

LA LETTRE H

N° 6 – mars / avril 2018

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

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Distribution exclusive : Préserver les ventes passives (Autorité de la concurrence, 7 mars 2018).

L'Autorité de la concurrence a annoncé le 7 mars 2018 clore une enquête à l'encontre de **constructeurs de tracteurs agricoles**. Elle les soupçonnait, dans leurs contrats de concession ou leurs CGV, de dissuader leurs concessionnaires exclusifs de vendre des tracteurs à des clients se trouvant en dehors de leurs territoires. Or, si les restrictions des ventes actives hors territoire sont possibles, il n'en est pas de même pour les ventes passives sur demandes des clients. De telles restrictions pourraient être constitutives d'une entente anticoncurrentielle.

Au cours de l'enquête, **les constructeurs concernés ont accepté de modifier leurs contrats ou CGV** et de clarifier la situation avec leurs concessionnaires afin de leur rappeler leur liberté de répondre aux sollicitations des clients quelle que soit leur implantation géographique. En prenant les mesures correctives nécessaires, les constructeurs ont obtenu que l'enquête soit clôturée avant toute sanction.

Présence d'un avocat et opération de visite et saisie (Cour d'appel de Paris, ordonnance Premier Président, 28 mars 2018, n° 17/16586).

Lorsqu'une entreprise qui fait l'objet d'une opération de visite et saisie de la part de l'Autorité de la concurrence n'a pas pu en informer son conseil dès le début des opérations, **l'annulation des opérations de visite et de saisie** doit être prononcée. En l'occurrence, les enquêteurs avaient fait obstacle à la possibilité pour l'entreprise de faire appel à un conseil jusqu'à la fin de la pose des scellés en début d'inspection. La **chambre criminelle de la Cour de cassation** avait déjà rappelé que les droits de la défense peuvent être exercés par l'entreprise visitée dès la notification de l'ordonnance autorisant les visites et saisies (Crim., 4 mai 2017, n° 16-81.871).

Position dominante et notion de « désavantage dans la concurrence » (Cour de Justice de l'Union Européenne, 19 avr. 2018, affaire C-525/16).

Saisie d'une question préjudicielle, la CJUE a précisé ce qu'il fallait comprendre par la notion de « **désavantage dans la concurrence** », au sens de l'article 102, al. 2 c) du TFUE selon lequel un abus de position dominante peut consister à « *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* ».

Cette notion vise, dans l'hypothèse où une entreprise dominante applique des prix discriminatoires sur le marché en aval, la situation dans laquelle ce comportement peut avoir pour effet une distorsion de la concurrence aux dépens du partenaire s'étant fait appliquer des tarifs supérieurs. La constatation d'un tel « désavantage dans la concurrence » **ne requiert pas la preuve d'une détérioration effective et quantifiable de la position concurrentielle, mais doit se fonder sur une analyse de l'ensemble des circonstances pertinentes** qui permet de conclure que ledit comportement a une influence sur les coûts, bénéfices, ou autre intérêt pertinent dudit ou desdits partenaires, de sorte que ce comportement est de nature à affecter leurs positions.

Pratiques restrictives.

Le « partenaire commercial » ne peut pas être un simple cocontractant au sens de l'article L. 442-6, I, 1° et 2° du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 16 mars 2018, n° 16/04144).

La responsabilité encourue aux termes de l'article L. 442-6-I-1° (obtention d'un avantage manifestement disproportionné au regard du service rendu) et 2° (soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif) du code de commerce ne peut être mise en œuvre que par le « **partenaire commercial** ». Celui-ci se définit comme « **un professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une action quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de service, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant** ».

Les relations ponctuelles consistant en la livraison de matériel et de maintenance et paiement de loyers ne sont ainsi pas soumises à l'article L. 442-6, I, 1° et 2°. **La décision n'est pas nouvelle** (Paris, 27 sept. 2017, n° 16/00671). Cependant, la définition du « partenaire commercial » conduit à **exclure du bénéfice de l'article L. 442-6, I, 1° et 2° des relations (ponctuelles) alors que celles-ci peuvent bénéficier de l'article L. 442-6, I, 5° (rupture brutale), ce qui introduit une incohérence au sein de l'article L. 442-6.**

Des relations limitées dont le terme est connu ne sont pas établies (Cour d'appel de Paris, 22 mars 2018, n° 16/12254).

Seules les relations « établies » nécessitent, pour y mettre fin, un préavis conforme à l'article L. 442-6, I, 5° concernant la rupture brutale des relations (voir également sur cette question **notre article paru aux Petites Affiches du 6 avr. 2018, « Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être »**).

En l'occurrence, **des relations organisées par un ensemble contractuel d'une durée limitée sans tacite reconduction, chacune des parties étant informée du terme de leur cessation**, ne présentent pas un caractère suivi, stable et habituel de nature à en faire une relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5°.

L'indemnité due en cas de rupture brutale n'est majorée qu'en proportion de la part des produits MDD (marque de distributeur) dans les ventes globales du fournisseur au distributeur (Cour d'appel de Paris, 28 mars 2018, n° 15/10585).

La qualification de MDD n'ayant été reconnue que pour une partie des produits fournis par un industriel à une enseigne de distribution de vêtements, la cour rappelle que dans cette hypothèse, le fournisseur victime de la brusque rupture des relations commerciales **ne peut demander la majoration de son indemnité compensatrice qu'en proportion des produits MDD** dans le montant global de ses ventes au distributeur, et non pas pour l'ensemble de ses ventes.

La MDD n'est pas qu'une question de marque (Cour d'appel de Paris, 11 avr. 2018, n° 15/02833 et 30 nov. 2017, n° 16/03369).

Le réflexe d'un fournisseur en cas de rupture brutale des relations par un distributeur est souvent de réclamer le doublement de son préavis lorsque les produits étaient vendus par le distributeur sous une marque lui appartenant, au motif que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce dispose que le préavis doit être doublé pour les produits fournis sous marque de distributeur (MDD).

La jurisprudence doit régulièrement rappeler que **l'usage d'une certaine marque ne suffit pas à qualifier un produit de MDD. Encore faut-il que les caractéristiques techniques du produit aient été définies par le distributeur qui en assure la vente au détail.**

Ainsi, un fabricant de pâtisseries industrielles fournissait des fast food en pancakes, crumbles et autres roses des sables

revendues sous les marques du distributeur « *McCrispy, McCrumble* ». Lors de la rupture, le fournisseur allègue qu'il aurait dû bénéficier d'un préavis de double durée. La cour rappelle tout d'abord que pour qualifier un produit de MDD, il faut que :

- « - les caractéristiques du produit [soient] définies par le distributeur ;
- le produit est destiné à la vente (revente) au détail ;
- le produit doit faire l'objet d'une vente (revente) par le distributeur ;
- le produit doit être vendu (revendu) sous une marque dont le distributeur est propriétaire ».

En l'espèce, **la cour retient que les restaurants n'avaient pas défini les caractéristiques techniques des produits ni imposé des spécificités**, se contentant de spécifier des ingrédients à ne pas utiliser (les produits étaient d'ailleurs vendus par d'autres canaux par le fournisseur sous ses propres dénominations). De plus, les produits n'avaient pas de conditionnements spéciaux. Il ne s'agissait donc pas d'un produit MDD et le préavis n'avait pas à être doublé (Cour d'appel de Paris, 11 avr. 2018).

Cet arrêt est dans la droite ligne d'une précédente décision rendue le 30 novembre 2017 par cette même cour. Un industriel fournissait d'importants magasins de sport en différents articles revendus sous la marque et dans des emballages à la marque du distributeur. Lors de la rupture des relations commerciales, le fournisseur demandait que la durée du préavis soit doublée. La cour d'appel constatait que le fournisseur « *ne produit aucun cahier des charges établi par le distributeur et communiqué au fabricant (...) [et] que le seul conditionnement personnalisé des articles est insuffisant à en faire des produits sous marque de distributeur.* ». La qualification de produit MDD était dès lors rejetée et le préavis n'était pas doublé.

La non-atteinte des objectifs ne justifie (toujours) pas la rupture sans préavis des relations (Cour de cassation, com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923).

Par un arrêt du 9 juillet 2013 (Com. 9 juil. 2013, n° 12-21.001), rendu sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la Cour de cassation avait jugé que la résiliation d'un contrat en raison de la non-atteinte d'objectifs qui plus est sur deux années consécutives « *ne suffisait pas à caractériser un manquement grave (du mandataire) à ses obligations contractuelles justifiant la rupture par (le mandant) de leurs relations commerciales sans préavis* ».

Cette position n'était pas toujours suivie par la cour d'appel de Paris qui a, à plusieurs reprises, estimé fondée une résiliation sans préavis en cas de non-respect d'une clause d'objectif ou d'une activité insuffisante du partenaire (Paris, 11 janv. 2017, n° 14/07959, Paris, 16 janv. 2017, n° 15/11969 ; Paris, 22 mars 2017, n° 15/12553 ; Paris, 20 sept. 2017, n° 14/21611 ; Paris, 18 oct. 2017, n° 13/13261 ; Paris, 15 déc. 2017, n° 15/24483).

La Cour de cassation maintient cependant sa position aux termes d'un arrêt du 5 avril 2018, cassant un arrêt qui, conformément à la clause résolutoire prévue à cet effet, avait jugé licite la résiliation par le fournisseur sans préavis d'un contrat, constatant que le chiffre d'affaires réalisé par

l'acheteur était nettement en deçà des termes contractuels sur trois années consécutives. L'arrêt est donc cassé car la Cour d'appel aurait dû « *préciser en quoi la non réalisation (...) de l'objectif de chiffre d'affaires prévu au contrat, était de nature à caractériser un manquement suffisamment grave (...) justifiant la rupture sans préavis de leur relation commerciale (...)* ».

La Cour de cassation paralyse donc les clauses résolutoires sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° si le manquement, objet de la clause, n'est pas suffisamment grave. Cette jurisprudence va à l'encontre de celle rendue par la Cour de cassation en matière de responsabilité contractuelle selon laquelle « *en présence d'une clause résolutoire, le juge perd tout pouvoir d'appréciation quant à la gravité de la faute et doit appliquer la sanction prévue entre les parties* » (Yves Rouquet, Rec. Dalloz 2001, p. 3047). Par ailleurs, la question se pose de savoir **ce qui, pour la chambre commerciale, constitue une faute grave** justifiant une rupture sans préavis.

Concurrence déloyale

La diffamation n'est pas de la concurrence déloyale (Cour d'appel de Paris, 8 mars 2018, n°15/11804 ; Cour de cassation, com., 7 mars 2018 n°17-12027).

Sur différents sites ou forum internet, un client accuse un fabricant de multiples abus et pratiques malhonnêtes, prétendant avoir été victime d'une escroquerie et utilisant des termes souvent vifs : « *La société XXX gagne de l'argent abusivement sur notre dos* », « *C'est une société spécialisée dans l'arnaque* ».

Le fabricant engage un procès en dénigrement et concurrence déloyale et demande des dommages et intérêts. Le tribunal puis la cour d'appel le déboutent au motif que « *ces assertions mettant en cause l'honnêteté du commerçant entrent dans les prévisions de la loi du 29 juillet 1881 définissant la diffamation (...)* » et en conséquence, elles « *ressortent d'une action en réparation des abus de la liberté d'expression de sorte que la responsabilité de droit commun de l'article 1382 ancien devenu 1240 du code civil n'est pas applicable.* »

La frontière entre le dénigrement (constitutif de concurrence déloyale), qui porte sur la qualité des prestations fournies, et la diffamation, qui porte atteinte à la considération de la personne qui rend le service, peut parfois être ténue. Choisir le bon fondement est cependant essentiel. Outre que ce choix détermine évidemment le bien-fondé de l'action, il détermine aussi les conditions de forme de l'acte introductif d'instance (Paris, 8 févr. 2018, n°17/10742) et la compétence de la juridiction saisie l'action en diffamation étant de la seule compétence du tribunal de grande instance (Cass. com., 7 mars 2018 n°17-12027).

De l'interprétation stricte des règles de la publicité comparative (Cour d'appel de Paris, 22 mars 2018, n°16/17710 ; Cour de cassation, com, 8 nov. 2017, n°16.15162 ; Cour d'appel de Paris, 18 oct. 2017, n°16/14003).

Des arrêts récents illustrent à quel point la publicité comparative est strictement encadrée.

Selon un premier arrêt (**Cour d'appel de Paris, 22 mars 2018**), une enseigne de la grande distribution avait fait une publicité comparative sur le thème « *Une preuve de plus que YYY est moins cher* » et comparait les prix d'un panier de produits avec les prix d'une enseigne concurrente ZZZ. Cette dernière assigne l'auteur de la publicité pour dénigrement et concurrence déloyale au motif que cette publicité comparative serait trompeuse.

La cour d'appel valide la publicité s'agissant des produits comparés et de la vérifiabilité de la comparaison (produits, lieux, prix...). En revanche, **ce sont les écarts de prix annoncés que la cour sanctionne.** Si le panier YYY vaut 100 et que le panier ZZZ vaut 105, alors :

- il est vrai que « *ZZZ est 4,76% moins cher que YYY* »
- il est vrai que « *YYY est 5% plus cher que XXX* »
- mais il est faux de dire que « *ZZZ est 5% moins cher que YYY* ».

La troisième formule de calcul ayant été utilisée par l'annonceur, la cour juge dès lors que « *la publicité incriminée non seulement ne correspondait pas au slogan affiché, mais était de nature à induire en erreur le consommateur, (...) sur le montant des économies susceptibles d'être réalisées...* la publicité trompeuse et constitutive de concurrence déloyale.

Dans un deuxième arrêt (**Cour d'appel de Paris, 18 oct. 2017**), une enseigne avait fait une publicité « *XXX l'enseigne la moins chère de France* ». Une enseigne concurrente l'assigne, considérant que la publicité est trompeuse et illicite. L'annonceur pour justifier de sa licéité souligne qu'elle renvoyait à « *l'enquête prix grande surface* » publiée par l'UFC Que Choisir et dont les détails étaient supposés être accessibles sur le site internet de ladite association.

La cour relève que ce site n'était accessible lors de la diffusion de la publicité qu'aux abonnés et que les informations y figurant ne permettaient pas de fournir une justification complète de la comparaison, faute notamment de communication de relevés de prix.

Or, rappelle la cour, « *la vérifiabilité des informations suppose que le consommateur puisse avoir au seul vu de chacune des publicités connaissance du lieu ou du site où il peut accéder à la méthodologie.* » et « *le label UFC-Que Choisir ne saurait dispenser l'enseigne qui (...) reprend à son compte les résultats de l'étude de l'UFC Que Choisir de satisfaire aux prescriptions de l'article L.121-12 du code de la consommation.* ».

Si la cour rejette la qualification de publicité trompeuse en considérant qu'en l'espèce, seule l'absence de transparence de la méthodologie est en cause, elle n'en déclare pas moins **cette publicité comparative illicite** « *pour défaut de vérifiabilité.* ».

En revanche, dans une troisième affaire (**Cour de cassation, com, 8 nov. 2017**), une cour d'appel avait sanctionné une enseigne de la grande distribution pour une publicité par laquelle elle affirmait qu'un réseau de pharmacie était plus cher qu'elle sur les produits de parapharmacie. La cour d'appel avait tiré de cette comparaison de prix trop générale un caractère dénigrant et donc fautif. **Cet arrêt est cassé notamment au motif que « le seul fait de comparer des prix, qui relève de la nature même de la publicité comparative, ne caractérise pas un dénigrement. »**

DROIT DES CONTRATS

La loi ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été promulguée (loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018).

Les **principales précisions et modifications** intervenues à la suite de l'adoption de la loi n° 2018-287 du 20 avr. 2018 en droit des contrats sont les suivantes :

- l'article 1110 du code civil est modifié. La distinction entre le contrat d'adhésion et de gré à gré repose désormais sur la négociabilité et non sur la négociation : « *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* » et non plus « *librement négociées* ». **En l'absence de négociations, le contrat n'est donc pas nécessairement un contrat d'adhésion.** Il faut, pour qu'il soit qualifié comme tel, qu'il n'y ait pas eu de possibilité de négocier.
- Par ailleurs, le contrat d'adhésion est désormais défini comme celui « qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».** Les conditions générales de vente ne sont plus mentionnées, ce qui *a priori* élargit le domaine de ces contrats qui n'est plus uniquement celui des contrats conclus en nombre (entrée en vigueur pour les contrats conclus à compter du 1^{er} oct. 2018).
- l'article 1112 qui excluait déjà, en cas de faute commise dans les négociations, la réparation de la perte des avantages attendus du contrat non conclu, exclut désormais également « *la perte de chance d'obtenir ces avantages* » (disposition interprétative).
- à l'article 1137, il est précisé que la **réticence dolosive** portant sur l'estimation de la valeur de la prestation est exclue (entrée en vigueur pour les contrats conclus à compter du 1^{er} oct. 2018).
- l'article 1143 dispose désormais que l'état de dépendance dans lequel se trouve le contractant doit être apprécié à **l'égard de son cocontractant** (disposition interprétative).
- l'article 1165 al. 2 mentionne le droit de saisir le juge, en cas d'abus dans la fixation du prix, **pour obtenir la résolution du contrat.** La saisine n'est donc plus limitée aux dommages et intérêts (disposition interprétative).
- l'article 1171 est modifié et dispose désormais que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* » (entrée en vigueur pour les contrats conclus à compter du 1^{er} oct. 2018).
- L'article 1223 relatif à **l'exécution imparfaite** de la prestation est modifié comme suit : « *Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix* » (entrée en vigueur pour les contrats conclus à compter du 1^{er} oct. 2018). La disposition peu claire selon laquelle : « *S'il n'a pas encore payé, le*

créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais » est donc abandonnée.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Le paiement par mensualités d'un produit est une opération de crédit (Cour de cassation, com. 7 mars 2018, n° 16-16645).

La Cour de cassation considère que la vente d'un téléphone portable par un opérateur de téléphonie mobile dont le prix est payé *via* les mensualités de l'abonnement téléphonique qui est ainsi majoré pour y intégrer le prix du téléphone, doit être assimilée à **une opération de crédit** au sens de l'article L. 311-1 du code de la consommation.

Selon la Cour, la qualification d'opération de crédit « *s'entend, notamment, de toute facilité de paiement* », de sorte que la cour d'appel aurait dû rechercher « *si le report du prix d'achat du mobile sur le prix de l'abonnement en cas d'acquisition d'un terminal mobile à un prix symbolique n'était pas établi par le fait que la majoration mensuelle du forfait imposée au consommateur était concomitante à la réduction substantielle du prix du mobile (...)* ».

Cette décision va obliger les opérateurs qui pratiquent ce type d'offre à se mettre en conformité avec les dispositions du droit du crédit (publicité auprès des consommateurs et respect de la réglementation du code monétaire et financier et notamment le monopole bancaire de l'article L. 511-1 dudit code).

L'indemnité de résiliation d'un crédit-bail n'est pas une pénalité (Cour de cassation, com. 11 avr. 2018, n° 16-24.143).

La question posée était de savoir si une caution devait payer l'indemnité de résiliation prévue par le contrat résilié à un crédit-bailleur qui l'actionnait à la suite de la défaillance du crédit-preneur.

La cour d'appel de Paris n'avait condamné la caution qu'à payer les loyers impayés et les intérêts. Le crédit-bailleur ne justifiait pas avoir adressé à la caution les informations prévues par les anciens articles L 341-1 et L. 341-6 du code de la consommation (et désormais prévues aux articles L. 333-1 et 333-2 du code de la consommation) lorsque la caution est une personne physique. La caution doit ainsi être informée dans le mois des incidents de paiement non régularisés de la société débitrice principale et être destinataire d'une information annuelle concernant les intérêts, frais et commissions. A défaut, il y a déchéance des pénalités ou intérêts de retards.

L'arrêt est cassé car « *même fixée de manière forfaitaire, l'indemnité de résiliation due en cas d'exercice du droit de résilier le contrat de manière anticipée conféré au crédit-preneur (...)* ne constitue pas une pénalité (...), mais a pour objet de réparer le préjudice subi par le crédit-bailleur du fait (...) de (la) résiliation anticipée (...) ». **Même si la caution ne se voit pas adresser les informations susvisées, elle devra payer l'indemnité de résiliation.**