



L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 20 – octobre / novembre 2020

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence et de la législation intervenues en droit économique en octobre et novembre 2020 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Annulation d'une ordonnance autorisant une visite et saisie de l'Autorité de la concurrence (Cour d'appel de Paris, 7 oct. 2020, n° 19/12686).

Le Juge des libertés et de la détention (JLD) du tribunal de grande instance de Paris (devenu le tribunal judiciaire de Paris) avait rendu une ordonnance autorisant **une visite et saisie** au sein d'une entreprise sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence.

La société visée exerce un recours contre cette ordonnance et, **cas extrêmement rare**, la Cour d'appel de Paris **annule** l'ordonnance du JLD et ordonne la restitution de l'ensemble des pièces saisies lors de l'opération de visite et saisie.

La Cour reproche d'abord au rapporteur général de l'ADLC de **n'avoir pas remis un dossier complet au JLD**. Ainsi, la requête faisait état d'annexes qui n'étaient pas produites ou produites de façon incomplète.

Pour la cour d'appel, « l'ordonnance du JLD prévoit que l'entreprise visée par l'ordonnance peut, à compter de la date de la visite et des saisies dans ses locaux, consulter la requête et les documents annexés au greffe de la juridiction du JLD, qu'en l'espèce, **une partie des pièces n'ayant pas été jointe à la requête**, leur consultation est impossible, ce qui constitue une violation des droits de la défense. En l'espèce, il convient de constater que l'Autorité de la concurrence, alors qu'elle affirme en page 12 de ses écritures que 'toutes les pièces annexées à la requête y figurent', a transmis un dossier incomplet au JLD du fait de l'absence de la transmission de nombreuses pièces sur lesquelles pourtant l'Autorité a fondé sa requête pour obtenir l'autorisation de visite et de saisie auprès du Juge des libertés et de la détention ».

La Cour d'appel reproche également au JLD **un défaut de contrôle et de caractérisation de présomptions**.

Comme c'est très **souvent le cas**, le JLD a repris *in extenso* la motivation de la requête de l'ADLC en s'appuyant sur les 14 pièces annexées à cette requête.

Or, certaines des affirmations de la requête **n'étaient corroborées par aucune pièce** ou plus exactement la pièce visée pour justifier une présomption était sans rapport avec cette présomption. D'une manière plus générale, les pièces produites pour caractériser d'éventuelles infractions anticoncurrentielles étaient **insuffisantes**.

Selon la Cour, « il résulte de l'examen des pièces que, malgré la théorie du raisonnement hypothético-déductif propre à la matière développée par l'ADLC, le JLD, qui a statué **dans un délai de 3 jours ouvrables**, n'a pas procédé à la vérification du fondement de la requête de l'Autorité, conformément à l'article L450-4 al 2 du code de commerce ».

Cette décision doit être approuvée. La loyauté du demandeur, **fût-il une autorité administrative indépendante**, et le contrôle du JLD sont particulièrement nécessaires dans les procédures non-contradictoires, l'entreprise visée n'étant, par définition, pas présente pour se défendre.

Contrôle par l'ADLC d'accords d'achat entre groupe de distribution (Décision n° 20-D-13 du 22 oct. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire par les groupes Auchan, Casino, Metro et Schiever).

L'article L. 462-10 du code de commerce oblige, lorsque certaines conditions sont remplies, à communiquer à l'Autorité de la concurrence (ADLC), à titre d'information, **au moins quatre mois avant sa mise en œuvre, tout accord** entre des entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, **visant à négocier de manière groupée l'achat** ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs. **Un bilan concurrentiel** peut être effectué par l'ADLC. Si des atteintes à la concurrence sont identifiées, les



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



parties à l'accord s'engagent alors à prendre des mesures visant à y remédier dans un délai fixé par l'Autorité de la concurrence.

Le texte autorise également l'Autorité de la concurrence à prendre **des mesures conservatoires** pouvant comporter une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur ou demander une modification dudit accord.

L'ADLC a fait usage de ces dispositions à la suite de la communication d'accords entre les groupes Auchan, Casino, Schiever et Metro de coopération portant sur l'achat de produits à marque de distributeurs (Accord MDD et Accord MDD international), de produits à marques de fournisseurs et sur la vente de services internationaux à certains de leurs fournisseurs communs.

L'ADLC a d'abord examiné si ces différents accords de coopération risquaient de porter une atteinte sensible à la concurrence puis elle s'est, pour la première fois, saisie d'office en mesures conservatoires. **L'ADLC a notifié aux parties une note identifiant des risques concurrentiels.** Ces risques, selon l'ADLC, portaient principalement sur le marché amont de l'approvisionnement en produits MDD, en raison de la diminution possible de la capacité des fournisseurs à investir et à innover sur ce marché, et sur le marché aval de la distribution à dominante alimentaire, en raison de la diminution de l'intensité concurrentielle entre les groupes Auchan et Casino à la suite de l'homogénéisation d'une partie de leur offre en produits MDD.

Les parties ont accepté de prendre des engagements visant notamment à exclure certaines familles de produits du périmètre de la coopération, à limiter, pour les autres catégories de produits, la coopération à **15 % du marché amont lorsque la part de marché des parties dépasse 15 %.**

Sanction d'une entente unique, complexe et continue. (Cour d'appel de Paris, 3 déc. 2020, n°13/13058).*

Après plus de sept ans de recours dans l'affaire de la distribution de commodités chimiques, la cour d'appel de Paris vient de sanctionner par **52 millions d'euros** d'amende la participation du principal distributeur à une entente unique, complexe et continue.

En l'espèce, les distributeurs de commodités chimiques s'étaient entendus de 1998 à 2005 dans quatre régions. Cependant, une seule entreprise, la plus importante, était présente dans l'ensemble des régions concernées. C'est cette dernière, pourtant auteur d'une **demande de clémence**, qui contestait la qualification de l'infraction et sa sanction.

Certaines sociétés mises en cause avaient choisi de ne pas contester les griefs devant l'Autorité de la concurrence. Cette dernière soutenait devant la Cour que ces décisions de non-contestation étaient opposables à l'entreprise ayant fait un recours, que cela suffisait à établir l'infraction et qu'il ne lui restait plus qu'à établir la participation de ladite entreprise à l'entente.

La Cour ne suit pas l'Autorité et indique que « La présomption d'innocence s'oppose à ce que les éléments retenus contre les sociétés ayant choisi de ne pas contester les griefs puissent à eux seuls établir la responsabilité d'une société qui ne relève pas de ce cadre procédural sans que cette

dernière ait pu bénéficier des garanties inhérentes à l'exercice des droits de la défense ».

Sur le fond, la Cour a notamment retenu que **l'existence d'une infraction unique suppose un ensemble de comportements adoptés par différentes entreprises poursuivant un même but économique anticoncurrentiel**, ce plan d'ensemble pouvant se déduire d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants sans qu'il soit exigé une identité quasi absolue entre ces comportements.

La Cour ajoute que « si la responsabilité de l'infraction, dans sa globalité, peut être imputée à une entreprise qui a directement participé à l'ensemble des comportements anticoncurrentiels composant l'infraction unique et continue, elle peut également être imputée à une entreprise qui n'a directement participé qu'à une partie de ces comportements dès lors qu'elle a eu connaissance de l'ensemble des autres comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre par les autres participants à l'entente dans la poursuite des mêmes objectifs, ou avoir pu raisonnablement les prévoir et avoir été prête à en accepter le risque. ».

En l'espèce, la Cour a notamment constaté que « quelle que soit la zone géographique concernée, l'ensemble des comportements a pris la forme d'une pratique de répartition de clientèle et de coordination tarifaire, interdépendantes l'une de l'autre, la seconde permettant la première, ces pratiques étant mises en œuvre selon des modalités identiques, à savoir des réunions de concertations et de contacts téléphoniques. » Le détail des participants et des pratiques poursuivies est ensuite analysé, mettant notamment en évidence la participation des directions générales des entreprises en cause ou à tout le moins leur information.

En conséquence, « Il se déduit de l'ensemble de ces éléments, que ces pratiques, bien que mises en œuvre dans des zones géographiques distinctes, sont loin d'être isolées et indépendantes les unes des autres comme le soutiennent à tort les sociétés Brenntag, mais qu'elles présentent au contraire, des liens d'identité forte quant aux produits sur lesquels elles ont porté, quant aux entreprises qui y ont pris part, quant à la période au cours de laquelle elles ont été débutées et ont été mises en œuvre, quant à leur nature et leur objet, leur finalité et leurs modalités de mise en œuvre de sorte qu'il serait artificiel de les appréhender isolément. ».

* Notre cabinet est l'avocat de la société plaignante dans cette procédure.

Pratiques restrictives

Un nouveau pouvoir d'injonction et d'astreinte pour l'administration (Loi DDADUE du 3 déc. 2020).

La loi portant Diverses Dispositions d'Adaptation au Droit de l'Union Européenne modifie l'article L. 470-1 du code de commerce et confère désormais à l'administration un pouvoir d'injonction aux entreprises **sous une possible astreinte journalière de 0,1% du chiffre d'affaires mondial hors taxe à 1 % de ce chiffre d'affaires.**

Cette astreinte peut être prononcée (et liquidée par l'administration elle-même) lorsque l'infraction est passible d'une amende civile, ce qui concerne notamment les **pratiques restrictives de l'article L. 442-1 du code de commerce.** Ce pouvoir paraît exorbitant et le recours prévu

devant la justice administrative n'est pas satisfaisant dès lors qu'il permet à l'administration de contourner le juge civil pourtant habilité à qualifier les faits.

Contrat de franchise et clauses déséquilibrées (Tribunal de commerce de Paris, 13 oct. 2020, n° 2017005123).

Pour la première fois, une juridiction, en l'occurrence le Tribunal de commerce de Paris, devait statuer sur une assignation du Ministre de l'économie **sur la validité de clauses d'un contrat de franchise au regard des dispositions de l'article L. 442-6, I 2°** du code de commerce alors applicable aux faits (devenu depuis l'article L. 442-1, I, 2°). Pour mémoire, cet article interdisait « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

Le Tribunal a d'abord **écarté la prescription** qui était invoquée par le franchiseur. En effet, la prescription applicable à l'action du Ministre court à partir des premiers actes d'enquête et non à compter de la date à laquelle les contrats ont été conclus.

Le Ministre avait non seulement assigné le franchiseur mais également une société de service dont les statuts énonçaient qu'elle avait pour objet « *La gestion des franchises SUBWAY, la prise en location de locaux en vue de l'exploitation d'une franchise SUBWAY - Et plus généralement, toutes opérations, de quelque nature qu'elles soient, juridiques, économiques et financières, civiles et commerciales, se rattachant à l'objet sus-indiqué ou à tous autres objets similaires ou connexes, de nature à favoriser, directement ou indirectement, le but poursuivi par la société, son extension ou son développement, dont les opérations de prises de participation, de créations de filiales ou succursales tant en France qu'à l'étranger* ».

Cette société de services faisait valoir **qu'elle devait être mise hors de cause** car elle ne pouvait être considérée comme un « partenaire commercial » au sens du texte alors applicable.

Cependant, pour le Tribunal, « *le partenariat économique s'étend aux sociétés qui, sans qu'elles aient elles-mêmes conclu ou participé à la conclusion du contrat avec le partenaire, ici le franchisé, ont pris personnellement part aux pratiques restrictives de concurrence, concouru aux dommages causés par leur partenaire en raison de ces pratiques en fournissant les moyens et assuré l'exécution du contrat comportant des clauses manifestement déséquilibrées* ».

Tel était bien le cas en l'espèce. La question se pose de savoir **si la position sera la même avec le nouveau texte** qui a substitué, en ce qui concerne la désignation de la victime, les termes « l'autre partie » à ceux de « partenaire commercial ».

Comme le souligne le Tribunal, **les deux éléments constitutifs** de la pratique restrictive de concurrence sont, d'une part, la soumission ou la tentative de soumission et, d'autre part, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif.

En ce qui concerne **la soumission ou sa tentative**, le franchiseur soulevait un argument intéressant : il ne pouvait y avoir soumission dès lors **qu'il n'était pas incontournable**

sur le marché en cause, de sorte que le candidat franchisé disposait d'un large choix de partenaire.

Le Tribunal écarte l'argument en soulignant que le texte n'exige pas l'existence d'une position dominante pour être mis en œuvre. Pour le Tribunal, « *La caractérisation de la soumission ou tentative de soumission, visée par le Ministre, implique essentiellement la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées, sauf à ce que cette absence de négociation soit consubstantielle et par conséquent indispensable à l'économie du contrat, ou bien rééquilibrée par d'autres clauses ou par l'économie générale du contrat* ».

En l'espèce, selon le Tribunal, il n'y avait pas eu de négociation **et le fait que les franchisés étaient en droit de ne pas s'engager est inopérant** dès lors que la tentative de soumission est également sanctionnée.

S'agissant de l'analyse du déséquilibre des clauses, le Tribunal de commerce de Paris arrête la méthode suivante : « *Le déséquilibre d'une clause sera en revanche en tout état de cause caractérisé dès lors que la clause, à la fois (i) est en faveur du franchiseur, (ii) n'apporte au franchisé aucune contrepartie ni découlant d'une autre clause, ni induite de son caractère nécessaire à la cohérence et à l'homogénéité du réseau, gage du succès de son propre investissement, (iii) n'est pas compensée dans un rééquilibrage global du contrat* ».

Après analyse des clauses invoquées par le Ministre, **le Tribunal juge que ne sont pas déséquilibrées, les clauses** relatives au droit d'entrée et à la formation qui permettent au franchiseur de conserver le droit d'entrée en cas de renvoi du franchisé du stage de formation, au prélèvement hebdomadaire des redevances, à la redevance de publicité, à la consultation des documents comptables du franchisé car il s'agit d'une clause consubstantielle à la franchise, au préambule de non-responsabilité du franchiseur en cas d'échec et à la reprise de bail en cas de résiliation.

En revanche, les obligations suivantes **ont été jugées déséquilibrées et annulées** :

- les horaires **d'ouverture** (7/7 et 98 heures par semaine).
- l'obligation du franchisé d'engager certaines dépenses sans indication d'une limite.
- le droit illimité du franchiseur de faire concurrence à son réseau et l'absence d'exclusivité territoriale du franchisé.
- la durée de l'accord **de 20 ans** avec approvisionnement exclusif car contraire au règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 et à l'article L 330-2 du code de commerce selon lequel la durée d'exclusivité ne peut être supérieure à 10 ans.
- la résiliation pour **insolvabilité** sans préciser d'élément permettant d'apprécier la situation d'insolvabilité.
- la combinaison de la résiliation pour impayés et la clause de résiliation pour deux manquements au cours des 12 derniers mois sans possibilité d'y remédier car le franchiseur pourrait mettre fin au contrat pour des impayés minimes.
- **la pénalité de 175 €** par jour de défaillance à la fin du contrat pour ne plus être identifié comme un restaurant Subway car trop difficile à respecter à 100 %.

- l'application du droit **néerlandais** ou du **Lichtenstein** au contrat ainsi que la clause compromissoire en ce qu'elle prévoit que la procédure se déroulera dans un autre pays que la France (en l'espèce, il s'agissait de **New-York**).

Enfin, le **Tribunal juge que le franchiseur n'apporte pas la preuve du rééquilibrage des clauses susvisées par d'autres clauses**. Notamment, le franchiseur ne peut se contenter de soutenir que le contrat est par essence équilibré, le déséquilibre des clauses étant compensé par le bénéfice que le franchisé retire du contrat.

Le franchiseur est condamné à **500.000 € d'amende**, ce qui correspond à 3,5 % du chiffre d'affaires que le franchisé indique avoir réalisé avec les franchisés français en 2018.

Comme souvent, d'un point de vue juridique, **l'élément intéressant concernant la pratique restrictive examinée est la notion de « soumission » et sur ce point, le jugement n'emporte pas totalement la conviction**. Il reprend le courant jurisprudentiel majoritaire qui est de considérer que l'absence de négociation effective du contrat caractérise la soumission. Pourtant, **le refus de négocier ne peut caractériser à lui-seul la soumission** parce que la liberté contractuelle existe et elle implique le droit de ne pas négocier, surtout en matière de distribution sous enseigne qui implique une très grande similitude dans les contrats.

La soumission réside en réalité dans l'existence d'un rapport de forces. Une partie est soumise à l'autre dès lors qu'elle ne peut pas se passer de l'autre partie (V. X. Henry et A. Bricogne, Distribution automobile : revue de la jurisprudence marquante de l'année 2019, AJ contrat, mars 2020, p. 143 et notre Lettre d'actualité n° 15). **Elle acceptera les conditions de l'autre partie parce qu'elle ne peut pas se permettre de ne pas contracter**. Il n'est pas nécessaire que l'une des parties soit en position dominante sur le marché. Il suffit que l'une des parties puisse difficilement se passer de l'autre.

Était-ce le cas en l'espèce ? Ce n'est pas certain. Le franchiseur soulevait un argument de bon sens : peut-il exister une soumission des franchisés à l'égard du franchiseur dès lors que le franchiseur n'occupe pas une place importante sur le marché et que **les franchisés pouvaient donc s'engager avec d'autres franchiseurs** si les conditions proposées ne leur convenaient pas ?

La question se pose même **de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) lors de l'entrée dans un réseau** puisque, sauf une très forte position du franchiseur, le candidat franchisé dispose d'autres possibilités. Il fait donc un choix en entrant dans un réseau qui ne relève pas de la soumission. La question peut se poser différemment en cas de modification du contrat à l'occasion de son renouvellement car il peut être plus difficile de sortir d'un réseau pour entrer dans un autre.

Une remise de fin d'année est jugée déséquilibrée (Cour d'appel de Paris, 25 novembre 2020, n° 19/00558).

Une entreprise **sous-traitante** devait verser une remise conditionnelle de fin d'année (RCFA) à l'entreprise principale en fonction du chiffre d'affaires total atteint au cours de l'année civile par le sous-traitant avec l'entreprise principale et ses filiales.

Le sous-traitant soutenait que cette clause RCFA créait un **déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des

parties sur le fondement de l'article L 442-6- I, 2° (ancien) du code de commerce, **en l'absence de négociation possible de cette clause pré-rédigée figurant en annexe au contrat et en l'absence de contrepartie** ou d'autre stipulation rééquilibrant la convention.

Le taux de remise appliqué correspondait à la tranche de chiffre d'affaires réalisé dans l'année. Les pourcentages retenus par le barème allaient de 1% de 0 à 50.000 euros de chiffre d'affaires à 5% pour un chiffre d'affaires supérieur à 500.001 euros.

Selon la Cour, **le barème s'appliquant dès le premier euro** et non en cas de franchissement d'un certain seuil de chiffre d'affaires, la clause n'était pas justifiée par un objectif d'atteinte de volume d'affaires. Par ailleurs, l'entreprise principale qui supportait la charge de la preuve, ne justifiait pas d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause.

Selon la Cour, la clause était donc déséquilibrée et l'entreprise principale est condamnée à **payer au sous-traitant une somme correspondant au montant dont il s'est acquitté** en exécution de la clause litigieuse.

Cette analyse qui se rencontre en matière de remises fidélisantes par une entreprise en position dominante (précisément du fait du caractère très incitatif de la remise) paraît en revanche **beaucoup plus discutable** en l'espèce.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Le jingle « Radio number one » n'est pas une publicité illicite (Cour d'appel de Paris, 2 octobre 2020, n° 19/05150).

Une radio reprochait à l'une de ses concurrentes de diffuser un jingle musical mentionnant « Radio number one » alors que **cette radio ne pouvait plus prétendre occuper depuis plusieurs années la place de première radio** en audience cumulée. Cette place était désormais occupée par la société plaignante

Considérant que le jingle en cause constituait **une publicité comparative illicite et une pratique commerciale trompeuse** sur le fondement de l'article L. 121-2 du code de la consommation ainsi que des actes de concurrence déloyale à son détriment, la plaignante saisissait le tribunal de commerce qui l'a déboutée de ses demandes. Elle faisait appel de ce jugement.

Selon la cour d'appel, « *l'expression "Radio Number One" reprise dans le jingle sonore n'est accompagnée d'aucune référence à un quelconque classement, ni à un meilleur positionnement relatif à l'audimat. Elle ne peut être perçue comme signifiant faussement le classement de radio NRJ comme étant la plus écoutée mais doit être comprise comme un terme laudatif arbitraire et usuel en matière publicitaire* ».

En conséquence, « *Le jingle critiqué ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de tromper ou d'induire en erreur le consommateur qui au surplus retiendra plus sa musicalité que l'expression utilisée et qui ne sera pas amené à choisir la station de radio NRJ au motif qu'elle serait la plus écoutée* ».

Le jingle ne constitue donc pas une publicité comparative illicite au sens de l'article L. 122-1 du code de la consommation, ni une pratique commerciale déloyale.