(UE\) n° 1151/2012](#)

[Et son communiqué de presse](#)

[Orientation générale du Conseil de l'Union européenne adoptée le 24 novembre 2022](#)

[Et son communiqué de presse](#)

[Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 13 avril 2022 relatif à la protection des indications géographiques pour les produits artisanaux et industriels et modifiant les règlements \(UE\) 2017/1001 et \(UE\) 2019/1753 du Parlement européen et du Conseil et la décision \(UE\) 2019/1754 du Conseil](#)

[Et son communiqué de presse](#)

Si l'important travail de réfection du droit européen et national des marques est aujourd'hui terminé, notamment depuis l'adoption de l'ordonnance de transposition de la directive révisée en droit français en décembre 2019, l'effort de modernisation législative de la Commission européenne se poursuit avec les indications géographiques.

L'objectif affiché par la Commission consiste à réviser la réglementation déjà en vigueur, mais également à compléter le cadre existant avec un instrument de protection, à l'échelle de l'Union, des produits non alimentaires.

Ainsi, le premier projet de Règlement, diffusé le 31 mars 2022, a vocation à améliorer les outils sectoriels régissant le droit des indications géographiques sur des produits aussi variés que les spiritueux, les spécialités traditionnelles garanties (STG) ou encore la mention « produit de montagne ». La proposition soumise à l'examen ne modifierait pas les classifications existantes d'appellation d'origine protégée ou d'indication géographique, mais simplifierait notamment le cadre de protection. Ainsi, la procédure d'enregistrement d'une dénomination serait raccourcie, facilitée et uniformisée pour inciter davantage les producteurs à y recourir. Elle adapterait le mécanisme de défense des IG contre les usurpations sur Internet et notamment la réservation illicite de noms de domaine. Elle permettrait aux producteurs de faire figurer dans le cahier des charges des considérations écologiques et de développement durable. Par ailleurs, l'effort législatif consisterait également à codifier des interprétations jurisprudentielles de la Cour de justice, telles que la décision « Queso Manchego » où il avait été décidé que l'« évocation illicite » d'une indication pouvait être constituée même lorsque le produit ou son conditionnement ne reproduisait pas la dénomination in extenso, mais provoquait un lien direct et évident avec le signe protégé.

Dans un communiqué publié le 1er décembre 2022, le Conseil de l'Union européenne a annoncé s'être saisi de l'examen de ce texte et avoir procédé à plusieurs ajustements rédactionnels, consultables sur le document de travail établi le 24 novembre 2022. Ce document de travail fera l'objet, en 2023, d'une négociation



avec le Parlement européen, avant l'adoption d'une version définitive par ces deux organes, puis sa remise à la Commission européenne.

Le second projet, publié le 13 avril 2022, concerne les indications géographiques pour les produits industriels et artisanaux. S'il constitue une innovation à l'échelle de l'Union européenne, ce type de protection n'est pas inconnu du droit français, puisque le Code de la propriété intellectuelle a accueilli de telles indications par l'effet de la loi du 17 mars 2014. Le contenu de la proposition comporte de nombreux points communs avec le précédent projet, tels que la protection des IG contre la réservation illicite de noms de domaine. On relèvera toutefois que le texte confiera à l'EUIPO la charge de gérer les demandes d'enregistrement des IG et du registre de celles-ci.

Assurer une veille des processus d'adoption de ces textes et veiller à avoir la capacité de respecter le cahier des charges avant de revendiquer le bénéfice d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique.

Titularité et validité de la marque

UNE AGENCE DE COMMUNICATION NE PEUT PAS VALABLEMENT DÉPOSER LA MARQUE DE SA CLIENTE À SON NOM EN TANT QUE GARANTIE DE PAIEMENT DE SES PRESTATIONS

[Cour d'appel de Lyon., 10 mars 2022, n° 19/01583](#)

La multiplication des services proposés par des agences de communication, pour épauler le lancement d'une nouvelle société ou de la déclinaison d'une activité d'une entité préexistante, s'est enrichie d'une offre de création de marque, d'identité visuelle et de slogans, au bénéfice de leurs clients, qui posent certaines difficultés quant à la propriété des éléments ainsi créés.

Dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Lyon le 10 mars 2022, une entrepreneuse avait sollicité les services d'une agence de communication pour la création d'une marque et d'une identité visuelle notamment pour son site Internet. Lui reprochant du retard et certains manquements dans la délivrance de sa prestation, celle-ci n'avait pas acquitté l'intégralité de la somme réclamée en contrepartie du travail réalisé par l'agence de communication, avant la régularisation de ces difficultés. Dans le même temps, l'agence de communication avait procédé au dépôt de la marque proposée à son nom et faisait du paiement intégral de ses prestations la condition pour procéder à la cession de la marque. Elle invoquait, devant les juges le caractère de « garantie de paiement » lié à ce dépôt de marque.

Cette controverse est tranchée en faveur de la cliente par les juges d'appel : le contrat ne prévoyait nullement la faculté pour l'agence de communication de se réserver des droits sur les éléments incorporels, dont la marque. Mais surtout, la cour relève que « une telle clause, certes possible pour le travail de création graphique, ne s'applique pas au dépôt d'une marque du fait que la propriété de la marque résulte précisément de son dépôt et non pas d'un fait antérieur ».

Ainsi, par ses manquements à ses obligations et le dépôt non autorisé de la marque, l'agence de communication a engagé sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de sa cliente.

Ne pas négliger la problématique de la propriété sur des actifs immatériels créés ou commandés par un client pour éviter toute incertitude quant aux droits conservés ou cédés par ce dernier.



CHIPS EN 3D DÉPOSÉES EN TANT QUE MARQUES : PEUT-ON FINALEMENT OBTENIR UNE PROTECTION SUR LES MARQUES TRIDIMENSIONNELLES

[Cour d'appel de Paris, 11 février 2022, n° 21/05519](#)

[Tribunal de l'Union européenne, 14 décembre 2022, aff. n° T-553/21, Agrar frost GmbH & Co. KG c/ McCain GmbH](#)

Peut-on déposer l'apparence d'une chips à titre de marque pour désigner des produits en classe 29 « Croquettes de pommes de terre précuites et produit[e]s à base de purée de pomme[s] de terre surgelé[e]s » ?



Cette question rejoint la problématique plus générale de l'enregistrement de marques tridimensionnelles composées du produit proposé par le déposant. Pour y répondre, l'office de dépôt doit décider au cas par cas si le signe envisagé est suffisamment distinctif par rapport aux produits et/ou services désignés dans la demande.

Dans un arrêt du 11 février 2022, la cour d'appel de Paris a répondu à cette question par la négative. Elle a notamment considéré que le consommateur exposé à l'apparence de ce produit n'y associerait pas une marque (c'est-à-dire le marqueur d'une origine commerciale) : « Il suit de ces observations que le consommateur moyen, normalement attentif et raisonnablement avisé des Produits de pomme de terre : Produits à base de pommes de terre; Pommes de terre transformées visés dans la demande d'enregistrement, habitué à rencontrer des 'smileys' sur de nombreux produits alimentaires de consommation courante, d'origines commerciales différentes, ne sera pas enclin à appréhender le signe de la demande d'enregistrement comme un indicateur de l'origine commerciale du produit mais le considérera comme un élément décoratif destiné à présenter favorablement ce produit et à en assurer la promotion ».



Or, dans une décision rendue le 14 décembre 2022, le Tribunal de l'Union européenne a été appelé à statuer sur une marque européenne déposée en 2000 par la même société, dans le cadre d'une demande en déchéance. L'examen des demandes formées par le tiers impliquait notamment pour le tribunal d'analyser si l'usage fait de ce signe l'était bien « à titre de marque ».

Dans cette logique, le tribunal relève que « la marque contestée a été promue par de nombreuses campagnes publicitaires, figurait sur les emballages des produits, et était directement visible lors de l'achat à travers l'emballage transparent ». Dans la mesure où d'importantes campagnes publicitaires et la représentation systématique sur les emballages ont permis au consommateur d'être confronté « d'une manière intense » à cette marque, le tribunal en a déduit que le consommateur pouvait établir « facilement un lien avec le producteur à partir du visage souriant ». Autrement dit, cette représentation de chips constitue une marque valable.

Il y a toutefois lieu de rappeler que cette démonstration vaut pour la marque européenne déposée en 2000 et il n'est pas certain qu'une nouvelle demande de marque déposée en 2023 serait également jugée valable.

Déposer l'apparence tridimensionnelle à titre de dessin ou modèle plutôt que de marque afin d'éviter tout risque d'annulation par l'office ou par un juge judiciaire qui pourrait considérer que le signe n'est pas assimilable à une marque.



LES MARQUES ÉVOCATRICES FAIBLEMENT DISTINCTIVES SONT NÉANMOINS CONSIDÉRÉES VALABLES PAR LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES

[Tribunal judiciaire de Paris., 18 février 2022, n° 19/04388](#)

[Tribunal judiciaire de Paris., 10 juin 2022, n° 19/15002](#)

[Cour d'appel de Paris., 22 juin 2022, n° 20/04684](#)

Plusieurs décisions rendues par les tribunaux judiciaires cette année 2022 ont permis de mettre en lumière une tendance encourageante pour les déposants et qui démarque l'analyse faite par le juge à propos de la distinctivité des marques en comparaison de celle des examinateurs de l'INPI, bien plus sévère.

La solution isolée par la Cour de cassation retient qu'un signe, même évocateur des produits et services visés au dépôt de la demande d'enregistrement, n'en est pas pour autant dépourvu de toute distinctivité. Autrement dit, une marque, bien qu'évocatrice, doit être considérée valable (par exemple : Cass. Com., 27 janvier 2009, n° 07-20949 ; Cass. Com., 21 janvier 2014, n° 12-24.95).

Ainsi, dans son jugement du 18 février 2022, le tribunal judiciaire de Paris a longuement motivé sa décision d'estimer valable une marque verbale ESSENTIEL pour désigner des produits en classes 18 et 25 (et notamment les sacs à main, vêtements et chaussures). En effet, « ce terme « essentiel », s'il peut être utilisé pour qualifier un des produits visés à l'enregistrement de la marque (des sacs à main, des vêtements et des chaussures) et ainsi exprimer son caractère nécessaire dans toute garde-robe, ne correspond pas pour autant à la terminologie employée habituellement par le public pertinent – qui doit ici être défini comme un consommateur d'articles de prêt-à-porter d'attention moyenne – pour désigner, à l'époque du dépôt de la marque, les produits litigieux eux-mêmes ou une de leurs caractéristiques essentielles ».

Dans une autre affaire, jugée le 10 juin 2022, les juges parisiens ont considéré qu'une marque CARRE BLANC, déposée notamment pour désigner des tissus, du linge de maison et des serviettes, en classe 24, bien qu'évocatrice, n'en est pas moins valide : « Toutefois, s'il est exact qu'un simple morceau de tissu peut être désigné par l'expression « carré (de tissu) » et qu'il est usuellement fait référence au terme « blanc » pour désigner la catégorie du linge de maison, pour autant, le signe « carré blanc » ne peut à l'évidence être qualifié de descriptif de l'ensemble des produits visés par la marque litigieuse en classe 24. En effet, d'une part la catégorie du linge de maison ne recouvre traditionnellement que les draps de lit, les housses en tissu, le linge de toilette et le linge de table, voire les voilages, mais pas l'intégralité des produits à base d'étoffe ; d'autre part et surtout, l'association des deux termes « carré » et « blanc » en change la signification individuelle et ne renvoie précisément qu'à un carré de tissu de couleur blanche, de sorte que le signe litigieux est tout au plus évocateur des produits du linge de maison. »

Enfin, un dernier exemple peut être cité en cette matière : la décision rendue par la cour d'appel de Paris du 22 juin 2022. Dans cette affaire, était en cause la validité d'une marque CUISINE LIBRE, déposée pour désigner notamment des produits en classes 8 (coutellerie, fourchettes et cuillers), 11 (appareils de cuisson), 21 (ustensiles et récipients la cuisine) ou encore 29 (produits alimentaires). Les juges d'appel tiennent cette marque pour valable : « la marque « CUISINE LIBRE » est certes évocatrice d'une cuisine en liberté ou libérée de certaines règles, mais pas pour autant descriptive des services d'expositions et de manifestations gastronomiques (classe 35), de sites Internet liés à la gastronomie (classe 38), d'enseignements dans le domaine de la restauration (classe 41), d'ingénierie dans le domaine de la gastronomie (classe 42) ou de restauration (classe 43) visés à l'enregistrement de la marque de la société X et qu'une marque évocatrice, faiblement distinctive, peut être valablement adoptée dès lors qu'elle ne constitue pas la désignation des produits et services visés à l'enregistrement ou de leurs caractéristiques ».

Déposer des signes suffisamment élaborés pour éviter toute objection de l'INPI quant au caractère distinctif d'une marque en dépit de la souplesse des tribunaux judiciaires.



Exploitation des droits

LA COUR DE CASSATION RETIENT QUE LA NOTORIÉTÉ AVÉRÉE D'UNE ENSEIGNE NE VAUT PAS DÉMONSTRATION DE LA RENOMMÉE DE LA MARQUE DÉPOSÉE POUR LE MÊME SIGNE

Cour de cassation, chambre commerciale, 5 janvier 2022, pourvoi n° 19-22.673

La question de l'usage sérieux d'une marque, principe cardinal d'une protection efficace des titres déposés, implique notamment que le titulaire d'une telle marque puisse démontrer qu'il exploite celle-ci dans des proportions suffisantes, mais plus spécifiquement, que cette exploitation est, en outre, réalisée à « titre de marque ».

Si cette règle peut sembler de prime abord comme une exigence de bon sens, le contenu de la notion n'est pourtant pas explicitement défini dans la loi, ni même par la réforme dite du « Paquet Marque ». La jurisprudence a surtout été amenée à proposer une définition a contrario, en analysant telle ou telle hypothèse d'exploitation ne pouvant être considérée comme faite pour garantir l'origine de produits ou services.

Parmi les cas d'usage n'étant pas réputés comme réalisés « à titre de marque », l'exploitation d'un signe à titre d'enseigne est probablement l'un des plus délicats à distinguer. En effet, l'enseigne est un signe distinctif destiné à identifier un opérateur économique sur le marché, pour une activité spécifique, définie dans les statuts de la société ou de l'entreprise. Sa finalité est donc proche de celle que l'on pourrait prêter à la marque. Pourtant, dans un arrêt remarqué du 5 janvier 2022, la haute juridiction a rappelé avec clarté que l'usage à titre d'enseigne et la renommée que l'entreprise est susceptible d'en tirer n'est pas assimilable à un usage à titre de marque.

Dans cette affaire, la société Cora exploitant une chaîne d'hypermarchés du même nom et titulaire de plusieurs marques verbales et semi-figuratives CORA, reprochait à un tiers de proposer à la vente sous une marque CORAVIN des bouchons-verseurs pour le vin. Elle invoquait l'atteinte à la renommée de deux de ses marques, notamment déposées pour des produits en classes 8 et 21.

Or, les demandes de la société Cora sont rejetées par la chambre commerciale. En effet, si les pièces versées au dossier permettaient d'attester une renommée incontestable de l'enseigne Cora, cette « forte notoriété » est essentiellement associée par le consommateur aux hypermarchés et à la zone de chalandise de l'enseigne, plutôt qu'aux marques déposées par la société. Ainsi, la haute juridiction confirme l'analyse des juges du fond qui ont estimé que cette renommée ne concernait pas les marques, de sorte que les demandes fondées sur l'atteinte à la renommée des marques sont rejetées.

Recueillir des preuves d'usage des marques déposées dès la période du dépôt de celles-ci en veillant à reproduire le signe sur les produits, sur les supports de communication et le site Internet et sur les factures remises aux clients pour pouvoir démontrer l'usage sérieux devant l'office ou le juge judiciaire.

Contrefaçon et défense de la marque

DE L'INTÉRÊT DE CHOISIR DES MARQUES TRÈS DISTINCTIVES POUR BÉNÉFICIER D'UNE PROTECTION PERTINENTE

Cour d'appel de Paris, 22 février 2022, n° 19/18163

Plusieurs décisions récentes rendues à propos de signes peu distinctifs, bien que valides, démontrent que les juges tendent à récompenser davantage l'effort du dépôt de marques très distinctives des produits et services désignés par les déposants, contre la pratique contemporaine du dépôt de marques très proches de l'univers des produits et services proposés par les titulaires.



Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle fait le constat de ce qu'une marque semi-figurative, comprenant les termes SOCCA CHIPS pour désigner notamment des produits de « chips à base de pois chiche » était certes valable, mais formée de termes « extrêmement descriptifs ».



Or, son titulaire reprochait à un tiers d'offrir à la vente des chips de pois chiche sous les termes « Chips de socca ». Ses demandes sont écartées par la cour, celle-ci relevant que les signes en litige n'ont en commun que les termes verbaux CHIPS et SOCCA.

Or, d'une part, dans la mesure où des enquêtes d'opinion démontrent que le consommateur visé par ces produits, notamment dans le sud-est de la France, associe sans effort le terme SOCCA aux pois chiches, ces termes sont descriptifs et ce simple usage ne peut suffire à être considéré contrefaisant.

D'autre part, dès lors que le tiers ne faisait pas usage d'un signe semi-figuratif identique ou similaire à celui du demandeur, mais se contentait d'utiliser les deux mots litigieux, aucun risque de confusion ne pouvait être raisonnablement déduit de la commercialisation de ces produits.

Ne pas déposer de marques trop simples ou qui s'assimilent sans effort dans l'esprit du consommateur aux produits ou services visés dans la demande d'enregistrement. Les déposants doivent, au contraire retenir des dénominations de fantaisie pour disposer d'une protection forte.

LE PROBLÈME DE LA CONTREFAÇON SUR LES PLATEFORMES DE E-COMMERCE : VERS UNE EXCLUSION DU BÉNÉFICE DU RÉGIME D'INTERMÉDIAIRE TECHNIQUE VERS CELUI DE CONTREFACTEUR ?

[Cour de justice de l'Union européenne, 22 décembre 2022, aff. n° C-148/21 et C-184/21, Christian Louboutin c/ Amazon Europe Core Srl e.a.](#)

La protection des droits de propriété intellectuelle sur Internet représente un défi de taille pour les titulaires dans la mesure où le caractère ubiquitaire d'Internet et, parfois, l'anonymat des auteurs de faits illicites, rend extrêmement difficile de faire cesser les atteintes. De plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 juin 2004 en France, les grandes plateformes en ligne, sur lesquelles tout tiers peut proposer à la vente ou aux enchères des produits, sont susceptibles de bénéficier du régime de responsabilité allégée qui s'applique aux intermédiaires techniques n'ayant pas un rôle actif dans les faits poursuivis.

Or, dans une décision importante rendue par la Cour de justice de l'Union Européenne le 22 décembre 2022, les magistrats de Luxembourg ont apporté une nuance significative à ce régime allégé, en retenant, en l'espèce, la responsabilité de la plateforme Amazon pour la commercialisation de produits contrefaisants par des tiers, en raison du contexte et du comportement de la plateforme.

Dans cette affaire, le célèbre créateur de chaussures Christian Louboutin contestait la mise en vente, sur la plateforme Amazon, d'exemplaires de chaussures sans son consentement. Plus spécifiquement, il reprochait à la plateforme « l'affichage, sur les sites Internet de vente en ligne de cette société, d'annonces relatives à des produits portant un tel signe identique, mais également du fait de la détention, de l'expédition et de la livraison de tels produits ».

Dans son arrêt la CJUE rappelle, conformément à sa jurisprudence antérieure, que le contrefacteur est un tiers qui a « la maîtrise, directe ou indirecte, de l'acte constituant l'usage est effectivement en mesure de cesser cet



usage et donc de se conformer à ladite interdiction », et non la personne qui se borne seulement à fournir les moyens techniques à un autre opérateur qui commettrait une infraction.

Or, le demandeur relevait ici que la plateforme « recourt à un mode de présentation uniforme des offres à la vente publiées sur son site Internet, affichant en même temps ses propres annonces et celles des vendeurs tiers et faisant apparaître son propre logo de distributeur renommé sur l'ensemble de ces annonces, ainsi que le fait qu'il offre des services supplémentaires à ces vendeurs tiers dans le cadre de la commercialisation de leurs produits, tels que le soutien dans la présentation de leurs annonces et le stockage et l'expédition de leurs produits ».

Dans ce contexte, plusieurs indices laissent entendre qu'Amazon n'a pas eu le simple rôle d'intermédiaire technique, puisque, d'une part, les marques litigieuses étaient utilisées dans les annonces publicitaires, ce qui pousse le consommateur à une association entre les produits litigieux la possibilité de les acheter sur la plateforme. D'autre part, il était avéré que la société proposait elle-même des offres de vente de ces produits selon une présentation uniforme et en y associant systématiquement son logo. Enfin, il était attesté qu'Amazon traite les questions des utilisateurs sur ces produits et assure également leur stockage et leur expédition.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments la Cour estime qu'il difficile pour le consommateur d'opérer une distinction claire entre la mise en vente exclusivement par des vendeurs tiers sur la plateforme, ou la commercialisation directe par cette dernière. La plateforme est donc susceptible d'engager sa responsabilité pour des faits de contrefaçon.

Recourir à l'ensemble des outils internes de notification des annonces illicites intégrés aux grandes plateformes de e-commerce qui se sont multipliés ces dernières années en plus d'assigner, après notification conforme à la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN), devant les tribunaux pour les faits de contrefaçon les plus graves constatés en ligne.

LA COUR DE CASSATION EXIGE QUE L'USAGE D'UN PATRONYME, DÉPOSÉ À TITRE DE MARQUE PAR UN TIERS, NE CONSTITUE PAS UNE EXPLOITATION À TITRE DE MARQUE (ANCIENNE VERSION DE L'ARTICLE L. 713-6)

[Cour de cassation, chambre commerciale, 7 septembre 2022, n° 21-12.602](#)

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit explicitement que les droits du titulaire d'une marque comprenant le patronyme d'une personne physique ne peuvent lui permettre d'interdire à ce dernier d'en faire usage dans la vie des affaires. Toutefois, cette exploitation n'est pas sans limite, puisque l'ancienne version de l'article L. 713-6 exigeait que celle-ci se borne à un usage à titre de « dénomination sociale, nom commercial ou enseigne ».

Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 septembre 2022, une société titulaire d'une marque composée d'un patronyme pour proposer à la vente des cognacs reprochait à des tiers, portant ce patronyme, et l'exploitant depuis huit générations, de proposer à la vente des cognacs concurrents sous une enseigne comprenant en partie ce nom de famille et au moyen d'un site désigné par un nom de domaine reprenant la marque.

La haute juridiction énonce, d'une part, que l'utilisation du patronyme au sein du nom de domaine n'était pas contrefaisante compte tenu du contexte d'exploitation de « bonne foi » par les défendeurs et de longue date avant la querelle. Néanmoins, les magistrats relèvent que l'exception prévue antérieurement par le Code ne pouvait bénéficier aux personnes physiques qu'à titre de dénomination sociale, nom commercial ou enseigne ; ce qui n'inclut pas l'usage à titre de marque. Cet examen devra être effectué dans le cadre d'une procédure de médiation.

La portée de cette décision pourrait toutefois être nuancée depuis l'entrée en vigueur de la réforme française issue de la transposition du Paquet Marque. En effet, le nouvel article L. 713-6 retient que la personne physique peut faire usage de son patronyme, déposé en tant que marque par un tiers, « dans la vie des affaires, conformément aux usages loyaux du commerce ». Autrement dit, si une personne physique exploite son nom de famille de bonne foi et sans chercher à nuire au titulaire de la marque, alors les juges devraient probablement considérer que l'usage est conforme aux « usages loyaux du commerce ».



Prévoir contractuellement les droits de la société qui dépose une marque au nom de son fondateur ou d'un membre de son personnel pour définir quelles sont les facultés d'exploitation de la personne physique sur son patronyme, notamment dans le cas où celle-ci viendrait à quitter la société.

Dessins et modèles

Réformes et actualités

LA COMMISSION EUROPÉENNE PUBLIE LES PROPOSITIONS DE DIRECTIVE ET DE RÈGLEMENT DE REFORME DU DROIT DES DESSINS ET MODÈLES

[Proposition de Directive sur la protection juridique des dessins ou modèles](#)

[Proposition de Règlement modifiant le règlement \(CE\) n° 6/2002 du Conseil sur les dessins ou modèles communautaires et abrogeant le règlement \(CE\) n° 2246/2002 de la Commission](#)

La très attendue réforme européenne de la législation relative aux dessins et modèles, annoncée à la fin de l'année 2020 par la Commission européenne, vient de franchir une étape-clef, par la publication de deux projets, l'un concernant l'harmonisation des droits nationaux (la Directive) et l'autre la réglementation des dessins et modèles communautaires, devenus les « dessins et modèles de l'Union européenne » (le Règlement).

De nombreuses modifications du cadre existant devraient découler de ces nouveaux textes. Si les dispositions contenues dans ces projets étaient définitivement adoptées, il résulterait de cette réforme de grandes évolutions pour les titulaires de dessins et modèles.

D'emblée, l'on notera qu'en l'état actuel du projet, le réformateur européen semble se tourner vers un alignement de la pratique récemment établie en France en matière de marques, consistant à investir les offices nationaux de la procédure de nullité des dessins et modèles enregistrés ; ce qu'avait, un temps, imaginé le législateur français lors de l'élaboration de la loi PACTE, avant de se rétracter.

Les définitions de « produit » et « dessin ou modèle » sont révisées de manière significative pour englober les nouvelles technologies, telles que celle de l'imprimante 3D, ou les usages numériques y compris futurs comme le métavers. Ainsi, d'après la proposition, la notion de dessin ou modèle devrait comprendre « l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit que lui confèrent les caractéristiques, en particulier les lignes, les contours, les couleurs, la forme, la texture, les matériaux, du produit lui-même et/ou de sa décoration, dont le mouvement, les transitions ou tout autre type d'animation de ces caractéristiques ».

Quant au « produit », la proposition suggère la formulation suivante : « tout article industriel ou artisanal, autre qu'un programme d'ordinateur, qu'il soit incorporé dans un objet physique ou qu'il se présente sous forme numérique ». La disposition ajoute explicitement la protection des interfaces graphiques, tout comme celle des environnements intérieurs (comme des boutiques), compte tenu de la pratique des déposants.

Le projet de réforme devrait mettre fin à une vieille incertitude autour de la question des pièces détachées, dont l'emblématique « clause de réparation » faisait jusqu'alors l'objet d'une disposition transitoire jamais finalisée. Ces tâtonnements, vieux de plus de 20 ans, avaient été soumis à l'examen de la Cour de justice, qui avait proposé une grille d'analyse dans sa décision *Acacia* du 20 décembre 2017. Reprenant cette solution, la Commission tranche dans le sens d'une désactivation du droit de dessins ou modèles sur des pièces détachées « dont l'apparence conditionne le dessin ou modèle de ladite pièce et [qui sont utilisées] dans le seul but de permettre la réparation [d'un] produit complexe en vue de lui rendre son apparence initiale ». Toutefois, la fabrication et la vente de pièces détachées par des tiers devra faire l'objet d'une « indication claire et visible figurant sur le produit ou sous toute autre forme appropriée, de l'origine du produit destiné à être utilisé aux fins de la réparation du produit complexe ».



Le devenir de la « clause de réparation » française, limitée à certaines pièces du domaine automobile, pourrait être remis en cause en fonction de la version définitivement adoptée par le législateur européen, en particulier dans la mesure où le projet actuel ne comporte aucune discrimination de durée de protection selon le domaine du dessin ou modèle.

La Commission européenne a également tenu à aménager une solution générale au problème spécifique des produits complexes et des différentes parties qui les composent. Au-delà de l'hypothèse des pièces détachées, notamment en matière automobile, se pose, en effet, la question de parties individualisables de ces produits, comme l'avait traité l'année dernière la CJUE dans une décision Ferrari. Tandis qu'à l'heure actuelle, il n'est possible de revendiquer une protection qu'à propos de parties visibles au cours d'un usage normal du produit complexe, la proposition suggère de mettre fin à l'exigence de visibilité des pièces détachées au cours de l'usage du produit. Cette condition de visibilité demeure toutefois pertinente dans le dépôt et de l'enregistrement d'un dessin ou modèle. Ainsi, s'il est possible d'obtenir une protection sur une partie d'un produit complexe, encore faut-il que cette partie spécifique soit identifiable dans les visuels adossés à l'acte de dépôt auprès des offices.

Tout comme en matière de marque, la Commission européenne préconise d'élargir le périmètre de protection des titulaires de dessins et modèles notamment en interdisant spécifiquement certains usages, tels que le transit de marchandises, la captation d'un DM protégé pour sa reproduction par imprimante 3D, étant précisé, dans ce dernier cas que l'interdiction concerne également les intermédiaires mettant à disposition les moyens de la contrefaçon (soit une plateforme en ligne).

Mais, plus singulièrement, le texte procède à une hybridation de certaines règles du droit d'auteur avec celles du droit des marques, notamment à propos des limitations au droit de dessins et modèles. Les tiers pourront ainsi revendiquer le bénéfice de l'exception pédagogique à des fins d'illustration ou d'enseignement, l'exception de parodie, ou encore l'exception de référence nécessaire.

Le projet maintient également la coexistence d'une protection sur un objet déposé, tant sur le fondement du droit des dessins et modèles que du droit d'auteur, dès lors que les conditions spécifiques de chacun des droits sont réunies.

La proposition suggère d'adopter aux dessins et modèles une pratique issue du droit américain du copyright (qui utilise le symbole ©), consistant à permettre aux titulaires de reproduire leur titre avec une lettre D entourée d'un cercle pour « signaler au public que ledit dessin ou modèle est enregistré », en reproduisant, le cas échéant, le numéro d'enregistrement ou un lien hypertexte vers l'entrée du registre tenu par l'office.

Enfin, on constate que la Commission a d'ores et déjà acté le principe d'une révision des coûts de dépôts et de renouvellement des titres, dans la même logique qu'à l'occasion de la réforme du droit des marques. Le dépôt d'un DMUE passerait ainsi actuellement de 230 euros à 250 euros, tandis que celui du renouvellement tendrait à diminuer pour la première période de renouvellement (entre 5 et 10 ans, le coût passerait de 90 euros à 70 euros), mais progresserait fortement pour la dernière période, entre 20 et 25 ans (passant de 180 euros à l'heure actuelle contre 560 euros dans le futur).

Assurer une veille des prochaines évolutions du projet de réforme des dessins et modèles pour anticiper la modification des pratiques en matière de protection du design industriel qui doit être encouragé en Europe pour une meilleure protection des créations.

Validité et titularité du dessin ou modèle

QUAND UN COMPARATIF ANNUEL EN LIGNE DÉACTIVE LA NOUVEAUTÉ D'UN DESSIN ET MODÈLE

Tribunal de l'Union européenne, 18 mai 2022, aff. n° T-256/21, Domator24.com Pawel Nowak c./ EUIPO

Le déposant d'une demande d'enregistrement d'un modèle communautaire représentant un fauteuil dédié à la pratique du « gaming » (jeu vidéo) reprochait à l'EUIPO d'avoir fait droit à la demande en nullité introduite par un



tiers, et d'avoir notamment reconnu le défaut de nouveauté de son modèle.

Le modèle en cause était représenté de la façon suivante :



La demande de nullité adverse s'appuyait notamment sur un modèle antérieur non déposé, mais divulgué au public sur Internet dans un comparatif annuel analysant les meilleurs modèles de fauteuils et chaises dédiés au gaming, intitulé « What is the Best PC/Desk Gaming Chair 2015 ? Ultimate Guide to the best PC Gaming Chair » :



Dans son arrêt rendu le 18 mai 2022, le Tribunal de l'Union européenne confirme la solution isolée par les chambres de recours de l'EUIPO et retient que le modèle contesté souffre d'un défaut de nouveauté. Pour parvenir à cette conclusion, le tribunal relève qu'en dépit de l'absence d'une date certaine des copies d'écran communiquées dans cette procédure, le titre du comparatif comportant l'année 2015, ainsi que la date des différents commentaires figurant au pied de l'article permettaient d'en déduire une date de divulgation en 2015 (antérieure au dépôt de la demande). De plus, les juges estiment que ce site Internet, consulté par des joueurs, rendait bien accessible le modèle antérieur au public pertinent.

Veiller à déposer des dessins et modèles au plus tôt, avant toute divulgation sur Internet, y compris à titre de prototype : le critère de nouveauté est considéré comme anéanti si un produit est présenté sur un support commercial accessible au secteur intéressé au sein de l'UE.

LE DÉPOSANT D'UN DM PEUT BÉNÉFICIER DU DÉLAI DE GRÂCE DE 12 MOIS À LA SUITE D'UNE AUTODIVULGATION, LE CAS ÉCHÉANT EN FAISANT APPEL À LA PRÉSOMPTION DE TITULARITÉ DU DROIT D'AUTEUR

Cour d'appel de Paris, 28 janvier 2022, n° 20/04831

Les dessins et modèles sont, quantitativement, moins employés que les autres droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur. Ce dernier présente, en effet, l'avantage d'accorder à l'auteur une protection du simple fait de la création d'une œuvre originale, même incomplète. Pourtant, il pose le problème de la divulgation de l'œuvre au public sous le nom de la personne qui l'a créé. Le droit des dessins et modèles pallie ce problème par la démarche de dépôt auprès de l'office compétent.



Surtout, en dépit d'une apparente rigidité du critère de nouveauté du dessin ou modèle, le Code de la propriété intellectuelle contient deux règles salvatrices pour le titulaire des droits qui nuancent nettement le caractère estimé inflexible de ce droit spécifique. Ces deux correctifs sont tous deux liés à la question de la divulgation du dessin ou modèle ou produit qui l'incorpore antérieurement aux formalités de dépôt.

Le premier est le système des dessins et modèles communautaires non enregistrés : le titulaire des droits, s'il démontre avoir lui-même divulgué de manière certaine son titre au public, dispose d'une protection de trois années à compter de cette date dans toute l'Union Européenne. Le second est aménagé par l'article L. 511-6 qui fournit un délai de grâce de douze mois à compter de cette divulgation par le créateur pour procéder au dépôt du dessin ou modèle en bonne et due forme. Alors, la divulgation préalable ne sera pas tenue pour destructrice d'antériorité.

Dans une décision rendue le 28 janvier 2022, la cour d'appel de Paris eut à trancher sur l'application de cette deuxième règle de sécurité prévue au bénéfice du déposant. Dans cette affaire, une société spécialisée dans la fabrication et la vente d'articles de sport avait mis au point un modèle de masque de plongée particulièrement innovant, qu'elle avait déposé en tant que dessin et modèle communautaire auprès de l'EUIPO. Reprochant des actes de contrefaçon à un concurrent, ce dernier contestait le caractère nouveau du modèle compte tenu d'une autodivulgation par le titulaire sur une vidéo de présentation du produit diffusée sur Youtube, ayant totalisé plus de deux millions de vues.

La difficulté que posaient les circonstances pour la société titulaire du dessin et modèle était liée au fait que le modèle avait été élaboré pour son compte par deux autres sociétés tierces. Or, les juges d'appel estiment néanmoins que celle-ci était bien le titulaire légitime du modèle puisque le dépôt s'est fait sans contestation de la part de ces sociétés tierces et qu'elle a pu l'exploiter paisiblement jusqu'au présent contentieux.

Ce faisant, la cour d'appel utilise les critères connus en matière de droit d'auteur de « présomption de titularité » revenant à la personne ayant divulgué une œuvre sans contestation par des tiers. Cette méthode apparaît pleinement satisfaisante puisque la société titulaire avait cadré la relation contractuelle avec les sociétés tierces et seules ces dernières seraient légitimes à élever en justice une éventuelle contestation sur la titularité des droits.

Organiser impérativement tous transferts de droits dans l'hypothèse d'une création de commande conclue avec des tiers pour déterminer les éventuels apports respectifs, la propriété des résultats et les règles de contestation et de confidentialité de l'accord conclu.

TOUT COMME EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR, LE CONTRAT DE COMMANDE SIMPLE D'UN DESSIN OU MODÈLE À UN PRESTATAIRE CRÉATEUR, SANS CLAUSE SPÉCIFIQUE DE CESSION DE DROITS, EXCLUT TOUT TRANSFERT OU TOUTE COPROPRIÉTÉ SUR LES DESSINS ET MODÈLES RÉALISÉS

[Cour de cassation, chambre commerciale, 11 mai 2022, pourvoi n° 19-20125](#)

Une célèbre société de vente par correspondance avait commandé à un créateur la réalisation de plusieurs modèles de produits destinés à être distribués à titre de cadeaux promotionnels à la clientèle. Ce dernier avait ensuite procédé au dépôt de trois dessins et modèles communautaires auprès de l'EUIPO, avant d'assigner le commanditaire en contrefaçon.

Parmi les arguments invoqués en défense, la société qui était à l'origine de cette commande revendiquait notamment le bénéfice de l'article 14 du Règlement n° 6/2002 qui prévoit un régime de copropriété sur les dessins et modèles déposés qui ont été créés par plusieurs personnes : « Si plusieurs personnes ont réalisé conjointement un dessin ou modèle, le droit au dessin ou modèle communautaire leur appartient conjointement ».

Cette défense est écartée par la haute juridiction, dans la mesure où si le commanditaire « avait demandé la présence d'une pochette ou deux sur le modèle de sac qui lui avait été proposé », seul le commandité avait créé les modèles, tandis que le cocontractant s'était contenté en dernier lieu à choisir entre les propositions.

L'on relèvera également que le dernier paragraphe de l'article 14 du Règlement, qui prévoit un mécanisme de



transfert de droit sur le dessin ou modèle réalisé par un salarié au profit de l'employeur ne s'applique pas au contrat de commande, comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE, arrêt du 2 juillet 2009, aff. n° C-32/08, FEIA).

Prévoir, dans le contrat de commande, une cession des droits au profit du client ou, à défaut, des garanties d'interdiction, pour le commandité, d'agir en contrefaçon contre le commanditaire faisant un usage normal des créations réalisées.

Contrefaçon et défense des dessins et modèles

UN TRIBUNAL DES DMC SAISI POUR LES SEULS FAITS DE CONTREFAÇON SURVENUS SUR SON TERRITOIRE EST TOUTEFOIS COMPÉTENT À STATUER SUR LES DEMANDES ANNEXES À LA CONTREFAÇON EN APPLIQUANT SON PROPRE DROIT NATIONAL

[Cour de justice de l'Union Européenne, 3 mars 2022, aff. n° C-421/20, Acacia Srl c/ Bayerische Motoren Werke AG](#)

Dans un arrêt rendu le 3 mars 2022, la Cour de Luxembourg a poursuivi son effort d'interprétation du droit de l'Union à propos de l'étendue de la compétence d'un juge national saisi pour des faits de contrefaçon transfrontalière de dessins et modèles.

L'objet de la querelle n'était pas nouveau puisqu'il s'agissait d'une action en contrefaçon portée devant les tribunaux allemands par un célèbre équipementier automobile allemand à l'encontre d'un tiers fabricant de pièces détachées localisé en Italie, mais distribuant ses produits dans plusieurs États membres européens, dont l'Allemagne.

Dans ce type d'affaires, le droit applicable est désormais bien cadré puisque les différents instruments de droit de l'Union en matière de propriété intellectuelle sont tous dotés de règles d'attribution de juridiction et de conflits de lois. Pour l'essentiel, le demandeur à l'action dispose de plusieurs options lui permettant de concentrer l'intégralité de ses demandes auprès d'un même juge. Dans le cas étudié, le juge allemand était saisi en tant que tribunal « de l'État membre sur le territoire duquel le fait de contrefaçon a été commis ou menace d'être commis ». Dans une telle hypothèse, le juge saisi n'examine que les faits illicites susceptibles d'être commis sur son territoire.

Le juge allemand considérait être régulièrement saisi par le demandeur pour connaître et statuer sur les faits de contrefaçon. Or, si cette question est effectivement traitée par le Règlement n° 6/2002 sur les dessins et modèles communautaires, ce même texte prévoit que « Pour toutes les questions qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent règlement, le tribunal des dessins ou modèles communautaires applique son droit national, y compris son droit international privé ». Parmi ces questions annexes, figurent notamment les problématiques de réparation et des mesures de cessation des faits illicites (par exemple la destruction des produits contrefaisants), toutes régies par un autre instrument du droit de l'Union, la Directive n° 2004/48.

La Cour de justice était précisément saisie sur le problème de la loi devant être appliquée par le juge allemand à l'encontre du défendeur allégué contrefacteur : fallait-il retenir les mesures indemnitaires et coercitives prévues par la loi allemande ou celles contenues dans la loi italienne ?

Sans surprise, la Cour de justice tranche en faveur de l'application de la loi allemande : « il ne saurait être exigé du tribunal saisi qu'il vérifie s'il existe, sur le territoire d'un État membre autre que celui sur lequel porte l'action, un acte de contrefaçon initial et qu'il se fonde sur cet acte pour appliquer la loi de cet autre État membre, alors même que tant ledit acte que le territoire dudit État membre ne sont pas concernés par le litige en cause. »

Établir une stratégie de défense en amont d'actes illicites pour décider s'il est plus pertinent de segmenter des demandes à propos de différents États membres devant plusieurs juges, ou s'il convient de concentrer le contentieux devant une même instance.



LA PROTECTION AU TITRE DES DESSINS ET MODÈLES NE S'ÉTEND QU'AUX CARACTÉRISTIQUES NON IMPOSÉES PAR LES CONTRAINTES TECHNIQUES

[Cour d'appel de Paris, 28 janvier 2022, n° 20/04831](#)

Dans cette décision, citée précédemment, un équipementier sportif, titulaire d'un DMC sur un masque de plongée, avait assigné en contrefaçon un concurrent, lui reprochant la vente d'un masque reprenant les caractéristiques de son modèle.

Après avoir confirmé la validité du titre, les juges d'appel ont été amenés à se livrer à l'examen des ressemblances d'ensemble du modèle déposé d'une part, et du produit allégué de contrefaçon d'autre part. Or, une telle analyse, qui implique pour le juge de recourir à la grille de lecture de l'« observateur averti », conduit à accomplir ce travail avec un regard critique sur les caractéristiques des produits en cause et notamment des éléments qui apparaissent dictés par la « fonction technique » recherchée. En effet, la protection au titre des dessins et modèles ne peut s'étendre qu'à des caractéristiques arbitraires qui permettent de distinguer un dessin ou modèle de ceux qui existent par ailleurs sur le marché. En ce sens, l'exigence qui en résulte se rapproche de celle du droit des brevets, qui ne permet pas d'obtenir une protection sur des éléments déjà connus du monde scientifique ou plus généralement issus du domaine public.

Il en résulte que, dans son arrêt du 28 janvier 2022, la cour d'appel de Paris rejette les demandes en contrefaçon de l'équipementier. En effet : « les ressemblances existant entre les deux masques en présence ressortent principalement de la reprise par le masque argué de contrefaçon de caractéristiques imposées par la fonction technique du produit, seules la transparence de la partie inférieure de la vitre et la forme de croissant de la partie haute de celle-ci étant reprises sans nécessité. En revanche, les autres éléments du masque non imposés par les contraintes techniques tels la forme du cadre ou du haut du tuba présentent des différences notables ».

Former des demandes additionnelles en contrefaçon de droit d'auteur et en concurrence déloyale quasi systématiques pour maximiser les chances d'obtenir réparation à la survenue d'actes de contrefaçon.

Droit d'auteur

Réformes et actualités

LE LÉGISLATEUR FRANÇAIS SANCTIONNÉ POUR AVOIR OMIS DE TRANSPOSER DANS LA LOI LE PRINCIPE D'UNE RÉMUNÉRATION « APPROPRIÉE » AU BÉNÉFICE DES AUTEURS

[Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE](#)

[Ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition du 6 de l'article 2 et des articles 17 à 23 de la directive 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE](#)

[Conseil d'État, 15 novembre 2022, n° 454477](#)

L'Ordonnance n° 2021-580 du 12 mai 2021 portant transposition partielle de la Directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 a notamment intégré dans le droit français les dispositions nouvelles relatives à la rémunération des auteurs et des artistes-interprètes prévues aux articles 18 et suivants de la Directive.

Le 12 juillet 2021, le Comité pluridisciplinaire des artistes-auteurs et des artistes-autrices (CAAP) et la Ligue des auteurs professionnels ont introduit un recours en annulation de ce texte devant le Conseil d'État en exprimant plusieurs griefs, dont notamment une atteinte à la liberté syndicale résultant de l'élargissement des com-



pétences des organismes de gestion collective en matière de négociation collective, mais également une insuffisance de transposition du texte.

Dans sa décision rendue le 15 novembre 2022, le Conseil d'État accueille le recours au motif que la transposition française a été incomplète.

En effet, les juges relèvent que si l'ordonnance de transposition a bien complété l'article L. 131-5 du CPI, qui prévoit un mécanisme de rescision pour lésion en matière de rémunération forfaitaire avec un mécanisme de « rémunération supplémentaire » en cas de rémunération proportionnelle insuffisante, en revanche, l'article L. 131-4 n'a pas été modifié. Cet article est notamment libellé en ces termes : « La cession par l'auteur de ses droits sur son œuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. »

Or, l'article 18 de la Directive exige notamment que « Les États membres veillent à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle ».

Ce faisant, le Conseil d'État estime que l'exigence européenne n'est pas pleinement satisfaite, puisqu'il aurait été nécessaire de modifier l'article L. 131-4 pour prévoir que « la rémunération soit, d'emblée, « appropriée » ».

Cette solution permet de déduire que les termes de « rémunération proportionnelle » et « rémunération appropriée » ne sont donc pas synonymes. Surtout, cette position s'annonce plus favorable aux auteurs, qui disposeront d'un argument supplémentaire à la conclusion du contrat, plutôt que de devoir agir a posteriori.

Néanmoins, la portée de la solution isolée par le Conseil d'État, si elle peut laisser craindre une incertitude quant à la faculté d'un auteur ou d'un artiste-interprète de transmettre ses droits à titre gratuit, doit être bien comprise. En effet, le principe d'une rémunération « appropriée » n'est pas exclusif de la possibilité d'une cession ou d'une licence à titre gratuit. Comme l'énonce le considérant n° 82 de la Directive : « Aucune disposition de la présente directive ne devrait être interprétée comme faisant obstacle à ce que les titulaires de droits exclusifs en vertu du droit de l'Union en matière de droit d'auteur autorisent l'utilisation, à titre gracieux, de leurs œuvres ou autres objets protégés, y compris au moyen de licences gratuites non exclusives, au bénéfice de tout utilisateur ».

En ce sens, l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit, s'agissant du transfert de droits d'auteur, que « le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit ou à titre onéreux » devrait rester pleinement applicable.

Veiller à délivrer une information claire à un auteur ou un artiste-interprète quant à l'utilisation envisagée de son œuvre, des modalités de la rémunération ou de l'éventuelle contrepartie et des nouvelles obligations, au moins annuelles, de reddition des comptes.

REDEVANCE POUR COPIE PRIVÉE : LES SMARTPHONES ET TABLETTES RECONDITIONNÉS TEMPORAIREMENT EXEMPTÉS PAR LE CONSEIL D'ÉTAT

[Décision n° 22 du 1er juin 2021 de la commission pour la rémunération de la copie privée](#)

[Conseil d'État, 8 juillet 2021, n° 454030](#)

[Conseil d'État, 19 décembre 2022, n° 455319](#)

Dans une décision remarquable, adoptée le 1er juin 2021, la Commission pour la rémunération de la copie privée a intégré dans le champ de la redevance pour copie privée les smartphones et les tablettes reconditionnées.

Dès les semaines qui ont suivies, l'association UFC Que Choisir introduisit un recours en annulation de cette décision, déclarant refuser « ce coup de canif au développement de l'économie circulaire et au pouvoir d'achat des consommateurs les plus défavorisés ».

Un premier recours introduit en référé a été rejeté par le Conseil d'État dans une décision du 8 juillet 2021, au



motif que les tarifs exigés auprès du consommateur, inférieurs à ceux de produits neufs, n'apparaissent pas porter une atteinte suffisamment grave et immédiate à ce dernier.

Or, dans le cadre de la procédure au fond, la haute juridiction administrative constate que la décision contestée n'a pas été prise par une formation de vote régulièrement constituée. La décision est donc annulée pour des raisons formelles, tandis que, sur le fond, les juges estiment que l'intégration des appareils reconditionnés et du barème retenu n'était pas illicite.

Il convient donc de relever qu'une nouvelle décision, prise régulièrement, pourrait de nouveau être prise dans le futur pour réintégrer ces produits reconditionnés dans le barème. Ainsi cette annulation ne serait que temporaire. Par ailleurs, les juges fixent la prise d'effet de cette annulation au 1er février 2023 et précisent que cette mesure n'aura pas d'effet rétroactif. Ainsi les consommateurs qui auraient acquitté cette redevance ne pourront pas exiger son remboursement.

Surveiller l'activité de la Commission pour la rémunération de la copie privée et des futures décisions qui pourraient concerner les supports reconditionnés, mais également les moyens de stockage dématérialisés de type cloud.

RÉFORME FRANÇAISE DU DROIT D'AUTEUR ET INFORMATION CONTRACTUELLE DES AUTEURS : PUBLICATION D'UN ACCORD COLLECTIF ENTRE AUTEURS LITTÉRAIRES ET ÉDITEURS

[Accord interprofessionnel du 20 décembre 2022 signé entre le Conseil permanent des écrivains, la Ligue des auteurs professionnels et le Syndicat national de l'édition](#)
Et le [communiqué de presse du Ministère de la Culture](#)

L'importante réforme française du droit d'auteur issu de l'ordonnance évoquée ci-dessus a amené le législateur français à intégrer des règles spécifiques de fourniture d'informations comptables aux auteurs et artistes-interprètes qui cèdent leurs droits de propriété intellectuelle aux tiers. Ces nouveaux articles imposent des obligations minimales aux cocontractants tout en invitant les instances représentatives des auteurs, artistes-interprètes et professionnels de la production et de l'édition à convenir des modalités concrètes par voie d'accords collectifs.

Dans ce contexte, un accord collectif sectoriel, conclu entre des instances représentatives d'auteurs et d'éditeurs a été conclu le 20 décembre 2022, avant d'être publié sur le site du Ministère de la Culture.

Parmi les dispositions notables de ce contrat, l'on relèvera :

- une périodicité semestrielle de reddition des comptes, au lieu d'une année ;
- les auteurs de contributions « non significatives » à une œuvre pourront également bénéficier d'un mécanisme de reddition des comptes selon un schéma allégé (soit sur la demande expresse de l'auteur et une fois par année) ;
- la limitation de la provision pour retour d'exemplaires invendus à deux ans, au lieu de trois ;
- l'obligation d'information, par les éditeurs, de tout contrat de sous-cession de l'œuvre ;
- un principe de résiliation du contrat de traduction en cas de disparition du contrat de cession de l'œuvre première et de fin d'exploitation commerciale de la traduction ;
- la clarification des obligations de l'éditeur en cas de terminaison du contrat (notamment l'arrêt de la commercialisation au plus tard un mois après la cessation).

Cet accord ne contient pas, à proprement dit, de règles spécifiques en matière de rémunération des auteurs. Une telle problématique pourrait faire l'objet de nouvelles discussions à l'avenir, formalisées dans un contrat du même ordre.

Anticiper d'ores et déjà les nouvelles obligations de reddition des comptes par voie électronique en s'inspirant de l'accord conclu pour le monde de l'édition.



Validité et titularité des droits d'auteur

PROTECTION D'UNE PHOTOGRAPHIE PAR LE DROIT D'AUTEUR : UNE TENDANCE JURISPRUDENTIELLE TOUJOURS AUSSI SÉVÈRE, MAIS LOGIQUE

[Cour d'appel de Paris, 30 mars 2022, n° 20/03542](#)

La question de l'éligibilité à la protection de photographies par le droit d'auteur continue d'alimenter la chronique juridique. Rares sont les hypothèses de décisions de jurisprudence reconnaissant le caractère protégeable d'une photographie, soit en raison de la banalité de la prise de vue, soit en raison de choix techniques dictés par l'événement, le sujet ou encore les consignes d'un commanditaire. Plusieurs décisions rendues en 2022 démontrent que les juges retiennent une grille de lecture sévère du caractère d'originalité en la matière.

Ainsi par exemple de la prise de vue d'une championne de boxe, initialement parue sur la page du réseau social Facebook d'une collectivité locale, et publiée sans autorisation dans un titre de presse régional. Actionné en contrefaçon de droits d'auteur, le périodique faisait valoir en défense que la photographie litigieuse n'était pas éligible au droit d'auteur compte tenu de ce que le « photographe qui a effectué des choix purement techniques relatifs au cadrage, les éléments invoqués tenant à la lumière et au moment de la prise de vue étant en outre indépendants de la volonté du photographe et résultant seulement du hasard du moment présent ».

Cet argument a convaincu les juges d'appel qui constatent que le photographe n'a pas « imprimé sa touche personnelle » dans cette prise de vue : « Le fait [que la championne] esquisse un sourire, ce qui est tout à fait habituel en matière de portrait, ne constitue pas davantage un choix libre et créatif. Enfin la circonstance que [le photographe] a gommé au moment du tirage un hématome de la boxeuse sur son arcade sourcilière droite ne démontre pas plus une empreinte de la personnalité de l'auteur ».

D'une certaine manière, la cour d'appel reproche, par sa solution, à cette photographie de ne pas se distinguer de n'importe quel autre cliché qu'aurait pu prendre toute autre personne présente sur le lieu au même moment.

Revendiquer une protection à l'égard de photographies sortant de l'ordinaire et de la pratique désormais courante de la prise de vues en tous lieux au moyen de smartphones.

SI LE DROIT D'AUTEUR NE PERMET PAS, EN PRINCIPE, DE PROTÉGER UN COURANT DE MODE, EN REVANCHE, LE FAIT QU'UNE CRÉATION SOIT À L'ORIGINE D'UNE TENDANCE PARTICIPE NETTEMENT À ÉTABLIR SON CARACTÈRE ORIGINAL

[Cour d'appel de Paris, 11 janvier 2022, n° 20/15934](#)

Une grande maison française célèbre pour ses articles de luxe dans le domaine de l'habillement, la maroquinerie et la joaillerie reprochait à une entreprise tierce de proposer à la vente des bracelets imitant sa déclinaison de bijoux « Chaîne d'ancre ».

En défense, la société défenderesse contestait l'originalité des modèles de bijoux revendiqués par la demanderesse, notamment au vu d'antériorités : « [La défenderesse] fait valoir que les modèles antérieurs à 1938 et les modèles vendus postérieurement, démontrent que le procédé de détournement du maillon maritime industriel vers un maillon de bijoux était connu pour des chaînes de montre fermées par un clavier (1869 et 1900), des colliers (1910) et bracelets art deco (1925) et qu'il est utilisé de manière banale et courante dans la bijouterie, régulièrement depuis au moins trente ans et encore aujourd'hui par d'autres concurrents ».

Or, analysant le contexte spécifique de la création de cette gamme de bijoux, la cour d'appel de Paris rejette l'argument soulevé en défense et retient, au contraire que ces modèles, à la date de leur création étaient particulièrement originaux :

« les chaînes marines préexistantes qui étaient constituées de formes approchantes avaient des dimensions et des fonctions complètement différentes, Robert D. ayant fait œuvre de création en modifiant de façon substan-



tielle tant la taille, la matière que les caractéristiques mêmes de la tige interne qui est perpendiculaire chez [la société X.] et non évasée de chaque côté comme pour les chaînes de navire, transformant pour la première fois les chaînes de l'industrie marine en bijou en les combinant avec un fermoir spécifique en forme de T ne répondant pas seulement à une nécessité technique et fonctionnelle mais résultant d'un choix créatif.»

Une telle solution semble répondre avec justesse à la finalité du droit d'auteur, qui consiste à récompenser par une protection la création d'une œuvre qui se distingue de ce qui existe sur le marché, au point de constituer une nouvelle source d'inspiration.

Rester vigilant à soigner la description d'une œuvre et son caractère original dans des écritures contentieuses, notamment en démontrant rigoureusement la démarche artistique et de création de celle-ci au-delà d'une simple description technique.

Exploitation des droits d'auteur

L'EXERCICE DES DROITS D'AUTEUR PAR DES HÉRITIERS SUPPOSE DE FRANCHIR LE DOUBLE OBSTACLE DE DÉTERMINER QUI HÉRITE DE QUELLE PRÉROGATIVE ET QUELS ÉTAIENT LES SOUHAITS DE L'AUTEUR FORMULÉS DE SON VIVANT

[Cour d'appel de Paris, 20 avril 2022, n° 21/11689](#)

À l'occasion du décès d'un artiste-interprète, musicien et compositeur, ayant laissé 5 enfants et une épouse survivante, le producteur investi d'un contrat exclusif d'enregistrement sur plusieurs albums envisageait de publier un album posthume, composé par l'artiste alors qu'il était encore vivant.

L'épouse survivante s'opposait à cette parution, estimant que le ton et l'orientation prise dans cet album était particulièrement éloignés de l'esprit de la discographie de l'auteur décédé. Elle invoquait, à cet effet, le bénéfice du droit de divulgation, qui permet à l'auteur de décider s'il l'estime pertinent, de divulguer l'œuvre au public au moment et dans les formes qu'il souhaite, ou bien de ne pas la dévoiler.

Or, deux obstacles se sont élevés contre la demanderesse : l'un concernant les règles juridiques de dévolution des droits d'auteur à la mort de celui-ci et le second à propos de la compatibilité de cette œuvre nouvelle avec l'esprit de l'œuvre du de cujus.

Premièrement, la cour d'appel rejette sa qualité à agir en tant qu'héritière du droit de divulgation. En effet, le Code de la propriété intellectuelle organise explicitement la répartition des droits entre héritiers et l'article L. 121-2 dispose que : « Après sa mort, le droit de divulgation de ses œuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant : par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir ».

Dans la mesure où, dans cette affaire, le défunt n'avait laissé aucune consigne particulière de dévolution, les juges d'appel constatent que l'exercice du droit de divulgation revenait aux enfants de ce dernier et non à son épouse survivante. Toutefois, celle-ci était bien investie de la protection du droit moral et notamment du droit au respect de l'œuvre conjointement avec les autres héritiers.

Deuxièmement, les demandes formées par les héritiers contre la publication de ce nouvel album sont rejetées par la cour d'appel : le changement d'orientation par rapport aux œuvres précédentes avait été librement choisi par l'auteur, et corroboré par de nombreux témoignages « émanant de personnes ayant, pour certaines, été les témoins directs de séances de répétition ou d'enregistrement de l'album litigieux, tendent à montrer que M. X. a souhaité pour l'album en cours de préparation un style nouveau incluant la participation de rappeurs et qu'il a consenti à ce que ses œuvres soient associées à d'autres œuvres. »



Être particulièrement vigilant aux volontés d'un auteur sur ses œuvres après son décès, lorsqu'il a laissé des consignes spécifiques pour prévenir toute action en justice pour la protection du droit moral par les héritiers.

LE MAUVAIS ACCUEIL DES ÉPREUVES D'UN OUVRAGE PAR LES CRITIQUES LITTÉRAIRES NE DISPENSE PAS L'ÉDITEUR DE SON OBLIGATION D'EXPLOITATION SUIVIE DE L'ŒUVRE

Cour d'appel de Rennes, 16 septembre 2022, n° 10/03935

Avant la réforme issue de la transposition en France de la Directive révisant le droit d'auteur au niveau de l'Union Européenne, le Code de la propriété intellectuelle ne comportait formellement, pour le cessionnaire de droits d'auteur, une obligation dite « d'exploitation suivie » de l'œuvre qu'à propos de certains contrats et notamment le contrat d'édition (voir l'article L. 132-12 : « L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie et une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession. »).

Or, tel était le grief imputé à un éditeur par l'auteur d'un manuscrit, qui reprochait au cocontractant de nombreux manquements aux obligations de promotion et de diffusion de l'œuvre auprès du public et sur les canaux commerciaux.

En défense, l'éditeur faisait valoir qu'il avait distribué 76 exemplaires de l'ouvrage auprès des services de presse, des services commerciaux des diffuseurs ainsi que des organisateurs de prix littéraires, mais que le mauvais accueil critique l'avait dissuadé de poursuivre cet effort.

Cette ligne de défense est pourtant jugée insuffisante pour la cour d'appel de Paris qui relève que l'éditeur n'a pas déployé toutes les diligences nécessaires pour la diffusion de l'œuvre auprès des journalistes, dont certains n'ont pas reçu d'exemplaire, puis auprès des canaux de distribution.

Ainsi, les juges d'appel reconnaissent un manquement aux obligations contractuelles dans la mesure où « si l'éditeur n'est évidemment pas le garant du succès du livre, il contracte, dès lors qu'il accepte le publier et en contrepartie de la cession que l'auteur lui consent sur ses droits, l'obligation de résultat de l'exploiter, ne pouvant ainsi s'en affranchir en invoquant le mauvais accueil de la critique, des libraires ou du public ».

L'obligation d'exploitation suivie a, depuis, été élargie à l'ensemble des contrats de transferts de droits d'auteur dans le Code de la propriété intellectuelle, à l'article L. 131-5-2, qui autorise l'auteur cédant à résilier le contrat s'il estime que l'exploitation est insuffisante : « Lorsque l'auteur a transmis à titre exclusif tout ou partie de ses droits, il peut, en l'absence de toute exploitation de son œuvre, résilier de plein droit la transmission de tout ou partie de ces droits ».

Préciser le contexte d'un contrat de cession de droits d'auteur et notamment, dans le préambule, les circonstances qui conduisent au transfert et les résultats espérés, ainsi que tout objectif financier, de fabrication ou de distribution pour diminuer les incertitudes quant aux obligations des parties.



Contrefaçon et défense des droits d'auteur

LA COUR DE CASSATION TRANCHE DE MANIÈRE DÉFINITIVE LA CONTROVERSE PORTANT SUR LA NATURE DE L'ACTION EN CONTREFAÇON, EN FAVEUR DU CANAL DÉLICTUEL

[Cour de justice de l'Union Européenne, 18 décembre 2019, aff. n° C-666/18, IT Development SAS c. Free Mobile SAS](#)

[Cour de cassation, première chambre civile, 5 octobre 2022, n° 21-15.386](#)

Par son arrêt du 5 octobre 2022, la Cour de cassation a scellé l'épilogue d'une controverse amorcée par les juges d'appel parisiens en 2019 alors qu'un litige opposant deux parties à un contrat de licence sur un logiciel se querellaient à propos du fondement de responsabilité – délictuelle ou contractuelle – devant être invoqué au titre de la violation des termes de ce contrat.

Pour mémoire, dans sa décision rendue le 19 mars 2021, la cour d'appel de Paris avait considéré que, dans une telle situation, le titulaire de droits de propriété intellectuelle exploités dans le cadre d'une licence devait recourir au fondement contractuel, excluant, ce faisant la possibilité de bénéficier des dispositions du Code de la propriété intellectuelle (sur le fondement délictuel), en vertu du principe de non-cumul des régimes de responsabilité : « lorsque le fait générateur d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle résulte d'un manquement contractuel, le titulaire du droit ayant consenti par contrat à son utilisation sous certaines réserves, alors seule une action en responsabilité contractuelle est recevable par application du principe de non-cumul des responsabilités ».

Cet arrêt est censuré par la haute juridiction dans sa décision du 5 octobre 2022, qui, au terme d'une motivation particulièrement riche, apporte une réponse aux développements proposés par le juge d'appel. En effet, la difficulté découlait de la manière dont il convenait d'articuler la position de la CJUE, avec celle du principe de non-cumul des régimes de responsabilité en droit français.

Pour la CJUE, tout acte d'atteinte aux DPI au sens de la Directive n° 2004/48 doit permettre à son titulaire de pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette dernière directive, indépendamment du régime de responsabilité applicable selon le droit national (voir la décision « IT Development SAS c. Free Mobile SAS »).

La cour d'appel de Paris, bien qu'ayant analysé les termes de la décision de la CJUE, avait déclaré l'action du titulaire irrecevable, puisque celui-ci, arguant une atteinte au contrat de licence, avait néanmoins agi sur le fondement délictuel de la contrefaçon.

Finalement, la Cour de cassation décide que le titulaire des DPI était légitime à actionner le tiers sur le terrain de la contrefaçon dès lors que la responsabilité contractuelle ne lui permettait pas de bénéficier des dispositions protectrices du CPI. Par conséquent, les parties sont renvoyées devant une cour d'appel qui devra statuer sur ces demandes.

Choisir d'agir sur le terrain de la contrefaçon pour bénéficier des dispositions du Code de la propriété intellectuelle, chaque fois qu'une atteinte à des droits de propriété intellectuelle est commise par des cocontractants.

RÉÉCRITURES EN CASCADE D'UNE PIÈCE DE THÉÂTRE : L'AUTEUR DU SCENARIO ORIGINAL NE PEUT PAS LIBREMENT EXPLOITER UNE DEUXIÈME VERSION DE L'ŒUVRE RÉALISÉE LICITEMENT PAR UN TIERS

[Cour d'appel de Paris, 11 mai 2022, n° 19/20486](#)

Un arrêt rendu le 11 mai 2022 par la cour d'appel de Paris revient sur une querelle judiciaire peu ordinaire en matière de droit d'auteur et notamment sur la question des prérogatives accordées à différents auteurs sur plusieurs versions réécrites d'une même œuvre originale.



Dans un premier temps, la pièce de théâtre écrite par Monsieur D., intitulée « Ma Belle-Mère, mon ex et moi », a été représentée plusieurs centaines de fois au théâtre au cours des années 2012 à 2014.

Dans un second temps, sur demande du metteur en scène, un tiers, Monsieur Z., a procédé à la rédaction d'une nouvelle version de la pièce, en tant qu'auteur unique, mais avec le consentement de l'auteur originaire, Monsieur D. Cette nouvelle version a été programmée au théâtre entre 2014 et 2018.

Entre temps, Monsieur D. et deux autres coauteurs ont élaboré une troisième version du scénario intitulée « Ma Belle-Mère et moi, 9 mois après », représentée au cours des années 2016 et 2017 au théâtre.

La particularité de cette affaire provient de l'origine de la demande en justice : c'est, en effet, Monsieur Z., auteur de la deuxième version du scénario, qui assignait les trois coauteurs (dont Monsieur D., auteur originaire) de la troisième itération, pour avoir porté atteinte à ses droits.

La cour d'appel de Paris fait étonnement droit à ses demandes en constatant que les trois coauteurs avaient commis des actes de contrefaçon du deuxième scénario.

Cette solution fait pourtant une application logique de la notion « d'œuvre composite », c'est-à-dire « l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière » (art. L. 113-2 du CPI). La reprise de l'œuvre d'autrui dans une nouvelle création est valable sous réserve d'obtenir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première (voir l'art. L. 113-4 du CPI).

Or, relevant non seulement que Monsieur Z. avait apporté de très nombreuses composantes nouvelles et distinctes dans son travail de réécriture de la première version (sur la trame et les enjeux de l'histoire, la psychologie des personnages, etc.), les juges d'appel ont également observé que Monsieur D. avait bien donné son autorisation pour la réalisation de cette deuxième version.

C'est pourquoi, après une analyse du troisième scénario révélant qu'il s'inspirait et continuait l'histoire et les enjeux de la deuxième version, la cour d'appel a conclu à l'existence d'actes de contrefaçon par les trois coauteurs de la version litigieuse, faute d'avoir recueilli l'accord de Monsieur Z., auteur de la deuxième version et en dépit de la participation à ce dernier scénario de l'auteur originaire.

Contrôler avec rigueur la chaîne contractuelle de transmission de droits d'auteur sur une œuvre, en particulier audiovisuelle, faisant intervenir de nombreux contributeurs, pour prévenir tout risque d'utilisation ultérieure illicite.

SI LE PROPRIÉTAIRE D'UNE ŒUVRE ARCHITECTURALE EST TENU D'ENTREtenir LE BÂTIMENT POUR PRÉSERVER LE DROIT MORAL DE L'ARTISTE, IL EST TOUTEFOIS LIBRE DE CONFIER LES RÉNOVATIONS À UN TIERS, AUTRE QUE CE MÊME ARTISTE

[Cour d'appel de Paris, 4 mars 2022, n° 20/13051](#)

La protection des droits moraux de l'artiste trouve, en matière d'œuvres architecturales, ou d'œuvres apposées sur un immeuble appartenant à un tiers, un terreau fertile de querelles judiciaires quant aux obligations incombant au propriétaire de l'immeuble. En effet, le droit au respect de l'intégrité d'une œuvre, en tant qu'il relève des droits moraux de l'artiste est inaliénable et imprescriptible. Si ce droit était appliqué de manière littérale, il ferait peser des obligations excessives au propriétaire d'un bâtiment, qui ne pourrait ni le modifier structurellement, ni l'adapter, ni le détruire. La jurisprudence a ainsi dû construire une règle consistant à équilibrer les droits et obligations de part et d'autre, en retenant, au cas par cas, la possibilité pour le propriétaire du bâtiment d'assurer des modifications, voire la destruction de l'ensemble dans la mesure où les droits de l'auteur ont été respectés pour une durée suffisante.

Dans une affaire portée devant la cour d'appel de Paris le 4 mars 2022, un artiste ayant réalisé plusieurs fresques ornant les murs de la gare de Lyon reprochait à l'exploitant du bâtiment d'avoir procédé à des rénovations de ses œuvres sans avoir fait appel directement à ses services. En effet, l'exploitant avait fait réaliser un appel d'offres, puis avait retenu la proposition d'un tiers.



Les demandes de l'artiste sont pourtant rejetées par les juges d'appel qui estiment que la démarche de l'exploitant était parfaitement légitime : « [l'exploitant] n'avait aucune obligation, ni légale, ni contractuelle, de recourir à [l'artiste], même reconnu investi des droits d'auteur sur l'œuvre collective litigieuse, de recourir à ses services ni pour avis, ni pour exécuter les travaux de réfection nécessaires sur l'œuvre ».

Dans la mesure où les travaux réalisés par le prestataire ne portaient pas atteinte à l'intégrité des œuvres, rétablies par la rénovation dans leur état initial, l'auteur n'avait aucun droit à imposer son contrôle ou son propre entretien sur ces fresques.

Cadrer contractuellement les autorisations accordées au commanditaire d'une œuvre apposée sur un immeuble, pour définir précisément les modifications autorisées, les modalités d'entretien et la durée raisonnable d'exposition au public avant tout projet de modification structurelle non impératif



Numérique Tech et Données





Intelligence artificielle

PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN MATIÈRE D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

[Proposition de directive relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle du 28 septembre 2022](#)
Et son [Communiqué de presse](#)

Le 28 septembre 2022, la Commission européenne a publié une proposition de directive relative aux règles de responsabilité civile extracontractuelle applicables aux outils d'intelligence artificielle (« IA »). Ce projet intervient dans le contexte d'une incitation des instances européennes à recourir aux outils d'IA, notamment au vu des perspectives d'amélioration et d'accélération des prestations d'analyse et de diagnostic, tout spécialement en matière médicale. Néanmoins, la Commission européenne constate que la survenance d'un dommage lié à un tel service serait particulièrement complexe à traiter dans le cadre d'une action en justice.

Ce faisant, les règles habituelles de responsabilité civile (faute, préjudice et lien de causalité) n'apparaissent pas pleinement opératoires à l'égard d'un logiciel ou d'un algorithme dont la performance s'accroît et s'autonomise au moyen de techniques d'apprentissage automatique. Ainsi, en l'état actuel du droit, la démonstration de la faute supposerait de remonter le fil du raisonnement de la machine pour comprendre le choix exprimé et le diagnostic établi, ce qui semble, en pratique, d'une complexité excessive.

La présente proposition de Directive écarte la solution initialement envisagée de responsabilité sans faute pour les outils à « haut risque » de causer un préjudice. Est dorénavant privilégié un mécanisme de responsabilité fondé sur la faute, mais dont la charge de la preuve pesant sur la victime est allégée. En particulier, la proposition prévoit que la victime pourra solliciter d'un juge qu'il enjoigne la personne ayant délivré le service s'appuyant sur l'IA de verser les « éléments de preuve pertinents qu'il détient concernant un système d'IA à haut risque spécifique soupçonné d'avoir causé un dommage ». Dans le même ordre d'idées, la victime disposera d'une charge de la preuve allégée du lien de causalité dans les hypothèses où le défendeur n'a pas respecté certaines des obligations, telles que, par exemple, un manquement dans le développement de l'outil d'IA, par l'utilisation de méthodes d'entraînement non appropriées ou insuffisantes à offrir des résultats robustes et précis. Un tel manquement peut également être caractérisé lorsque l'outil d'IA n'a pas été corrigé ou encore qu'il ne permet pas un contrôle humain effectif.

Cette proposition doit désormais être examinée par le Parlement européen et le Conseil de l'UE.

Suivre les avis publiés par les autorités européennes mais également françaises, qui pourraient anticiper sur l'adoption future de cette nouvelle législation.

LE CONSEIL D'ÉTAT PRÉCONISE D'INVESTIR LA CNIL DES PRÉROGATIVES DE GOUVERNANCE SUR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

[Étude du Conseil d'État « Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance »](#)

Et son [Communiqué de presse](#)

[Proposition de Règlement du parlement européen et du conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle](#)

[Avis de la CNIL et de ses homologues sur le futur règlement européen](#)

La proposition d'un futur règlement européen sur l'intelligence artificielle (« IA »), publiée le 21 avril 2021, prévoit notamment que les États membres devront désigner les « autorités compétentes pour la surveillance des institutions, agences et organes de l'Union » agissant en tant que fournisseurs ou utilisateurs d'un système d'IA (point 5.2.6 de l'exposé des motifs).



Dans le sillage du communiqué publié par la CNIL en 2021, détaillant le point de vue de la Commission sur ce projet, le Conseil d'État approuve la proposition d'investir les autorités nationales de protection des données en tant qu'autorités compétentes pour la surveillance des institutions, agences et organes de l'Union. Cet élargissement des compétences de la CNIL supposera une ambitieuse « transformation », notamment pour augmenter les effectifs et les moyens matériels de la Commission.

Le Conseil d'État préconise également la mise en œuvre d'une politique volontaire de déploiement de l'intelligence artificielle par les acteurs publics, en confiant à Etalab, le département de la direction interministérielle du numérique (DINUM) et au coordonnateur national pour l'intelligence artificielle, en lien avec l'Agence nationale de la cohésion des territoires (ANCT), la mission de piloter ce déploiement vis-à-vis des collectivités territoriales.

Suivre la position et les recommandations adoptées à terme par la CNIL sur les problématiques d'intelligence artificielle.

Régulation d'Internet

ADOPTION DE LA LÉGISLATION SUR LA GOUVERNANCE EUROPÉENNE DES DONNÉES (RÈGLEMENT « DGA »)

[Règlement n° 2022/868 du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement \(UE\) 2018/1724](#)

Dans le sillage du plan élaboré par la Commission européenne en 2020 « Façonner l'avenir numérique de l'Europe », plusieurs chantiers de modernisation de la législation relative à l'Internet ont été amorcés et l'année 2022 marque l'aboutissement de plusieurs de ces travaux, dont celui portant sur la gouvernance européenne des données.

Adopté le 30 mai 2022 et publié au JOUE du 3 juin 2022, ce règlement porte sur le partage des données. Il accentue certaines ouvertures et réutilisations de données détenues par des organismes du secteur public. Il est à noter que l'une des mesures phares de ce texte est la création d'un statut de « prestataire de services d'intermédiation » devant se notifier auprès des autorités compétentes. Ces prestataires sont soumis à des obligations spécifiques telles que l'interdiction d'utiliser pour d'autres fins que la mise à disposition des données fournies par des personnes concernées ou des entreprises, l'obligation de favoriser l'interopérabilité, d'assurer un niveau de sécurité approprié pour le stockage et le traitement des données non personnelles, ou encore d'assurer une continuité raisonnable de la fourniture du service.

Le règlement prévoit également la création d'un régime d'altruisme en matière de données, c'est-à-dire le partage volontaire de données fondé sur le consentement des fournisseurs de données (personnes concernées ou entreprises) sans demander ou recevoir de contrepartie pour des objectifs d'intérêt général. Le texte prévoit une interdiction des transferts illicites de données non personnelles par les autorités publiques, les entreprises réutilisant les données, les prestataires de service d'intermédiation et d'altruisme en matière de données en dehors de l'Union.

D'ores et déjà entré en vigueur en 2022, le texte ne sera toutefois applicable qu'à compter du 24 septembre 2024.

Surveiller l'ouverture progressive des données qui devrait être stimulée par l'application de ce Règlement dans de nombreux secteurs de l'économie, afin de bénéficier d'un accès simplifié à l'information.



AVANCEMENTS DANS LE PROCESSUS D'ADOPTION DE LA LÉGISLATION DITE « DATA ACT »

[Proposition de Règlement fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données du 23 février 2022](#)

Ce règlement complète le Data Governance Act. Alors que le règlement sur la gouvernance des données crée les processus et les structures pour faciliter les données, la loi sur les données précise qui peut créer de la valeur à partir des données et dans quelles conditions. Il porte notamment sur l'utilisation des données générées (notamment non personnelles) par les appareils de l'Internet des Objets, en précise les droits des utilisateurs. Le texte prévoit par exemple des possibilités de portabilité de celles-ci vers un autre prestataire et encadre les conditions de mise à disposition à un autre prestataire. Il envisage également une protection contre des clauses abusives au bénéfice des PME/TPE. Cette proposition contient également une interdiction du transfert des données en dehors de l'Union Européenne par les fournisseurs de services de traitement de données (qui comprennent les fournisseurs d'informatique en nuage) lorsque ce transfert est illicite.

Le projet fait actuellement l'objet d'un examen par le Parlement et le Conseil. Tous les indicateurs portent à croire que le texte fera l'objet, en 2023, de toute l'attention du législateur européen.

Auditer dès à présent les données qui peuvent être utiles à l'activité de l'entreprise, qui pourraient être collectées avec la multiplication des produits intégrant les technologies de l'Internet des Objets.

ADOPTION DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE SUR LES SERVICES NUMÉRIQUES (« DSA »)

[Règlement n° 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE](#)

[Communiqué de presse du Conseil de l'UE du 4 octobre 2022](#)

[Fiche pratique sur le Paquet législatif relatif aux services numériques](#)

L'année 2022 a marqué l'aboutissement du processus d'adoption de la nouvelle législation sur les services numériques (ou « Digital Service Act » - « DSA »). Une première étape décisive avait été atteinte le 23 avril dernier par la conclusion d'un accord politique provisoire du Conseil de l'UE et du Parlement européen, approuvé par ce même Parlement le 15 juin 2022. Finalement, le texte ainsi examiné avait été transmis à la Commission, qui en annonçait l'approbation le 4 octobre, avant la publication officielle du Règlement n° 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE au JOUE du 27 octobre 2022.

Tenant compte des nombreuses évolutions d'Internet et des nouveaux outils de la société de l'information, ainsi que la place prééminente de quelques grandes plateformes et moteurs de recherche en ligne, le texte se propose de moderniser le cadre adopté il y a plus de 20 ans, en prévoyant de nouvelles obligations à destination de ces acteurs de premier plan du numérique désignés comme les « fournisseurs de service intermédiaires » (« FSI »).

Parmi les très nombreuses dispositions contenues dans ce texte (qui totalise 93 articles), l'on retiendra un régime de responsabilité spécifique aux FSI intervenant en aval de la constatation d'une infraction :

- le législateur européen édicte un nouveau régime de responsabilité « allégée » des plateformes, lesquelles ne peuvent être tenues pour responsables de contenus illicites versés par les utilisateurs si elles se bornent à un rôle d'intermédiaire de simple transport ou de mise en cache de l'information ;
- ce régime de responsabilité allégée permet toutefois d'engager la responsabilité de la plateforme si, malgré la notification de l'existence d'un contenu illicite, cette plateforme n'a pas agi promptement pour le supprimer ou le rendre inaccessible ;
- ce régime allégé tombe lorsque la plateforme agit en tant que diffuseur de l'information illicite, c'est-à-dire lorsqu'elle influence ou détermine le contenu de l'information, ou si une plateforme de mise en relation du public avec des professionnels « présente l'information spécifique ou permet de toute autre manière la



transaction spécifique en question de telle sorte qu'un consommateur moyen peut être amené à croire que les informations, le produit ou le service faisant l'objet de la transaction sont fournis soit directement par la plateforme en ligne, soit par un destinataire du service agissant sous son autorité ou son contrôle » (art. 6) ;

- en tout état de cause, le régime nouveau de responsabilité des FSI ne leur impose pas une obligation de surveillance et de contrôle généralisé sur les données qu'ils stockent et traitent, ni de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illégales ;
- Les autorités judiciaires ou administratives nationales disposent d'un pouvoir d'injonction à l'égard des FSI de mettre fin à une infraction ou prévenir une infraction. Le FSI doit ensuite assurer l'information des suites données à cette injonction à cette administration ainsi que l'utilisateur du service. Ce pouvoir d'injonction est également étendu à toute demande d'information que peut formuler une autorité à un FSI à propos de toute information traitée sur la plateforme.

Pour compléter ce mécanisme en aval, le Règlement prévoit également des obligations de diligence qui s'imposent aux FSI en amont. Le niveau de diligences attendu des FSI varie en fonction de la taille du prestataire et de la nature du service délivré au public. Parmi les obligations communes, l'on relèvera :

- l'obligation de désigner un point de contact unique pour communiquer avec les autorités publiques, un point de contact unique pour communiquer avec le public et, si le FSI n'a pas d'établissement au sein de l'Union, il lui faut désigner un représentant légal dans les pays où il délivre ses services pour assurer cette communication ;
- les FSI doivent établir des conditions générales d'utilisation qui précisent « les politiques, procédures, mesures et outils utilisés à des fins de modération des contenus, y compris la prise de décision fondée sur des algorithmes et le réexamen par un être humain, ainsi que le règlement intérieur de leur système interne de traitement des réclamations » ;
- Les FSI doivent, une fois par an établir un rapport présentant leur activité de modération des contenus.

Le Règlement entrera en application le 17 février 2024, laissant aux États membres et aux grandes plateformes concernées une marge de manœuvre pour adapter au besoin leur législation nationale et pratiques sur le marché.

Préparer les moyens par lesquels le public pourra communiquer et notifier tout contenu illicite, ainsi que les conditions générales explicitant les méthodes de modération des contenus.

Signature électronique

DOCUMENTS NUMÉRIQUES ET SIGNATURE ÉLECTRONIQUE : LA CJUE INCITE À LA VIGILANCE À L'ÉGARD D'OFFRES COMMERCIALES DE SIGNATURES ÉLECTRONIQUES NON CERTIFIÉES

[Cour de justice de l'Union Européenne, 20 octobre 2022, aff. n° C-362/21, « Ekofrukt » EOOD c/ Direktor na Direktsia « Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika »](#)

À l'occasion d'un contrôle fiscal exercé par l'administration bulgare contre une société de vente en gros et au détail de fruits et légumes, un redressement a été adressé à cette dernière au titre d'arriérés de TVA.

Cette société contestait la procédure de redressement, notamment au prétexte que les documents émis par l'administration fiscale, à l'occasion des opérations de contrôle, puis de la notification du redressement, n'étaient pas valides dans la mesure où ils n'avaient pas été authentifiés au moyen d'une « signature électronique qualifiée », telle que l'exige le Règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 (c'est-à-dire la catégorie de signature électronique présumée être assimilable à une signature manuscrite).



Or, dans cette affaire, l'administration fiscale avait pourtant fait appel à un « service de confiance » qui certifiait avoir émis des « signatures électroniques professionnelles ».

Pour trancher la question de la validité des documents en cause, le juge bulgare a saisi la Cour de justice de l'UE d'une question préjudicielle visant à déterminer si une telle « signature électronique professionnelle » pouvait être assimilée à une « signature électronique qualifiée ».

Dans sa décision du 20 octobre 2022, la CJUE énonce d'abord que le Règlement n° 910/2014 n'impose pas le principe d'une signature électronique « qualifiée » pour considérer qu'un document sous forme numérique est authentique. Au contraire, le texte autorise les États membres à définir dans quels cas une telle signature apparaît nécessaire et retient que l'effet juridique d'une signature électronique ne peut être écarté par un juge au seul motif que cette signature n'est pas « qualifiée ».

Mais la Cour apporte également une précision importante pour résoudre le litige en pratique. En effet, elle affirme que seule compte la nomenclature des différentes signatures électroniques prévues par le Règlement n° 910/2014. Ainsi, des qualifications commerciales comme celles de « signature électronique professionnelle » absentes du texte ne peuvent être assimilées à celles du Règlement que si elles en respectent les conditions. Or, en l'occurrence, cette signature électronique n'a pas été délivrée au moyen d'un « certificat qualifié de signature électronique » délivré par un « prestataire de services de confiance qualifié ». Dès lors, ce seul défaut suffit à écarter le bénéfice du caractère « qualifié » à cette signature électronique utilisée par l'administration fiscale.

Autrement dit, le juge bulgare saisi de ce litige devra décider d'annuler ou de valider ces documents administratifs selon les éventuelles conditions formelles du droit national, sans pouvoir décider que les documents notifiant le redressement fiscal sont nuls au seul motif que la signature électronique n'est pas « qualifiée ».

En conclusion, les opérateurs qui recourent à la signature électronique doivent veiller à faire appel à un prestataire répondant effectivement aux critères et définitions officiels du Règlement pour bénéficier des effets accordés à telle ou telle signature.

Recourir à un service de confiance délivrant des signatures électroniques certifiées, en s'appuyant, au besoin sur les recommandations du « guide de sélection du niveau des signatures et des cachets électroniques » publié par l'ANSSI.

Contrats informatiques

LA RESPONSABILITÉ DU PRESTATAIRE À PROPOS DE DYSFONCTIONNEMENTS RENCONTRÉS EST SUSCEPTIBLE D'ÊTRE ÉCARTÉE SI LE CLIENT NE RESPECTE PAS SA PROPRE OBLIGATION DE COLLABORATION À LA RÉOLUTION DE CEUX-CI

[Cour d'appel de Rennes, 11 octobre 2022, arrêt publié sur Legalis.net](#)

Une relation contractuelle unissait un client et un prestataire tenu de lui fournir le matériel informatique, la solution logicielle et les services informatiques associés. Alors que le prestataire fut placé en procédure de liquidation judiciaire, une société tierce s'est portée acquéreur des actifs et de plusieurs contrats en cours, dont le contrat de fourniture litigieux.

Alors que le client se mit à déplorer plusieurs dysfonctionnements informatiques, le cessionnaire des actifs du premier prestataire s'est proposé de rechercher, identifier et corriger la source des troubles rencontrés par le client. Pour ce faire, il sollicita la participation du client en vue d'assurer de concert « la bonne compréhension du fonctionnement de la solution », ce que refusa de faire le client. Celui-ci se bornait à exiger en justice la résolution contractuelle pour manquements aux obligations prévues au titre de la prestation de fourniture de la solution informatique.



Ces demandes sont écartées par la cour d'appel de Rennes. Celle-ci constate que les obligations de fourniture d'un matériel conforme ont bien été respectées à l'origine par le premier prestataire. Elle ajoute que le client n'a jamais pris le soin de contacter directement le nouveau prestataire et de répondre favorablement à sa proposition de diligenter les recherches nécessaires pour corriger les problèmes identifiés. Les juges en déduisent qu'il découlait des obligations mêmes du client de s'associer aux efforts déployés par le prestataire : « Au demeurant, si même un dysfonctionnement était à déplorer, la société Calice ne pouvait refuser l'offre de la société BH Technologies de vérifier avec elle les causes de l'apparition de la mention et les moyens d'y remédier ».

L'intérêt essentiel de cette décision résulte de la démonstration proposée par la cour d'appel : en refusant l'aide du prestataire, le client s'est, de fait, « interdit de démontrer que le grief allégué existe, est pérenne et interdit toute poursuite du contrat ». Par conséquent, faute de prouver l'existence d'un préjudice causé par le cocontractant, l'application de l'ancien article 1184 du Code civil n'était pas justifiée.

Veiller à comprendre et respecter les engagements souscrits au titre d'un contrat de prestation informatique compte tenu des spécificités contractuelles en cette matière, qui exigent un comportement coopératif du client.

SUR LE VICE DE PERPÉTUITÉ DANS LE CADRE D'UN CONTRAT DE LOCATION DE MATÉRIEL INFORMATIQUE

Cour de cassation, chambre commerciale, 11 mai 2022, pourvoi n° 19-22.015

Les engagements perpétuels sont prohibés par le Code civil, laissant la possibilité pour les parties d'aménager la durée d'engagement dans des conditions prévues soit contractuellement, soit en se référant aux règles dédiées du Code civil (articles 1210 et suivants). Les vices de perpétuité sont relativement rares, néanmoins, il convient de rester attentif à la rédaction des conditions prévoyant un nouvel engagement des parties dans tout type de contrat, y compris les contrats informatiques.

En l'occurrence, une société cliente avait conclu avec un prestataire un contrat de location d'équipements informatiques. Ce contrat avait été modifié pour devenir un contrat de location qualifié « d'évolutif », comprenant une offre dite « d'option d'échange technologique » sans augmentation de loyer. Le bénéfice de cette option a conduit la société cliente à conclure huit annexes qui remplaçaient les précédentes pour chaque modification du parc informatique. Chaque renouvellement du parc informatique reconduisait donc l'ensemble contractuel pour une durée de 42 mois.

Le loueur de matériel avait signifié la résiliation de l'option d'échange en raison de « risques avérés que le locataire ne puisse faire face à ses engagements financiers ». La société cliente restait en conséquence engagée avec le même matériel jusqu'à expiration du contrat. En retour, le client avait tenté de négocier la rupture anticipée de l'ensemble contractuel, demande qui a été refusée par le prestataire.

Le client avait donc assigné son prestataire en nullité de la convention pour cause de vice de perpétuité. La cour d'appel relevait que le client n'était pas engagé perpétuellement dans la mesure où le client n'était nullement contraint à renoncer à toute modification de son installation informatique et à se priver de toute possibilité d'adapter celle-ci aux besoins qu'elle devait satisfaire.

La Cour de cassation casse l'arrêt. La Haute cour considère que la cour d'appel a privé de sa base légale en ne se demandant pas « si renoncer à toute modification de son installation informatique et à se priver de toute possibilité d'adapter celle-ci aux besoins qu'elle devait satisfaire n'était pas de nature à priver la société [cliente] de la possibilité d'adapter son matériel aux besoins de son exploitation et donc d'une caractéristique substantielle du contrat, sauf à accepter la reconduction systématique du contrat, la soumettant ainsi à une obligation infinie ».

Aménager des clauses contractuelles spécifiques à propos de l'obsolescence et du remplacement de matériels fournis par le prestataire pour tenir compte de l'évolution des besoins du client en proposant, le cas échéant, des dates de révision mutuelles de ces obligations.



Preuve numérique

LA PRODUCTION EN JUSTICE D'ADRESSES IP COLLECTÉES SANS INFORMATION DES PERSONNES NE PEUT SERVIR POUR PRONONCER UN BLÂME

Cour d'appel de Douai, 10 mars 2022, n° 21/05612

La production d'éléments de preuve contenant des données à caractère personnel s'avère indispensable dans tout litige impliquant des personnes physiques. Dans un procès en responsabilité, il est en effet nécessaire d'imputer une faute à une personne, ce qui implique nécessairement des éléments d'identification. Néanmoins, un certain nombre de règles s'appliquent aux données à caractère personnel, dont, en premier lieu, le règlement général sur la protection des données et la loi informatique et libertés. Mais peut-on produire des éléments de preuve comportant de telles données issues de traitements non conformes à cette réglementation ?

Un élève avocat avait passé les épreuves du certificat d'aptitude à la profession d'avocat à distance. Au motif d'une fraude commise lors de l'épreuve de rédaction, le conseil de discipline du centre de formation avait prononcé à l'encontre de la candidate un blâme en raison de nombreuses similitudes avec un autre candidat. Le candidat avait en effet reconnu avoir envoyé sa copie à cette autre personne afin de l'aider.

En conséquence, le jury avait décidé que ce comportement était manifestement incompatible avec les conditions de réalisation de l'examen. Le jury avait donc décidé qu'il était dans l'incapacité de pouvoir déterminer une note, et apprécier de la qualité du travail et des aptitudes du candidat, compte tenu de la fraude. L'ajournement des épreuves de ce candidat devait être prononcé à l'encontre de ce candidat. Ce dernier avait cependant interjeté appel de cette décision.

La Cour d'appel a constaté en premier lieu que les copies litigieuses avaient été adressées à partir d'un ordinateur ayant la même adresse IP que l'ordinateur à partir de laquelle la copie accusée de similarités avait été envoyée. Les juges remarquent également que le rapprochement de l'identité des deux candidates a été réalisé en raison de cet adresse IP, de nombreuses autres fraudes ayant été constatées par ailleurs.

La Cour rappelle qu'une adresse IP constitue une donnée à caractère personnel protégée par le règlement général sur la protection des données. Par suite, les candidats devaient être informés de la collecte de données qui les concernant en respectant les dispositions de l'article 13 du RGPD. Or, il était établi que le centre de formation n'avait pas procédé à cette information. Dès lors, le président du jury ne pouvait pas utiliser les adresses IP pour rapprocher les copies afin d'établir l'existence d'une fraude. La Cour d'appel prononce de ce fait la nullité de la décision du conseil de discipline.

Il faut rapprocher cette décision d'un arrêt de cassation sur la production de preuves illicites en matière de droit du travail. En effet, la Cour de cassation considère que l'illicéité d'un moyen de preuve (en l'occurrence, un traitement de données de journalisation qui n'avait pas été déclaré à la CNIL) n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats. Le juge doit apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie privée et le droit à la preuve. Ce dernier peut en effet justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi (Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 25 novembre 2020, pourvoi n°17-19.523, Publié au bulletin).

Veiller à toujours informer et recueillir le consentement de personnes physiques dont les données sont collectées et traitées dans la mesure où les bases légales de traitement qui n'imposent pas le recueil du consentement sont particulièrement restrictives.



Sécurité informatique

L'ANSSI ACTUALISE SON RÉFÉRENTIEL SECNUMCLOUD EN MATIÈRE DE CYBERSÉCURITÉ SUR LE CLOUD

[Communiqué de l'ANSSI, 9 mars 2022](#)

Visant à promouvoir, enrichir et améliorer l'offre de prestataires de confiance à destination des entités publiques et privées souhaitant externaliser l'hébergement de leurs données, applications ou systèmes d'information, l'ANSSI a mis à jour son référentiel SecNumCloud.

« La CNIL recommande l'usage de ce référentiel pour les responsables de traitement qui veulent garantir un haut niveau de protection des données personnelles » indique Marie-Laure Denis, présidente de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Ce référentiel renforce le niveau d'exigence pour obtenir le visa de sécurité de l'autorité. Les principales évolutions sont :

- des critères renforcés de protection vis-à-vis des lois extra-européennes, et notamment le fait que le prestataire ne peut être soumis à des lois non européennes. L'ANSSI indique à cet effet que le référentiel mis à jour fournit une réponse qui est conforme by design aux exigences en matière de protection des données consécutives à la décision « Schrems II » (CJUE., 16 juillet 2020, aff. n° C-311/18) ;
- une précision sur l'exigence en matière de tests d'intrusion tout au long du cycle de la qualification ;
- une mise à niveau en matière de certification pour faire application au « Cybersecurity Act » de 2019 (Règlement n° 2019/881 d du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA (Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité) et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications).

Se référer aux nombreux guides et lignes directrices ou référentiels édictés par l'ANSSI en matière de protection informatique et de prévention des risques liés à la cybersécurité.

ADOPTION DU RÈGLEMENT SUR LA RÉSILIENCE OPÉRATIONNELLE NUMÉRIQUE DU SECTEUR FINANCIER (RÈGLEMENT « DORA »)

[Règlement n° 2022/2554 du 14 décembre 2022 sur la résilience opérationnelle numérique du secteur financier](#)

[Accord provisoire conclu entre le Parlement et le Conseil de l'UE le 11 mai 2022](#)

[Résolution du Parlement européen adoptant le projet de Règlement DORA le 10 novembre 2022](#)

[Communiqué du Conseil de l'UE du 28 novembre 2022](#)

Dans un communiqué du 28 novembre 2022, le Conseil de l'UE a annoncé avoir adopté le texte de la proposition de Règlement établi par la Commission européenne en 2020 pour prévoir des règles uniformes en matière de « résilience » du secteur financier, en cas de perturbation opérationnelle grave de ces services, tout spécialement au vu du risque croissant de cyberattaques. Cette palette de règles nouvelles concernera non seulement les organisations actives du secteur financier, mais également les tiers leur fournissant des services numériques, tels que des plateformes de cloud ou de services d'analyse de données. Ces règles juridiques devront, en outre, être précisées d'un point de vue technique par les autorités européennes de surveillance.

Plus tôt au cours du mois de novembre, le Parlement s'était prononcé en décidant l'adoption de ce texte en première lecture.

Ces deux formalités faisaient suite à l'accord provisoire qui avait été conclu entre le Parlement européen et du Conseil de l'UE le 11 mai 2022. Le texte définitif a été publié au JOUE du 27 décembre 2022 après son renvoi auprès de la Commission européenne.



Ce texte entrera en application le 17 janvier 2025.

Veiller à suivre les bonnes pratiques qui seront proposées par les autorités européennes et nationales (ANSSI) quant aux obligations, contrôles internes et mesures de sécurité qui seront imposées aux opérateurs du secteur financier pour anticiper sur l'entrée en application du texte en 2025.

ADOPTION DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE « SRI II » CONCERNANT DES MESURES DESTINÉES À ASSURER UN NIVEAU ÉLEVÉ COMMUN DE CYBERSÉCURITÉ DANS L'ENSEMBLE DE L'UNION

[Directive n° 2022/2555 du 14 décembre 2022 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de cybersécurité dans l'ensemble de l'Union, modifiant le règlement \(UE\) n° 910/2014 et la directive \(UE\) 2018/1972, et abrogeant la directive \(UE\) 2016/1148 \(directive SRI 2\)](#)

[Directive n° 2022/2557 du 14 décembre 2022 sur la résilience des entités critiques, et abrogeant la directive 2008/114/CE du Conseil](#)

En parallèle de l'adoption de l'outil sectoriel de résilience numérique des entités de la finance (le Règlement DORA), un paquet de deux directives destinées à compléter et harmoniser les règles de cybersécurité à de nombreux secteurs privés comme publics a été adopté à la fin de l'année 2022. Le texte principal, la Directive dite « SRI 2 », dispose d'un cadre d'application beaucoup plus général que le Règlement DORA (focalisé sur les institutions et opérateurs du secteur financier). Celle-ci remplacera l'actuelle directive sur la sécurité des réseaux et des systèmes d'information.

Le texte pose notamment les bases des mesures de gestion des risques en matière de cybersécurité et des obligations en matière de signalement dans des domaines aussi divers que l'énergie, les transports, la santé et l'infrastructure numérique. Parmi les innovations proposées, la directive prévoit que les entités réglementées seront identifiées au moyen de plafonds parmi les secteurs couverts, contrairement à la règle antérieure qui assurait une liberté aux États de désigner des opérateurs essentiels. Des règles minimales fixant les obligations des opérateurs concernés seront accompagnées de voies de recours et de sanction.

En outre, la Directive SRI II est complétée d'un second texte destiné à aménager des règles spécifiques de cybersécurité aux « entités critiques », qui délivrent des « services qui sont essentiels au maintien de fonctions sociétales ou d'activités économiques vitales », de sorte que ces services soient toujours assurés, y compris dans l'hypothèse d'une cyberattaque.

Chacun de ces textes prévoit un délai de transposition au plus tard le 17 octobre 2024, les États membres étant dans l'obligation d'appliquer les dispositions qu'ils auront introduites dans leurs législations nationales à partir du 18 octobre 2024.

Être attentif à la publication de l'instrument de transposition en France de ces directives, ainsi que des lignes directrices, référentiels ou bonnes pratiques qui seront proposées par les autorités de contrôle.



Données

Contrôles et sanctions

SANCTIONS DE LA CNIL POUR MANQUEMENTS À LA RÉGLEMENTATION SUR LES DONNÉES PERSONNELLES : UN DURCISSEMENT DES SANCTIONS QUI SE PRÉCISE EN 2022

Tout au long de l'année 2022, la CNIL a contrôlé des sociétés, dont des opérateurs significatifs dans leurs secteurs respectifs, et a prononcé des amendes sur la base de constatations de manquements au RGPD. La tendance d'un durcissement des sanctions et de l'augmentation des sommes réclamées se confirme et démontre que les notifications adressées par des personnes privées contre le détournement de leurs données personnelles sont prise très au sérieux par les agents de la Commission.

Parmi les multiples opérations de contrôle ayant donné lieu à une sanction formée par la CNIL, l'on relèvera notamment les exemples suivants.

[Communiqué de la CNIL du 22 avril 2022](#)

[CNIL, Délibération SAN-2022-009 du 15 avril 2022](#)

Le 22 avril 2022, la CNIL a annoncé avoir sanctionné la société Dedalus Biologie à une amende de 1,5 millions d'euros pour manquements aux obligations de sécurité. Cette décision intervient dans le contexte de la possibilité, pour les autorités de contrôle, de sanctionner des sous-traitants depuis l'entrée en vigueur du RGPD. Dans cette affaire, cette société, qui commercialise des solutions logicielles à destination des laboratoires, avait laissé fuiter les données de 500 000 patients français, dont des informations d'identification (comme le numéro de sécurité sociale), des commentaires libres indiquant parfois des pathologies graves des patients, les données des médecins prescripteurs, de la mutuelle du patient, ainsi que les identifiants et mots de passes des patients pour accéder aux données. En outre, la CNIL constatait des manquements à l'obligation de d'encadrer par un acte juridique formalisé les traitements effectués pour le compte du responsable de traitement, à l'obligation de ne traiter les données que sur instructions du responsable de traitement, ainsi qu'à l'obligation de sécurité des données suite à une migration de données entre plusieurs serveurs.

[Communiqué de la CNIL du 13 septembre 2022](#)

[Délibération SAN-2022-018 du 8 septembre 2022](#)

Le 13 septembre 2022, la Commission a annoncé avoir prononcé une sanction de 250 000 euros à l'encontre du GIE Infogreffe, au motif notamment que plus de 25% des données personnelles collectées étaient conservées au-delà du délai de 36 mois à compter de la date de dernière prestation, fixé dans les conditions d'utilisation. Elle relevait également un défaut de sécurité à propos de la création des comptes clients : l'outil ne permettait pas la création d'un mot de passe sécurisé et l'email de confirmation transmettait en clair le mot de passe définitif choisi par le client.

[Communiqué de la CNIL du 20 octobre 2022](#)

[Délibération SAN-2022-019 du 17 octobre 2022](#)

Le 20 octobre 2022, la CNIL a rendu publique la sanction de la société Clearview à une amende de 20 millions d'euros. Cette condamnation fait suite à deux autres amendes de 7,5 millions de livres au Royaume-Uni et de 20 millions d'euros en Italie par les autorités de contrôle de ces pays. Les manquements observés sont apparus particulièrement graves, puisque la société collecte massivement des photographies et données personnelles d'internautes sur les réseaux sociaux sans aucun consentement des personnes physiques concernées. Il était en outre avéré que cette société limitait drastiquement la possibilité pour toute personne de consulter les données collectées et écartait sans justification les demandes de suppression de données. Surtout, en dépit des demandes, puis de la mise en demeure de la CNIL, cette société a montré un refus de coopérer pour régulariser ses manquements.



[Communiqué de la CNIL du 17 novembre 2022](#)

[Délibération SAN-2022-020 du 10 novembre 2022](#)

Le 17 novembre 2022, la CNIL a annoncé avoir sanctionné la société américaine Discord, spécialisée dans les services de messagerie instantanée notamment sous la forme de salons virtuels dans lesquels les intervenants peuvent communiquer par oral et par écrit et partager de manière instantanée des contenus visuels et sonores, au paiement de la somme de 800 000 euros. Au rang des manquements constatés, la CNIL déplorait notamment l'absence de politique écrite de conservation des données et la conservation de données de comptes inactifs depuis 5 ans, le maintien en ligne par défaut dans une conversation malgré le clic sur la croix en haut à droite de l'écran, une politique de création de mots de passe insuffisamment sécurisée et enfin le défaut d'analyse d'impact.

[Communiqué de la CNIL du 29 novembre 2022](#)

[Délibération SAN-2022-021 du 24 novembre 2022](#)

Le 29 novembre 2022, la Commission a rendu publique l'amende de 600 000 euros infligée à EDF à la suite d'opérations de prospection commerciale sans recueil du consentement préalable des usages, ni contrôle précis des partenaires commerciaux destinataires des données, et de la constatations de manquements à l'obligation d'information des personnes, à leur droit d'accès et aux modalités d'exercice de ce droit, mais également à un défaut de sécurisation des mots de passe des clients, pour partie conservés en clair.

[Communiqué de la CNIL du 8 décembre 2022](#)

[Délibération SAN-2022-022 du 30 novembre 2022](#)

Le 8 décembre 2022, la CNIL a annoncé la sanction de la société Free à acquitter une amende de 300 000 euros au vu de plusieurs plaintes d'utilisateurs ayant rencontré des difficultés pour faire aboutir leurs demandes d'accès et d'effacement de leurs données personnelles. Les contrôles diligentés par la Commission à la suite de ces notifications ont également mis en lumière d'autres dysfonctionnements de la part de l'opérateur dans le traitement des données personnelles : « faible robustesse des mots de passe, stockage et transmission en clair des mots de passe, remise en circulation d'environ 4 100 boîtiers « Freebox » mal reconditionnés ». Cette délibération fait courir un délai de trois mois pour la mise en conformité de la société.

[Communiqué de la CNIL du 22 décembre 2022](#)

[Délibération de la formation restreinte SAN-2022-023 du 19 décembre 2022](#)

Enfin, la Commission a terminé son travail de contrôle le 19 décembre 2022 par la sanction de la société Microsoft Ireland Operations Limited à payer une amende de 60 millions d'euros. Était en cause un système intrusif de dépôt de cookies publicitaires sur le terminal d'un utilisateur du moteur de recherche bing.com sans un consentement exprès et surtout, sans la présence d'un bouton simple de refus. Or, sans la présence d'un procédé aussi simple de refus que d'acceptation des cookies, l'utilisateur se trouve, d'après la CNIL, décourager de rechercher le moyen de les refuser.

Ne pas ignorer d'éventuelles opérations de contrôle diligentées par la CNIL, sur la base de notification de personnes physiques s'estimant victime de détournements de leurs données, ainsi qu'à toute injonction préalable à corriger les manquements pour éviter toute amende significative.

LUTTE CONTRE LA FRAUDE FISCALE ET SURVEILLANCE DES RÉSEAUX SOCIAUX PAR L'ADMINISTRATION FISCALE : LE CONSEIL D'ÉTAT VALIDE LE DISPOSITIF

[Conseil d'État, 22 juillet 2022, n° 451653](#)

[Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020](#)

[Décret n° 2021-148 du 11 février 2021 portant modalités de mise en œuvre par la direction générale des finances publiques et la direction générale des douanes et droits indirects de traitements informatisés et automatisés permettant la collecte et l'exploitation de données rendues publiques sur les sites internet des opérateurs de plateforme en ligne](#)

[Délibération n° 2020-124 du 10 décembre 2020 portant avis sur un projet de décret](#)

Un article 154 contenu dans la loi de finances pour 2020 a été remarqué des spécialistes du numérique pour les prérogatives qu'il accorde aux agents de l'administration fiscale. En effet, celui-ci autorise, à titre expérimental, pour une durée de trois ans, les administrations fiscale et des douanes à collecter et exploiter au moyen de traitements informatisés et automatisés les contenus librement accessibles publiés sur Internet par les utilisateurs



de plateformes en ligne (de réseaux sociaux) afin de détecter les comportements frauduleux. Cet article avait été complété d'un décret d'application le 11 février 2021, pris après avis de la CNIL, pour encadrer notamment les modalités de collecte des données

Une association de défense des droits des internautes, La Quadrature du Net, avait formé un recours en excès de pouvoir à l'encontre de ce décret d'application aux fins d'en obtenir l'annulation, par requête du 13 avril 2021.

Ces demandes ont été rejetées par le Conseil d'État dans une décision rendue le 22 juillet 2022. Les magistrats relèvent notamment que les prérogatives accordées par le décret ne comprennent pas une autorisation de collecte généralisée et indifférenciée des données d'utilisateurs de réseaux sociaux. En effet, les agents de ces administrations ne peuvent analyser que des données librement accessibles, c'est-à-dire des informations divulguées par les utilisateurs lisibles par tout tiers, « à l'exclusion de contenus accessibles après saisie d'un mot de passe ou inscription sur le site ». Ces informations sont donc celles qui sont publiées délibérément par les contribuables. De plus, les mesures d'investigations ne peuvent viser que :

- une sélection d'échantillons de données de taille limitée, d'entreprises, de personnes physiques ou de pages Internet ;
- la récupération de données d'identification et de contenus précisément énumérées.

Les agents fiscaux ne sont pas autorisés à exploiter des commentaires, ni à faire usage d'un outil d'intelligence artificielle, telle qu'une mesure de reconnaissance faciale pour collecter des preuves.

Veiller à ne pas divulguer d'informations accessibles au public sur les réseaux sociaux, en prenant soin de contrôler le contenu publié sur Internet au nom et pour le compte de la société.

Transfert hors UE

TRANSFERT TRANSATLANTIQUE DE DONNÉES PERSONNELLES USA-UE : VERS UNE NORMALISATION DU CADRE RÉGLEMENTAIRE APPLICABLE ?

[Projet de décision d'adéquation de la Commission européenne du 13 décembre 2022](#)

[Et son Communiqué de presse](#)

[Décret présidentiel de l'administration Biden du 7 octobre 2022](#)

[Déclaration conjointe de la Commission européenne et des États-Unis sur le cadre transatlantique de protection des données personnelles conclue le 25 mars 2022](#)

[Cour de justice de l'Union Européenne, 16 juillet 2020, aff. n° C-311/18, Schrems](#)

[Décision d'exécution n° 2016/1250 de la commission du 12 juillet 2016 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis \(annulée\)](#)

La retentissante décision de la Cour de justice « Schrems II », rendue le 16 juillet 2020, avait invalidé le cadre réglementaire applicable au transfert de données personnelles de personnes physiques localisées dans l'Union Européenne vers le territoire américain, tel que résultant du texte de la décision d'exécution de la Commission n°2016/1250 du 12 juillet 2016 validant le « Privacy Shield » (dite décision « BPD » pour « Bouclier de protection des données »).

À la suite de cette décision majeure qui laissait les entreprises et les personnes physiques européennes dans l'incertitude quant au cadre réglementaire de traitement des données personnelles entre l'Europe et les États-Unis, il était nécessaire de diligenter de nouvelles négociations entre ces deux ensembles régionaux.

Estimant que l'évolution législative entamée par les États-Unis en matière de protection des données personnelles était désormais favorable, la Commission européenne avait conclu un accord de principe en mars 2022, finalement entériné côté américain par un décret présidentiel signé le 7 octobre 2022.

Dans un communiqué du 13 décembre 2022, la Commission européenne a, ensuite, diffusé le projet de décision d'adéquation concernant la circulation sécurisée de données personnelles avec les États-Unis.



Ce projet de décision d'adéquation prend acte de ces récentes évolutions réglementaires américaines et conclut dans le sens d'une validation de celles-ci en tant qu'elles offrent des garanties pour les européens comparables à celles de la réglementation européenne.

Désormais, la proposition doit être examinée par le CEPD puis approuvée par un comité composé de représentants des États membres de l'UE.

Suivre attentivement le processus d'adoption de la décision d'adéquation définitive, ainsi que les lignes directrices, référentiels et guides des bonnes pratiques qui seront publiés par les autorités nationales et européennes quant au régime de traitement de données dans un cadre transatlantique, ainsi que la mise à jour des clauses-types.

Données de connexion

CONSERVATION DE DONNÉES DE LOCALISATION : VERS UNE CONVERGENCE DES JURISPRUDENCES NATIONALE ET EUROPÉENNE

[Conseil constitutionnel, 25 février 2022, n° 2021-976 et 2021-977 QPC](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juillet 2022, n° 21-83.710](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juillet 2022, n° 21-83.820](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juillet 2022, n° 21-84.096](#)

[Cour de cassation, chambre criminelle, 12 juillet 2022, n° 20-86.652](#)

[Cour de justice de l'Union européenne, 5 avril 2022, aff. n° C-140/20](#)

[Cour de justice de l'Union européenne, 20 septembre 2022, aff. n° C-339/20 et C-397/20](#)

[Cour de justice de l'Union européenne, 17 novembre 2022, aff. n° C-350/21](#)

Quatre arrêts rendus par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 juillet 2022 sont venus parachever l'effort d'alignement du droit français, après le Conseil d'État le 21 avril 2021, sur les solutions isolées par la Cour de justice européenne en matière de durée de conservation des données de connexion, c'est-à-dire de trafic et de localisation (notamment dans des décisions rendues les 6 octobre 2020, 2 mars 2021 et 5 avril 2022, puis à nouveau le 20 septembre et le 17 novembre 2022).

La haute juridiction constate que le droit national antérieur à la récente loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement n'était pas intégralement conforme au droit de l'UE. En effet, l'article L. 34-1, III du Code des postes et des communications électroniques « imposait aux opérateurs de services de télécommunications électroniques la conservation généralisée et indifférenciée, pour une durée maximale d'un an, des données de connexion énumérées à l'article R. 10-13 dudit code, pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ».

En l'espèce, est validée la faculté de mettre en œuvre une conservation rapide des données de connexion stockées par les opérateurs de communications électroniques dans le cadre d'une réquisition judiciaire si cette conservation a pour but de lutter « contre la criminalité grave, en vue de l'élucidation d'une infraction déterminée, et que la juridiction, saisie d'une requête ou d'une exception de nullité, s'assure que les faits ayant pu justifier la délivrance d'une telle réquisition judiciaire relèvent de la criminalité grave, au regard de la nature des agissements de la personne poursuivie, du montant du préjudice qui en résulte, des circonstances de la commission des faits et de la durée de la peine encourue ».

Parmi les garanties à mettre en œuvre, l'accès aux données conservées doit être contrôlé par une juridiction ou une entité administrative indépendante, dont la décision est dotée d'un effet contraignant. D'après les décisions en cause les réquisitions portant sur des données de trafic et de localisation émanant du juge d'instruction (art. 99-3 et 99-4 du Code de procédure pénale) sont jugées valides, tandis que celles émanant du Procureur de la République (art. 60-1, 60-2, 77-1-1 et 77-1-2) sont déclarées non conformes à la jurisprudence de la CJUE.



Ces quatre arrêts de la haute juridiction se concluent par l'énoncé de quatre critères de validité au mécanisme européen :

- La faculté du prévenu à contester la régularité de la conservation et de l'accès à ses données de trafic et de localisation ;
- La régularité de la conservation des données en cause notamment au regard de l'impératif de sauvegarde de la sécurité nationale ou d'une conservation rapide au titre de la lutte contre la criminalité grave ;
- L'existence d'un contrôle indépendant préalable ;
- Enfin, si l'accès aux données de trafic et de localisation autorisé par le procureur de la République a occasionné un grief au requérant. Si le juge estime que l'accès aurait dû être refusé, alors il doit prononcer la nullité des réquisitions en cause et des actes subséquents.

Enfin, il convient de noter que l'effort d'interprétation de la CJUE a récemment été complété, sur demande des juridictions françaises, à propos cette fois de la conservation de données de localisation aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché, dont font partie les opérations d'initiés. Selon une grille d'analyse très semblable aux développements ci-dessous, la Cour de Luxembourg estime, pour l'essentiel, que les textes européens s'opposent à des mesures législatives prévoyant, à titre préventif, aux fins de la lutte contre les infractions d'abus de marché, dont font partie les opérations d'initiés, une conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic pendant un an à compter du jour de l'enregistrement.

Ce faisant, la CJUE décide que l'Autorité des marchés financiers française n'est pas habilitée à se faire remettre de telles données de connexion par les opérateurs de services de communications électroniques malgré son rôle de lutte contre les infractions de marché. En définitive, si les États membres doivent effectivement désigner des autorités compétentes en matière financière pour enquêter, surveiller et réprimer de telles infractions, il ne saurait en être déduit que ces autorités doivent disposer de pouvoirs aussi étendus que l'accès à des données conservées de manière sans limite et de manière indifférenciée.

Suivre les évolutions législatives qui pourraient être adoptées à la suite de cette série de décisions européennes et nationales à propos du régime de conservation des données.



Index

A

Abus de position dominante : [10](#)
Agent commercial : [41](#) / [42](#) / [43](#)
Aides d'Etat : [8](#)
Annonce de réduction de prix : [53](#)
Appellation d'origine protégée : [68](#)
Artistes-interprètes : [80](#) / [82](#)
Autodivulgateur : [64](#) / [77](#) / [78](#)
Avantage sans contrepartie : [29](#)

B

Bouton résiliation : [55](#) / [56](#)
Brevet : [62](#) / [64](#) / [66](#)
Brevet européen à effet unitaire : [62](#)

C

Cahier des charges : [25](#)
CEPC : [25](#)
Classification de Nice : [67](#)
Clause de renégociation : [26](#) / [27](#)
Clause de réparation : [75](#)
Clauses abusives : [30](#) / [56](#) / [92](#)
Clauses de non-concurrence : [46](#)
Clémence : [17](#)
Cloud : [82](#) / [97](#)
Comité de règlement des différends commerciaux agricoles : [37](#)
Concentrations : [9](#)
Concurrence déloyale : [39](#) / [52](#) / [80](#)
Conditions générales : [6](#) / [20](#) / [22](#) / [24](#) / [55](#) / [93](#)
Conditions générales de vente catégorielles : [25](#)
Confidentialité : [32](#) / [64](#) / [78](#)
Consentement : [42](#) / [51](#) / [57](#) / [73](#) / [87](#) / [91](#) / [96](#) / [99](#) / [100](#)
Conservation des données : [100](#) / [102](#)

Consommateur : [7](#) / [9](#) / [13](#) / [32](#) / [50](#) / [51](#) / [52](#) / [53](#) / [54](#) / [55](#) / [56](#) / [57](#) / [58](#) / [59](#) / [60](#) / [67](#) / [70](#) / [71](#) / [72](#) / [73](#) / [74](#) / [81](#) / [82](#) / [93](#)

Contenus illicites : [92](#)
Contrat de licence de logiciel : [86](#)
Contrat(s) MDD : [23](#) / [25](#)
Contrefaçon : [66](#) / [72](#) / [76](#) / [78](#) / [79](#) / [80](#) / [83](#) / [86](#)
Contrôleur d'accès : [6](#)
Convention unique : [27](#)
Coopération commerciale : [25](#) / [26](#)
Coopération horizontale : [13](#) / [15](#)
Coopération interentreprises : [12](#)
Cybersécurité : [97](#) / [98](#)

D

Data Act : [92](#)
Data Governance Act : [92](#)
Décision d'adéquation : [101](#)
Délais de paiement : [27](#)
Démarchage téléphonique : [57](#)
Dénomination(s) : [59](#) / [68](#) / [73](#) / [74](#)
Déréférencement : [60](#)
Déséquilibre significatif : [30](#) / [31](#) / [33](#) / [38](#)
Dessins et modèles : [75](#) / [76](#) / [77](#) / [78](#) / [79](#) / [80](#)
Digital Markets Act : [5](#)
Digital Services Act : [5](#)
Directive ECN+ : [16](#)
Directive Omnibus : [57](#)
Directive SRI II : [98](#)
Distinctivité de la marque : [71](#) / [72](#)
Distribution exclusive : [12](#) / [45](#) / [47](#) / [48](#)
Distribution libre : [45](#)
Distribution sélective : [12](#) / [14](#) / [45](#) / [47](#) / [48](#) / [49](#)
Données de localisation : [102](#) / [103](#)
Données de trafic : [102](#) / [103](#)
Données personnelles : [97](#) / [99](#) / [100](#) / [101](#)
Double distribution : [12](#) / [13](#)



Double prix : [14](#)

Droit de rétractation : [57 / 58](#)

Droit(s) d'auteur : [76 / 77 / 78 / 80 / 81 / 82 / 83 / 84 / 85 / 86 / 88](#)

Durée de conservation : [102](#)

E

Économie circulaire : [22 / 50 / 51 / 81](#)

Encadrement des promotions : [20](#)

Enquête : [6 / 18 / 29 / 31 / 32 / 36 / 37 / 38 / 54 / 73](#)

Entente : [12 / 15 / 17 / 19](#)

Étiquetage : [58 / 59](#)

Exclusivité : [47](#)

F

Facture : [26 / 29 / 31 / 33 / 72](#)

Fichiers clients : [11](#)

Fournisseurs de service intermédiaires : [92](#)

Franchise : [12 / 30 / 45 / 46 / 48](#)

Fraude fiscale : [100](#)

G

Garantie légale de conformité : [55](#)

Gun-jumping : [9](#)

I

Indication géographique : [68](#)

Intelligence artificielle : [50 / 90 / 101](#)

International : [26 / 27 / 38 / 44 / 64 / 67 / 79](#)

Inventions de salariés : [65](#)

J

Juridiction unifiée des brevets : [62](#)

L

Logiciel : [6 / 51 / 86 / 90 / 94 / 99](#)

Loi ASAP : [20](#)

Loi Climat et résilience : [51](#)

Loi de police : [26 / 27 / 44](#)

Loi EGalim : [20 / 21 / 23 / 27 / 28 / 37](#)

Loi pouvoir d'achat : [19 / 36 / 53](#)

M

Marque : [5 / 11 / 25 / 26 / 47 / 48 / 67 / 68 / 69 / 70 / 71 / 72 / 74 / 75 / 76 / 91 / 96](#)

Marque de distributeur : [25 / 26](#)

Marques tridimensionnelle : [70](#)

Matière première agricole : [20](#)

N

Name and shame : [19 / 36](#)

Ne bis in idem : [17](#)

Négociations commerciales : [21 / 24](#)

NFT : [67](#)

Nom patronymique : [74](#)

Notification de griefs : [16](#)

Numérique : [5 / 7 / 10 / 12 / 13 / 15 / 22 / 50 / 55 / 67 / 68 / 74 / 75 / 80 / 89 / 91 / 92 / 93 / 94 / 96 / 97 / 98 / 100](#)

O

Œuvre composite : [87](#)

Opérations de visite et de saisie : [17](#)

P

Pacte de solidarité commerciale : [21](#)

Parasitisme : [39](#)

Pénalités logistiques : [21 / 28](#)

Plateforme : [5 / 6 / 7 / 12 / 13 / 14 / 32 / 36 / 60 / 73 / 74 / 76 / 92 / 93 / 97 / 100 / 101](#)

Pratiques commerciales déloyales : [50 / 53](#)

Prescription : [56](#)

Principe d'équivalence : [48](#)

Privacy Shield : [101](#)

Prix conseillé : [19 / 54](#)

Prix de référence : [54](#)

Produits agricoles : [16 / 21 / 22 / 25 / 68](#)

Programmes de conformité : [8](#)

R

Redevance pour copie privée : [81](#)

Référentiel de l'ANSSI : [97](#)

Règlement d'exemption par catégorie applicable au secteur automobile (RECSA) : [14](#) / [15](#)

Règlement DORA : [97](#) / [98](#)

Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) : [96](#) / [99](#)

Règlement UE 2022/720 : [14](#) / [45](#) / [47](#) / [48](#) / [50](#)

Relation(s) commerciale(s) : [7](#) / [27](#) / [29](#) / [31](#) / [32](#) / [33](#) / [34](#) / [35](#)

Relations internationales : [26](#)

Rémunération appropriée : [81](#)

Réparabilité : [50](#) / [51](#)

Réseaux sociaux : [5](#) / [7](#) / [99](#) / [100](#) / [101](#)

Responsabilité élargie du producteur : [22](#)

Ristournes conditionnelles : [31](#)

Rupture brutale : [33](#) / [34](#) / [35](#) / [38](#)

S

Secret des affaires : [18](#) / [26](#)

Secret des correspondances : [17](#)

Secret professionnel : [18](#) / [23](#)

Sécurité informatique : [97](#)

Signature électronique : [63](#) / [93](#)

Site Internet : [18](#) / [19](#) / [22](#) / [64](#) / [69](#) / [72](#) / [74](#) / [77](#)

Soldes : [44](#)

T

Traitement des données : [91](#) / [100](#) / [101](#)

Transfert de données : [101](#)

Transparence : [7](#) / [17](#) / [20](#) / [23](#) / [26](#) / [27](#) / [36](#) / [37](#) / [80](#)

V

Ventes en ligne : [12](#) / [14](#) / [48](#) / [49](#)