

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 14 – septembre / octobre 2019

Cette lettre présente une sélection de de la jurisprudence intervenue en droit économique en septembre et octobre 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

La cour d'appel de Paris confirme que la restriction des ventes par Internet est une restriction par objet (Cour d'appel de Paris, 17 oct. 2019, n° 18/24456).

Par décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018, l'Autorité de la concurrence avait **sanctionné un fournisseur de matériel de motoculture (tronçonneuses notamment)** vendant ses produits par le biais d'un réseau de distribution sélective, pour avoir restreint les ventes par Internet de ses distributeurs. Le fournisseur exigeait contractuellement une remise en main propre pour certains produits par le distributeur à l'acheteur (retrait en magasin ou livraison en personne au domicile de l'acheteur) en raison de leur **dangerosité**. Pour l'Autorité, le fournisseur **interdisait en réalité à ses distributeurs la vente des produits en cause par Internet**, la remise en main propre n'étant imposée par aucune réglementation pour les produits en cause. Une amende de 7 millions € avait été infligée au fournisseur qui s'était vu également enjoindre de modifier ses contrats (V. notre Lettre d'actualité n° 9).

Le fournisseur faisait notamment valoir que les Autorités de concurrence allemande, suédoise et suisse, informées des pratiques en cause pour leurs pays respectifs, ne les avaient pas poursuivies.

La cour d'appel de Paris, à la suite du recours formé par le fournisseur, a rendu un arrêt qui **confirme pour l'essentiel la décision de l'Autorité**. En effet, selon Cour :

- la position adoptée par les Autorités de concurrence étrangères **ne lie pas** les Autorités de concurrence françaises en dehors des cas prévus par le règlement de procédure n° 1/2003. Au demeurant, selon la Cour, ces Autorités de concurrence n'avaient pas formellement « validé » la clause litigieuse mais s'étaient au mieux abstenues de poursuivre.
- « *le mécanisme prévoyant une obligation de prise en main est bien, intrinsèquement, de nature à réduire la concurrence* ».

- « *Si l'obligation litigieuse, qui garantit une assistance à la prise en main des produits dits dangereux [...] s'inscrit dans la même logique de protection du consommateur, ce seul constat ne permet toutefois pas de retenir [...] un dispositif aussi restrictif de concurrence [...], ni que celui-ci est seul apte à satisfaire l'objectif de sécurité poursuivi* ». **La mesure n'est pas nécessaire** car elle concerne indifféremment des particuliers et des professionnels alors que l'un des concurrents opère une distinction selon le degré de connaissance du produit par le client et que le même objectif peut être atteint **par une assistance à distance**.

La Cour conclut qu'il s'agit bien d'une **restriction par objet**, laquelle ne peut pas être **exemptée par catégorie** sur le fondement du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 car la restriction des ventes par Internet est une restriction des ventes passives qui constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4 c) du règlement.

Quant aux conditions de l'exemption individuelle de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE (progrès économique engendré par la pratique en cause, caractère indispensable et adapté, bénéfique pour les consommateurs et absence d'élimination de toute concurrence), elles ne sont pas remplies. Le caractère indispensable n'est pas démontré, **la prise en main pouvant être effectuée à distance**. En outre, la restriction de concurrence prive les consommateurs des bénéfices de la vente en ligne.

La Cour **réduit néanmoins l'amende de 7 à 6 millions €** compte tenu notamment « *de la faiblesse structurelle du poids des ventes en ligne dans le secteur de la motoculture* », du fait que le fournisseur poursuivi avait pris attache avec l'Autorité allemande, ce qui avait pu lui laisser penser que l'adaptation de ses contrats était suffisante et qu'il pouvait exister une incertitude juridique jusqu'à l'arrêt *Pierre Fabre* du 13 octobre 2011 quant aux restrictions des ventes par Internet.

Cet arrêt montre qu'en présence d'une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption applicable, il ne sera admis **que de manière exceptionnelle** qu'elle ne constitue pas une restriction par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE. **Les Lignes directrices sur les restrictions verticales**

du 19 mai 2010 de la Commission en donnent quelques rares exemples (point 60 et s.). L'un de ceux-ci envisage qu'« *une restriction caractérisée [puisse] être objectivement nécessaire pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé* ». Tel n'était pas le cas des tronçonneuses pour la Cour en l'espèce.

L'arrêt de la cour d'appel est donc **fidèle à l'arrêt Pierre Fabre** de la Cour de Justice selon lequel toute restriction directe ou indirecte des ventes par Internet imposée à un distributeur est une restriction par objet (CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre*, aff. C-439/09), sauf s'il s'agit pour un fournisseur, afin de préserver son image de marque, d'interdire la vente en ligne de ses produits sur des plateformes tierces (CJUE, 6 déc. 2017, *Coty*, aff. C-230/16).

Réparation du dommage résultant d'une entente anticoncurrentielle (Tribunal de commerce de Paris, 23 sept. 2019, n° 2017013944).

L'Autorité de la concurrence avait lourdement sanctionné **pour ententes (961M€ d'amende)** des fabricants de produits d'entretien et d'hygiène [Aut. conc., Décision. n° 14-D-19 (pour l'essentiel approuvée par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation)]. Un distributeur-client assigne par la suite l'un des fabricants en réparation devant le tribunal de commerce de Paris. **S'agissant de la prescription**, le tribunal juge que le délai ne commence pas à courir contre les victimes à compter du jour où elles ont pu avoir des doutes (par exemple en étant auditionnées par l'Autorité de la concurrence), mais seulement à compter du jour où la pratique a été établie et constatée en fait et en droit, en l'espèce par la décision de l'Autorité de la concurrence.

Quant à la faute, bien que les faits fussent antérieurs à l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative à la réparation des préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles, V. notre Lettre d'actualité n° 1), le tribunal considère que même si elle n'est pas légalement irréfragable, la présomption résultant de la décision de condamnation de sanction est suffisante à l'établir, sauf à ce que la société poursuivie apporte les éléments propres à l'en exonérer (ce qu'elle ne fait pas en l'espèce). Ce faisant, **le tribunal de commerce semble sans attendre tirer indirectement les conséquences de la réforme de 2017**, ce qui paraît assez sain vu le très faible nombre de décisions de réparation rendues au regard du nombre de pratiques sanctionnées. **Le tribunal fait droit à la demande indemnitaire à hauteur de 4 millions €.**

Pratiques restrictives

Rupture brutale et fait exonératoire de responsabilité [Cour d'appel de Paris, 12 sept. 2019, n° 17/00236 (1^{ère} espèce) et 12 sept. 2019, n° 17/16758 (2^{ème} espèce)].

La cour d'appel de Paris rappelle dans deux arrêts qu'une **rupture brutale n'est pas toujours fautive**, notamment en cas d'événements indépendants de la volonté des parties.

En effet, « *Pour que la responsabilité prévue à l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce puisse être engagée, la rupture [...] doit procéder d'une volonté unilatérale de son auteur* ». Or, tel n'est pas « *lorsque la crise*

d'un secteur d'activité est à l'origine des modifications apportées à la relation commerciale établie » (1^{ère} espèce). Ainsi, une société qui avait subi une réduction de 46,5% du volume transporté entre 2008 et 2009 n'avait fait **que répercuter cette baisse** à son sous-traitant et n'avait donc pas engagé sa responsabilité.

De même, la loi du 5 mars 2014, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, qui a instauré le compte personnel de formation laissant aux seuls salariés le choix de leur organisme de formation, « *constitue une contrainte légale impérative obligeant [les entreprises] à ne plus commander directement de formation et à en laisser l'initiative à leur personnel, et donc un cas de force majeure empêchant les intimées de commander les formations auprès de la société [...]* » (2^{ème} espèce). **Aucune rupture brutale** de la relation commerciale établie ne saurait leur être imputée du fait du respect de la loi.

La cessation d'un contrat de gérant-mandataire entre dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (Cour de cassation, Com. 2 oct. 2019, n° 18-15.676).

Certaines relations commerciales échappent à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce qui impose d'accorder un préavis suffisant tenant compte notamment de la durée des relations commerciales établies. Il en va ainsi par exemple du contrat d'agence commerciale (Com. 18, oct. 2017, n° 15-19.531) ou des contrats de crédit professionnels (Com. 25 oct. 2017 n° 16-16.839). La raison en est que **ces contrats sont régis par des dispositions spéciales qui prévoient des conditions particulières quant à la durée du préavis** de résiliation.

La cour d'appel de Paris avait jugé **qu'il en allait de même pour les contrats de gérant-mandataire**, lesquels sont, selon l'article L. 146-1 du code de commerce, des mandataires exploitant le fonds pour le compte d'un mandant qui reste propriétaire du fonds (à la différence d'un locataire-gérant qui exploite le fonds de commerce pour son propre compte).

La Cour de cassation **casse l'arrêt** car « *si le régime institué par les articles L. 146-1 et suivants [...] prévoit [...] le paiement d'une indemnité minimale au profit des gérants mandataires en cas de résiliation du contrat sans faute grave de leur part, il ne règle en aucune manière la durée du préavis à respecter, que le même texte laisse à la convenance des parties* ». En conséquence, **l'article L. 442-6, I, 5° s'applique en cas de préavis insuffisant au sens de ce texte.**

Concurrence déloyale

Le préjudice économique n'est pas présumé et doit donc être démontré [Cour de cassation, com. 18 sept. 2019, n° 18-11.678 (1^{ère} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 30 oct. 2019, n° 16/25998 (2^{ème} espèce)].

Une cour d'appel, après avoir reconnu qu'une entreprise avait été **victime d'actes de concurrence déloyale**, la déboute cependant de sa demande indemnitaire car « *s'agissant du trouble commercial allégué, la société [...] ne procède que par voie d'affirmation, sans même indiquer quelle serait la nature de ce trouble ni fournir le moindre document permettant d'en apprécier la valeur pécuniaire [...]* », si bien « *qu'elle ne justifie [...] pas de l'existence d'un préjudice en lien de*

causalité avec le dénigrement » (1^{ère} espèce). L'entreprise déboutée forme **un pourvoi en cassation** en invoquant la **jurisprudence selon laquelle** les actes de concurrence déloyale causent **nécessairement** un préjudice, fût-il seulement moral (V. par ex. Com. 11 janvier 2017, n° 15-18.669).

La Cour de cassation **rejette cependant le pourvoi**, ce qui pourrait paraître quelque peu sévère au regard de la jurisprudence précitée. Il faut vraisemblablement comprendre que si les actes de concurrence déloyale causent nécessairement un préjudice, encore faut-il que la victime indique quel est son préjudice (nature et montant) pour que la juridiction puisse statuer. **Si le préjudice économique allégué n'est pas démontré**, une indemnisation **au titre d'un préjudice moral sera accordée**, même si son montant sera apprécié par les juges. Encore faut-il avoir invoqué un tel préjudice pour en être indemnisé.

Ainsi, **dans une autre espèce**, la cour d'appel de Paris relève, à propos d'actes **de dénigrement avérés** qu'« *en dépit de l'atteinte à la marque [...] commise par la société [...], les appelantes, à qui incombe la charge de la preuve, ne démontrent pas l'existence des préjudices économiques dont elles demandent réparation* », si bien que : « *Nulle somme ne sera donc allouée de ce chef, étant observé qu'il n'est formé aucune demande au titre du préjudice moral* ». En revanche, la publication de l'arrêt est ordonnée.

La concurrence déloyale en chantant (Cour d'appel de Paris, 22 oct. 2019, n° 17/09422).

Une **chaîne de télévision** diffusait depuis plusieurs années une émission de chansons. Un appel d'offres pour une nouvelle émission est lancé aboutissant à un changement d'émission. Le producteur de l'émission remplacée **poursuit** celui de la nouvelle émission en faisant valoir que cette dernière **reprend les caractéristiques de la sienne**.

La cour d'appel de Paris juge d'abord qu'il n'y a **pas de risque de confusion** entre les émissions car elles sont présentées par des personnalités différentes. De même, le fait de travailler avec la même équipe (chargée de production, directeur artistique, programmatrice musicale, musiciens, cadreur, ...), et de prestataires **n'est-il pas fautif** car « *il n'est pas démontré [...] en quoi le choix de prestataires identiques constituerait un détournement d'efforts particuliers à l'origine d'une captation parasitaire [...]* ».

En revanche, la Cour considère que **plusieurs des caractéristiques de l'émission précédente ont été reprises** [choix artistiques, duos, interprétation de chansons par des artistes n'appartenant pas à leur répertoire, mêmes choix de décor ou de tournage (dominante bleue, sol et mobilier), même répartition des musiciens de chaque côté de la scène, même présence d'un écran central délimité par des pylônes, même ambiance 'appartement', ...]. Pour la Cour, « *toutes ces reprises, à la fois artistiques et esthétiques, qui, [...] n'étaient nullement imposées par le cahier des charges [...] produisent une forte impression de continuité entre les émissions concernées, ce qui a d'ailleurs été relevé par la presse [...]* ».

Aussi, « *En procédant, sans nécessité, à ces multiples emprunts, la société [...] a indûment tiré profit des efforts et du savoir-faire de la société [...] et de la notoriété de l'émission [...] acquise au cours de quatre années de diffusion hebdomadaire [...]. Elle s'est ainsi volontairement*

positionnée dans son sillage pour tirer profit de ses efforts, notamment d'investissement, de son travail et de son succès, ce qui caractérise un comportement parasitaire [...] ». Le préjudice subi est indemnisé par l'allocation d'une somme de **40.000 €** à titre de dommages et intérêts.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

La notion de bonne foi ne limite pas le droit de la tête de réseau de choisir discrétionnairement ses distributeurs (Cour d'appel de Paris, 23 oct. 2019, n° 19/07878).

Le feuillet du refus de contracter opposé par un constructeur automobile à un distributeur continue, la cour d'appel de Paris ayant à nouveau statué. **Résumé des épisodes précédents :**

Épisode 1 : un constructeur à la **tête d'un réseau de distribution sélective**, afin de réorganiser ce réseau, met fin aux contrats des distributeurs et leur propose à l'issue du préavis d'être membres du nouveau réseau en **leur indiquant les critères selon lesquels ils seront choisis** (il s'agit de critères supplémentaires par rapport aux critères qualitatifs). Pour une zone donnée, deux candidats postulent et le constructeur tranche en faveur d'un des candidats. Le candidat évincé conteste ce choix devant le tribunal de commerce de Paris, lequel l'estime cependant valable.

Épisode 2 : la cour d'appel de Paris infirme le jugement car le constructeur s'était affranchi de ses propres critères de choix, commettant ainsi une discrimination (CA Paris, 24 mai 2017, n°15/2129, V. notre Lettre d'actualité n° 2).

Épisode 3 : la Cour de cassation casse l'arrêt car « *l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un [...] processus de sélection* » selon lequel il doit sélectionner ses distributeurs sur des critères définis, objectivement fixés et les appliquer de manière non discriminatoire (Com. 27 mars 2019, n° 17-22.083, V. notre Lettre d'actualité n° 11).

Épisode 4 : pour la cour de renvoi, reprenant la motivation de la Cour de cassation susvisée, le refus de contracter est licite. En outre, le constructeur n'avait pas « *à motiver sa décision* ».

Tant au regard du droit civil que du droit de la concurrence, une tête de réseau est en **droit de choisir librement ses distributeurs, même de manière discrétionnaire**. Il peut commettre une discrimination, c'est-à-dire s'affranchir des critères de choix qu'il a lui-même posés parce que la **discrimination n'est plus interdite** depuis la loi du 4 août 2008. Par ailleurs, lorsque la part de marché des parties ne dépasse pas 30 %, les articles 101, paragraphe 1 du TFUE ou L. 420-1 du code de commerce sont inapplicables à un refus de contracter, sauf restrictions caractérisées limitativement énumérées par les règlements d'exemption applicables.

En l'espèce, ces règles pour la cour d'appel de Paris comme pour la Cour de cassation ne sont pas limitées par l'exigence de **bonne foi**. Cette notion juridique permet parfois de contester la licéité d'une clause ou d'un comportement qui bien que conformes aux textes légaux, est contraire à la bonne foi qui est une notion assez subjective et qui s'apparente à **l'abus de droit**. Ce sont des cas exceptionnels car, par définition, appliquer les règles légales ou contractuelles ne saurait en général constituer un abus. En l'occurrence,

l'exercice de la liberté de choix de la tête de réseau ne peut être sanctionnée sur le fondement de l'abus de droit.

Pourtant, **les circonstances de l'espèce étaient différentes** de celles habituellement rencontrées pour un refus de contracter (refus opposé à un candidat qui pose spontanément sa candidature et qui remplit les critères de sélection qualitatifs pour faire partie du réseau sélectif). En effet, la discrimination alléguée concernait, non les critères qualitatifs de sélection, mais **les critères posés par la tête de réseau pour départager sur une zone plusieurs candidats** pour une seule place auxquels elle avait proposé de candidater. Même dans cette hypothèse, la tête de réseau est en droit de choisir de manière discrétionnaire ses distributeurs et la notion de bonne foi ne saurait remettre en cause cette liberté.

Résiliation anticipée et clause pénale [Cour d'appel de Paris, 5 sept. 2019, n° 17/01506 (1^{ère} espèce) et 23 oct. 2019, n° 18/00049 (2^{ème} espèce)].

Deux arrêts de la cour d'appel de Paris rendus par deux formations différentes ont eu à qualifier la clause stipulant que la partie qui met fin à un contrat de manière anticipée doit verser une somme à l'autre partie. **S'agissait-il d'une clause pénale ? Si tel était le cas, le montant contractuellement prévu pouvait être réduit ou augmenté par le juge** s'il est manifestement excessif ou dérisoire [art. 1152 (ancien) et 1231-5 (nouveau) du code civil].

Dans la première espèce, la clause était la suivante : « *Dans l'hypothèse d'une résiliation de la part de [...], cette Partie devra payer à [...] l'équivalent de trois ans de marge [...]* ». Selon la Cour, cette clause **n'a pas vocation à sanctionner une inexécution contractuelle** mais est la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale. Elle ne peut être qualifiée de clause pénale et **la demande de réduction est rejetée**.

En revanche, **dans la deuxième espèce**, la clause suivante a été **qualifiée de clause pénale** : « *En cas de résiliation anticipée, afin de réparer le préjudice subi par le Franchiseur, le Franchisé lui versera à titre d'indemnité forfaitaire, une somme égale au double du montant des redevances qu'il aurait dû payer jusqu'au terme du contrat, sans que cette somme puisse être inférieure à la somme de 80 000 (quatre-vingt mille) euros* ». Pour la Cour, cette clause « **est la sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations**, en l'espèce, la fermeture anticipée du magasin. Elle s'applique du seul fait de cette inexécution sans être conditionnée à la preuve d'un préjudice ».

Cependant, « *au regard du montant total des redevances versées [...] de 63 288 euros et de la fermeture du magasin 2 mois et demi seulement avant le terme contractuel, la clause pénale d'un montant de 80 000 euros apparaît manifestement excessive et doit être ramenée à [...] 20 000 euros* ».

Deux arrêts ont donc **interprété de manière différente** une clause permettant de mettre fin à un contrat de manière anticipée. Cela peut s'expliquer par la **rédaction** de la clause. Pour être « pénale », la clause **doit sanctionner une inexécution**. Si les parties souhaitent cette qualification, il est donc important de préciser que la somme sera versée en réparation de l'inexécution contractuelle que constitue une cessation anticipée. Elle ne doit pas être présentée comme la contrepartie à une faculté de résiliation anticipée. Il n'en reste pas moins que **la distinction peut paraître subtile**.

Faute grave de l'agent commercial ? [Cour d'appel de Paris, 3 oct. 2019, n° 18/23501 (1^{ère} espèce) et 10 oct. 2019, n° 17/16161 (2^{ème} espèce)].

Si le mandant met fin à un contrat d'agence commerciale, **il doit verser une indemnité** à l'agent commercial, sauf notamment lorsque la résiliation est fondée sur une **faute grave** de ce dernier. Compte tenu des conséquences d'une faute grave pour l'agent commercial, celle-ci est appréciée restrictivement. Deux arrêts de la cour d'appel de Paris illustrent ce que peut être ou ne pas être une faute grave.

Dans une première espèce, le mandant avait mis fin au contrat de l'agent commercial, refusant préavis et paiement des indemnités demandées par l'agent commercial. La Cour rappelle que « *la faute grave de l'agent commercial, exclusive d'indemnité, est celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel* ». Tel était bien le cas en l'espèce car **l'agent commercial avait commercialisé des produits concurrents** alors que le contrat l'interdisait conformément à l'article L.134-3 du code de commerce. Par ailleurs, la Cour relève **d'autres inexécutions contractuelles** commises par l'agent commercial (absence de retour d'informations, mauvaise gestion des campagnes saisonnières, ...) qui se sont poursuivies malgré les avertissements du mandant. L'agent commercial **ne pouvait donc avoir droit à l'indemnité** due en cas de résiliation du contrat par le mandant.

Dans une deuxième espèce, la Cour a en revanche considéré que la prise d'une commande directement par l'agent auprès d'un client sans autorisation (le contrat stipulant qu'elle devait être passée par le client auprès du mandant) **n'était pas une faute grave** car le mandant ne subissait aucun préjudice, la facturation étant faite par lui. De même, la prise de commande **pour un matériel d'occasion qui n'était pas un produit concurrent**, même si cette transaction a été dissimulée, ne caractérisait pas une faute grave exclusive du droit à indemnité. Compte tenu de la durée des relations (27 ans) et du chiffre d'affaires apporté, **l'indemnité compensatrice** a été fixée à **deux années de commissions** calculée sur la moyenne des trois dernières années de commissions.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Une pénalité pour retard de paiement du client est abusive en l'absence de réciprocité (Cour de cassation, civ. 1, 26 oct. 2019, n° 18-10.891)

L'article R. 212-1, 5° du code de la consommation dispose que « *sont de manière irréfragable présumées abusives [...]* les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ». Une cour d'appel avait jugé que la pénalité encourue par le consommateur **pour retard de paiement alors que le professionnel n'encourait aucune pénalité** en cas de manquement à son obligation principale de fourniture d'énergie, n'était pas abusive, car ce dernier n'avait pas la maîtrise du réseau, subissait des contraintes techniques et la pénalité infligée au client était modérée. **L'arrêt est cassé, la pénalité étant abusive du seul fait de l'absence de réciprocité**.