

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 18 – mai / juin 2020

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en mai et juin 2020 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Refus de contracter et droit de la concurrence [Cour d'appel de Paris, 4 juin 2020, n° 19/10672 (1^{ère} espèce) et 24 juin 2020, n° 18/23867 (2^{ème} espèce)].

La Cour d'appel de Paris a à nouveau statué par deux arrêts (rendus par deux chambres différentes) sur la question du **refus de contracter** en matière de distribution sélective au regard du droit des ententes (sur cette question, V. nos Lettres d'actualité n° 10, 11, 12 et 15 et X. Henry et André Bricogne, Distribution automobile : revue de la jurisprudence marquante de l'année 2019, AJ Contrat Dalloz, mars 2020, p. 139).

S'agissant de la **première espèce**, la Cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 7, chambre des recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence) était saisie du recours contre la décision de l'Autorité qui avait rejeté la plainte de **trois candidats réparateurs agréés** qui s'étaient vu refuser par le constructeur la conclusion d'un contrat de réparation agréée (décision n° 19-D-08 du 9 mai 2019, V. notre Lettre d'actualité n° 12). Ces derniers faisaient valoir que si le constructeur leur avait refusé de conclure un tel contrat, c'est parce qu'ils n'étaient pas également distributeurs des véhicules neufs de la marque. Or, selon eux, le fait de **lier les activités de vente et d'après-vente** serait anticoncurrentiel.

La cour d'appel confirme le rejet de la plainte en justifiant les refus de contracter du constructeur par des **raisons objectives** tenant aux candidats (situation financière dégradée, vente hors réseau de véhicules, faute contractuelle, ...). Selon la Cour, il n'y a **pas d'indice** « d'une politique générale [du constructeur] visant à sortir de son réseau les sociétés n'ayant qu'un agrément de réparateur et ne garder que les opérateurs ayant le double agrément de distributeur-réparateur ».

La Cour considère ainsi qu'un refus de contracter peut-être justifié par **d'autres motifs** que ceux tenant aux critères de sélection qualitatifs. Ce faisant, comme l'Autorité de la concurrence, la Cour **ne se prononce pas** sur le point de savoir si le fait de lier les activités de vente et d'après-vente serait

anticoncurrentiel. Cette décision **va donc moins loin** que celle rendue le 27 mars 2019 par la Cour d'appel de Paris (pôle 5-4). En effet, aux termes de cet arrêt la Cour n'avait pas jugé anticoncurrentiel en lui-même le fait de lier les activités de vente et d'après-vente. **Seul l'effet de la pratique** pouvait éventuellement être anticoncurrentiel.

S'agissant de la **deuxième espèce**, la question posée à la Cour était de savoir si un refus de contracter était **un acte unilatéral** de la tête de réseau échappant ainsi au droit des ententes anticoncurrentielles ou **un accord de volontés**. Pour rappel, par deux fois, en 2019, la cour d'appel avait jugé qu'il ne s'agissait pas d'un acte unilatéral mais qu'il s'agissait d'un accord de volontés dont la licéité pouvait être examinée sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce ou sur celui de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (Paris, 23 jan. 2019, n°16/16856 et 27 mars 2019 n° 17/09056). Puis, la Cour **avait modifié sa position** pour juger qu'il s'agissait d'un acte unilatéral, échappant de ce fait à son examen au regard du droit des ententes (Paris, 27 nov. 2019, n°18/06901).

Dans cette espèce, la cour d'appel de Paris juge que le refus de contracter **constitue un accord de volontés** parce que le nouveau distributeur choisi pour succéder sur la zone en cause à celui dont le contrat avait été résilié **avait acquiescé** à la politique du constructeur consistant à refuser un nouveau contrat au « sortant », cette politique étant connue de lui-même. Il ne s'agit donc pas d'un nouveau revirement de la jurisprudence. **La Cour maintient sa position** selon laquelle le seul fait d'être membre d'un réseau de distribution sélective n'implique pas l'acceptation de tous les comportements de la tête de réseau. Cependant, dans cette espèce, conformément aux arrêts *Bayer* (CJCE, 6 janvier 2004, C-2/01 P et C-3/01 P) et *Volkswagen* (CJCE, 13 juillet 2006, C-74/04 P), la cour estime qu'il y **avait un concours de volontés** du fait de **l'acquiescement** du nouveau distributeur au refus de contracter opposé par le constructeur au « sortant ».

Néanmoins, bien que constitutif d'un accord, selon la Cour, ce refus **ne contrevient** pas aux articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE car **il n'a pas d'effet anticoncurrentiel** compte tenu de la part de marché du constructeur qui ne dépasse pas 30 %.

HENRY & BRICOGNE AARPI

9, avenue Marceau – 75116 Paris
Tel. : 01.45.53.15.42 - Fax. : 01.47.04.06.76

xavier.henry@avocats-h.com

andre.bricogne@avocats-h.com

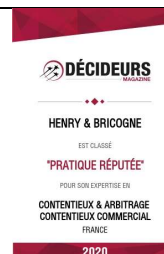
Site Internet : avocats-h.com

Directeur de la publication : Xavier HENRY

Dépôt légal : avril 2017 – ISSN 2649-0277



Antitrust



Pratiques restrictives

La relation commerciale ne se poursuit pas avec une société ayant racheté des actifs (Cour d'appel de Paris, 17 juin 2020, n° 17/10033).

Au sens de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II), une entreprise qui se prétend victime d'une rupture brutale ne peut soutenir que la relation nouée avec une société **s'est poursuivie avec le cessionnaire d'actifs de cette dernière**. En effet, le cessionnaire n'avait pas repris le fonds de commerce mais seulement **certains actifs** et si la relation s'était poursuivie entre le cessionnaire et l'entreprise plaignante, **cette relation était temporaire** car ne portant que sur une seule commande d'un stock de produits dont la production allait être arrêtée.

Nouvelle décision refusant le caractère de loi de police à l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 3 juin 2020, n° 19/03758).

L'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie est-il une **loi de police** au sens du règlement **Rome I** (Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

La question **n'est pas tranchée** puisqu'une chambre de la cour d'appel de Paris jugeait qu'il s'agissait d'une loi de police (Paris, 7 nov. 2018, n° 16/14312, V. notre Lettre d'actualité n° 9) tandis qu'une autre jugeait que tel n'était pas le cas (Paris, 28 févr. 2019, n° 17/16475, V. notre Lettre d'actualité n° 11 ; Cour d'appel de Paris, 13 févr. 2020, n° 16/15098, V. notre Lettre d'actualité n° 15).

En l'espèce, **une nouvelle chambre** de la cour d'appel était appelée à statuer. La relation concernait **une société algérienne et une société française**, la première distribuant les produits de la seconde en Algérie. La société française a mis fin à la relation avec un préavis de six mois. La société algérienne contestant cette cessation saisissait un juge français. En l'absence de dispositions contractuelles sur la loi applicable aux relations entre les parties, se posait la question de la loi applicable : **loi française ou loi algérienne ?**

La Cour envisage plusieurs hypothèses pour trancher cette question. Notamment, si le contrat devait être qualifié de contrat de distribution **et si la loi française n'était pas applicable**, la société algérienne serait-elle fondée à invoquer l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce ? **L'article 9** du règlement Rome I applicable en l'espèce dispose en effet que ce règlement ne peut porter atteinte à l'application des **lois de police** du juge saisi.

Relevant que ce règlement adopte s'agissant de loi de police une définition « *autour du critère des **intérêts publics** et met en avant le caractère "**crucial**" du respect de la disposition impérative* », la Cour juge qu'« *en l'occurrence, si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence, **elles visent davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, de***

sorte qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation [...] ».

Selon la Cour, l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) n'est donc pas une loi de police au sens du règlement Rome I. Cette disposition serait néanmoins applicable au litige si le contrat venait à être qualifié de contrat de distribution puisque la Cour juge que **la loi française** serait alors la loi applicable. Il reste à **la Cour de cassation à se prononcer** clairement sur cette question.

Rupture brutale : Evaluation du préjudice à prendre en compte (Cour de cassation, com., 24 juin 2020, n° 18-10.896).

Sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5 (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II), la Cour de cassation **casse un arrêt** de la cour d'appel de Paris qui, après avoir constaté l'existence de contrats successifs dont le dernier avait été résilié avec un préavis insuffisant, avait calculé le préjudice **par référence aux différents contrats** successifs et pas seulement au regard du dernier alors que les sommes en jeu avaient fortement varié d'un contrat à l'autre.

La cour de cassation **reproche** ainsi à la cour d'appel d'avoir pris en considération pour évaluer le préjudice subi du fait de la rupture « *la marge brute réalisée par la société [...] antérieurement à la rupture, dans le cadre des relations commerciales entre les deux sociétés, et non pas seulement dans le cadre du [dernier] contrat [...] ».*

Or, « *le chiffre d'affaires réalisé par la société [...] en exécution du [dernier] contrat [...] était vingt fois moins important que celui réalisé lors des contrats [...] antérieurs, ce dont il résultait que seuls le chiffre d'affaires et le taux de marge dégagés dans le cadre du [dernier] contrat [...] étaient pertinents pour évaluer la marge brute que la société [...] pouvait escompter percevoir durant la période de préavis qui n'avait pas été exécutée [...] ».*

Ainsi, pour la Cour de cassation, le préjudice doit être évalué au regard de la **marge** dégagée au titre du **dernier** contrat en vigueur entre les parties, sans doute lorsque cette marge reflète davantage **la réalité du préjudice**.

Les dispositions relatives aux pratiques restrictives ne s'appliquent pas aux établissements de crédit (Cour d'appel de Paris, 26 juin 2020, n° 17/20706).

La Cour d'appel de Paris juge que « *l'article L.511-4 du code monétaire et financier prévoit seulement que les articles L. 420-1 à L.420-4 du code de commerce sur les pratiques anticoncurrentielles s'appliquent aux établissements de crédit et aux sociétés de financement pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes [...], de sorte que pour ces opérations, le législateur n'a pas étendu aux établissements de crédit et sociétés de financement l'application des textes relatifs **aux pratiques restrictives de concurrence*** ».

En conséquence, les activités exercées par une banque « *dans le cadre des opérations de location financières [...] ne relèvent [...] pas du code de commerce mais des dispositions spécifiques du code monétaire et financier* ». La Cour conclut que « *Les dispositions de l'article L.442-6 I. 1° du code de*

commerce sont donc inapplicables au contrat de location financière litigieux conclu avec [une banque] ».

Cette exclusion des établissements de crédit du champ d'application des pratiques restrictives est **conforme** à la jurisprudence. (V. Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671, notre Lettre d'actualité n° 3).

En revanche, ces dispositions **sont applicables à une entreprise « n'alléguant ni ne démontrant être une société de financement agréée habilitée à réaliser à titre habituel des opérations de crédit et opérations connexes »**. En d'autres termes, si un opérateur n'est pas un établissement de crédit, les dispositions de l'article L 442-6 (ancien) devenus les articles L. 442-1 à L. 442-3 **sont applicables à l'opération de crédit à laquelle il est partie**.

Concurrence déloyale

Le non-respect de la réglementation en vigueur peut constituer un acte de concurrence déloyale (Cour d'appel de Paris, 28 mai 2020, n° 18/19025).

Une **centrale de réservation de taxi** considérait que l'une de ses concurrentes ne respectait pas la **réglementation sociale**, ce qui lui conférait un avantage concurrentiel déloyal à son détriment. La Cour d'appel énonce qu'« *il y a concurrence déloyale de la part de ceux qui, s'affranchissant des réglementations existant en matière sociale et économique, se placent vis à vis de leurs concurrents qui les respectent dans une situation anormalement favorable* ».

En l'espèce, la société concurrente de la plaignante ne **respectait pas les conventions collectives en matière de travail de nuit, de repos et de grille de salaires** entre le mois d'août 2010 et le 12 octobre 2015, ce qui constituait une faute caractérisant une concurrence déloyale puisque son auteur s'est placé vis-à-vis « *de ses concurrents dans une situation anormalement favorable en diminuant indûment ses charges sociales et en augmentant sa compétitivité* ».

Pour évaluer le préjudice subi, la Cour prend en compte **la part de marché de la plaignante** qui est assez **faible** par rapport aux autres sociétés du secteur et en conclut que **la chance de vendre des abonnements** à des chauffeurs qui ont préféré l'offre concurrente doit être estimée à 0,50%. Le préjudice subi sur quatre ans est évalué à 30.000 €.

Que le **non-respect de la réglementation** puisse être constitutif de concurrence déloyale a déjà été jugé notamment en matière de réglementation ICPE (Installations Classées pour la Protection de l'Environnement) (Cass. Com., 21 janv. 2014, n°12-25443).

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Le refus d'agréer la cession de l'entreprise d'un distributeur sélectif n'est pas fautif (Cour d'appel de Paris, 17 juin 2020, n° 19/02268).

Un **distributeur automobile** voulait céder son entreprise et notamment l'activité développée au titre de la marque automobile qu'il représentait. Son cocontractant, qui était un constructeur automobile, lui proposait **un repreneur auquel il était disposé à accorder la représentation de sa marque**. De son côté, le distributeur automobile **trouvait un candidat à la reprise lui proposant de meilleures conditions**

financières de rachat. Il demandait au constructeur d'accepter cette cession, ce que le constructeur refusait, indiquant n'accepter la cession qu'au profit du candidat qu'il avait présenté.

Finalement, **la cession s'opérait entre le distributeur et le repreneur présenté par le constructeur**. Néanmoins, s'estimant lésé par cette cession en raison des conditions financières moins favorables, l'ancien distributeur assignait le constructeur **en dommages et intérêts**. Le tribunal et la cour d'appel faisaient droit à sa demande avant que la Cour de cassation casse l'arrêt et renvoie la procédure devant la cour d'appel de Paris qui **infirme** le jugement de première instance.

En effet, pour la Cour, le constructeur n'a **pas commis de faute contractuelle** en refusant la candidature du repreneur proposé pas le distributeur puisque le contrat de distribution lui donnait le droit d'agréer ou de refuser une cession. La circonstance selon laquelle le candidat repreneur du distributeur « *ait sollicité en vain un entretien avec la société [constructeur] pour lui exposer son projet de reprise ne caractérise aucun manquement contractuel de cette société* ». Ainsi, il ne peut être reproché au constructeur ni d'avoir refusé d'agréer celui-ci, ni de ne pas avoir effectué de plus amples diligences pour instruire sa candidature ou pour rechercher un acquéreur alternatif.

Aucune faute délictuelle ne peut davantage être reprochée au constructeur dans le refus d'examiner la candidature du candidat du distributeur. La Cour juge que « *le principe de liberté contractuelle a pour corollaire la liberté de ne pas contracter et que, par conséquent, dès lors que [le constructeur] avait déjà pris la décision de ne pas contracter avec le [candidat du distributeur], nul abus de droit n'a résulté du fait de ne pas instruire davantage la candidature de ce groupe* ». La Cour relève ainsi que le constructeur a « *exprimé son refus d'agréer le [candidat du distributeur] sans retard et dans des conditions exemptes d'intention de nuire, de légèreté blâmable ou de faute* ».

Agents commerciaux : la clarification de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 4 juin 2020, aff. C- 828/18, Trendsetteuse / DCA).

Comme annoncé (V. notre Lettre d'actualité n° 16), la Cour de justice de l'Union européenne a rendu une **décision importante** à propos de la **définition des agents commerciaux**, adoptant une **position différente** de celle de la Cour de cassation française. Le litige concernait la **directive européenne 86/653/CEE** du 18 décembre 1986 adoptée afin d'harmoniser les législations des Etats-membres et protéger les agents commerciaux. Pour tenir compte de cette directive, la loi française du 25 juin 1991 avait été **votée et, par la suite, codifiée** (articles L. 134-1 et suivants du code de commerce).

Les articles L. 134-1 du code de commerce et 1^{er}, paragraphe 2, de la directive de 1986 définissent l'agent commercial comme celui **qui négocie ou qui négocie et conclut des ventes et des achats pour le compte d'une personne** appelée mandant ou commettant. Ainsi, si l'intermédiaire ne « *négocie* » pas, il **ne peut être qualifié d'agent commercial** et il ne peut bénéficier de **l'indemnité prévue** en cas de cessation du contrat à l'initiative du mandant, sauf faute grave de l'agent commercial. Cette indemnité est souvent fixée à **deux années de commissions**. Que faut-il donc **comprendre** par « *négocié* » ?

Pour la Cour de cassation française, « négociier » implique le droit pour l'intermédiaire de modifier les conditions de vente fixées par le mandant et notamment le prix. A défaut, l'intermédiaire sera un mandataire ne pouvant pas être qualifié d'agent commercial. La seule diffusion des offres du mandant ne peut être assimilée à une négociation (Com. 15 janv. 2008, n° 06-14.698 ; Com. 20 mai 2008, n° 07-12.234). **Cette position restrictive faisait l'objet de critiques**, la négociation pouvant aussi être entendue comme une discussion pour convaincre un client d'accepter une offre.

C'est dans ce contexte que le Tribunal de commerce de Paris a, par jugement du 19 décembre 2018, posé **une question préjudicielle** à la Cour de justice de l'Union européenne comme le lui permet l'article 267 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), à propos de l'**interprétation** de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive de 1986 : **une personne doit-elle nécessairement disposer de la faculté de modifier les prix** des marchandises dont elle assure la vente pour le compte du commettant pour être qualifiée « d'agent commercial » au sens de l'article susvisé ?

La Cour de justice répond **par la négative** par son arrêt du 4 juin 2020. En effet, selon la Cour, « la circonstance qu'un agent commercial ne dispose pas de la faculté de modifier les prix des marchandises dont il assure la vente pour le compte du commettant **n'empêche pas l'accomplissement par l'agent commercial de ses tâches principales** [...] », lesquelles « consistent à apporter de nouveaux clients au commettant et à développer les opérations avec les clients existants ». Or, « l'accomplissement de ces tâches peut être assuré par l'agent commercial au moyen d'actions d'information et de conseil ainsi que de discussions, qui sont de nature à favoriser la conclusion de l'opération de vente des marchandises pour le compte du commettant, sans que l'agent commercial dispose de la faculté de modifier les prix desdites marchandises ».

Les juridictions françaises devront tenir compte de l'interprétation de la Cour de justice, ce qui conduira à une remise en cause de la position de la Cour de cassation. Le statut d'agent commercial sera désormais plus accessible, ouvrant droit pour celui qui en bénéficie à l'**indemnité** en cas de cessation du contrat à l'initiative du mandant.

Faute du franchiseur en cas de comptes d'exploitations prévisionnels erronés (Cour de cassation, com., 10 juin 2020, n° 18-21.536).

Un franchiseur commet une faute lorsque, bien que non tenu d'y procéder, il remet au franchisé un compte d'exploitation prévisionnel **non sincère et vérifiable**. En l'espèce, « les comptes provisionnels, élaborés sur la base de données erronées et non significatives communiquées par [le franchiseur] sans qu'[il] en ait vérifié la cohérence, se sont **révélés exagérément optimistes** et [...] l'écart entre ces prévisions et les chiffres réalisés **a dépassé la marge d'erreur inhérente à toute donnée prévisionnelle, sans que les mauvais chiffres constatés puissent être imputés au franchisé** ».

En effet, « ces prévisions avaient **provoqué, dans l'esprit des cocontractants, novices dans le secteur économique concerné, une erreur sur la rentabilité de leur activité, portant sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante que le franchisé avait été conduit à conclure le contrat litigieux** [...] ». Il était à cet égard **indifférent** que le contrat stipule que « le franchisé déclarait,

*[...] avoir conscience de ce que les données communiquées ne permettraient d'élaborer que des hypothèses chiffrées **sans garantie de résultat** et [...] qu'un décalage, même important, entre ses réalisations effectives et les estimations prévisionnelles ne pourrait constituer un motif de remise en cause de son engagement contractuel ».*

Par ailleurs, le franchiseur, ayant validé l'**emplacement** du local choisi par le franchisé et négocié les conditions du bail qui s'est révélé trop vaste et d'un loyer excessif, rendant l'affaire du franchisé non viable, a **commis une faute**. Ceci démontre non seulement « les manquements du franchiseur à **ses obligations de conseil** mais, en outre, [renforce] la portée des informations erronées sur les prévisionnels et les conséquences de l'absence d'état du marché local puisque le coût du bail [est] une donnée essentielle en considération de laquelle le franchisé a élaboré son projet [...] ».

S'agissant du préjudice, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir condamné le franchiseur au titre d'investissements engagés en pure perte pour l'ouverture magasin **sans tenir compte de « l'amortissement fiscal ou comptable [de] ces investissements [...] qui n'a pas eu pour effet de réduire l'incidence financière de leur perte »**.

Néanmoins, l'arrêt est cassé s'agissant du **préjudice personnel** des dirigeants qui avaient apporté une somme en compte-courant. En effet, la cour d'appel aurait dû répondre aux conclusions du franchiseur qui faisait valoir que la perte en cause correspondait à celle dont la société qu'ils avaient créée **demandait déjà réparation**.

Une exclusivité de fait doit être démontrée (Cour d'appel de Paris, 24 juin 2020, n° 18/17650).

L'existence d'une exclusivité n'est pas démontrée par le seul fait que le fournisseur présentait son distributeur « *comme "son importateur et distributeur exclusif" sur le marché nord-américain, même [s'il] s'y est [trouvé seul [...] en ces qualités pendant de nombreuses années, dès lors qu'il ne s'en déduit pas que [le fournisseur] ait eu l'intention ou la volonté de lui conférer avant 2016 cette exclusivité, formellement contestée par mails des 1er mars et 7 juillet 2016* ».

DROIT DE LA CONSOMMATION

Validité d'un cautionnement souscrit par le gérant de la société qu'il cautionne (Cour d'appel de Paris, 15 juin 2020, n° 18/23524).

L'article **L. 341-2 du code de la consommation** dispose que « toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de **caution** envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la **mention manuscrite** suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même." ».

Selon la Cour d'appel de Paris, le gérant de la société cautionnée n'est **pas fondé à faire valoir** que la durée du cautionnement n'était pas mentionnée pour contester la **validité de son engagement**. En effet, il ne pouvait l'ignorer.