

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 12 – avril / mai 2019

Cette lettre présente une sélection de la législation et de la jurisprudence intervenues en droit économique en avril et mai 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

LEGISLATION

Ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

Fortement attendue, cette ordonnance a été adoptée en application de la loi du 30 octobre 2018 (dite Egalim). Elle **modifie de manière substantielle** le droit des pratiques restrictives et apporte quelques modifications aux règles de la transparence dans les négociations commerciales.

Cette ordonnance a fait l'objet de notre part de **deux articles parus sur le site du Village de la justice** (www.village-justice.com), et figurant également sur notre site Internet (www.avocats-h.com) à la page « Actualités » et intitulés « Une vraie réforme des pratiques restrictives de concurrence » (15 mai 2019) et « Réforme des règles de la transparence dans les relations commerciales : la révolution attendra » (21 mai 2019).

Notre Cabinet interviendra également **le 5 juillet 2019** lors de la semaine de formation des avocats organisée par l'Ordre des Avocats de Paris (Campus) à la Maison de la Chimie à Paris sur le thème « *Clauses déséquilibrées dans les contrats commerciaux (article L. 442-1, I, 2° du code de commerce) : bilan et perspectives après la réforme du 24 avril 2019* ». **Les grandes lignes** de cette réforme sont rappelées ci-après :

- s'agissant des règles de la **transparence**.

La **communication des conditions générales de vente** (CGV) n'est désormais requise que si elles ont été établies.

La **convention unique** est plus contraignante si les produits concernés sont des PGC (produits de grande consommation) définis dans un décret à paraître. S'agissant de PGC, des obligations apparaissent telles la fixation d'un chiffre d'affaires prévisionnel, la motivation par le distributeur du refus des CGV ou l'indication des stipulations qu'il souhaite soumettre à la négociation.

Les dispositions relatives aux **factures** sont harmonisées avec le droit fiscal et leur sanction est modifiée. La facture est désormais due « *dès la réalisation de la livraison* » et non plus « *dès la réalisation de la vente* », ce qui est plus clair. Deux mentions obligatoires sont en outre ajoutées.

- s'agissant des **pratiques restrictives** de concurrence.

La liste des pratiques restrictives prohibées est fortement **réduite** puisque **ne sont conservés** que le fait d'obtenir un avantage sans contrepartie ou disproportionné, le fait de soumettre l'autre partie à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, la rupture brutale, la revente hors réseau, l'obtention d'avantages rétroactifs et l'alignement automatique des conditions plus favorables.

La **victime**, pour les pratiques prohibant les avantages sans contrepartie ou disproportionné et la soumission à des obligations déséquilibrées, est redéfinie puisqu'elle est désormais désignée comme « **l'autre partie** » et non plus comme le « partenaire commercial », ce qui devrait étendre le champ d'application du nouvel article L. 442-1.

S'agissant de la **rupture brutale**, la nouveauté est la fixation d'une durée de préavis de **dix-huit mois** qui, si elle est respectée, interdit à la victime d'engager judiciairement la responsabilité de l'auteur de la rupture. En outre, le doublement du délai de préavis pour les produits sous marque du distributeur est supprimé.

Les **sanctions sont clarifiées**. La victime peut désormais demander la **nullité** des clauses et contrats illicites. Quant à l'amende civile, elle ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : 5 millions d'euros, le triple du montant des avantages indument obtenus, 5 % du chiffre d'affaires HT réalisé en France par l'auteur de la pratique.

Si l'ordonnance est muette sur **l'entrée en vigueur** des nouvelles dispositions, il est vraisemblable que la nouvelle rédaction concernant l'avantage sans contrepartie ou disproportionné et la soumission aux obligations déséquilibrées s'applique aux contrats signés à compter de l'entrée en vigueur. S'agissant de la **rupture brutale**, la nouvelle rédaction devrait s'appliquer immédiatement

puisqu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle. En conséquence, si un préavis d'au moins 18 mois est accordé à compter du 26 avril 2019, l'auteur de la rupture ne devrait pas pouvoir être poursuivi.

JURISPRUDENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Amende pour bris de scellé (Autorité de la concurrence, décision du 22 mai 2019 n° 19-D-0999).

L'Autorité de la concurrence a sanctionné une entreprise d'une amende de **900.000 euros** pour avoir, au cours d'une opération de visite et saisie, **brisé un scellé et porté atteinte au fonctionnement d'une messagerie**. Cette sanction vient rappeler que la première obligation de l'entreprise contrôlée est de ne pas faire obstruction à l'enquête, ce qui implique notamment de ne pas détruire des documents sous quelque forme que ce soit (informatique, papier...).

Refus de contracter et distribution sélective automobile : l'Autorité de la concurrence se prononce à son tour (Autorité de la concurrence, décision n° 19-D-08 du 9 mai 2019).

Après la Cour d'appel de Paris, (voir nos Lettres d'actualité n° 10 et 11), c'est au tour de l'Autorité de la concurrence de **se prononcer sur le droit d'un importateur automobile à la tête d'un réseau de distribution sélective de refuser un candidat à la réparation agréée**. En l'espèce, l'Autorité était saisie d'une plainte de trois réparateurs qui candidataient pour devenir ou rester réparateurs agréés à la suite de la résiliation de leur contrat et dont les demandes avaient été refusées .

L'Autorité de la concurrence, **qui s'appuie sur l'arrêt Mazda** de la Cour d'appel de Paris du 23 janvier 2019, reprend les moyens développés par cet arrêt. Le refus d'agrément n'est **pas un acte unilatéral** et constitue ainsi un **accord** susceptible de tomber sous le coup des articles 101 §1 du TFUE et 420-1 du code de commerce. Cependant, l'Autorité décide qu'en l'occurrence, il n'est pas démontré que les refus de contracter aient eu un **objet anticoncurrentiel**.

Pour cela, l'Autorité a étonnamment vérifié que le refus de contracter n'était pas motivé par le fait que les candidats ne voulaient pas cumuler les activités de réparation et de vente de véhicules neufs. En effet, le cumul, même s'il avait été imposé, n'aurait pas constitué **une restriction caractérisée** au sens des règlements d'exemption applicables [règlements (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 et 461/2010 du 27 mai 2010]. Il est donc douteux qu'il puisse s'agir d'une restriction par objet au sens du droit des ententes. Ainsi, **l'examen de la motivation** du refus de contracter sous cet angle ne paraît pas justifié (voir en ce sens, Paris, 27 mars 2019, n° 17/09056).

Par ailleurs, l'Autorité ne fait aucun examen de la pratique dénoncée au regard de son **effet** éventuel sur le marché. Les candidats n'étant pas dépourvus de solutions de rechange et les refus n'empêchant pas les clients de faire réparer leurs véhicules, un effet sur le marché aurait été **hautement improbable** même en retenant un marché étroit comme le fait

la Commission européenne (marché limité à la réparation des véhicules par marque). Il est à cet égard intéressant de constater dans la décision que l'importateur concerné **disposerait d'une part de 32 %** sur ce marché étroit, ce qui le rapproche du seuil d'exemption automatique au regard du règlement (UE) n° 330/2010.

Concurrence déloyale

Parasitisme et concurrence déloyale (Cour d'appel de Rennes, 21 mai 2019, n° 17/03189).

Une société conçoit et fait fabriquer en Chine des bottes, sabots et chaussures de jardin en plastique qu'elle importe après en France. Elle **sollicite en 2014 son référencement** par une enseigne de la grande distribution pour la saison 2015 et lui remet pour cela, en plus de ses tarifs, un exemplaire desdits produits. **L'enseigne lui répond qu'aucun de ses produits n'est retenu**. Cependant, au printemps 2015 des produits très similaires sont vendus dans les magasins de l'enseigne ! Le fabricant assigne l'enseigne et **obtient gain de cause**.

La Cour relève que le fait de détourner le produit non encore offert à la vente « *dans le seul but d'en effectuer une copie suffisamment fidèle pour ne pas permettre au public [...] de les distinguer* » constitue **un acte de parasitisme** privant le fabricant de retour sur investissement, détournant la clientèle et banalisant le produit. L'enseigne est condamnée au retrait des produits et à des dommages et intérêts.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

De la difficulté à distinguer un contrat de travail d'un contrat d'agence commerciale (Cour d'appel de Paris, 11 avril 2019, n° 18/11383).

La cour d'appel de Paris a jugé qu'un contrat d'agent commercial dans le domaine de la vente immobilière était en réalité un contrat de travail. **Pour requalifier la relation contractuelle**, la Cour s'est fondée sur les faits suivants :

- le **respect de la politique générale** du mandant était imposé, avec une faculté de remise plafonnée à 10% des honoraires, ce qui est contraire selon la Cour à l'autonomie dont doit disposer un responsable indépendant d'une agence immobilière.
- le contrat précisait que le mandant se réservait le droit de ne pas donner suite aux affaires proposées par l'agent.
- il existait une obligation de **centraliser les mandats** de vente et d'achat conclus par l'agent, permettant au mandant de contrôler le respect des termes des mandats, de créer un fichier et de donner à l'agent accès à l'interface présentant les biens à vendre sur le site internet du mandant.
- la **dépendance économique** à l'égard du mandant était réelle puisque son chiffre d'affaires était réalisé presque exclusivement avec le mandant (plus de 80 %).
- l'agent devait **informer** régulièrement le mandant de tout élément utile, cette obligation étant exclusive selon la Cour de l'autonomie d'un agent commercial.
- l'agent devait également **respecter la présentation argumentaire**, documentaire, publicitaire et

vestimentaire de la société, ce qui confirmait pour la Cour son intégration à un service organisé.

- l'agent devait **utiliser** les mandats de vente de la société et disposait de **cartes de visite** lui donnant la qualité de directeur commercial des agences du mandant.
- des **objectifs** lui étaient assignés en qualité de responsable de secteur.
- l'agent commercial adressait des tableaux hebdomadaires (résultats, nombre d'annonces, entretiens téléphoniques, marges de progression d'une semaine sur l'autre).

Une telle motivation n'est guère convaincante puisque les obligations susvisées sont peu ou prou celles d'un agent commercial, lequel doit respecter la politique de son mandant. En outre, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, l'agent avait **une marge de manœuvre** dans la négociation (la Cour de cassation exige, pour qualifier un contrat d'agent commercial, que celui-ci puisse négocier, c'est-à-dire qu'il doit être en droit de ne pas appliquer totalement les conditions commerciales du mandant ; V. par ex. Cass. com. 20 mai 2008, n° 07-12.234). En outre, la **dépendance économique** n'est pas un critère de définition d'un contrat de travail car elle ne caractérise pas la subordination.

A cet égard, la Cour n'a pas pris en compte **d'autres critères** tels que **l'absence de liberté dans l'organisation du travail**. Le mandant faisait valoir que le lien de subordination était exclu en l'absence de plannings et d'horaires de travail imposés à l'agent commercial. Or, curieusement, la Cour juge cet élément **non déterminant** vu la qualité de directeur commercial de l'intéressé, contraint à l'exercice d'une activité effective avec des objectifs chiffrés et un contrôle par le biais de comptes-rendus périodiques d'activité. La Cour **renvoie donc la procédure devant le Conseil de Prud'hommes** pour qu'il soit statué sur le fond.

Savoir-faire et franchise [Cour d'appel de Paris, 22 mai 2019, n° 17/23267 (1^{ère} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 22 mai 2019, n° 17/05279 (2^{ème} espèce) Cour d'appel de Paris, 22 mai 2019, n° 18/04239 (3^{ème} espèce)].

La Cour d'appel de Paris a rendu trois arrêts aux termes desquels la nullité du contrat de franchise était demandée par des franchisés en raison selon eux de **l'absence de savoir-faire transmis**. Le savoir-faire est en effet un élément fondamental du contrat de franchise qui permet de le distinguer d'autres contrats comme par exemple la distribution sélective. Il doit être original, spécifique, éprouvé, actualisé et identifié.

La **première espèce** concernait **l'activité de restauration**. Selon la Cour, il **existait bien un savoir-faire**, décrit dans le cahier des charges et les manuels remis au franchisé, consistant notamment dans :

- la mise au point d'une **formule de repas** type « viande et tradition française » vendue « tout compris », composée de recettes élaborées pour partie par le franchiseur ;
- une **décoration** et une **ambiance** distinguant le restaurant d'autres concepts de restauration ;
- le **choix de fournisseurs**, pour la qualité de leurs produits et la ponctualité de leurs livraisons, auxquels toutefois les franchisés n'étaient pas contraints de s'adresser ;

- une exigence **d'homogénéité du réseau** cohabitant avec une grande autonomie du franchisé. A cette fin, le responsable du franchisé a bénéficié d'une **formation** initiale d'une durée d'au moins un mois, et ses responsables de cuisine et maître d'hôtel ont reçu une formation d'au moins 15 jours.

Dans la **deuxième espèce** qui concernait une **franchise de distribution**, la Cour rappelle qu'« *il s'agit [...] de concéder au franchisé des procédés, méthodes et connaissances que ce dernier n'aurait pas été en mesure de mettre seul en œuvre, sauf au prix de coûteux efforts de recherche et d'investissement, et qui lui confère un avantage immédiat et substantiel dans le démarrage et la poursuite de ses activités* ». **La Cour poursuit en indiquant que** : « *Dans le cas de la franchise de distribution, le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin à l'enseigne du franchiseur avec l'obligation d'appliquer la méthode commerciale mise au point par le franchiseur et d'utiliser le savoir-faire transmis. Le savoir-faire s'analyse dans ce cas comme un savoir-vendre* ». En l'espèce, la Cour **rejette** les contestations du franchisé relatives au savoir-faire en raison de l'existence :

- de **deux manuels** de gestion des caisses, certes développés par une société tierce, mais adaptés aux besoins des franchisés du réseau.
- d'un **livret de merchandising** qui indiquait « *comment constituer une vitrine, la manière d'organiser et de faire vivre les produits dans l'espace de vente, les offres commerciales à mettre en avant, (...) la manière dont doivent être présentés les produits de la marque, ...* ».
- d'un **système de télécommunication** permettant l'aperçu de la disponibilité d'un produit, la commande et la livraison rapide, la gestion de la clientèle avec un programme de **remise et de fidélité** et les statistiques de vente des produits hors boutique.

Tous ces éléments démontrent, selon la Cour, **l'existence d'un véritable savoir-faire** du franchiseur qui n'avait jamais été contesté pendant vingt années de relations commerciales.

Enfin, dans **une troisième espèce**, la Cour d'appel de Paris déboute un ancien franchisé dans le domaine du courtage en crédits professionnels de sa contestation au titre du savoir-faire car « *le savoir-faire, dont le franchisé a reconnu l'originalité et le sérieux en signant le contrat de franchise, consiste en une marque et un ensemble d'outils et de méthodes de travail et de marketing mis au point par [le franchiseur] dans le domaine du courtage en crédits professionnels ; le franchisé a d'ailleurs pu éprouver la réalité de ce savoir-faire lors de son stage d'intégration, les quelques difficultés rencontrées lors de l'utilisation du logiciel ne peuvent caractériser une absence de savoir-faire* ».

Fichiers-clients et franchise [Cour d'appel de Paris, 3 avril 2019, n° 17/12787 (1^{ère} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 22 mai 2019, n° 17/05279 (2^{ème} espèce)].

Les **droits sur la clientèle** en distribution intégrée (franchise, distribution sélective, ...) sont **une question récurrente**. Deux arrêts récents de la cour d'appel de Paris l'illustrent.

Dans la **première espèce**, un fournisseur a mis fin aux contrats de concession d'enseigne de deux détaillants. Ceux-

ci font valoir qu'aucune disposition dans le contrat de concession ne réserve au concédant **la propriété de la clientèle des concessionnaires**, estimant au contraire que les clientèles ont été créées et gérées par eux pendant toute la durée des relations commerciales, de sorte qu'ils en étaient propriétaires. Or, ils ne disposaient pas des fichiers clientèles détenus et gérés par un prestataire pour le compte du fournisseur. Les détaillants soutiennent en outre que, par le biais de son site internet et du programme de fidélisation des clients, le fournisseur a mis en place un système de captation de la clientèle constitutif de concurrence déloyale à leur égard.

Pour la Cour, **il appartenait aux détaillants de constituer leurs propres fichiers clientèle** au fur et à mesure des achats de leurs clients. « *Ainsi, à défaut d'avoir tenu leur propre fichier clientèle, [les détaillants] ne pouvaient pas accéder au fichier clientèle [du fournisseur] afin de contacter ses clients, dans la mesure où les clients ayant souscrit au programme de fidélisation "e-club" étaient attachés à la marque [...]. Concernant la captation de clientèle, [ils] ne démontrent pas que la mise en place d'un programme de fidélisation des clients [...] serait à l'origine de la perte de chiffre d'affaires enregistrée dans les magasins* ».

La Cour de cassation avait jugé qu'en distribution intégrée, **il existait une clientèle attachée à la marque et une clientèle locale** attirée par les moyens mis en œuvre par les franchisés, de sorte que le franchisé pouvait prétendre à une clientèle (Cass. civ. 3, 27 mars 2002, n° 00-20732). **Cette distinction n'est pas remise en cause par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris** qui, si elle reconnaît l'existence d'une clientèle attachée à la marque, n'exclut pas l'existence d'une clientèle locale.

Dans la **deuxième espèce**, un ancien franchisé faisait valoir que certaines clauses contractuelles étaient illicites, en particulier, celle stipulant que **le franchisé s'engageait à mettre à disposition du franchiseur**, sans s'en dessaisir, **l'intégralité de sa base de données clients** à des fins marketing. L'ancien franchisé soutenait que cette mise à disposition permettait au franchiseur de détourner sa clientèle lui procurant ainsi un avantage dépourvu de toute contrepartie, lui causant un préjudice important, dont il sollicitait réparation sur le fondement de l'article L.442-6, I, 1°, du code de commerce et sur le fondement d'un manquement du franchiseur à l'obligation d'exécuter de bonne foi ses engagements.

Pour la Cour, **il existe bien des contreparties réelles à la mise à disposition temporaire**, par le franchisé, de son fichier clients. « *Celles-ci résident dans l'exploitation des coordonnées des clients, soit à des fins de fidélisation de ces derniers, soit à des fins marketings, pour accroître le volume de vente des membres du réseau* ». Par ailleurs, le franchiseur dont les ventes en ligne ne représentent qu'à peine 1% du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé, n'a pas détourné la clientèle de celui-ci.

Ventes directes par internet par le fournisseur [Cour d'appel de Paris, 3 avril 2019, n° 17/12787 (1^{ère} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 22 mai 2019, n° 17/05279 (2^{ème} espèce)].

Les ventes directes par une tête de réseau par tous moyens sont **sensibles** car elles sont parfois considérées par les distributeurs comme une concurrence déloyale.

Dans la **première espèce**, la Cour d'appel de Paris a jugé que tel n'est pas le cas s'il n'était pas prouvé que le fournisseur octroyait **des prix plus avantageux en ligne** qui détourneraient les clients des magasins de ses concessionnaires.

Dans une **deuxième espèce**, l'ancien franchisé contestait, sur le fondement du déséquilibre significatif, les obligations qui pesaient sur lui **dans les différentes formes d'achats en ligne** : achats livrés directement à domicile, retirés en boutiques, simples réservations du produit en ligne. Selon lui, le franchiseur **qui adresse aux clients des franchisés des offres promotionnelles** les incitant à commander en ligne, **court-circuite** le franchisé en réalisant la vente à sa place, sans lui verser de rémunération, alors que le franchisé a permis au franchiseur de réaliser la vente en lui communiquant son fichier clients. De plus, le franchiseur impose au franchisé la **gestion des échanges et remboursement** des produits.

Après avoir rappelé qu'il **est loisible au franchiseur d'ouvrir son propre site internet** si aucune disposition contractuelle ne l'interdit, la Cour juge que, s'il est exact que le franchisé n'est pas rémunéré, la seule obligation de garantir un échange de l'article **ne génère pas d'obligations disproportionnées**. En outre, aucun avoir n'est délivré. Enfin, l'échange en boutique a pour but de **générer du trafic** vers les points de vente physiques qui peuvent ainsi, à cette occasion, enregistrer des ventes additionnelles.

S'agissant des achats en ligne avec retrait du produit en boutique, le franchisé faisait valoir que sa rémunération est moindre que lorsqu'il effectue lui-même la vente. Pour la Cour, le franchisé n'assurant aucune gestion de stock, ni frais de port, il n'est pas manifestement disproportionné qu'il soit moins rémunéré que lorsqu'il vend sur son propre stock.

Quant au consommateur qui opte pour une simple réservation en ligne du produit, s'il dispose de trois jours francs pour effectivement acheter l'article réservé, de sorte que le franchisé doit, dans cette incertitude, disposer d'un stock suffisant, le demandeur ne démontre pas **en quoi cela lui imposerait un déséquilibre manifeste** dans ses obligations. L'existence d'un stock suffisant est indispensable dans la distribution et ne saurait constituer une contrainte par nature.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Le paiement d'un téléphone mobile sous forme de mensualités intégrées au forfait est une opération de crédit. (Paris, 24 avril 2019, n°18/18100).

Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du **7 mars 2018** (notre Lettre d'actualité n° 6), la décision à venir de la Cour d'appel de Paris sur les abonnements comprenant la fourniture d'un téléphone à un prix réduit en contrepartie d'un abonnement plus élevé était attendue.

Comme on pouvait s'y attendre, la cour d'appel juge que ces **formules d'abonnements constituent des opérations de crédit à la consommation**. Or, en ne respectant pas les obligations légales correspondantes et en cachant aux clients qu'un tel contrat correspond parfois à un crédit à un taux dépassant le taux de l'usure (20,65%), la cour juge que l'opérateur téléphonique s'est rendu coupable de concurrence déloyale et de pratiques déloyales et trompeuses. S'agissant de l'indemnisation d'un concurrent s'estimant victime, la cour a ordonné une expertise.