

LA LETTRE H

N° 8 – juillet / septembre 2018

Cette lettre présente une sélection des textes légaux et de la jurisprudence intervenus en droit économique au cours des mois de juillet à septembre 2018 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

LEGISLATION

La loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable a été adoptée le 2 octobre 2018.

Sous réserve de ce que pourra décider le Conseil constitutionnel qui a été saisi, les implications de cette loi, en ce qui concerne les **négociations commerciales**, seront les suivantes :

- lorsqu'il est conclu par écrit, tout contrat de vente de produits agricoles livrés sur le territoire français est régi par l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime. Celui-ci dispose que **la conclusion d'un contrat relatif à la cession à leur premier acheteur de produits agricoles destinés à la revente ou à la transformation en vue de la revente est précédée d'une proposition du producteur agricole**. Cette proposition de contrat doit comporter un certain nombre d'informations (prix ou critères de détermination de celui-ci, révision du prix, volumes, durée, délai de préavis et indemnité éventuellement applicables dans les différents cas de résiliation du contrat, notamment dans l'hypothèse où la résiliation est motivée par une modification du mode de production, ...).

Le contrat écrit est tacitement renouvelable pour une période équivalente, sauf stipulations contraires. Il fixe le préavis applicable au cas où il ne serait pas renouvelé.

En cas de non-respect de ces dispositions, une amende administrative (max.) de 2% du chiffre d'affaires est encourue

Selon le Gouvernement, sur son site Internet, l'objectif est d'inverser la construction du prix, le contrat et le prix associé étant proposés par les producteurs, en prenant en compte les coûts de production.

La conclusion de contrats de vente écrits **peut être rendue obligatoire par extension d'un accord interprofessionnel ou, à défaut, par un décret en Conseil d'Etat** qui précise les produits ou catégories de produits concernés. L'accord interprofessionnel ou le décret mentionné fixe la

durée minimale du contrat de vente, qui ne pourra excéder cinq ans, sauf renonciation expresse écrite du producteur. Il pourra prévoir que la durée minimale des contrats portant sur un produit dont le producteur a engagé la production depuis moins de cinq ans sera augmentée dans la limite de deux ans.

- selon l'article 631-28, tout litige entre professionnels relatif à un contrat la vente de produits agricoles ou alimentaires doit, avant toute saisine du juge, **faire l'objet d'une médiation** par le médiateur des relations commerciales agricoles, sauf stipulation contraire du contrat ou recours à l'arbitrage.
- le Gouvernement est autorisé à **légiférer par ordonnance**, dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi, pour prévoir sur une durée de deux ans le relèvement du **seuil de revente à perte** de l'article L. 442-2 du code de commerce de 10 % pour les denrées alimentaires revendues en l'état au consommateur.

Sous les mêmes conditions, le Gouvernement pourra encadrer en valeur et en volume **les opérations promotionnelles portant sur la vente au consommateur de denrées alimentaires** et de définir les sanctions permettant d'assurer l'effectivité de ces dispositions. Selon le Gouvernement, « *Fini le "1 acheté 1 gratuit", en revanche le "2 achetés 1 gratuit" restera possible* ».

- l'article 10 de la loi **annonce de futures modifications relatives à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives ou prohibées** (titre IV du livre IV du code de commerce). Le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance toute mesure afin notamment de :

- * clarifier les règles de facturation ;
- * préciser les dispositions relatives aux conditions générales de vente ;
- * simplifier les dispositions relatives aux conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de service ou les grossistes ;
- * simplifier et préciser les définitions des pratiques mentionnées à l'article L. 442-6 du code de commerce.

- sous peine d'une amende administrative maximum de 15.000 € pour une personne physique et 75.000 € pour une

personne morale, l'article L. 253-5-1 du code rural et de la pêche **interdit désormais lors de la vente de produits phytopharmaceutiques les remises, rabais, ristournes**, la différenciation des conditions générales et particulières de vente au sens du I de l'article L. 441-6 du code de commerce ou la remise d'unités gratuites et toutes pratiques équivalentes.

JURISPRUDENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Amende record pour un abus de position dominante (Commission européenne, 18 juil. 2018)

La Commission européenne a infligé une amende de **4.34 milliards d'euros** pour abus de position dominante à Google qui, selon elle, abuse de sa position dominante sur les marchés des services de recherche générale sur l'internet, des systèmes d'exploitation mobiles intelligents sous licence et des boutiques d'applications en ligne pour le système d'exploitation mobile Android en :

- exigeant des fabricants qu'ils préinstallent l'application Google Search et son navigateur (Chrome) comme condition à l'octroi de la licence pour sa boutique d'applications en ligne (Play Store). **Il s'agit de ventes liées** qui ne sont pas interdites en elles-mêmes mais qui peuvent l'être si l'entreprise qui les pratique est en position dominante.
- payant des grands fabricants et des grands opérateurs de réseaux mobiles pour qu'ils préinstallent **en exclusivité** l'application Google Search sur leurs appareils. **Une telle pratique est interdite pour une entreprise en position dominante** après examen des conditions auxquelles les incitations ont été accordées, de leur montant, de la part de marché couverte par ces accords et de leur durée (V. CJUE, 6 septembre 2017, affaire C-413/14 P).
- **empêchant** les fabricants souhaitant préinstaller les applications Google d'utiliser une autre version d'Android non approuvée par Google (les « forks Android »).

Outre l'amende, la Commission exige de Google la fin des abus susvisés dans les quatre-vingt-dix jours de la décision sous peine **d'une astreinte maximum de 5 %** du chiffre d'affaires journalier moyen mondial de sa société mère.

Sanction d'un échange d'informations entre concurrents dans le secteur de la messagerie (Cour d'appel de Paris, 19 juil. 2018, n° 16/01270).

La cour d'appel de Paris a rendu son arrêt à la suite du recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence ayant condamné plusieurs entreprises de messagerie à des amendes pour un total de plus de 670 millions d'euros pour entente (Décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015). **Deux ententes avaient été sanctionnées :**

- l'une ayant duré environ deux ans tendait à la répercussion aux clients de la hausse du carburant.

- l'autre d'une durée d'environ six ans consistait en un échange d'informations, notamment lors de réunions au sein de leur syndicat professionnel, sur les hausses tarifaires envisagées pour les clients.

Les principaux enseignements à retenir de l'arrêt qui confirme globalement la décision de l'Autorité sont les suivants :

- la Cour a retenu pour l'une des entreprises poursuivies que la preuve qu'elle avait assisté à des réunions pendant une certaine période n'était pas rapportée et que **le seul fait qu'elle ait été destinataire de courriels ne pouvait suffire à caractériser sa participation** à l'entente pendant cette période « à défaut de démonstration qu'elle aurait sollicité ces envois ou préalablement donné son accord pour les recevoir ».
- en revanche, un autre opérateur ne peut soutenir qu'il n'avait pas participé à l'échange au motif qu'il se serait distancié de cette pratique en affirmant vouloir reconquérir ses parts de marché, cette information étant sensible car donnant des indications sur son comportement futur.
- dans la mesure où il s'agissait **d'ententes par objet**, il n'y avait pas à analyser leurs effets. En effet, une entente sur les prix ou un **échange d'informations sur des intentions futures** est anticoncurrentielle par objet (Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011, point 73).
- s'agissant des sanctions, **les sociétés-mères sont condamnées pour les actes de leurs filiales** dès lors qu'elles exerçaient une **influence déterminante** sur celles-ci, ce qui est présumé en cas de détention de la totalité du capital de la filiale.
- la Cour énonce que lorsque l'Autorité sanctionne, par une même décision, des infractions différentes, elle **n'a pas l'obligation d'appliquer la même méthode de calcul des sanctions pour les différentes infractions commises par les mêmes entreprises sur le même marché**. Ainsi, aucun principe ne lui interdit de sanctionner une infraction, en appliquant la méthode énoncée dans le communiqué sanctions du 16 mai 2011, et de sanctionner l'autre, en déterminant la sanction forfaitairement. Le choix se fera selon que des circonstances particulières ou des raisons d'intérêt général justifieront ou pas qu'elle s'écarte du communiqué sanctions.
- la sanction de trois millions d'euros contre l'entreprise qui avait dénoncé les pratiques d'entente à la suite d'une clémence est confirmée **pour ne pas avoir satisfait à son obligation de coopération avec l'Autorité**. En effet, elle avait participé à une réunion après avoir obtenu la clémence sans en avoir informé l'Autorité.

Sanction infligée pour non-respect des conditions posées pour une opération de concentration (Autorité de la concurrence, 27 juil. 2018).

L'Autorité de la concurrence a infligé une sanction de 20 millions d'euros à une entreprise qui avait obtenu l'autorisation de racheter l'un de ses concurrents sous la condition expresse notamment de céder trois magasins. Or **ces**

cessions n'ont pas eu lieu, d'où cette sanction fondée sur l'article L.430-8, 3° du code de commerce.

Ce qui est reproché à l'entreprise n'est pas la non-cession des magasins, puisque l'Autorité a convenu des réels efforts faits pour parvenir à la cession mais le fait, selon son communiqué, « *que, confrontée à des difficultés pour trouver un repreneur pour les 3 autres magasins, il appartenait à [l'entreprise] de prendre toutes les mesures appropriées pour pouvoir satisfaire à ses engagements, notamment en sollicitant l'Autorité pour substituer d'autres magasins à ceux qu'elle n'arrivait pas à céder* ». Outre l'amende, l'Autorité lui a **imposé de céder deux autres magasins en substitution** des précédents non vendus.

Un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente (Cour d'appel de Paris, 13 sept. 2018, n° 15/21296)

Un distributeur faisait grief à son ancien fournisseur d'avoir donné instruction aux distributeurs exclusifs de son réseau européen de refuser ses commandes et de faire ainsi obstacle à des ventes passives à son profit en violation de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le plaignant indiquait avoir contacté plusieurs distributeurs dont aucun n'avait donné suite à ses commandes, ce parallélisme de comportement constituant, selon lui la preuve d'une entente anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-1.

Après avoir rappelé qu'un contrat de distribution exclusive n'est pas en soi anticoncurrentiel et vérifié que le contrat de distribution proposé par le fournisseur ne stipulait pas d'interdiction des ventes passives, **la cour d'appel juge que le simple parallélisme de comportement de quelques distributeurs ne constitue pas un faisceau d'indices suffisant d'une entente anticoncurrentielle dès lors qu'il existait plus de 300 distributeurs et que seuls quelques-uns avaient été sollicités**. La Cour considère en conséquence que la preuve d'un accord de volonté exprès entre fournisseur et distributeurs ou à tout le moins un acquiescement tacite de la part de ces derniers n'était pas apportée.

Pratiques restrictives

Rupture brutale ou abusive de relations commerciales ? (Cour d'appel de Paris, 4 juil. 2018, n°16/05518).

Après 14 ans de relations, un fournisseur notifie à son distributeur la non-reconduction du contrat à son échéance 5 mois plus tard en invoquant différentes insuffisances dudit distributeur. Ce dernier assigne le fournisseur en rupture brutale et abusive des relations commerciales établies.

La cour d'appel juge que si les manquements du distributeur n'étaient pas **d'une gravité telle** qu'ils empêchaient le contrat d'aller à son terme, ils ne pouvaient pas justifier non plus que le préavis ne soit pas prolongé pour tenir compte de l'ancienneté des relations. Le fournisseur est dès lors condamné à des dommages et intérêts pour rupture brutale.

En revanche, la cour considère que les motifs invoqués étant **surabondants** pour une simple non-reconduction de contrat, **ils n'ont pas fait dégénérer la rupture en abus** quand bien

même ils seraient mal fondés. Le distributeur est donc débouté de ses demandes au titre d'une rupture abusive.

Un concessionnaire condamné à indemniser son fournisseur pour rupture de son contrat (Cour d'appel de Paris, 12 sept. 2018 n° 15/15234).

Un concédant résilie les deux contrats correspondant à deux points de vente de son concessionnaire avec un préavis de deux ans. En cours de préavis, le concessionnaire notifie sa décision de cesser l'exécution du contrat sur l'un des sites au motif que l'exploitation était déficitaire et sur le second site cesse de fait de remplir ses obligations, contraignant ainsi le fournisseur à notifier une résiliation immédiate. La cour d'appel a condamné le concessionnaire au visa de l'article 1134 (ancien) du code civil à **indemniser le concédant pour rupture fautive de ses contrats**. Une condamnation d'un concessionnaire à ce titre est assez rare.

S'agissant de l'indemnisation, la cour d'appel ne l'a pas calculée sur la totalité du préavis inexécuté mais seulement jusqu'à ce que le concédant ait retrouvé un nouveau distributeur. Ce faisant, **la cour a pris en compte pour l'évaluation du préjudice des éléments postérieurs à la résiliation**. Or, c'est très exactement ce que lui avait reproché la Cour de cassation à plusieurs reprises (et encore récemment, Cass. com, 5 juillet 2017, n°16-14201) lorsqu'elle avait été saisie en matière de rupture brutale de relations commerciales établies (L. 442-6, 1, 5° du code de commerce).

Est-ce à dire que l'évaluation du préjudice se fait différemment selon que **le fondement de l'action est délictuel** (L. 442-6, I, 5° du code de commerce) **ou contractuel** (1103 et suivants du code civil), ce qui ne serait pas très cohérent, ou doit-on y voir une volonté de considérer la réalité des faits de chaque dossier plutôt que de forfaitiser le dommage comme le voudrait la Cour de cassation ? La seconde hypothèse serait juridiquement la plus satisfaisante.

La Cour de cassation confirme la condamnation d'un distributeur à restituer à ses fournisseurs près de 77 millions d'euros (Cour de cassation, com. 26 sept 2018, n° 17-10.173).

La Cour de cassation avait à statuer sur **la réalité des services** proposés par la grande distribution contre rémunération à ses fournisseurs, réalité dont doutait le Ministre de l'Economie qui avait intenté une action à l'encontre d'un distributeur sur le fondement de l'article L. 442-6 III du code de commerce. La cour d'appel avait condamné le distributeur à restituer une somme de près de 77.000.000 euros et à une amende civile de 1.000.000 d'euros (Paris, 29 juin 2016, n° 14/09786).

A l'occasion de cet arrêt, la Cour de cassation rappelle que **le service de coopération commerciale donnant lieu à rémunération doit être spécifique et aller au-delà des simples obligations résultant des opérations d'achats et de ventes**, en donnant au fournisseur un avantage particulier de nature à faciliter la commercialisation de ses produits. En l'occurrence, les contrats de coopération commerciale ne définissaient pas précisément la prestation de service facturée, certains fournisseurs ignorant son contenu exact et certains magasins du distributeur ne la connaissant même pas. **Le service facturé apparaissait donc fictif**.

Rebondissement sur la question du contrôle du prix par le juge au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : la Cour de cassation accepte de soumettre au Conseil constitutionnel une QPC (Cour de cassation, com., 27 sept. 2018, n° 18-40.028).

L'on pensait la cause entendue depuis l'arrêt du 25 janvier 2017 (Cour de cassation, com., 25 janvier 2017, n° 15-23547, voir Lettre H n° 1) selon lequel le déséquilibre significatif pouvait résulter « d'une inadéquation du prix au bien vendu », de sorte que « l'article L 442-6 I 2 autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans des droits et obligations des parties ».

Or, par son arrêt du 27 septembre 2018, **la Cour de cassation accepte, à la demande d'une partie, de poser une QPC (question prioritaire de constitutionnalité)** au Conseil constitutionnel dans les termes suivants : "L'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garantis par les articles 8, 9, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1er de la Constitution ?"

Dans la mesure où l'article L. 442-6, I, 2° ne prévoit pas explicitement le contrôle du prix par le juge, c'est en réalité sa propre interprétation du texte que la Cour de cassation soumet au Conseil constitutionnel. S'il se prononçait contre ce contrôle, d'autres textes pourraient être remis en cause. **En effet, si le contrôle judiciaire du prix convenu peut surprendre car il est exclu par les autres textes relatifs aux clauses abusives (articles L 212-1 du code de la consommation et 1171 du code civil), ce contrôle n'est pas inédit en droit français.** L'article L 442-6, I, 1° par exemple permet de sanctionner un avantage « *manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu [...]* » [voir notre article intitulé « *Clauses abusives dans les contrats commerciaux : état des lieux dix ans après* » (Daloz AJ Contrat – août-septembre 2018 – n° 8-9, p. 370)].

Concurrence déloyale

Parasitisme aux dépens d'une marque notoire (Cour de cassation, com, 10 juil. 2018, n°16-23694).

Une cour d'appel avait débouté une marque de champagne de sa demande fondée sur le parasitisme au motif qu'elle n'avait pas démontré l'existence d'efforts et d'investissements promotionnels au profit de sa marque dont le tiers aurait pu profiter de façon illégitime. La Cour de cassation casse cet arrêt en estimant que la cour d'appel aurait dû prendre en considération « *le prestige et la notoriété acquise, non contestés, de la dénomination sociale et du nom commercial* » de la marque. Ainsi, **selon la Haute juridiction, le fait de se placer dans le sillage d'une marque notoire est suffisant pour caractériser le parasitisme** sans qu'il soit nécessaire

pour le plaignant de démontrer la réalisation d'investissements que la notoriété de la marque ne rend au demeurant pas nécessairement indispensable.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Agent commercial : l'indemnité de fin de contrat doit être fixée en fonction du préjudice subi (Cour d'appel de Paris, 24 mai 2018, n° 15/21617 ; 7 juin 2018, n° 16/21999 ; 21 juin 2018, n° 16/14543 ; 6 sept. 2018, n° 16/25839 ; 13 sept. 2018, n° 16/16742).

L'article L. 134-12 du code de commerce confère à l'agent commercial un « *droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* » en cas de cessation des relations avec le mandant. Cette indemnité est fréquemment fixée à deux années de commissions. Pour autant, « *son quantum n'étant pas réglementé, il convient de fixer son montant en fonction des circonstances spécifiques de la cause, même s'il existe un usage reconnu qui consiste à accorder l'équivalent de deux années de commissions, lequel usage ne lie cependant pas la cour* » (Paris, 7 juin 2018, n° 16/21999).

La cour d'appel de Paris rappelle que ce calcul n'a rien d'automatique et que les juges du fond restent libres d'apprécier la réalité du préjudice subi « *en fonction du préjudice subi, résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune, en tenant compte de la durée effective du contrat d'agent commercial* » (Paris, 24 mai 2018, n° 15/21617). Ainsi, dans une première espèce, deux contrats d'agent avaient eu une durée **de trois et deux ans** « *ce qui n'a pas permis de stabiliser une véritable clientèle propre* », de sorte que l'indemnité compensatrice a été fixée à « *une année de commissions, fixée sur la moyenne annuelle des trois dernières années de commissions* » (Paris, 24 mai 2018, n° 15/21617). La Cour a également fixé l'indemnité à **une année de commissions** pour une relation de **quatre ans** dans deux autres procédures (Paris, 21 juin 2018, n° 16/14543 ; 6 sept. 2018, n° 16/25839).

En revanche, pour une **durée totale de vingt-sept ans**, la Cour a jugé qu'il n'existait pas « *de raison de s'écarter de [l']usage en deçà, ni d'ailleurs d'aller au-delà en l'absence de tout justificatif d'un préjudice supplémentaire directement lié à la rupture* » (Paris, 7 juin 2018, n° 16/21999). Il en va de même pour une durée d'environ **dix ans** (Paris, 13 sept. 2018, n° 16/16742).

DROIT DE LA CONSOMMATION

Etendue du droit de rétractation pour les contrats signés hors établissement (Cour de cassation, civ 1, 12 sept. 2018, n°17-17319).

Un architecte avait signé hors établissement un contrat avec un prestataire pour la création d'un site internet puis s'était rétracté. Le prestataire l'assigne en paiement. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé que, même si le site internet était à **vocation professionnelle** pour l'architecte, sa création n'entraînait pas dans le champ de son activité principale si bien qu'il pouvait se prévaloir des dispositions de **l'article L. 121-6** du code de la consommation (devenu L. 221-3) conférant un droit de rétractation.