

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 9 – octobre / novembre 2018

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

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Sanction d'une restriction de vente par Internet (Autorité de la concurrence, Décision n°18-D-23 du 24 oct. 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture).

Un fournisseur de matériel de motoculture (tronçonneuses notamment) vendant ses produits par le biais d'un réseau de distribution sélective a été sanctionné pour avoir restreint les ventes par Internet de ses distributeurs. Sans les interdire, le fournisseur exigeait **une remise en main propre** des produits par le distributeur à l'acheteur (retrait en magasin ou livraison en personne au domicile de l'acheteur).

Pour l'Autorité de la concurrence, le fournisseur **interdisait** en réalité à ses distributeurs la vente des produits par Internet. En effet, la remise en main propre n'était imposée par aucune réglementation pour les produits en cause. Une amende de **7 millions d'euros** a été infligée au fournisseur qui **s'est vu également enjoindre de modifier ses contrats**.

Cette décision est dans la droite ligne de l'arrêt *Pierre Fabre* de la Cour de Justice selon lequel **toute restriction directe ou indirecte de vente par Internet imposée à un distributeur est une restriction par objet** (CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre*, aff. C-439/09). Il est seulement admis qu'un fournisseur, pour préserver son image de marque, puisse interdire la vente en ligne de ses produits **sur des plateformes tierces** (CJUE, 6 déc. 2017, *Coty*, aff. C-230/16).

La question de la justification de la restriction, en l'espèce, **par la dangerosité** des produits nécessitant une prise en main par l'acheteur, aurait pu pourtant paraître pertinente.

Les clauses d'un contrat peuvent caractériser la dépendance économique d'un franchisé à l'égard de son franchiseur (Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2018, n° 16/05817).

Selon la cour d'appel de Paris, « *La mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur pourrait [...] résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier,*

dont la finalité serait de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse être opposée aux franchisés ».

En l'espèce, le contrat de franchise contenait les clauses suivantes :

- une clause selon laquelle le franchisé **s'obligeait à s'approvisionner** auprès des centrales du franchiseur, des autres franchisés, des fournisseurs référencés par le franchiseur ou encore devait soumettre les fournisseurs de son choix à la procédure d'agrément du franchiseur.
- une **clause de non-concurrence** pendant la durée du contrat **puisé un an à compter de son expiration**.

La cour d'appel de Paris estime que **ces deux clauses plaçaient le franchisé en situation de dépendance économique** à l'égard de son franchiseur car le privant de toute solution alternative à la distribution des produits.

Cet arrêt implique que **nombre de franchisés sont en dépendance économique à l'égard de leurs franchiseurs** car beaucoup de contrats de franchise contiennent les clauses susvisées, lesquelles **sont d'ailleurs licites** sous certaines conditions au regard du droit de la concurrence, à tout le moins lorsque la part de marché des parties ne dépasse pas 30 % sur leurs marchés respectifs [V. art. 5, 1 a et b et 5, 3 du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 pour les clauses de non-concurrence et point 190 b) des Lignes directrices du 19 mai 2010 sur les restrictions verticales pour les clauses d'approvisionnement exclusif].

L'existence d'une situation de dépendance économique n'est cependant pas fautive. Encore faut-il pour être condamné que le franchiseur ait abusé de cette dépendance et que, selon l'article L. 420-2 al. 2 du code de commerce, cet abus soit « *susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence* ». Un effet à tout le moins potentiel sur le marché doit ainsi être démontré. En l'occurrence, la Cour a jugé que le franchiseur n'avait pas commis l'abus reproché.

En conséquence, **même en présence d'une situation de dépendance économique, la mise en œuvre de l'article L. 420-2 al. 2** reste délicate, ce qui explique que la

jurisprudence caractérise assez peu d'abus de dépendance économique. Au demeurant, cette qualification n'est pas nécessairement très utile car un abus peut être sanctionné sur d'autres fondements tels que l'abus de droit [article 1104 (nouveau) du code civil] ou encore l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce (obligations déséquilibrées) sans que l'état de dépendance économique ni l'effet anticoncurrentiel sur le marché n'aient à être démontrés.

Pratiques restrictives

Cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (Cour de cassation, com, 24 oct. 2018, n° 17-25672).

Une entreprise fait grief à l'organisateur d'un congrès de l'avoir discriminée et engage **la responsabilité contractuelle** de celui-ci au motif qu'il a refusé sa participation au congrès en dépit de sa demande [article 1147 (ancien) du code civil]. Ce refus intervenant après treize années de participation, l'entreprise demande également réparation au titre de la brusque rupture des relations (article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, **texte de responsabilité délictuelle**).

La cour d'appel examine la demande formée au titre de la discrimination et déboute. Elle rejette également la demande fondée sur la brusque rupture au motif que le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle interdit au justiciable qui a agi sur le fondement contractuel, de former une demande indemnitaire délictuelle pour des mêmes faits.

La Cour de cassation casse l'arrêt en rappelant « *que ce principe interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie* ».

L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce relève d'une loi de police (Cour d'appel de Paris, 7 nov. 2018, n° 16/14312).

La cour d'appel a appliqué les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce dans un litige entre une société sénégalaise et une société française, alors même que la Cour a considéré que le droit sénégalais était applicable.

En effet, la loi française trouve à s'appliquer s'il s'agit d'une **loi de police**. Or, selon la Cour, tel est bien le cas de l'article susvisé « *en ce qu'il s'agit de dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensables pour l'organisation économique et sociale* ».

Ce n'est pas la première fois que la cour d'appel de Paris qualifie de loi de police l'article L. 442-6 (V. par exemple, CA Paris, 7 mars 2013, n° 12/04392 ; CA Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784). La Cour de cassation ne s'est cependant jamais prononcée clairement sur ce point, considérant seulement que lorsque le ministre de l'Economie agit sur le fondement de l'article L. 442-6, III du code de commerce, il agit en « *défenseur de l'ordre public économique* » sans qualifier la

loi elle-même de loi de police ou d'ordre public (Cour de cassation, Com. 10 septembre 2013, n° 12-21.804).

Refus d'agrément d'une cession et rupture brutale (Cour d'appel de Paris, 28 nov. 2018, n° 16/15057).

Ne constitue pas une rupture brutale des relations commerciales au regard de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la résiliation par un constructeur automobile du contrat d'un réparateur agréé après qu'un repreneur a acquis les titres dudit réparateur sans attendre l'agrément de la cession par le constructeur contractuellement prévu. Le constructeur, qui a ensuite refusé d'agréer la cession, a mis fin, conformément aux stipulations contractuelles en pareil cas, au contrat du réparateur sans engager sa responsabilité.

La décision aurait pu être différente si le refus d'agrément avait été fautif mais il n'apparaît pas qu'il ait été contesté sur le fondement par exemple de l'abus de droit.

Le réparateur agréé ne faisant plus partie du réseau, il cesse d'acheter des pièces détachées auprès du concessionnaire qui était son fournisseur. Ce dernier **agit donc parallèlement contre le réparateur agréé en rupture brutale**. La Cour le déboute au motif que le refus d'agrément motivant la résiliation du contrat du réparateur ne pouvait être imputé à ce dernier, cette décision ayant été prise par le constructeur.

La décision n'est pas nécessairement en ligne avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui n'admet que de manière restrictive le non-respect d'un préavis suffisant. Elle exige de manière régulière **une faute grave** de la part de la victime de la rupture (Cour de cassation, com. 9 juil. 2013, n° 12-21.001 et 5 avr. 2018, n° 16-19.923) ou un cas de force majeure. Or, en l'espèce, le fournisseur de pièces, victime de la rupture de la part du réparateur agréé, n'a pas commis de faute. Quant au réparateur agréé, la perte de son contrat avec le constructeur n'a vraisemblablement pas les **caractéristiques de la force majeure** en ce qu'elle n'apparaissait pas **imprévisible** et lui était imputable pour avoir acquis les titres sans l'agrément du constructeur.

Le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n'est pas contraire à la Constitution (Conseil constitutionnel, Décision n° 2018-749, QPC du 30 nov. 2018).

Le 27 septembre 2018, la Cour de cassation avait, à la demande d'une partie, posé une QPC (question prioritaire de constitutionnalité) au Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la conformité à la Constitution de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, c'est-à-dire en ce qu'il permet au juge d'exercer un contrôle sur le prix convenu par les parties (Cour de cassation, com. 27 sept. 2018, n° 18-40.028 – cf. Lettre du Cabinet n°8).

Le Conseil répond par l'affirmative. **Le prix convenu par les parties peut donc constituer une obligation déséquilibrée au regard de l'article L. 442-6, I, 2°** que le juge peut examiner et sanctionner (amende civile, dommages et intérêts ou nullité du prix). Le Conseil a notamment considéré que « *le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales. L'atteinte portée à*

ces deux libertés par les dispositions contestées n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (...) ».

Concurrence déloyale

Concurrence déloyale et risque de confusion : l'important est dans les ressemblances et non dans les différences (Cour d'appel de Paris, 26 oct. 2018, n° 17/14564).

Un célèbre fabricant de bouchons antibruit assigne en référé un concurrent pour faire interdire la commercialisation de produits dont il estime que la ressemblance sciemment recherchée avec ses propres produits engendre **un risque de confusion** constitutif de concurrence déloyale.

Pour sa défense, le concurrent fait valoir que les marques sont distinctes et qu'il existe des différences sur les emballages et la composition des gammes. La Cour rappelle alors que *« le bien-fondé de l'action en concurrence déloyale s'apprécie d'après les ressemblances et non d'après les différences, le juge devant rechercher si l'impression d'ensemble est de nature à générer une confusion dans l'esprit de la clientèle qui n'a pas les deux éléments en même temps sous les yeux »*.

Or, précisément, après une analyse concrète et circonstanciée des produits, la Cour en conclut que les produits concurrents *« sont fortement évocateurs des bouchons d'oreilles [du premier fabricant] et leur confèrent une impression de ressemblance frappante augmentée par la reprise de gamme qui crée un risque de détournement de clientèle évident. »* Les ressemblances d'emballages étant également fortes, la Cour en déduit que le concurrent a cherché à **se placer dans le sillage** du fabricant historique de manière déloyale. **S'agissant d'une mesure de référé, la Cour ordonne le retrait des produits litigieux sous astreinte sans même exiger du demandeur la démonstration de son préjudice.**

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Le pré-étiquetage des produits par le fournisseur ne suffit pas à caractériser une pratique de prix imposé (Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2018, n° 16/05817).

La Cour **écarte** le grief fait par un franchisé selon lequel son franchiseur **l'aurait obligé à vendre à perte**, le prix de vente conseillé étant inférieur au prix d'achat du franchisé auprès du franchiseur, et *« automatiquement répercuté au rayon, par le logiciel [...] et [figurant] sur les étiquettes préimprimées »*. Outre le fait que le franchisé ne rapportait pas la preuve des prix qu'il pratiquait, la Cour juge que le franchisé ne démontre pas *« que le prix de vente conseillé était en réalité un prix imposé par le franchiseur [...] »* car notamment, le franchisé avait parfois changé manuellement les prix.

La position de la Cour est conforme à un arrêt de cette même Cour plus ancien selon lequel *« tout fournisseur peut en principe déterminer librement les conditions de distribution de ses produits et diffuser auprès des revendeurs des prix conseillés ou indicatifs, même au moyen d'un système de préétiquetage ; (...) c'est seulement lorsque les engagements contractuels ou le comportement des intéressés démontrent qu'en réalité les prix proposés s'imposent aux revendeurs que la pratique en cause peut constituer une atteinte illicite à la liberté de la concurrence »* (Cour d'appel de Paris, 7 mai 2002, n° 2001/18583).

En 1996, le Conseil de la concurrence avait pourtant adopté une position contraire, considérant que *« le préétiquetage des articles par le franchiseur [...], le préenregistrement de ce même prix dans les caisses enregistreuses des franchisés par le franchiseur lui-même [...] »* constituent une pratique de prix imposés même *« si la possibilité est offerte aux franchisés de modifier les prix préconisés par le franchiseur et enregistrés dans la caisse enregistreuse par une opération manuelle »*. En effet, *« cette faculté est dans la pratique limitée par [...] un nombre très important de références [...] »* (Cons. Conc. Décision n° 96-D-36 du 28 mai 1996 relative à des pratiques relevées dans le réseau de franchise de vêtements pour enfants Z).

Franchise : validité des clauses de non-concurrence post-contractuelles ou de non-réaffiliation (Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2018, n° 16/05817 ; 3 oct. 2018, n° 16/11454 ; 22 nov. 2018, n° 18/06688 ; Cour de cassation, com. 28 nov. 2018, n° 17-18.619).

Dans une première espèce, la cour d'appel a jugé que la clause de non-concurrence post-contractuelle interdisant une activité identique ou similaire pendant un an à compter de la date de cessation du contrat **dans un rayon de 30 km du magasin exploité dans le cas d'une zone dite rurale et de 10 km dans une zone urbaine est disproportionnée** (donc nulle) *« par rapport aux intérêts du créancier et porte une atteinte excessive au débiteur, une interdiction d'exercer l'activité identique dans les locaux même où étaient exercées les activités sous franchise s'avérant en l'espèce suffisante pour éviter tout risque de confusion entre les enseignes [...] »* (Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2018, n° 16/05817).

Cette décision est conforme au droit de la concurrence et notamment au règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 selon lequel les clauses de non-concurrence sont des restrictions exclues, c'est-à-dire ne bénéficiant pas de l'exemption, si certaines conditions ne sont pas remplies, et notamment lorsque la clause de non-concurrence n'est pas limitée à une année et aux locaux à partir desquels le franchisé a exercé son activité pendant la durée du contrat (V. article 4, 3 du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010).

Dans une deuxième espèce, la Cour raisonne de même pour une clause de non-réaffiliation bien qu'une telle clause soit « distincte d'une clause de non-concurrence, par la restriction, en principe moins importante, apportée à la liberté commerciale du franchisé, en ce qu'elle interdit simplement l'affiliation à un réseau concurrent, mais non l'exercice, en indépendant, de l'activité concurrente, par l'ancien franchisé [...] ». Pour autant, cette clause *« ne doit [...] pas, comme une clause de non-concurrence, porter une atteinte disproportionnée aux intérêts du débiteur, outrepassant la nécessaire protection du savoir-faire du créancier »* (Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2018, n° 16/11454).

La clause, interdisant de s'affilier à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire métropolitain, était insuffisamment limitée dans l'espace, portant une atteinte excessive aux intérêts des franchisés. **Elle est donc jugée nulle**. Le franchisé aurait également pu invoquer **l'article L. 341-2 du code de commerce** comme l'a fait un autre franchisé.

Dans cette troisième espèce (Cour d'appel de Paris, 22 nov. 2018, n° 18/06688), un franchisé, à l'issue de son contrat, s'était réaffilié dans les mêmes locaux à un réseau concurrent

en dépit d'une clause de non-réaffiliation. L'ancien franchiseur, estimant que cette violation constitue un trouble manifestement illicite, saisit le juge des référés pour le faire cesser. La clause de non-réaffiliation est contestée sur le fondement de **l'article L. 341-2 du code de commerce qui dispose que**, sauf exceptions listées par le texte, « *Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite* ».

Après avoir jugé que ce texte issu de la loi du 6 août 2015 était bien applicable aux contrats en cours à la date de la publication de cette loi, la Cour conclut **que la validité de la clause litigieuse n'est pas certaine au stade du référé** car elle a pour effet d'interdire au franchisé de « *s'affilier, d'adhérer, de participer directement ou indirectement à un réseau d'agences immobilières national ou régional concurrent ou d'en créer un lui-même [...], et ce, dans le département de la ville désignée au présent contrat* ».

Or, si selon l'article L. 341-2, une clause de non-réaffiliation ou de non-concurrence peut être valable, **elle doit être limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant a exercé son activité** pendant la durée du contrat, et non couvrir l'ensemble du département des Alpes-Maritimes, de sorte que **la preuve d'un trouble manifestement illicite n'était pas rapportée**. Il est à noter que les conditions de validité d'une clause de non-réaffiliation ou de non-concurrence listées par l'article L. 341-2 reprennent ce qui est prévu par l'article 5, 3 du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010.

Enfin, **dans une quatrième espèce**, c'est au **visa de l'article 1134** (ancien) du code civil et **du principe de la liberté du commerce et de l'industrie** qu'est cassé un arrêt ayant jugé licite l'interdiction pour un franchisé, pour une durée de douze mois à compter de la fin du contrat, d'exercer une activité similaire ou identique ou de s'affilier à un réseau concurrent **dans un rayon de 150 kilomètres**. La Cour d'appel aurait dû rechercher si cette clause ne restreignait pas excessivement la liberté d'exercice du franchisé (Cour de cassation, com. 28 nov. 2018, n° 17-18.619).

Franchise : information précontractuelle erronée et indemnisation au titre de la perte de chance (Cour d'appel de Paris, 24 oct. 2018, n° 16/10932).

La cour d'appel de Paris rappelle que pour satisfaire à son obligation d'information précontractuelle prévue aux articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce, **le franchiseur n'est pas tenu de remettre un compte d'exploitation prévisionnel au candidat à la franchise** et qu'il appartient à chaque franchisé d'établir son compte prévisionnel. Pour autant, **si le franchiseur remet un compte d'exploitation, il doit donner des informations sincères et vérifiables**. En l'espèce, le document d'information remis au franchisé était très **succinct** (6 pages), avec une description du marché local tout aussi succincte. Aucune mention relative aux autres magasins du réseau implantés dans la zone géographique n'y figurait. Par ailleurs, **les « comptes prévisionnels fournis par le franchiseur se sont révélés grossièrement irréalistes »**.

La comparaison avec les prévisionnels **mettait en évidence un écart substantiel** de 78,15 % en année 1 et de 49 % pour les années 3 à 5, par rapport aux prévisions pour l'année 3. Le franchiseur a donc engagé sa responsabilité. Pour la Cour, « *le*

préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses, et non par les pertes subies. La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». En l'occurrence, le franchisé aurait pu ne pas connaître de pertes. **La Cour a fixé à 80 % le pourcentage de chance** de ne pas contracter et l'a indemnisé à hauteur de 80 % de ses pertes. **Le dirigeant** doit également être indemnisé à hauteur de 80 % du salaire qu'il aurait dû gagner selon le prévisionnel.

DROIT DES CONTRATS ET DES PROCEDURES COLLECTIVES

Revendication : oubli de l'envoi d'une copie au mandataire judiciaire. Quelles conséquences ? (Cour de cassation, com, 3 oct. 2018, n° 17-10557).

Un liquidateur judiciaire demande la restitution de plusieurs véhicules rendus au créancier à la suite de la revendication adressée à l'administrateur judiciaire pendant le redressement judiciaire, car la copie de la revendication n'avait pas été adressée au mandataire judiciaire en violation des dispositions de l'article R. 624-13 du code de commerce. La revendication n'en est pas moins valable car **aucun texte ne sanctionne la méconnaissance de cette formalité**.

Clause de réserve de propriété : la vente est-elle ferme ? (Cour de cassation, com, 17 oct. 2018, n° 17-14986).

Peut-on considérer qu'une vente est ferme et définitive bien que conclue avec une clause de réserve de propriété ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative, le juge du fond ayant « *à bon droit retenu que la clause de réserve de propriété était une sûreté suspendant l'effet translatif de propriété du contrat de vente jusqu'à complet paiement du prix et qu'une telle suspension ne remettait pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente intervenue dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix* ». La clause de réserve de propriété ne peut donc pas permettre à l'acquéreur de se libérer unilatéralement en restituant la chose vendue.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Publicité comparative sur les prix et comparabilité des produits (Cour d'appel de Paris, 2 oct. 2018, n° 16/00645).

Une enseigne de la grande distribution fait une campagne de publicité comparative centrée sur les prix avec le slogan « *500 produits n°1 sur les prix* ». Un concurrent visé (et désigné plus cher) somme l'annonceur de démontrer l'exactitude de ses affirmations. Les éléments fournis montrent que les comparaisons n'ont pas été faites sur des produits de marques nationales mais sur des produits de marques distributeurs dont les caractéristiques varient souvent d'une enseigne à l'autre. **La publicité comparative, qui ne portait que sur les prix, ne concernait donc pas des produits absolument identiques** et n'informait pas les consommateurs sur les différences entre les produits comparés (composition, poids,...). La publicité est donc jugée **trompeuse** et l'annonceur est condamné à des dommages et intérêts.