



L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 21 – décembre 2020 / janvier 2021

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en décembre 2020 et janvier 2021 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

L'Autorité de la concurrence sanctionne une pratique de prix imposés en ligne (ADLC, décision n° 20-D-20 du 3 déc. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des thés haut de gamme).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a sanctionné un fournisseur de thés haut de gamme pour avoir imposé des prix de vente en ligne à ses distributeurs **entre 2015 et 2017**. Cette pratique constitue une **entente illicite** au regard des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

Ladite pratique était démontrée par le fait que le fournisseur avait diffusé auprès de ses distributeurs des **prix « conseillés »**, par le biais de ses catalogues annuels, les **incitant** à les respecter, intervenant même auprès des distributeurs qui refusaient d'appliquer les prix et **sanctionnant les récalcitrants** par la suppression ou la réduction des remises accordées, ou autres mesures de rétorsion (retard dans les livraisons, suppression de leurs coordonnées de la liste de distributeurs sur son site Internet, rupture des relations commerciales).

L'adhésion des distributeurs à cette pratique de prix imposés était démontrée par la signature des contrats proposés par le fournisseur restreignant la liberté de prix, par l'application des prix ou encore par la **dénonciation** auprès du fournisseur par certains membres du réseau des distributeurs non respectueux des barèmes. En conséquence, **l'entente illicite** était démontrée (invitation du fournisseur à pratiquer des prix imposés et acceptation des distributeurs). Une **sanction pécuniaire** de 226.000 euros a été infligée au fournisseur.

Il sera relevé que le **taux d'application** des prix imposés par les distributeurs ne ressort pas de la décision alors que l'un des indices utilisés par l'ADLC pour caractériser une pratique de prix imposés est que **le prix soit appliqué à 80 %** (Cons. conc. décision n° 06-D-04 bis du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe). L'ADLC a manifestement considéré qu'elle pouvait se passer de cet indice eu égard aux autres indices dont elle disposait.

Enfin, l'ADLC n'a pas sanctionné l'interdiction faite aux distributeurs de vendre les produits **sur les plateformes tierces**. En effet, conformément à l'arrêt *Coty* de la Cour de justice de l'Union européenne, cette interdiction **n'est pas illicite**, à tout le moins lorsque la part de marché du fournisseur et des distributeurs **ne dépasse pas 30 %**, ce qui était le cas en l'espèce (CJUE, 6 déc. 2017, *Coty Germany GmbH*, C- 230/16).

Un fabricant de jeux de construction prend des engagements à propos de sa politique tarifaire à l'égard des sites de commerce en ligne (ADLC, décision n° 21-D-02 du 27 janv. 2021).

Des **sociétés de vente par internet** avaient saisi l'Autorité de la concurrence (ADLC) de pratiques de la filiale française d'un fabricant de jeux de construction à propos **de ses tarifs pour les sites de commerce en ligne**. Les services d'instruction de l'ADLC avaient identifié des préoccupations de concurrence relatives à une pratique de **différenciation tarifaire** dans les remises sur facture (la « remise fonctionnelle »), susceptibles de causer un **désavantage concurrentiel** pour les sites de commerce en ligne et notamment pour les « pure players ».

Les autorités de concurrence voient en effet avec défiance les différenciations tarifaires des fournisseurs selon que les produits sont destinés à la vente par internet ou dans des points de vente physiques, considérant qu'il peut s'agir d'une **restriction des ventes passives** qui sont interdites par le règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 (V. Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission du 19 mai 2010, pts 52 et s.).

Afin de mettre **un terme** à la procédure au fond, le fabricant de jeux de construction a proposé les **engagements** suivants, acceptés par l'ADLC :

- redéfinir les critères d'attribution de la remise susvisée pour traiter équitablement **les différentes catégories de vendeurs**, en magasins physiques ou en ligne ;
- rendre **plus transparent** pour ses clients son dispositif de remise et son calendrier (communication des critères d'attribution de la remise, évaluation et communication des notations et taux de remise).



Antitrust



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



- **fournir** chaque année pendant la durée des engagements un **rapport** aux services d'instruction de l'ADLC relatif à l'exécution de ces engagements.

La position des autorités de concurrence sur la différenciation tarifaire (vente par Internet / vente par un point de vente physique) **pourrait évoluer** puisqu'elle fait l'objet d'une **réflexion** dans la perspective du **futur règlement** d'exemption sur les restrictions verticales appelé à remplacer en 2022 le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010.

Pratiques restrictives

La modification d'une remise sans préavis constitue une rupture brutale des relations commerciales établies (Cour d'appel de Paris, 2 déc. 2020, n° 18/17277).

La tête d'un réseau de concessionnaires commercialisant des meubles de cuisines et de salles de bains, a accordé en 2006 par deux contrats **une exclusivité territoriale** de commercialisation de ses produits à un distributeur. En juillet 2015, le distributeur **a rompu les relations** commerciales à effet au 31 décembre 2015 en formulant à l'égard du fournisseur **divers griefs**. Le distributeur faisait notamment grief au fournisseur de lui avoir supprimé en 2015 une **remise annuelle sur facture** de 10% dont il avait bénéficié de 2010 à 2014 sans en remplir les conditions.

Pour la Cour, « **la suppression sans préavis par [le fournisseur] de la remise annuelle sur facture accordée depuis plusieurs années [au distributeur], modifiant de façon substantielle la relation commerciale existante, constitue une rupture brutale partielle de la relation commerciale imputable [au fournisseur]** ». En conséquence, « **la résiliation du contrat liant les parties par [le distributeur] [constituait] une réaction à ce brutal changement des conditions de la relation commerciale de la part [du fournisseur]** ».

Un préavis de **12 mois** aurait dû être accordé au distributeur eu égard à l'ancienneté des relations (environ 10 ans), ce qui peut sembler être une durée de préavis **assez longue** au vu de la **jurisprudence** de la Cour d'appel de Paris au cours de ces dernières années (tendance à limiter la durée des préavis).

La soumission à un déséquilibre significatif est constituée par une impossibilité effective de négociation (Cour d'appel de Paris, 7 janv. 2021, n° 18/17376).

Une société allemande spécialisée **dans la vente à distance** de produits d'optique avait signé avec La Poste plusieurs contrats successifs pour la prise en charge, l'acheminement et la distribution des colis à destination de ses clients.

La société cliente **s'est plainte** en 2014 auprès de La Poste « **de retards, pertes et avaries dans l'acheminement de 13 559 colis [...] pour lesquels elle a formulé une réclamation et a mis en demeure la société La Poste, à titre principal, d'apporter une réponse à ses réclamations et, à titre subsidiaire, de lui payer une somme de 58 306,50 euros à titre d'indemnisation** ». Cette plainte étant **restée sans effet**, La Poste s'est vu poursuivre en justice sur le fondement notamment de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2°) qui sanctionne **la soumission d'une partie par l'autre à un déséquilibre significatif** dans leurs droits et obligations.

La société cliente faisait valoir que certaines clauses des conditions générales de vente de La Poste étaient

significativement déséquilibrées **s'agissant de la preuve de la date du dépôt d'un colis dont peut dépendre la responsabilité contractuelle** de La Poste. Seul le **flashage** du colis par la Poste, pouvant avoir lieu plusieurs jours après la remise, constituait **la preuve du dépôt** du colis, de sorte que La Poste selon la plaignante se constituait sa propre preuve.

Rappelant que préalablement à la question du déséquilibre, il faut **s'interroger sur la soumission** d'une partie par l'autre pour que le texte soit applicable, la Cour énonce que « **l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique [...] implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation [...]** ».

Or, en l'espèce, selon Cour « **les clauses litigieuses, qui sont insérées dans les conditions générales de vente de [...] La Poste, sont quasiment identiques dans tous les contrats conclus par la société [cliente] entre 2010 et 2015 et se retrouvent dans l'ensemble des contrats souscrits par des entreprises avec [...] La Poste. Il se déduit de l'insertion de ces clauses dans tous les contrats [...] et de la puissance de [...] La Poste dans le secteur de l'acheminement des colis une impossibilité effective de négociation desdites clauses** ». Ainsi, « **en l'absence de négociation effective desdites clauses, la première condition d'applicabilité du texte est remplie** ».

La Cour **n'exige donc pas la preuve** de l'absence de négociation effective pour caractériser la soumission mais considère que cette absence peut se déduire **du rapport de forces existant** entre les parties (sur ce point, 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).

Par ailleurs, la Cour déclare **inopposables** à la société cliente, en raison de leur déséquilibre significatif en faveur de La Poste, les articles des conditions générales de La Poste stipulant à plusieurs reprises que les informations fournies par le système de **flashage** des colis par La Poste **font foi**.

En effet, selon la Cour, « **le système d'information de [...] La Poste prévaut sur tout autre élément de preuve que son cocontractant pourrait vouloir apporter et qui pourrait contredire les informations qui y sont contenues alors même qu'en dépendent la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de [...] La Poste et l'indemnisation en résultant. En outre, les dispositions critiquées font dépendre le point de départ du délai d'acheminement d'un colis exclusivement de son enregistrement dans le système d'information de La Poste alors même que [...] La Poste s'engage au respect de délais d'acheminement minimum** ».

La Cour **observe** encore que « **le traitement à grande échelle de la distribution de colis et la maîtrise des coûts induits par un tel type de traitement ne peut justifier que le système d'information permettant un tel traitement puisse être seul retenu à titre de preuve. De plus, si un tel système probatoire était admis, il en résulterait que celui sur lequel pèsent les obligations de résultat de ponctualité et de délivrance des colis contrôlerait seul le respect de ses propres obligations** ».

Ces clauses **créent donc au détriment** de la société cocontractante de la société La Poste un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties alors que La Poste ne rapporte pas la preuve **de la compensation de ce déséquilibre** par d'autres clauses du contrat.

La violation de l'exclusivité territoriale d'un distributeur par son fournisseur constitue une rupture brutale des relations commerciales (Cour d'appel de Paris, 12 janv. 2021, n° 20/02665).

Un fournisseur avait consenti à un distributeur en 2002 une **exclusivité territoriale** d'un an renouvelable, le premier s'engageant à l'égard du second « à ne pas réaliser d'autres implantations à Toulouse et sa proche périphérie ». Cependant, en 2016 et 2017, le fournisseur ouvrait **un corner dans deux points de vente à Toulouse**. Pour la cour d'appel de Paris, il y a eu **violation** de la clause d'exclusivité justifiant le « paiement de dommages et intérêts équivalents à la perte réelle économique subie ».

En outre, selon la Cour, le distributeur a perdu « l'exclusivité de la revente des produits en cause l'exposant à une réduction des ventes **sans disposer d'aucun délai de prévenance** pour tenter de réorganiser son activité ». Ainsi, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II), « la décision unilatérale [du fournisseur] de retrait de l'exclusivité territoriale sans notification constitue **une rupture partielle sans préavis** des relations commerciales établies qui engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice subi [...] ».

Eu égard à l'ancienneté des relations (14 ans environ), un préavis **de 12 mois** aurait été nécessaire. S'agissant du préjudice subi qui « est constitué par l'obligation de se réorganiser sans avoir eu le temps nécessaire » et **qui est distinct** selon la Cour de la violation de l'exclusivité du distributeur (ce qui peut être discuté), la Cour juge que « la rupture brutale n'est que partielle et représente un ratio de 20% du chiffre d'affaires, il y a lieu d'appliquer **le même ratio à la perte de marge brute** [et] donc de fixer l'indemnisation de la rupture brutale partielle à la somme de 23 322 euros, représentant 20% de la perte de marge brute sur douze mois ».

Retour sur le droit d'un tiers à la relation commerciale de se prévaloir de la rupture brutale des relations sur le fondement de l'article 1240 (anciennement 1382) du code civil (Cour d'appel de Paris, 29 janv. 2021, n° 20/06106).

Deux distributeurs ont rompu brutalement les relations établies avec leur négociant fournisseur, lequel s'approvisionnait auprès de deux producteurs. Ces derniers s'estimant victimes de cette rupture demandent réparation contre les distributeurs Le 18 mars 2020, **la Cour de cassation** leur refusait le droit d'être indemnisés **sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°** (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) sanctionnant la rupture brutale des relations commerciales établies. au motif qu'ils **étaient tiers à la relation** entre le négociant et les distributeurs.

Les producteurs pouvaient en revanche fonder **leur demande indemnitaire** à l'encontre de l'auteur de la rupture **sur l'article 1382** du code civil (devenu l'article 1240), c'est-à-dire sur la responsabilité de droit commun (Com. 18 mars 2020, n° 18-20.256, V. notre Lettre d'actualité n° 17). La cour d'appel de Paris, **sur renvoi de la Cour de cassation**, devait statuer sur cette demande d'indemnisation. Bien qu'elle soit fondée sur l'article 1382 du code civil, la Cour examine s'il y a eu **une rupture brutale** au sens l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) entre les sociétés poursuivies (distributeurs) et le négociant. Tel était bien le cas puisque les commandes des distributeurs **ont cessé partiellement puis totalement** sans préavis.

La Cour estime que **le préavis aurait dû être de six mois** (pour 14 ans de relations) et aurait dû être doublé, conformément à l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce, pour la partie des produits vendus sous marque de distributeur (cette disposition n'a pas été reprise par l'article L. 442-1, II du code de commerce). Les producteurs, tiers à la relation, sont donc **indemnisés** du préjudice subi du fait de la rupture brutale (6 à 12 mois de marge perdue selon les produits) intervenue entre leur client et les distributeurs.

Concurrence déloyale

L'acte de concurrence déloyale ne peut résulter que d'un fait personnel (Cour de cassation, com. 27 janv. 2021, n° 18-14.774).

Une société exerçant directement ou sous forme de franchise une activité de vente au détail **d'équipements d'optique** dans près de 800 magasins reprochait notamment à une société **coopérative** rassemblant près de 550 opticiens adhérents sur le territoire national des pratiques de concurrence déloyales.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rejeté la demande. En effet, la société coopérative n'exploitait elle-même **aucun magasin** et, « constituée sous la forme d'une société coopérative de commerçants détaillants à capital variable, elle est régie par les articles L. 124-1 à L. 124-16 du code de commerce et par ses statuts, desquels il résulte que les opticiens de l'enseigne disposent d'une **autonomie certaine** par rapport à la société coopérative, en sont juridiquement indépendants et que toute subordination ainsi que tout contrôle, au sens juridique, des commerçants **indépendants** exerçant sous cette enseigne, est exclue ».

En outre, « l'appartenance à un réseau est insuffisante pour justifier la responsabilité de la coopérative et [...] cette responsabilité **ne peut résulter que d'un fait personnel**, la notion d'**entité économique unique**, propre au droit de la concurrence, ne trouvant pas application en matière de responsabilité civile délictuelle de droit commun fondée sur les dispositions des articles 1382 et 1383, devenus 1240 et 1241, du code civil, dont relève la concurrence déloyale ». En conséquence, « les agissements de certains des membres du réseau [...] ne pouvaient relever que de **leur fait personnel** » et **non de celui de la société coopérative**..

DROIT DE LA DISTRIBUTION

La Cour de cassation adopte la position de la Cour de justice à propos de la qualification d'agent commercial (Cour de cassation, com. 2 déc. 2020, n° 18-20.231).

C'est un **revirement** qui était attendu à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 4 juin 2020 (CJUE, 4 juin 2020, n° C-828/18. V. notre lettre d'actualité n° 18). Aux termes de cet arrêt, **contrairement à la position de la Cour de cassation**, la CJUE a jugé qu'une personne ne doit pas 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**.

Doit donc être cassé, au visa de l'article L. 134-1 du code de commerce, l'arrêt d'appel excluant la qualification d'agent commercial parce que « M. X n'était en mesure de modifier aucun des éléments de l'offre contractuelle des Editions [...], s'agissant des quantités, des prix et des modalités de paiement [...] ». Désormais, le fait de **promouvoir** les produits et

prospector la clientèle est **suffisant** pour qualifier d'agent commercial un intermédiaire remplissant les autres conditions de l'article L. 134-1 (profession **indépendante**, absence de contrat de louage de services, activité **permanente**).

Une ancienne franchisee ne pouvait pas prétendre à être gérante de succursale (Cour d'appel de Paris, 9 déc. 2020, n° 18/09412).

Un franchiseur conclut un **contrat de franchise** avec une franchisee **personne physique** en 1999 pour commercialiser les produits du franchiseur et offrir des soins esthétiques. Ce contrat a pris fin en 2014 à l'issue d'un préavis d'une année.

En 2015, l'ancienne franchisee a saisi le Conseil de Prud'hommes pour se voir accorder le **statut de « gérant de succursale »**. Selon l'article L. 7321-2 du code du travail, **est gérant de succursale toute personne :**

« 1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2° Dont la profession consiste essentiellement :

*a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies **exclusivement** ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ;*

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ».

L'ancienne franchisee entendait ainsi **bénéficier du droit du travail** et notamment d'indemnités de licenciement, de rappel d'heures supplémentaires,... Pour la Cour, l'ancienne franchisee **ne rapportait pas la preuve** qu'elle pouvait revendiquer le statut de gérant de succursale. En effet, l'activité de l'institut de beauté n'était **pas principalement** de vendre les produits du franchiseur car une part importante du chiffre d'affaires était constituée par les soins. En outre, l'ancienne franchisee **recrutait** le personnel nécessaire et fixait les prix.

La nullité du contrat de franchise n'est pas encourue malgré les omissions et inexactitudes du document d'information précontractuel compte tenu de l'expérience du franchisee (Cour d'appel de Paris, 20 janv. 2021, n° 19/03382).

Une société d'entretien et de réparation automobile avait signé un contrat de franchise **avec une société ayant une activité de location de véhicules**. Connaissant des **difficultés financières**, le franchisee ne paye plus les prestations dues au franchiseur qui met alors fin au contrat et assigne le franchisee en paiement. Devant le Tribunal, l'ancien franchisee faisant valoir que son **consentement** ayant été vicié **par erreur et dol**, ce qu'a reconnu le Tribunal en annulant le contrat.

Saisie, la cour d'appel de Paris juge que *« L'intention déloyale du franchiseur de dissimuler dans le DIP [dossier d'information précontractuel] l'état réel du réseau est*

caractérisée en l'espèce par la totale absence d'indication sur la réorganisation du groupe exploitant l'enseigne après 2009, date de fin de l'historique fourni, correspondant à une entrée en crise du secteur. [...] [Le] manquement du franchiseur à fournir dans le DIP les rapports au titre des deux derniers exercices [...] participe bien d'une intention [...] de dissimuler [au franchisee] la gravité des risques d'échec de l'ouverture d'une agence à Saint André de Cubzac ».

La Cour avait notamment relevé que, dans le DIP *« il n'y [avait] aucune information donnée sur le nombre d'entreprises qui [avaient] cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document »*, que la réorganisation du franchiseur avait été **occultée**, que certaines données étaient **anciennes** ou encore que *« les prévisionnels [du franchiseur] étaient très optimistes, puisqu'ils indiquaient un triplement du chiffre d'affaires dans les trois ans [...] »*.

Cependant, pour la Cour, le franchisee **ne démontre pas** que son consentement a été vicié par erreur compte tenu de **l'expérience qu'il avait dans le domaine de la location de voitures** puisqu'il avait été membre d'un réseau concurrent pour la même activité. En particulier, *« Il appartenait [...] au franchisee de faire sa propre étude de marché, de sorte que s'il s'est mépris sur le caractère rentable de l'opération au niveau de son entreprise, cette erreur n'a pas été provoquée par une information établie et communiquée par le franchiseur »*.

De même, selon la Cour, *« Dès lors que le dol ne se présume point et doit être prouvé, il n'est pas démontré que la remise du prévisionnel litigieux établi par le franchiseur, même pris avec les manquements du franchiseur à son obligation légale d'information, caractérise le dol »*. En conséquence, le contrat ne pouvait être annulé pour vice du consentement.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Illicéité d'une publicité comparative (Cour d'appel de Versailles, 10 déc. 2020, n° 19/06257).

La société X, spécialisée dans les **évaluations** de produits de consommation et l'attribution de **distinctions**, a créé le signe distinctif « Reconnu Saveurs de l'année » pour les produits alimentaires et le signe distinctif « Les victoires de la beauté » pour les produits d'hygiène et de beauté. La **société concurrente** Y a créé de son côté **une distinction** pour les produits biologiques intitulée « Sélection Consommateurs Bio ». Pour lancer cette distinction, elle a diffusé (site internet et réseaux sociaux) une **publicité comparant** sa distinction avec celles établies par trois de ses concurrents, dont celles de la société X.

Estimant cette publicité illicite, la société X a saisi le **juge des référés** qui en ordonne la cessation. La Cour d'appel **confirme** l'ordonnance de référé. Le caractère comparatif de la publicité en cause n'étant pas discuté, elle s'interroge sur **son caractère trompeur**, l'article L. 122-1 du code de la consommation exigeant que la publicité comparative ne soit pas trompeuse et soit justifiable. Or, en l'espèce, la **tarification** présentée comme plus élevée pour les labels de la société X est **inexacte**.

Par ailleurs, la société Y indique qu'elle fait une *« Evaluation sur le goût, l'efficacité, l'odeur, le packaging »* en précisant qu'il s'agit d'une *« Distinction sérieuse et exigeante (15/20 nécessaire), 100 testeurs (qualifiés) par produit, consommateurs réguliers de bio, tests en situation réelle »* alors que, pour la société X, la *« satisfaction globale est le critère principal de l'évaluation »* et que *« 12/20 ou 14/20 (est) nécessaire » sans justifier* de ce qu'elle allègue. La publicité comparative était donc **illicite**.