

LA LETTRE H

N° 2 - avril - juin 2017

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique au cours des mois d'avril, mai et juin 2017 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Cour de cassation, com., 8 juin 2017, n°15.28.355

C'est un arrêt important que la Cour de cassation a rendu sur **le refus d'un fournisseur, qui avait mis fin au contrat le liant à un distributeur, de conclure un nouveau contrat avec ce même distributeur** à l'issue du contrat en cours. La Cour de cassation affirme en effet que « *sauf abus de droit, nul n'est tenu de renouveler un contrat venu à son terme ; (...) le moyen, qui postule le contraire sans invoquer d'abus de droit, n'est pas fondé* ».

Ce n'est pas l'attendu en lui-même qui est important. En effet, il est depuis longtemps admis qu'une partie est libre de ne pas conclure un contrat, surtout depuis que la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 (dite « loi Galland ») a supprimé le délit civil de refus de vente.

En outre, l'article 1212 (nouveau) du Code civil dispose que « *nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ». Les contrats perpétuels étant prohibés (article 1211 nouveau du Code civil), le fait de pouvoir obtenir le renouvellement d'un contrat reviendrait donc à remettre en cause cette prohibition.

L'intérêt de l'arrêt réside dans le fait que d'une part, le refus de conclure était opposé à un candidat voulant conclure un contrat de distribution sélective et que d'autre part, le pourvoi était fondé sur l'article L 420-1 du Code de commerce (prohibition des ententes).

Il est souvent soutenu que la liberté de conclure un contrat d'un fournisseur s'arrête lorsqu'il est la tête d'un réseau de distribution sélective qualitative. Selon cette thèse, si le candidat remplit les critères de sélection qualitatifs, il devra être agréé, sauf si le fournisseur a prévu une limite quantitative (qui est exemptée par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant les accords verticaux si le fournisseur et le distributeur, chacun sur son marché, ne disposent pas d'une part dépassant 30 %).

Ainsi, tout refus de conclure un contrat de distribution sélective par la tête de réseau lorsque le candidat remplit les critères qualitatifs et qu'aucune limite quantitative ne peut lui être opposée constituerait une infraction aux articles 101, paragraphe 1, du TFUE ou à l'article L 420-1 du Code de commerce. La question qui se pose alors est celle de savoir en quoi un refus de conclure pourrait constituer une entente alors qu'il s'agit *a priori* d'un acte unilatéral de la tête de réseau.

Il est vrai que les autorités de concurrence ont pu considérer qu'un refus d'agrément de la tête d'un réseau de distribution (sélectif ou non d'ailleurs) était nécessairement accepté, à tout le moins tacitement, par les distributeurs au seul motif qu'ils étaient membres dudit réseau, de sorte que l'entente serait ainsi constituée (CJCE, 25 octobre 1983, *AEG-Telefunken*, aff. n° 107/82).

Cependant, la Cour de Justice est revenue sur cette conception aux termes de son arrêt *Volkswagen* (CJCE, 13 juillet 2006, Commission / Volkswagen, aff. C-74/04 P) en soulignant que le comportement d'une tête de réseau ne constitue pas une entente lorsque ledit comportement n'est pas explicitement autorisé par les contrats ou lorsque les cocontractants n'y ont pas acquiescé. La seule appartenance à un réseau ne permet donc pas de conclure à l'acceptation par les distributeurs du comportement de la tête de réseau.

La Cour de cassation, aux termes de son arrêt du 8 juin 2017, se place dans le sillage de cette jurisprudence en considérant qu'un refus de conclure avec un candidat qui respecterait les critères qualitatifs n'est pas illicite en lui-même parce que, même si la Cour ne le dit pas explicitement, l'article L 420-1 du Code de commerce ne peut être invoqué que si la preuve d'une entente est rapportée. Tel n'était manifestement pas le cas. Un refus de conclure, sauf preuve contraire, est un acte unilatéral qui ne peut être illicite depuis que le refus de vente est permis et que les pratiques discriminatoires *per se* ne sont plus interdites (loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite « LME »).

En outre, même si le raisonnement de la Haute juridiction ne va pas aussi loin, à supposer que ce refus de conclure résulterait d'un accord entre la tête de réseau et un ou

plusieurs membres du réseau, ce refus ne serait pas illicite si la part de marché du fournisseur et du ou des distributeurs, membres de l'entente, n'excédait pas 30 % (chacun sur son marché). Il s'agit du seuil en-dessous duquel les restrictions de concurrence sont exemptées par le règlement n° 330/2010, sauf si la restriction est caractérisée au sens de l'article 4. Or, tel n'est pas le cas d'un refus de contracter. Enfin, si la part de marché du fournisseur dépassait 30%, encore faudrait-il que le refus de contracter ait un effet sur le marché. Il ne serait donc pas automatiquement illicite.

La Cour de cassation affirme donc la liberté de contracter. La Cour d'appel de Paris, depuis plusieurs années affirme également ce principe, y compris en matière de distribution sélective (CA Paris, 30 septembre 2015, n°13-07915 ; CA Paris, 19 octobre 2016, n° 14-07956 ; CA Paris, 27 février 2017, n° 15/12029). La Cour de cassation réserve cependant **le cas d'un refus abusif**. Il faut comprendre qu'il en irait ainsi par exemple si la tête de réseau avait fait des promesses de renouvellement du contrat et ne les avait pas tenues.

Cour d'appel de Paris, 24 mai 2017, n°15/2129

Eu égard à l'arrêt qui précède, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 24 mai 2017 peut paraître étonnant.

Bien qu'admettant que les refus d'agrément discriminatoires injustifiés ne constituent pas des restrictions caractérisées au sens du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 et le « *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* », la Cour d'appel de Paris n'en a pas moins sanctionné un tel refus car « *le titulaire du réseau se doit, (...), de sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire.* ». En outre, « *l'exemption d'un refus d'agrément, qui le fait échapper à la qualification de pratique anticoncurrentielle, ne le fait pas pour autant échapper au droit général des contrats, le concédant étant tenu (...) de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant* ».

Une lecture rapide de cet arrêt conduirait à croire qu'après avoir affirmé la liberté contractuelle, la Cour la réduirait à néant en excipant de l'obligation de bonne foi pour le choix d'un distributeur. Il s'agirait d'un retour en arrière par rapport à la jurisprudence rendue d'ailleurs parfois par cette même chambre de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 30 septembre 2015, n°13-07915 ; CA Paris, 19 octobre 2016, n° 14-07956 ; CA Paris, 27 février 2017, n° 15/12029).

Ce n'est pas ce qu'il faut retenir à notre sens de cet arrêt. La Cour sanctionne le non-respect du processus mis en place par le constructeur pour sélectionner ses distributeurs. En effet, selon l'arrêt, le constructeur avait mis fin à l'ensemble des contrats du réseau avec un préavis d'un an en vue de le réorganiser. Afin de conclure de nouveaux contrats à l'issue de ceux en cours, des critères avaient été communiqués pour sélectionner les futurs distributeurs, ceux dont le contrat était en cours de résiliation pouvant postuler pour se succéder à eux-mêmes.

La Cour d'appel fait grief au constructeur de ne pas avoir choisi l'un des distributeurs selon les critères définis et donc d'avoir pratiqué une sélection en

contravention avec ses propres règles. Cet arrêt ne remet donc pas en cause la liberté de contracter. Il y a eu une offre de contracter selon certaines conditions qui finalement n'auraient pas été prises en compte.

Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un arrêt paradoxal. La tête de réseau a voulu trop bien faire. Elle aurait pu choisir son distributeur sans avoir à se justifier (CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24 Jaguar Land Rover*, aff. C 158/1) et sans faire un appel à candidatures (Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-15.279). Elle a préféré opérer un choix plus objectif et se retrouve condamnée. Voilà qui ne devrait pas encourager les têtes de réseau à définir des critères pour sélectionner leurs distributeurs !

En outre, **l'évaluation du préjudice par la Cour d'appel n'apparaît pas logique.** Selon l'arrêt, l'indemnisation du refus doit être d'une année de marge sur coûts variables sur la vente de véhicules neufs. Or, le constructeur avait accordé une année de préavis et, cinq mois avant la fin de ce préavis, avait annoncé au plaignant qu'il ne serait pas pris dans le nouveau réseau. Il a donc pu être privé de sept mois de préavis, durée pendant laquelle il a été entretenu dans l'espoir d'être sélectionné, et non pas de douze mois.

Par ailleurs, il n'avait aucune assurance d'être pris dans le réseau car, même s'il remplissait les critères posés, ce qui ne pouvait être acquis dès le premier jour, un autre que lui pouvait également les remplir. Le constructeur pouvait ainsi opérer un choix entre les deux sans encourir de reproche.

En outre, **un refus de contracter en lui-même ne génère pas un préjudice**, sauf si des coûts pour obtenir l'agrément ont été exposés en pure perte. Le préjudice d'un tel refus ne réside donc pas dans la perte de gains futurs [cf. la jurisprudence pour la rupture de pourparlers (Cass. civ. 3, 26 novembre 2003, n° 00-10.243 00-10.949 ; Cass. civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20.040)]. La Cour ne pouvait donc pas allouer des dommages et intérêts correspondant à une perte sur la vente de véhicules en raison du refus de contracter. Enfin, la Cour accorde des dommages et intérêts pour le refus de contracter mais aussi pour le retard apporté dans la notification du refus, ce qui est à l'évidence redondant.

Pratiques restrictives (déséquilibre significatif)

Cour d'appel de Paris, 19 avril 2017, n°15/24221

La Cour d'appel de Paris continue de sanctionner les clauses contenues dans les accords entre la grande distribution et ses fournisseurs sur le fondement **de l'article L 442-6 I 2°** du Code de commerce lorsque celles-ci sont déséquilibrées. En l'espèce, elle a jugé que **la clause qui impose un taux de service (qui mesure le pourcentage de respect des livraisons) à hauteur de 97 % caractérise un déséquilibre significatif** au sens de l'article L 442-6 I 2°. En effet, il n'était pas démontré que ce taux était standard. En outre, il a été imposé par le distributeur à son fournisseur et non négocié.

De même, la clause de sous-performance des produits (par rapport aux objectifs fixés par les parties) justifiant la cessation immédiate du contrat par le distributeur est déséquilibrée. En effet, selon la Cour, la sous-performance

peut également être le fait du distributeur puisqu'il dépend de lui de mettre en valeur les produits qu'il vend.

Quant à l'obligation selon laquelle le fournisseur s'engage à reprendre les produits de faible rotation, c'est-à-dire ceux qui ne se vendent pas avant l'expiration du délai de paiement des produits par le distributeur au fournisseur, elle ne trouve pas davantage grâce aux yeux de la Cour car notamment le « *distributeur est déchargé du risque commercial en cas d'échec d'un produit alors (...) qu'il incombe au distributeur de déterminer quels sont les produits qu'il souhaite acheter et mettre dans ses rayons en fonction de sa stratégie commerciale (...)* ».

De plus, le distributeur ne démontre pas que le contrat ait été rééquilibré par l'adoption d'autres clauses. Enfin, la circonstance que certaines des clauses n'auraient pas été appliquées est indifférent. **Cette décision illustre bien la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L 442-6 I 2° pour déterminer ce qu'est une obligation déséquilibrée : absence de négociation, clause en faveur d'une seule partie et absence de « rattrapage » par d'autres clauses.**

Cour de cassation, Com. 26 avril 2017, n°15-27.865

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 novembre 2015 qui avait condamné Darty au paiement d'une amende civile et constaté la nullité de deux clauses sur le fondement de **l'article L 442-6 I 2°** du Code de commerce en ce qu'elles créaient un déséquilibre significatif.

Il s'agissait des clauses de « **protection de stock** » et de « **mévente des produits** ». La première permet en cas de baisse du prix d'un produit d'obtenir du fournisseur un avoir pour les produits, en stock chez le distributeur, achetés à un prix plus élevé. La Cour de cassation juge que la clause était en pratique exécutée par les fournisseurs sans même que les modalités en aient été définies, de sorte « *qu'en l'absence de toute négociation, la clause faisait naître une véritable obligation à la charge des fournisseurs* » et ce même si la clause telle qu'elle était rédigée ne prévoyait pas *stricto sensu* une telle obligation.

La seconde permettait en cas d'obsolescence d'un produit au fournisseur d'établir un avoir au bénéfice du client correspondant à l'écart entre le prix auquel le produit aura été acheté par le client et un prix conforme à la situation nouvelle du marché à l'achat. Cette clause est aussi considérée comme significativement déséquilibrée en raison du « *caractère intangible de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs* ».

Cour de cassation, Com., 11 mai 2017, n°14-29.717

Selon cet arrêt, sont exclues du champ d'application de **l'article L. 442-6 I 2** du Code de commerce les modalités de retrait du membre d'un groupement d'intérêt économique (GIE). En l'occurrence, la Cour d'appel avait jugé que les conditions de retrait pour les membres d'un GIE et notamment l'indemnité pour s'en affranchir induisaient un déséquilibre manifeste entre les parties. Telle n'est donc pas la position de la Cour de cassation.

Cet arrêt conduit à s'interroger sur les relations qui échappent à l'article L 442-6. Malheureusement, la Cour ne dit rien des raisons de l'exclusion des relations d'un GIE avec ses membres. Or, dans la mesure où un GIE peut avoir une activité commerciale, il n'est pas exclu *a priori* du champ de l'article L 442-6 I, 2. qui sanctionne le fait par « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Faut-il donc considérer que les membres d'un GIE ne seraient pas des « partenaires commerciaux » dudit GIE ? Là encore, il est difficile de l'affirmer. Il convient de se rappeler que la Cour de cassation avait jugé que l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce ne s'appliquait pas non plus dans les relations entre une société coopérative et un de ses associés sans que les raisons de cette exclusion soient explicitées (Cass. com., 8 février 2017, n° 15-23.050).

Pratiques restrictives (rupture brutale)

Cour de cassation. Com., 26 avril 2017, n°16-12.881

Cet arrêt est étonnant au regard de la jurisprudence récente relative au calcul de la durée des relations pour déterminer la durée du préavis conformément à l'article L 442-6 I 5°.

L'on se souvient que la Cour de cassation avait jugé que le fait pour une entreprise d'acquérir un fonds de commerce emportait la reprise de la relation commerciale entretenue antérieurement à l'acquisition avec un client dès lors que ce client avait signé avec l'acquéreur un contrat similaire au précédent (Cass. com., 2 novembre 2011, n° 10-25.323). Il fallait donc ajouter la durée de la relation antérieure à la cession pour déterminer la durée du préavis en cas de rupture. Cette décision pouvait surprendre puisqu'il y avait eu un véritablement changement de partenaire commercial pour le client. En outre, la seule cession du fonds n'entraîne pas en principe la cession des contrats de distribution ou de fourniture.

La Cour de cassation est ensuite revenue à une position plus traditionnelle, jugeant que la cession du fonds de commerce ne substituait pas de plein droit « *le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait* » avec un transporteur et ce même si le cessionnaire avait confié après l'acquisition du fonds des prestations de transport (Cass. com., 15 septembre 2015, n° 14-17.964). Cette décision ne pouvait être qu'approuvée. Sauf circonstances particulières, en cas de changement de partenaire à la suite d'une cession, il n'y a pas à tenir compte de la relation antérieurement nouée avec le cédant et ses partenaires. Cette position a ensuite été réaffirmée par la Cour de cassation (Cass. com. 3 mai 2016, n° 15-10.158).

L'arrêt rendu le 26 avril 2017 vient donc jeter le trouble sur une question qui semblait réglée. Une Cour d'appel avait considéré qu'un fournisseur dont la relation avec un client a été rompue par ce dernier ne pouvait se prévaloir des relations entretenues par ce même client avec un autre fournisseur. Rien ne justifiait de tenir compte d'une autre relation (pas de cession de fonds par exemple).

La Cour de cassation casse cet arrêt car le fait que dans le contrat conclu avec le fournisseur par le client, il soit fait référence aux contrats conclus avec le précédent fournisseur et que ce contrat comporte la mention « *annule et remplace* » lesdits contrats, **devait conduire la Cour à rechercher s'il ne résultait pas de cette mention « que la relation initialement nouée entre ces deux sociétés s'était poursuivie » entre le nouveau fournisseur et le client.**

Compte tenu de son arrêt du 15 septembre 2015 (cf. *supra*), la Chambre commerciale semble opérer un retour en arrière. En effet la Cour d'appel de Paris s'étant interrogée sur une cession de fonds, un apport d'actif ou encore une cession de contrat, l'on ne voit pas quelle autre recherche elle devait faire. En outre, la mention « *annule et remplace* » pouvait aussi être comprise comme le refus du client de reprendre les contrats antérieurement conclus avec son ancien fournisseur. Cet arrêt est donc surprenant. A suivre donc devant la Cour de renvoi.

Cour de cassation, Com., 26 avril 2017, n°15-23078

Un partenariat de **35 ans** comportant une obligation de non-concurrence à la charge du distributeur, celui-ci **réalisant 89 % à 91 %** de son chiffre d'affaires avec le fournisseur dont la part de la marché était élevée caractérise une situation de dépendance économique justifiant **un préavis de deux ans**. Eu égard à la jurisprudence actuelle et des circonstances, la durée du préavis n'est pas surprenante.

Cour de cassation. Com., 8 juin 2017, n°15-27.961

Lorsque des **modifications substantielles** interviennent dans une relation commerciale, elles caractérisent une rupture brutale au sens de l'article L 442-6 I 5°. En l'espèce, il s'agissait de la modification d'une remise passant de 20 % à 15 % et la cessation de l'exclusivité consentie au distributeur. **Cet arrêt permet de rappeler que la rupture brutale peut prendre d'autres formes que la cessation pure et simple des relations.**

Cour de cassation. Com., 8 juin 2017, n°16-10.005

Une Cour d'appel avait jugé qu'un certain nombre d'incidents commis par un transporteur justifiait la décision du client de suspendre les relations commerciales. Il ne s'agissait donc pas d'une rupture brutale des relations au sens de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que la Cour d'appel n'a pas précisé « *si ces incidents revêtaient une gravité suffisante pour justifier une rupture sans préavis* ». **La Cour de cassation maintient donc sa jurisprudence selon laquelle, pour mettre fin à une relation commerciale sans accorder un préavis, la faute doit être grave** alors pourtant que le texte ne pose pas une telle condition (cf. Cass. com., 9 juillet 2013, n 12-21.001).

Cour de cassation. Com., 21 juin 2017, n°16-11.828

Une Cour d'appel avait jugé, dans un litige international, que l'action en responsabilité fondée sur **l'article L 442-6 I 5°** était de nature délictuelle, ce qui conduisait à l'application de la loi française et non de la loi néerlandaise comme prévu au contrat, la France étant l'Etat dans lequel le fait dommageable s'était produit. Cet arrêt est cassé au motif que

la Cour d'appel aurait dû rechercher si le « *contrat qui désignait la loi néerlandaise n'était pas (rédigé) en des termes suffisamment larges pour s'appliquer au litige* ».

Cet arrêt montre bien les contradictions de la Chambre commerciale qui considère que l'action fondée sur la rupture brutale des relations au sens de l'article L 442-6 I 5° est délictuelle (Cass. com., 6 février 2007, n° 04-13.178) sans que l'on en comprenne la raison. En effet, des relations commerciales sont forcément contractuelles, de sorte que leur rupture l'est à l'évidence aussi.

Malgré la nature délictuelle de cette action, la Chambre commerciale admet cependant par exemple dans les litiges internationaux que les clauses d'arbitrage s'appliquent (Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.675). Il en va de même selon cet arrêt du 21 juin 2017 **des clauses de loi applicable**. Ainsi, plutôt que de dire que l'action est de nature contractuelle, elle préfère juger que des clauses contractuelles s'appliquent à une rupture « délictuelle » dès lors que les termes desdites clauses englobent ladite rupture.

Cette obstination à affirmer le caractère délictuel de l'action fondée sur l'article L 442-6 I 5° est d'autant plus surprenante que la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle à propos de la qualification d'une telle action au regard de règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (compétence judiciaire) a jugé que l'action fondée sur cet article **était bien de nature contractuelle** (CJUE, 14 juillet 2016, C-196/15).

DROIT DE LA CONSOMMATION

Cour de cassation, civ. 1, 26 avril 2017, n°14-21.298

Une information substantielle, au sens de l'article 121-3 du Code de la consommation, est une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision en connaissance de cause. Le caractère substantiel d'une information est apprécié en fonction du contexte dans lequel s'inscrit la pratique en cause et compte tenu de toutes ses caractéristiques. En l'espèce, l'offre conjointe d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, sans indication du prix de chacun de ces logiciels, n'est pas de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision en connaissance de cause.

Cour de cassation, civ. 1, 22 juin 2017, n°16-17.018

La Cour de cassation rappelle les conditions de licéité d'une **loterie en vigueur avant la loi du 20 décembre 2014**. Les opérations publicitaires réalisées par écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain, acquis par voie de tirage au sort, **ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense**. En l'espèce, pour une loterie, le bon de commande était différencié du bon de participation par des lignes pointillées. Pour une autre, le bon de commande, imprimé sous le bon de participation, figurait dans une partie distincte et détachable et il était indiqué au verso, « *si vous ne souhaitez que participer, renvoyer uniquement votre bon de participation* ». Il ne ressortait donc pas des documents qu'une contrepartie financière ou dépense ait été exigée. Depuis, les conditions ont été assouplies. Les loteries sont licites dès lors qu'elles ne sont pas déloyales.