

LA LETTRE H

N° 4 - octobre - novembre 2017

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

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Le cartel des revêtements de sols est sanctionné (Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017).

L'Autorité de la concurrence a condamné trois fabricants de revêtements de sols et leur syndicat professionnel à **302 millions €**. L'Autorité leur reproche :

- des **rencontres secrètes** pour discuter notamment des prix minimums des produits et des hausses de prix communiquées à leurs clients respectifs, ainsi que de nombreuses problématiques de stratégie commerciale.
- un **échange**, via leur syndicat, d'informations confidentielles relatives à leur activité leur permettant d'ajuster leur politique commerciale ;
- la signature, avec le concours du syndicat, d'un **pacte de non concurrence** concernant la communication sur les performances environnementales de leurs produits.

La Commission Européenne condamne cinq équipementiers pour une entente réalisée au Japon ! (22 novembre 2017).

La Commission vient d'infliger 34 millions € d'amende à cinq équipementiers japonais pour une entente au préjudice des constructeurs japonais Toyota, Honda et Suzuki. Ces équipementiers ont coordonné les prix ou les marchés et ont échangé des informations sensibles. **Ce qui est remarquable est que l'organisation et la gestion des ententes s'opéraient en dehors de l'EEE.** La Commission retient que : « *L'entente a pu avoir un effet substantiel sur les clients européens dans la mesure où, sur 11 voitures vendues en Europe, une est produite par une entreprise japonaise. Par ailleurs, tous les constructeurs automobiles japonais touchés par l'entente possèdent des usines dans l'EEE.* ».

Il s'agit d'une décision rare et qui rappelle utilement que toute entente anticoncurrentielle, même réalisée hors EEE et par des entreprises non-européennes, est sanctionnable si elle peut avoir des effets dans l'EEE.

Un fournisseur de produits de luxe peut interdire à ses distributeurs agréés de vendre les produits sur une plate-forme Internet tierce telle qu'Amazon (CJUE, 6 décembre 2007, affaire C 230/16)

C'est un arrêt très important que vient de rendre la Cour de Justice en ce qu'il clarifie les ventes *via* les places de marché Internet. Une clause interdisant à des distributeurs agréés de vendre des produits de luxe sur une plate-forme tierce Internet telle qu'Amazon **n'est pas contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE** « *dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ».

En outre, si cette clause était contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, **elle devrait être exemptée, selon la Cour, sur le fondement du règlement n° 330/2010** du 20 avril 2010 (si la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 %) car elle ne constituerait pas une restriction caractérisée au sens de l'article 4 dudit règlement. La Cour estime que le fournisseur n'interdit pas les ventes par internet par principe par le fournisseur contrairement à l'arrêt Pierre Fabre (CJUE, 13 octobre 2011, C 439/09). L'interdiction ne porte que sur les ventes sur des plates-formes tierces. **Il ne s'agit donc pas d'une restriction de clientèle ou des ventes passives.**

Le raisonnement de la Cour concernant l'exemption du règlement n° 330/2010 **ne paraît pas être limité** aux produits de luxe et donc devrait sans doute pouvoir être appliqué à d'autres produits.

Pratiques restrictives

Prolongation de contrat ordonnée en référé sur le fondement de l'article L 442-6-I-5° du code de commerce : Attention danger ! (Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2017, n°17/03925).

Au cours de cette année 2017, la cour d'appel de Paris a ordonné en référé à plusieurs reprises, la poursuite sous astreinte des relations à la suite de ruptures de contrats. Ces jurisprudences doivent attirer l'attention des entreprises sur

la nécessité de bien organiser la rupture de leurs relations avec leurs partenaires, qu'il s'agisse d'une rupture pour faute ou avec un préavis qui ne doit pas être anormalement court.

Par un arrêt du 25 octobre 2017 (CA Paris, n°17/03925), la cour a condamné un importateur automobile à reprendre sous astreinte de 2.500 € / jour les relations avec le concessionnaire dont il avait résilié le contrat pour faute sans préavis dix mois plus tôt. Pour cela, la cour juge que le motif de la résiliation (manquement contractuel) n'était pas d'une gravité suffisante pour justifier une privation du préavis. Ainsi, « *il ne ressort pas avec l'évidence requise en référé l'existence d'un motif grave justifiant une résiliation immédiate (...) alors que la situation perdurait depuis plusieurs années ; (...) en conséquence, il y a bien eu une rupture brutale évidente à cette date constitutive d'un trouble manifestement illicite...* ».

En l'espèce, l'importateur invoquait un non-respect de standards contractuels qui aurait été toléré dans le passé.

C'est avec ce même raisonnement que, le 25 janvier 2017 (CA Paris, n°15/18120), la cour avait condamné sous astreinte Système U à respecter un préavis de 18 mois avec un détaillant dont elle avait résilié le contrat avec un préavis de 4,5 mois pour manquement contractuel. La cour constate qu'il n'était pas clairement établi et, de surcroît, à le supposer existant, il avait été longtemps toléré. Ainsi, « *(...) le motif d'exclusion (...) ne s'analyse pas, à l'évidence, en un manquement grave ou répété de ce point de vente à ses obligations contractuelles, (...). La brutalité de cette rupture résultant du défaut de préavis suffisant s'analyse donc, sans préjudice de la décision à intervenir au fond, en un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser en ordonnant, sous astreinte, la poursuite des relations commerciales litigieuses (...)* ».

La cour avait également eu l'occasion par **un arrêt du 10 juillet 2017** (CA Paris, n°17/06864) d'ordonner en référé la poursuite de relations commerciales après avoir considéré que le préavis octroyé était manifestement insuffisant.

Selon la cour, « *le délai de préavis de 5 mois appliqué par Engie pour la rupture des relations commerciales établies (...) depuis 11 années est manifestement insuffisant compte tenu du poids global que représente Engie dans l'activité de celle-ci ; (...) l'insuffisance de ce délai caractérise la rupture brutale (...), de sorte que le trouble qui en résulte pour l'appelante est manifestement illicite ; (...) la poursuite des relations commerciales doit être ordonnée...* ». La cour s'était déjà prononcée dans le même sens. (CA Paris, 24 mars 2017, n°17/00938).

Dans ces différentes affaires, la cour a ordonné la poursuite des relations sur le fondement des dispositions des articles 873 du CPC et L 442-6 du code de commerce, fixant parfois des durées de préavis assez longues que n'auraient pas nécessairement retenues des juridictions statuant au fond.

Sachant que les décisions de référé sont par définition provisoires, que se passera-t-il si cette prolongation des relations commerciales n'est *a posteriori* pas confirmée en appel ou en cassation, voire au fond ? Il y a fort à parier qu'aucune compensation ne sera allouée au partenaire qui

aura été contraint à tort de poursuivre des relations commerciales alors qu'il avait d'autres projets.

Par ailleurs, on notera que la cour d'appel de Paris n'a pas hésité à ordonner la poursuite des relations commerciales même lorsque le contrat avait pris fin au jour où le juge a rendu sa décision (CA Paris, 24 mars 2017, n°17/00938) parfois même depuis plusieurs mois (CA Paris, 25 octobre 2017, n°17/03925). **Plus que jamais, une rupture de contrat ou de relations commerciales doit être organisée juridiquement.**

Clause attributive de compétence et article L 442-6 du code de commerce : Quel juge saisir ? (Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2017, n°17/03925 et 8 novembre 2017, n°17/11478).

Par un **arrêt du 8 novembre 2017** (CA Paris, n°17/11478), la Cour a jugé que la clause attributive de **compétence géographique** stipulée entre les parties pouvait valablement recevoir application si elle désignait une des juridictions désignées par l'article D 442-3 du code de commerce.

En l'occurrence, une société mosellane assignée devant le tribunal de commerce de Paris désigné par une clause attributive de compétence avait soulevé une exception d'incompétence au profit du tribunal de commerce de Nancy. Le tribunal avait fait droit à cette exception considérant que les dispositions impératives de l'article D 442-3 rendaient inapplicable la clause attributive.

Saisie sur contredit, la Cour d'appel juge en revanche que **la clause attributive de compétence géographique pouvait valablement être appliquée si le tribunal qu'elle désignait faisait partie des juridictions spécialisées.**

En revanche, par un arrêt du 25 octobre 2017 (CA Paris, n°17/03925), la cour a jugé que la clause attributive de **compétence matérielle** stipulée était inapplicable compte tenu des dispositions impératives de l'article D 442-3.

Saisie en référé d'une demande de poursuite de contrat fondée sur les dispositions de l'article L 442-6 du code de commerce, le Président du tribunal de commerce de Paris se déclarait incompétent au profit du Président du tribunal de grande instance de Paris compte tenu de l'existence d'une clause attributive de compétence stipulée au contrat (TC Paris, 7 février 2017, n°2016080545).

La cour d'appel infirme l'ordonnance et juge que **la clause attributive de compétence est incompatible avec les dispositions de l'article D 442-3 en ce qui concerne l'attribution de compétence matérielle au motif « qu'il s'agit d'un texte d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger ».**

Cette décision paraît contestable. Une clause donnant compétence à un tribunal de grande instance est valable entre commerçants (CA Versailles, 26 mai 2016, n° 15/08183). Dès lors, une clause attributive de compétence au profit d'un tribunal de grande instance devrait être valable pour trancher un litige relatif à l'application de l'article L 442-6 du Code de commerce si celui-ci fait partie des tribunaux de grande instance désignés par l'article D 442-3.

La saisine du tribunal compétent est essentielle pour le demandeur sauf à risquer de perdre plusieurs mois avant de devoir recommencer sa procédure.

Pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence. Juridiction compétente en appel. Et pourtant la Cour de cassation a établi les règles ! (Cour d'appel de Paris, 8 novembre 2017 n° 17/10746.).

Par une série d'arrêts du 29 mars 2017 (notamment Cass. com., n°15-24241 ; 15-17659) puis du 18 octobre 2017 (n°15-26363), la Cour de cassation avait opéré un revirement de jurisprudence à propos de la compétence des juridictions d'appel pour l'application des articles L 420-1 et L 420-2 et L 442-6 du code de commerce. Selon ces arrêts, la cour d'appel de Paris n'est juridiction d'appel que des juridictions spécialisées telles que désignées par l'article D 442-3 du code de commerce. Les appels contre les décisions rendues par les autres juridictions de première instance doivent être portés devant les cours d'appel de droit commun à peine d'irrecevabilité.

On ne peut dès lors qu'être très circonspects en constatant que la cour d'appel de Paris vient de juger recevable l'appel interjeté devant elle contre un jugement du tribunal de commerce de Pontoise. Ce dernier n'étant pas une juridiction spécialisée, on comprend mal comment la cour d'appel de Paris peut en être valablement juridiction d'appel (CA Paris, 8 novembre 2017, n° 17/10746), étant souligné que si les parties n'avaient pas soulevé cette irrecevabilité, la cour d'appel devait la soulever d'office. Cet arrêt est d'autant plus curieux que la cour de cassation avait déjà statué sur cette question s'agissant précisément d'un jugement du tribunal de commerce de Pontoise ! (Com, 26 avril 2017, n°15-26780).

De plus, en l'espèce, l'appel était hors délai. Pour dire qu'il ne l'était pas, la cour considère que, parce qu'il y a eu deux significations successives du jugement, la deuxième signification qui annulait et remplaçait la première n'a pu faire courir le délai car la première signification n'était pas valable. Or, c'est précisément lorsque la première n'est pas valable qu'il faut procéder à une seconde, laquelle fait donc bien courir le délai d'appel !

Cet arrêt a vocation à être censuré par la Cour de cassation en cas de pourvoi (avec l'arrêt au fond).

La renégociation annuelle des tarifs ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies (Cour d'appel de Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03995).

Aux termes de l'article L 441-7 du Code de commerce, une convention unique doit être conclue pour définir les conditions de vente et cette convention ne peut avoir une durée supérieure à un, deux ou trois ans. Elle doit donc être périodiquement rediscutée. **Dans la mesure où les parties n'ont aucune certitude quant à l'issue de la discussion, les relations ne seraient-elles pas de ce fait précaires ?**

La cour juge au contraire la relation « établie » au sens de l'article L 442-6-I-5° du code de commerce dès lors que les parties s'inscrivent dans une volonté de continuité de

celles-ci. La partie qui met fin à cette relation doit donc accorder un préavis conforme aux dispositions de ce texte.

La crise économique peut parfois justifier la rupture brutale (Cour de cassation, Com., 8 novembre 2017, n° 16-15.285 ; Cour d'appel de Paris, 4 octobre 2017, n° 15/03041).

Une entreprise qui souffre d'une baisse de chiffre d'affaires d'un peu plus de 15 % du fait de la situation conjoncturelle affectant le marché du textile peut répercuter cette baisse sur son sous-traitant dans la mesure où **un donneur d'ordre ne peut être contraint de maintenir un niveau d'activité auprès de son sous-traitant lorsque le marché lui-même diminue** (Cass. com., 8 novembre 2017, n° 16-15.285).

En revanche, lorsque l'évolution défavorable d'un marché est sans commune mesure avec la baisse très importante de 73,32 % du chiffre d'affaires d'un fournisseur, le distributeur ne peut soutenir qu'il n'aurait fait que répercuter la baisse de commandes de ses propres clients. Il y a donc eu rupture brutale au sens de l'article L 442-6 I 5°. Un préavis de 11 mois pour 11 années d'ancienneté aurait dû être accordé (CA Paris, 4 octobre 2017, n° 15/03041).

La relation commerciale ne « transcende » pas toujours les contrats (Cour d'appel de Paris, 22 novembre 2017, n° 15/01067).

Lorsque le franchisé disposait de plusieurs magasins et d'un contrat de franchise par magasin, se concluant en fonction de la décision du franchisé acceptée par le franchiseur d'ouvrir un magasin en franchise, la rupture des relations commerciales établies **s'analyse contrat de franchise par contrat de franchise**. Le point de départ de la relation au titre du premier magasin ne vaut donc pas pour les autres magasins.

La décision est intéressante car la cour aurait pu considérer que les relations commerciales devaient être examinées dans leur ensemble et non pas magasin par magasin ou contrat par contrat. La jurisprudence a en effet tendance à considérer que l'article L 442-6 I 5°, « *même s'il peut concerner une relation commerciale nouée entre des parties par un ou plusieurs contrat(s), transcende la notion de contrat, en ce qu'il vise le courant d'affaires les liant au sens économique du terme* » (CA Paris, 22 juin 2017, n°14/26121).

DROIT DES CONTRATS

Le franchiseur doit faire preuve de franchise (Cour d'appel de Paris, 18 octobre 2017, n° 16/05105).

Si le franchiseur n'est pas tenu de remettre au franchisé un compte d'exploitation prévisionnel, s'il le fait, **ce document doit présenter un caractère sérieux et réaliste**. En l'espèce, le prévisionnel établi le franchiseur était irréaliste. Le franchisé a donc commis une erreur sur la rentabilité qui a été déterminante de son consentement. La cour a tenu

compte de l'inexpérience du franchisé dans le domaine en cause.

Chevrolet ou l'éternelle question de la poule et de l'œuf (Cour d'appel de Paris, 15 novembre 2017, 17 arrêts, notamment n° 15/10382).

La cour d'appel de Paris était saisie de l'appel de 17 jugements rendus par le tribunal de commerce de Paris. Ces procédures opposaient la société Chevrolet Deutschland GmbH (succédant à Chevrolet France) à d'anciens distributeurs à la suite de la décision de Chevrolet de retirer la vente de véhicules neufs d'Europe de l'ouest et centrale à effet du 31 décembre 2015 et de n'y maintenir que l'activité de réparation. Chevrolet France avait dû notifier à son réseau en décembre 2013 la cessation des contrats de distributeurs avec un préavis de deux ans, proposant néanmoins à chacun de ses distributeurs de mettre fin de manière anticipée aux contrats de distributeur moyennant une indemnité.

Environ 80 % des distributeurs français ont accepté cette proposition. Certains de ceux qui avaient refusé ont saisi le tribunal de commerce de Paris pour contester la décision de rupture et les conditions d'exécution du préavis. Le tribunal a rendu successivement deux séries de jugements. **Par douze jugements rendus le 23 mars 2015, Chevrolet France avait été partiellement condamnée. En revanche, par cinq autres jugements du 4 novembre 2015, le tribunal, autrement composé, déboutait cinq anciens distributeurs.** Il revenait donc à la cour d'appel de Paris de trancher les différends, y compris celui interne au tribunal !

Par 17 arrêts du 15 novembre 2017, la cour a tranché. Elle pose d'abord le débat, soulignant « *qu'un fournisseur peut légitimement arrêter une activité, sous réserve de respecter le préavis contractuel et de l'exécuter loyalement* ».

Cela permet d'évacuer les griefs faits par les anciens distributeurs selon lesquels la décision de retrait de la marque devait être justifiée et annoncée de manière moins soudaine car cette seule annonce dissuadait les clients potentiels d'acheter un véhicule de la marque. **Selon la cour, la responsabilité du constructeur ne peut donc être recherchée que sur le terrain de l'exécution du préavis.**

Ensuite, sur l'exécution du préavis, deux thèses s'opposaient. Celle des anciens distributeurs consistait à soutenir qu'ils ne pouvaient plus exécuter leurs contrats car ils avaient été incités à vendre leurs stocks, ce qui les avait conduits à annuler leurs commandes en cours, que le stock de l'importateur était inexistant, ce qui empêchait de livrer rapidement des véhicules à des clients, que les délais de livraison de l'usine s'allongeaient, que les prix n'étaient pas compétitifs, que la publicité était insuffisante, ...

De son côté, Chevrolet faisait valoir que les anciens distributeurs avaient décidé dès l'annonce faite en décembre 2013 de cesser l'exécution de leurs contrats en ne commandant plus de véhicules neufs, estimant que compte tenu de cette annonce, il leur était impossible de les vendre. Ils s'étaient contentés d'écouler leurs stocks à des conditions avantageuses, annulant leurs commandes en cours, conduisant ainsi la société Chevrolet à adapter son stock et sa politique commerciale puisqu'elle n'allait pas conserver les mêmes moyens alors que les distributeurs ne commandaient plus de véhicules neufs.

Il s'agissait de la question de l'œuf et de la poule qui était parfaitement illustrée par les jugements contradictoires. Qui était responsable des méventes pendant le préavis ?

Pour la cour, reprenant les moyens des anciens distributeurs, le responsable était l'importateur. En décembre 2013, les anciens distributeurs étaient fondés à annuler leurs commandes comme Chevrolet les y incitait. Par ailleurs, malgré l'annulation et l'absence de commandes des distributeurs, Chevrolet devait maintenir des stocks, les délais de livraison, un niveau de publicité suffisant, ...

Il aurait pu être tout aussi bien décidé que des distributeurs qui annulent leurs commandes pour se focaliser sur la vente de leurs stocks et qui cessent de commander des véhicules ne s'inscrivent pas dans une volonté d'exécuter leur contrat, ce qui justifie que l'importateur réduise lui aussi ses moyens.

En ce qui concerne le préjudice, les dommages et intérêts correspondent à la marge sur coûts variables perdue pendant la durée du préavis qui n'a pu être exécuté (21 mois) sur la vente de véhicules neufs et d'occasion telle que calculée par les experts-comptables des anciens distributeurs.

S'il convient de relever que **la marge sur coûts variables** est évidemment plus proche de la réalité d'un préjudice que la marge brute, l'on peut déplorer **l'absence de débat sur le montant du préjudice**, la cour se contentant de reprendre les chiffres donnés par les experts-comptables des anciens distributeurs sans aucune discussion. **Or, de tels documents ne sont pas incontestables**, ne serait-ce que parce que la notion de frais variables n'est pas une notion définie. Les 17 arrêts rendus l'illustrent parfaitement puisque selon les arrêts, les coûts variables représentent entre 14 et 54 % de la marge brute ! Ce n'est pas cohérent. Par ailleurs, la prise en compte de l'activité de vente de véhicules d'occasion dans le calcul du préjudice surprend dès lors que le contrat ne portait pas sur cette activité.

Finalement, la cour condamne l'importateur dans toutes les procédures y compris celles pour lesquelles le tribunal lui avait donné raison et le montant total des condamnations se trouve augmenté pour l'importateur de 35% par rapport à celui de première instance.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Possible responsabilité du porteur d'une carte de crédit victime d'un hameçonnage. (Com, 25 octobre 2017, n°16-156644).

Croyant répondre à un courriel de SFR, une cliente communique notamment le numéro de sa carte bancaire, sa date d'expiration et le cryptogramme. Victime d'une opération frauduleuse, la cliente demande à la banque le remboursement des sommes détournées. La cour d'appel y fait droit en retenant que la cliente n'a communiqué ni son code confidentiel ni son code 3D Secure. **La Cour de cassation, modifiant ainsi sa jurisprudence**, casse l'arrêt en faisant grief au juge du fond de n'avoir pas recherché si la cliente « *n'aurait pas pu avoir conscience que le courriel qu'elle avait reçu était frauduleux*. ». La subtilité des manœuvres des escrocs pourrait ne pas suffire à dédouaner le consommateur de son obligation de vigilance.