

LA LETTRE H

N° 5 – décembre 2017 / février 2018

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique au cours des mois de décembre 2017 à février 2018 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

La franchise et les clauses de non-concurrence (Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/12625 ; Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/21011 ; Cour de cassation, com., 20 déc. 2017, n° 16-20.500).

La cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont statué récemment à plusieurs reprises sur la **validité de clauses de non-concurrence contractuelles (approvisionnement exclusif) et post-contractuelles** dans le contrat de franchise.

Dans une première espèce (Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/12625), à propos d'une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une année limitée au territoire concédé, la Cour rappelle qu'en principe, elle peut être considérée comme inhérente à la franchise car elle permet d'assurer la protection du savoir-faire et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé. Cette clause doit être cependant proportionnée à l'objectif poursuivi.

Or, en l'espèce, selon la Cour, **la clause n'était pas indispensable à la protection du savoir-faire**, lequel consistait en une méthode de faible technicité et qui n'étant accessible que par des sites internet, pouvait faire l'objet, à la cessation du contrat, d'un blocage des accès. **La clause est donc jugée disproportionnée** et par suite contraire aux articles 101, par. 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, sans néanmoins que l'effet de la clause soit analysé, de sorte que son caractère anticoncurrentiel *a priori* n'apparaît pas évident, sauf à admettre qu'il s'agit d'une restriction par objet. Puis, la Cour ajoute que **la clause ne bénéficie pas de l'exemption prévue au règlement d'exemption** (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales (alors applicable), car elle n'était pas limitée aux locaux et terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite, a exercé ses activités pendant la durée du contrat (restriction exclue). La Cour la juge donc nulle.

L'on peut regretter **qu'aucun examen des parts de marché des parties n'ait été effectué**. En effet, selon la Communication *de minimis* (Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure

du 22 décembre 2001 alors en vigueur), **si les parts de marché cumulées des parties ne dépassaient pas 15 % (accords entre non-concurrents), une clause de non-concurrence, même non conforme au règlement d'exemption, n'était pas contraire à l'article 101, par. 1**, ne s'agissant pas d'une restriction caractérisée mais seulement exclue (ces principes demeurent valables au regard de la Communication *de minimis* du 30 août 2014 et du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010).

Si cette analyse avait été faite, le sort de la clause aurait peut-être été différent, sauf pour la Cour à l'examiner non sous l'angle du droit de la concurrence mais de l'abus de droit.

Dans une deuxième espèce (Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/21011), le franchisé demandait la nullité de la clause d'approvisionnement exclusif l'obligeant à commander 85% des produits auprès du franchiseur. La Cour valide la clause aux termes d'une motivation très rapide en retenant que l'exclusivité d'approvisionnement participait de l'économie générale du contrat et qu'elle ne pouvait être nulle en elle-même. Il doit être rappelé également qu'une telle clause est conforme au règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 notamment si la part de marché de chaque partie ne dépasse pas 30 %.

Dans une troisième espèce (Cour de cassation, com., 20 déc. 2017, n° 16-20.500), le pourvoi contre un arrêt qui avait jugé valable une clause de non-concurrence contractuelle a été rejeté. Cette clause avait été jugée non conforme au règlement d'exemption (n° 2790/99 alors en vigueur) puisqu'elle était à durée indéterminée mais néanmoins licite.

De telles clauses, selon les règlements d'exemption, ne peuvent ni être à durée indéterminée ni dépasser cinq ans. Cela n'implique pas néanmoins, **si leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans qu'elles soient nulles de jure**. Même s'il s'agit de restrictions exclues par les règlements, ces clauses peuvent être licites, soit en raison des parts de marché peu élevées des parties, soit en raison d'une exemption individuelle sur le fondement des articles L. 420-4 du code de commerce ou 101, par. 3, du TFUE.

Néanmoins, **ni la cour d'appel de Paris, ni la Cour de cassation n'ont effectué cette analyse**, jugeant seulement qu'en franchise, les clauses organisant la préservation de

l'identité et de la réputation du réseau, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des textes susvisés. En l'espèce, la clause d'approvisionnement exclusif imposée aux franchisés était nécessaire pour disposer d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués et était donc décisive pour l'image et l'identité du réseau.

Ce faisant, la clause d'approvisionnement exclusif n'est justifiée que dans son principe, lequel n'est pas contestable, les règlements d'exemption successifs sur les restrictions verticales autorisant cette clause. En revanche, **sa durée non conforme à ces derniers n'est pas analysée**, en particulier au regard des parts de marché des parties. Si celles-ci (cumulées) ne dépassaient pas 15 %, la clause aurait probablement été jugée licite en l'absence d'effet sur le marché conformément à la Communication *de minimis*. Au-delà, un examen plus poussé devrait être effectué.

30 M€ d'amende pour obstruction (Autorité de la concurrence n° 17-D-27 du 21 déc. 2017).

L'Autorité de la concurrence a, **pour la première fois**, fait usage de son pouvoir de sanction pour obstruction à l'instruction (article L464-4-V du code de commerce) et pour une première fois, **elle a frappé fort**.

Il est vrai que l'instruction de cette affaire pour abus de position dominante est ouverte depuis 2003 ! De façon récurrente, l'entreprise visée n'a répondu aux demandes des rapporteurs **qu'avec retard et par des informations partielles** et, de ce fait, inexploitable. Le montant maximum de l'amende encourue pour obstruction est en principe de 1% de chiffre d'affaires de l'entreprise concernée (contrairement à la sanction prévue au fond par l'article L.464-2, I du code de commerce, l'assiette de calcul n'est pas le chiffre d'affaires de l'entreprise consolidante).

En l'espèce, l'Autorité avait adressé l'essentiel de ses demandes à la filiale française mais aussi certaines à la société-mère allemande si bien que la sanction a pu être calculée sur le chiffre d'affaires global. C'est ainsi que, alors que la filiale française, initialement seule concernée, avait réalisé un chiffre d'affaires annuel de 386 M€, l'amende prononcée s'est élevée à 30 M€. **La suite du dossier sera intéressante**. En effet une telle sanction n'a pas pour effet de mettre un terme aux abus de position dominante dont l'entreprise est soupçonnée et elle ne peut pas valoir autorisation de les poursuivre.

Il faudra donc que l'instruction aboutisse. Mais à défaut de coopération de l'entreprise concernée, quelle sera la prochaine étape ? Une nouvelle amende ? Une astreinte ? Une décision au fond reposant sur l'idée que l'obstruction à l'enquête constitue un aveu implicite ? Si l'Autorité échouait à faire aboutir le dossier et que l'entreprise visée se trouve en situation de poursuivre les pratiques, l'effet dissuasif de l'amende serait largement perdu.

Restriction par objet (Cour de justice de l'Union européenne, 23 janv. 2018, aff. C-179/16).

Un laboratoire produisant deux médicaments aux effets thérapeutiques similaires avait conclu avec un concurrent un

accord de licence pour la distribution d'un des deux médicaments (le plus cher) tout en conservant l'exploitation de l'autre (le moins cher).

L'entente des deux laboratoires aurait été constituée par la diffusion d'informations suscitant des inquiétudes quant à la sécurité du médicament le moins cher afin de provoquer un déplacement de la demande vers le plus cher, générant un surcoût d'environ 45 millions d'euros sur une année pour le service de santé italien. Selon la CJUE, une telle entente visant à réduire la pression concurrentielle sur le produit le plus cher, **constitue une restriction « par objet »**. **Elle est donc condamnable en elle-même quel que soit son effet**.

Position dominante et exclusivité (Commission européenne, 24 janv. 2018).

Un fournisseur dont la part sur le marché était de 90 % a été condamné par la Commission à **une amende de près d'un milliard d'euros représentant 4,9 % de son chiffre d'affaires**. Il avait conclu avec un client, lui-même en forte position sur son marché, un accord de 2011 à 2016 selon lequel il s'engageait à **lui verser des montants substantiels si ce dernier utilisait exclusivement ses produits** pour la production de ses propres produits.

Si le client venait à recourir à des pièces concurrentes, le fournisseur pouvait cesser ses versements et demander le remboursement d'une grande partie des sommes déjà reçues. Les concurrents du fournisseur étaient de ce fait privés de la possibilité d'exercer une concurrence efficace.

Lorsque le fournisseur est en position dominante, **ce type d'accord est anticoncurrentiel**, en principe *per se*, c'est-à-dire sans même qu'il soit nécessaire de vérifier un effet restrictif (CJCE, 13 févr. 1979, C-85/76, *Hoffmann-Laroche/Commission*). Cependant, **tirant les enseignements de l'affaire Intel** dans laquelle la CJUE avait reproché au Tribunal de première instance de ne pas avoir examiné les éléments fournis par l'entreprise poursuivie pour contester l'effet d'éviction (CJUE, 6 septembre 2017, aff. C-413/14 P, Lettre H n° 3), **la Commission a examiné mais rejeté le critère du différentiel prix-coût soumis par le fournisseur** car il ne permettait pas de soutenir l'absence d'effets anticoncurrentiels.

La prohibition des accords d'importation exclusive dans les collectivités d'outre-mer (COM) ne se limite pas aux produits de grande consommation (Autorité de la concurrence n° 18-D-03 du 20 févr. 2018).

L'article L420-2-1 du code de commerce qui prohibe les accords d'importation exclusive dans les COM ne s'appliquerait-il qu'aux produits de grande consommation ? C'est l'une des questions que l'Autorité de la concurrence a eu à trancher pour répondre aux moyens de défense d'un fabricant de produits contre les termites qui tentait de sauver ses accords exclusifs. **La réponse est négative** et parfaitement justifiée : « *A défaut d'une restriction expresse inscrite dans la loi, sa portée doit être considérée comme générale.* »

Validité d'un refus de contracter opposé à un réparateur automobile (Tribunal de commerce de Paris, 21 févr. 2018, n° 2017006510).

Compte tenu de leurs parts sur le marché de l'après-vente qui seraient élevées selon la Commission européenne (cf. Lignes directrices supplémentaires du 28 mai 2010, § 57 et s.), la question se posait de savoir si les constructeurs automobiles recourant à la distribution sélective qualitative pouvaient refuser d'agréer des candidats réparateurs. **Le tribunal de commerce de Paris avait répondu par l'affirmative pour la première fois en 2016** (jugement du 29 juin 2016, n° 2016012884).

Le tribunal de commerce de Paris a de nouveau jugé licite un tel refus, se fondant d'une part, sur la liberté contractuelle et l'interdiction des contrats perpétuels et d'autre part, sur le droit de la concurrence. Sur ce point, le Tribunal relève que si le constructeur ne démontre pas que ses parts de marché ne dépassent pas 30 %, il n'est pas pour autant justifié d'un effet sur le marché résultant du refus.

A la différence de son jugement du 29 juin 2016, même s'il y fait allusion, **le Tribunal n'écarte pas l'examen d'un refus de contracter au regard du droit ententes**. Or, un refus de contracter est *a priori* un acte unilatéral. Le droit des ententes n'a donc pas à s'appliquer [voir Lettre H n° 2 (Cour de cassation, com., 8 juin 2017, n° 15.28.355) et notre article « *Contrat de distribution automobile et de motos : revue de jurisprudence de l'année 2017* », Dalloz AJ Contrat, févr. 2018, § 4 et s.]. L'on relèvera également que la Cour d'appel de Paris, à propos du **refus de contracter opposé à un distributeur automobile**, s'est également placée sur le terrain du droit des ententes sans relever son caractère unilatéral (**Paris, 7 févr. 2018, n° 15/08853**).

Pratiques restrictives

Reprise d'ancienneté pour fixer la durée du préavis (Cour d'appel de Paris, 19 janv. 2018, n° 17/11354).

La Cour de cassation avait cassé un arrêt au motif que dans le contrat conclu par un client avec un fournisseur, il était fait référence aux contrats conclus avec le précédent fournisseur et que ce contrat comportait la mention « *annule et remplace* » lesdits contrats antérieurs. La Cour d'appel se voyait reprocher de ne pas avoir recherché si cette mention n'impliquait pas « *que la relation initialement nouée entre ces deux sociétés s'était poursuivie* » entre le nouveau fournisseur et le client (Cour de cassation, com., 26 avril 2017, n° 16-12.881, Lettre H n° 2).

Si la durée des contrats antérieurs était prise en compte, la durée du préavis pour mettre fin à la relation devait alors être allongée (C. com. art. 442-6, I 5°). **La Cour d'appel de renvoi a statué à nouveau et s'est inclinée** en considérant que l'« *identité d'objet (des contrats) conduit à juger que la relation initialement nouée (par un fournisseur avec le client) s'est poursuivie au moyen du contrat signé (par un autre fournisseur avec le même client)* » mais omet d'expliquer **le lien entre les fournisseurs successifs qui justifierait la reprise d'ancienneté**. Pour critiquable que soit cet arrêt, il rappelle l'importance de procéder à une

recherche d'antériorité avant toute décision de résiliation de relations commerciales.

Clause déséquilibrée et soumission (Cour de cassation, com. 14 févr. 2018, n° 17-11.924).

Une clause ne peut être jugée déséquilibrée au sens de l'article L. 442-6, I, 2° que s'il y a soumission ou tentative de soumission du plaignant à la clause en cause. **Sans cette condition, le texte n'est pas applicable**.

La soumission d'une pratique de déséquilibre significatif implique, dans certains cas, la preuve de l'absence de négociation effective (Cour d'appel de Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879).

La cour d'appel de Paris considère que pour qu'il y ait soumission à des obligations déséquilibrées au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, **il faut que soit démontrée l'absence de négociation réelle** et cette absence peut résulter du fait que des fournisseurs cocontractants aient tenté sans y parvenir d'obtenir la suppression des clauses litigieuses dans les négociations ou qu'aucune suite n'ait été donnée aux réserves ou avenants qu'ils ont proposés.

Cet arrêt ne bouleverse sans doute pas la jurisprudence antérieure selon laquelle la soumission (ou sa tentative) peut résulter d'un « *rapport des forces en présence (...) inégal* » ou encore de « *la structure du secteur de la distribution alimentaire en France* » (Cour de cassation, com. 4 oct. 2016, n° 14-28.013).

Elle apporte seulement **une nuance** lorsque la partie soumise à un déséquilibre est un opérateur puissant comme c'était le cas en l'espèce. Dans ce cas, la seule puissance de l'auteur de la pratique ne peut suffire à établir la soumission. Il faut en outre que ces acteurs importants dans leur domaine se soient vu refuser toute discussion. En revanche, **si la partie victime est faible, la soumission continuera probablement à être déduite d'un rapport de force inégal ou de la structure du marché**.

Déséquilibre significatif et refus de vente (Cour d'appel de Paris, 19 janv. 2018, n° 16/11167).

Le fait pour une régie publicitaire de ne pas satisfaire totalement la demande d'un annonceur en pratiquant des conditions s'écartant de ses conditions générales de vente caractérise un déséquilibre significatif. **Cet arrêt permet de s'interroger sur l'articulation de l'article L. 442-6, I, 2° avec le refus de vente, lequel n'est plus illicite per se** (la Loi n° 96-588 du 1^{er} juil. 1996 a supprimé l'interdiction du refus de vente entre professionnels). Un refus de vente ne peut pas caractériser un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° en l'absence d'autres circonstances (par exemple en cas de position dominante ou d'une relation commerciale établie).

Ainsi, **le fait de ne pas satisfaire un client même en s'écartant de ses conditions de vente doit être assimilé à un refus de contracter** et non à un déséquilibre significatif. En revanche, si la régie était en relations commerciales

établies avec l'annonceur, le fait de ne pas satisfaire sa demande pouvait constituer **une rupture brutale** desdites relations.

DROIT DES CONTRATS

Franchise et information précontractuelle (Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/19504 ; Cour de cassation, com., 10 janv. 2018, n° 15-25.287 ; Cour d'appel de Paris, 17 janv. 2018, n° 15/17647 ; Cour d'appel de Paris, 24 janv. 2018, n° 15/15812).

L'article L. 330-3 du code de commerce prévoit, lorsqu'une exclusivité ou une quasi exclusivité est exigée par un fournisseur d'un revendeur, que soit remis à ce dernier « **un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause** » vingt jours minimum avant la signature du contrat. En l'absence d'une telle information, le contrat est susceptible d'être **annulé** s'il résulte de cette absence d'information que le consentement du revendeur a été vicié.

Le fournisseur doit justifier qu'il a fourni l'information et que son contenu est conforme aux articles L. 330-3 et R. 330-1. Ainsi, la clause par laquelle « *le franchisé reconnaît avoir reçu vingt jours avant la signature du (...) contrat, un document d'information précontractuelle conformément aux dispositions de l'article L330-3 (...)* » ne peut à défaut de date de remise suffire à justifier sa remise dans le délai (**Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/19504**). De même, est cassé l'arrêt qui a jugé que le franchisé avait « *attesté que le document d'information précontractuelle reprenait les éléments définis par l'article L. 330-3 (...)* », la cour d'appel n'ayant pas vérifié son contenu (**Cour de cassation, com., 10 janv. 2018, n° 15-25.287**).

Il reste que le défaut d'information ou une information faite hors délai sont insuffisants à caractériser le vice du consentement et par suite la nullité du contrat (**Cour d'appel de Paris, 24 janv. 2018, n° 15/15812**). Le franchisé doit démontrer qu'il n'aurait pas conclu le contrat s'il avait eu les informations manquantes. Par ailleurs, il doit être tenu compte de son expérience pour apprécier si le consentement a été vicié (**Cour d'appel de Paris, 24 janv. 2018, n° 15/15812**), même si son inexpérience ne peut suffire en elle-même à caractériser le vice du consentement (**Cour d'appel de Paris, 13 déc. 2017, n° 13/19504**).

En revanche, l'information insuffisante sur l'état du réseau et notamment des dépôts intervenus au cours des douze derniers mois et sur l'état du marché local et la remise d'un compte d'exploitation non sincère vicie le consentement du franchisé et entraîne la nullité du contrat (**Cour d'appel de Paris, 17 janv. 2018, n° 15/17647**).

Violence et contrat commercial (Cour d'appel de Paris, 20 déc. 2017, n° 15/05475).

La cour d'appel a annulé sur le fondement de l'article 1112 du code civil (version antérieure à l'Ord. du 10 février 2016), un avenant augmentant un tarif de 20 % car le plaignant a subi une violence constituée par des menaces de rupture

du contrat en cas de non-signature, le client ne pouvant pas trouver dans un délai raisonnable une autre solution.

Cet arrêt est rare pour deux raisons. D'une part, les juridictions admettent rarement le vice de violence en matière commerciale. Ce vice pourrait être plus facilement reconnu désormais car depuis la réforme du droit des contrats de 2016, **l'abus de dépendance d'un contractant est assimilé au vice de violence (C. civ., nouv. art. 1143)**. D'autre part, la victime de la violence n'était pas un petit acteur du marché mais la filiale d'un grand Groupe que l'on pouvait penser guère impressionnable.

L'article L. 442-6, I, 4° du code de commerce qui prévoit notamment la responsabilité de celui qui obtient ou tente d'obtenir « *sous la menace d'une rupture brutale (...) des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix (...)* » aurait pu être invoqué.

La clause limitative de responsabilité s'applique même en cas de résolution judiciaire du contrat (Cour de cassation, com., 7 févr. 2018, n°16-20352).

Une cour d'appel avait prononcé la résolution judiciaire d'un contrat d'entretien mal exécuté, emportant son anéantissement rétroactif, la remise des choses en l'état antérieur et l'attribution de dommages et intérêts en compensation des préjudices matériels et pertes d'exploitation. Ce faisant, elle écartait la clause limitative de responsabilité stipulée au contrat qui limitait la responsabilité du vendeur aux montants qu'il avait perçus **L'arrêt est cassé, les clauses limitatives de responsabilité demeurant applicables même en cas de résolution du contrat pour inexécution.** Rendue sous l'empire de l'article 1184 (ancien) du code civil, cette décision ne sera probablement pas démentie par **l'article 1230 (nouveau)** dudit code applicable aux contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Droit de rétractation et véhicule automobile (Cour de cassation, Com., 17 janv. 2018, n°17-10255).

Le consommateur achetant un bien à distance, par exemple via internet, dispose d'un droit de rétractation de quatorze jours à compter de la livraison du produit. La loi prévoit des exceptions à ce droit, notamment si le produit acheté est nettement personnalisé. La question posée était de savoir si le choix par un client de la couleur de sa voiture et d'une option (en l'espèce, une alerte de distance de sécurité) permettait de considérer **le véhicule comme étant nettement personnalisé et** ainsi de considérer le client comme irrévocablement engagé.

La réponse de la Cour est claire. Le choix de la couleur ou d'une option ne suffit pas à faire du véhicule un bien nettement personnalisé au sens de la loi. En cas de vente à distance, le vendeur est donc tenu de reprendre le véhicule pendant quatorze jours après sa livraison si le client décide de se rétracter. Reste à espérer pour le vendeur que le client n'ait pas demandé une couleur trop « exotique ».