

LA LETTRE H

N° 7 – mai / juin 2018

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique au cours des mois de mai et juin 2018 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Une restriction caractérisée au sens d'un règlement d'exemption peut ne pas être contraire à l'article 101, paragraphe 1 TFUE (Cour de cassation, com. 16 mai 2018, n° 16-18.174 et 16-20.040).

Un fournisseur exploitant en France un réseau de distribution sélective de produits cosmétiques et de parfumerie de luxe avait constaté la commercialisation de ces produits par des sites Internet non autorisés à les vendre. Il a assigné ces sites en cessation de ces pratiques et en réparation de son préjudice. La cour d'appel de Paris, par deux arrêts, avait cependant considéré que le contrat de distribution sélective n'était pas licite car il contenait des restrictions caractérisées au sens du règlement (CE) n° 2790/99 du 22 décembre 1999 alors applicable.

Les deux arrêts sont cassés au motif que « la circonstance, à la supposer établie, que l'accord ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie n'implique pas nécessairement que le réseau de distribution sélective contrevient aux dispositions de l'article 101, paragraphe 1 TFUE ».

Ce faisant, la Cour de cassation ne fait que rappeler que ce n'est pas parce qu'un accord ne remplirait pas les conditions d'un règlement d'exemption que celui-ci serait illicite au regard de l'article 101 paragraphe 1 TFUE.

Cet arrêt permet de rappeler qu'une restriction caractérisée au sens d'un règlement d'exemption n'est pas toujours contraire à l'article 101 § 1 du TFUE et ne constitue pas nécessairement une restriction par objet.

En effet, si l'assimilation des restrictions caractérisées avec les restrictions par objet est souvent parfaite (et fréquemment réalisée par la jurisprudence), les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010 font état de « cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1 [...] » (point 60). Ces cas correspondent à des hypothèses rares comme par exemple celle d'un « distributeur [qui] doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché [...] » (point 61).

En d'autres termes, un accord comportant une restriction caractérisée peut effectivement ne pas être contraire à l'article 101, § 1. Dans une telle hypothèse, il n'est pas nécessairement aisé de comprendre ce qui ne contrevient pas à l'article 101, § 1, et ce qui relève d'une exemption individuelle fondée sur l'article 101, § 3.

Qui peut intervenir volontairement devant la cour d'appel dans une procédure de sanction pour obstruction ? (Cour d'appel de Paris, 14 juin 2018, n° 18/02036).

Une société dépose plainte devant le Conseil de la concurrence (devenue l'Autorité de la concurrence) contre un concurrent pour abus de position dominante. Après de multiples péripéties procédurales et beaucoup d'inertie, l'Autorité de la concurrence fait usage pour la première fois des dispositions de l'article L. 464-2, V et sanctionne le concurrent pour obstruction à l'instruction et lui inflige une amende de 30 millions d'euros le 21 décembre 2017 (V. Lettre H n°5). La société sanctionnée fait un recours volontairement devant la cour au soutien de l'Autorité de la concurrence.

La cour juge l'intervention irrecevable au motif que « Si les parties plaignantes ont intérêt à voir leurs plaintes examinées, et ce dans les meilleurs délais, un tel intérêt ne leur confère pas de droit à ce que lesdites plaintes aboutissent à une notification de griefs, et a fortiori à ce qu'une sanction soit prononcée. Elles ne peuvent de ce fait pas intervenir devant la cour d'appel dans le cadre de la procédure d'instruction, qui relève de la phase d'instruction du dossier ouvert à la suite de leur plainte. ».

Cet arrêt laisse dubitatif. L'amende pour obstruction a précisément pour objet de sanctionner un comportement ayant pour objet ou pour effet de faire obstacle à l'examen d'une plainte. Or, qui plus que le plaignant peut avoir intérêt à ce qu'un tel comportement soit sanctionné afin que la plainte soit examinée ? Si le plaignant est irrecevable pour défaut d'intérêt, est-ce à dire que nul ne peut intervenir volontairement dans une telle procédure de sanction ? Le code de procédure civile n'a pas prévu une telle exception. La position de la cour de cassation sera intéressante.

Une société mère ne bénéficie pas nécessairement de l'exonération de sanction de son ancienne filiale au titre de la clémence (Cour de cassation, Com, 10 juillet 2018, n°17-13973 et 17-14.140)

Une ancienne société mère ne profite pas de l'exonération d'amende au titre de la clémence dont bénéficie son ancienne filiale si au jour de la demande de clémence de la filiale elles ne constituent plus une unité économique. L'ancienne société mère aurait elle-même dû déposer une demande de clémence. L'ancienne société mère étant de surcroît condamnée en raison de l'influence déterminante qu'elle exerçait sur sa filiale et non pas en tant que simple garante du paiement, sa sanction peut être supérieure à celle de sa filiale (en l'espèce 9.405.279 € pour la société mère et 0 € pour la filiale).

Pratiques restrictives

Nouvelle décision sur le déséquilibre significatif à la suite d'une action du ministre (Cour d'appel de Paris, 16 mai 2018, n° 17/11187).

La cour d'appel de Paris a à nouveau statué sur une action du ministre de l'économie pour déséquilibre significatif (art. L. 442-6, I, 2° du code de commerce) dans les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs. L'arrêt est intéressant à plus d'un titre :

- il confirme que **la convention unique de l'article L. 441-7 du code de commerce n'est pas intangible**. Elle peut être modifiée par voie d'avenant sous réserve bien évidemment que cette modification soit faite de manière loyale « *et que l'équilibre du contrat [soit] maintenu* ».
- la cour énonce que l'application de l'article L. 442-6, I, 2° **ne se limite pas aux clauses contractuelles insérées dans les contrats** « *mais vise également les pratiques entre (...) partenaires commerciaux, aucune distinction n'étant faite par le texte et l'équilibre des droits et obligations des parties pouvant être modifié par des pratiques non prévues dans la convention écrite* ».
- comme elle l'avait déjà jugé précédemment (Cour d'appel de Paris, 20 déc. 2017, n° 13/04879, Lettre H n° 5), la cour rappelle **que la structure d'ensemble du marché de la grande distribution est un indice insuffisant pour caractériser l'infraction** car certains fournisseurs, qui constituent des grands groupes, peuvent résister à l'imposition d'une clause qui leur est défavorable. Il faut donc d'autres indices.
- **si une pratique est susceptible de deux qualifications, la victime peut choisir de se fonder sur l'une ou l'autre des qualifications**. En l'occurrence, la disproportion alléguée entre les services de coopération commerciale et leur coût pouvait être poursuivie à la fois sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° (disposition spécifique) ou sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° (disposition générale sur le déséquilibre).
- **la rétrocession aux consommateurs finals des avantages obtenus ne saurait justifier ces pratiques**, l'infraction de déséquilibre significatif visant à protéger

les partenaires. Il pourrait cependant en être tenu compte pour le calcul de l'amende civile.

- le fait pour un distributeur d'appliquer unilatéralement, des **réductions promotionnelles et d'émettre des notes de débit constitue un déséquilibre significatif**, de même que le fait de sanctionner le fournisseur qui refuse une compensation de 2% du chiffre d'affaires.
- en revanche, le fait, pour le distributeur qui constate une rentabilité en baisse sur deux produits, de solliciter une baisse de leur prix d'achat ou une remise exceptionnelle puis, après le refus du fournisseur, de retirer avec un préavis de trois mois ces produits non rentables, **est justifié par des raisons économiques légitimes dues à un défaut de rentabilité** sur ces produits
- une **demande d'investissements** supplémentaires de la part du distributeur est **licite** si l'acceptation de sa demande par le fournisseur n'est pas due à un chantage ou à des représailles.
- compte tenu du caractère très **ponctuel** des pratiques incriminées, de leur **ampleur limitée**, et de la part de marché du distributeur dans le secteur de la grande distribution de 10%, ce dernier a été condamné à une amende civile de **300.000 euros**.

Disproportion d'un avantage au regard de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 13 juin 2018, n° 18/04602).

Les arrêts relatifs à l'**article L. 442-6, I, 1°** du code de commerce sont plutôt **rares** [V. par exemple, Cour de cassation, com. 11 sept. 2012, n° 11-14.620. ; Cour d'appel de Paris, 1^{er} juil. 2015, n° 14/03593 (approuvé par Cour de cassation, com. 8 juin 2017, n° 14/03593) ; Cour d'appel de Paris, 14 févr. 2018, n° 16/07983]. Aussi, lorsque la cour d'appel statue sur la disproportion d'un avantage au regard de cette disposition, la décision mérite-t-elle d'être examinée.

En l'occurrence, la cour a jugé que **la fourniture à titre gratuit** par un fournisseur à un distributeur de 1 800 unités de produits pour les clients d'une "Box Beauté", (échantillonnage destiné à faire connaître les produits) constituait un **avantage disproportionné** au sens de l'article L. 442-6, I, 1°. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a :

- écarté le moyen selon lequel l'avantage avait été convenu entre les parties, cette condition exonératoire n'étant pas prévue par le texte.
- pris en compte **les ventes réalisées l'année précédente** (2015) et constaté que les échantillons gratuits représentaient 85 % de ces ventes. En outre, en 2016, les échantillons ont représenté 14 % des ventes.
- relevé cependant que **la faiblesse du chiffre d'affaires ne pouvait à elle-seule constituer la preuve de la disproportion manifeste** car le distributeur n'a qu'une obligation de moyen mais elle pouvait constituer des éléments d'appréciation de cette disproportion manifeste, à conforter par d'autres indices. En l'espèce, ces indices étaient l'absence d'engagement d'achat du distributeur et les ventes réalisées en 2015.

La cour rejette ainsi l'analyse du Tribunal qui avait, pour déterminer la disproportion, tenu compte du coût de revient des produits gratuits et de la marge dégagée sur les produits vendus par le fournisseur. Le distributeur est donc **condamné à payer partiellement au fournisseur les produits délivrés gratuitement**.

Concurrence déloyale

Imitation d'un produit, concurrence déloyale et détermination du préjudice (Cour d'appel de Paris, 16 mai 2018, n° 15/05577).

La **reproduction** d'un produit ne bénéficiant d'aucune protection au titre du droit de propriété intellectuelle **n'est pas, en tant que telle, nécessairement déloyale** si elle ne génère aucun risque de confusion entre les produits litigieux et originaux.

Néanmoins, en l'espèce, un sous-traitant avait adopté la présentation des emballages, la dénomination et la configuration des produits d'un ancien client entretenant délibérément une confusion, le positionnement commercial étant au surplus identique. **Cette confusion était de nature à induire en erreur les consommateurs normalement avisés** et raisonnablement attentifs.

La concurrence déloyale résidait également dans un **parasitisme** qui « *consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'une entreprise en profitant indûment de la notoriété acquise ou des investissements consentis* ». En l'espèce, les produits jouissaient **d'une notoriété certaine et l'auteur du parasitisme a, sans bourse délier, utilisé les moules et les techniques de fabrication** résultant des investissements de son concurrent.

S'agissant du **préjudice**, la cour a repris l'approche de la victime de la concurrence déloyale, laquelle a déterminé les ventes de produits réalisées par l'auteur de la pratique et la part de ces ventes qu'elle aurait pu réaliser (**taux de report**), puis estimé la marge qu'elle aurait pu réaliser sur ces ventes.

Ne disposant pas de données sur les ventes réalisées par l'auteur sur les produits copiés pendant la période, la victime a estimé que la baisse de ses ventes sur ces produits était due aux pratiques de concurrence déloyale et que toutes les quantités perdues avaient été prises par l'auteur des pratiques. La cour a cependant jugé qu'une partie seulement des ventes de l'auteur de la concurrence déloyale serait allée vers la victime de l'imitation et non toutes les ventes.

Par ailleurs, la cour **n'a pas fait droit à la demande de la victime d'obtenir une indemnisation au titre des frais de communication** nécessaires pour reconquérir le marché concerné, faute d'éléments justifiant cette demande.

Concurrence déloyale au Festival de Cannes (Cour d'appel de Paris, 8 juin 2018, n°17/12912).

Une enseigne de coiffure débourse des sommes importantes pour nouer un partenariat avec les organisateurs du Festival de Cannes et pour pouvoir se dire Partenaire Officiel. Un concurrent lance alors des campagnes

publicitaires qui, sans se dire « partenaire officiel », tentent sciemment de le placer dans le sillage du festival et de l'enseigne de coiffure partenaire avec des slogans tels que « *Coiffeur officiel des femmes* », « *Une fabuleuse histoire d'amour entre XX et les Festival de Cannes* » « *Festival de Cannes, de Cabourg, de Monte Carlo... XX est sur tous les tapis rouges* ».

L'enseigne de coiffure partenaire officiel assigne son concurrent indélicat en concurrence déloyale. La cour d'appel lui donne raison, rappelant que sont déloyaux « *les agissements parasites qui consistent pour un agent économique à s'immiscer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de son savoir-faire et de ses investissements non protégés par un droit de propriété intellectuelle.* »

Or, en l'espèce « *XX a volontairement mis en œuvre une stratégie publicitaire et promotionnelle qui conduit la presse et le consommateur d'attention moyenne à lui attribuer depuis plusieurs années, à tort, la qualité de partenaire officiel du Festival de Cannes, alors même qu'elle n'a pas réalisé d'investissement pour bénéficier de ce titre, ce qui caractérise un comportement déloyal et fautif vis à vis de YY, seul partenaire officiel* ». La Cour condamne donc le concurrent à des dommages et intérêts et à des publications à ses frais.

Cette affaire montre à nouveau que des comportements ne relevant pas de la contrefaçon (il n'y avait pas appropriation ou copie de marque) peuvent néanmoins être sanctionnés sur le terrain de la concurrence déloyale.

DROIT DES CONTRATS

Installation non fautive de concurrents sur la zone de chalandise d'un franchisé (Cour de cassation, com., 30 mai 2018, n° 17-14.303).

La Cour de cassation rappelle **qu'en l'absence d'une clause d'exclusivité, le franchisé ne peut contester l'installation de trois nouveaux distributeurs sous la même enseigne dans sa zone de chalandise** car « *aucune obligation ne pesait sur le franchiseur de l'informer des nouvelles implantations* ». La jurisprudence avait déjà statué en ce sens (V. Cour d'appel de Paris, 13 avr. 2016, n°13/24813 ; Cour de cassation, com. 7 juin 2016, n° 14-22.093 ; Cour d'appel de Paris, 17 mai 2017, n° 15/16638. V. égal. notre article « *Contrat de distribution automobile : revue de jurisprudence de l'année 2017* », AJ Contrat, févr. 2018, p. 70, § 22).

Appréciation de la disproportion d'un cautionnement (Cour de cassation, com., 24 mai 2018, n° 16-23036 et 6 juin 2018, n° 16-26182).

Par deux arrêts récents, la cour de cassation a précisé comment pouvait être évaluée **l'éventuelle disproportion** du cautionnement donné par un particulier.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait jugé valable un engagement de caution, celui-ci n'étant pas manifestement disproportionné même s'il représentait deux ans et demi de revenu professionnel du garant « *dès lors que son épouse,*

séparée de biens, perçoit un revenu fixe et est propriétaire d'un bien immobilier, ce qui lui permet de contribuer dans de larges proportions à la subsistance de la famille et d'assurer son logement ». La Cour de cassation casse cet arrêt, **les biens et revenus du conjoint ne pouvant pas être pris en compte pour l'appréciation de la disproportion de l'engagement puisque les époux étaient séparés de biens** (Cour de cassation, com, 24 mai 2018, n° 16-23036).

Inversement, la cour d'appel de Toulouse avait jugé un engagement de caution disproportionné au regard des revenus de la caution et de sa part dans le patrimoine du couple. Cet arrêt est également **cassé au motif qu'il devait être tenu compte de l'ensemble des revenus et du patrimoine du couple, commun en biens** (Cour de cassation, com, 6 juin 2018, n° 16-26182).

La vigilance des créanciers doit donc être attirée sur l'intérêt de vérifier la situation matrimoniale d'une caution personnelle.

Franchise et document d'information précontractuelle (Cour de cassation, com. 13 juin 2018, n° 17-10.618 ; Cour d'appel de Paris, 23 mai 2018, n° 16/07307).

Conformément à l'article L. 330-3 du code de commerce, « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause* ».

Ainsi, le document d'information précontractuelle remis à un franchisé (DIP) est **fautif** lorsqu'il ne contient pas de présentation du réseau des affiliés, qu'il n'alerte pas sur la **faible rentabilité** des sites pilotes ni sur le fait que les résultats des affiliés faisaient apparaître des pertes au titre des deux premières années d'exploitation, qu'il ne mentionne pas la présence de quatre instituts « dépositaires » dans la zone d'implantation prévue au contrat, alors qu'ils bénéficiaient du même savoir-faire et avantages que les affiliés (Cour de cassation, com.13 juin 2018, n° 17-10.618).

Par ailleurs, la cour d'appel de Paris rappelle que si le franchiseur n'est pas tenu de remettre un compte d'exploitation prévisionnel au candidat à la franchise, le DIP doit contenir « *la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation* ». Il appartient ensuite au franchisé d'établir son compte prévisionnel à partir de ces données.

En revanche, **si le franchiseur remet un compte d'exploitation, il doit donner des informations sincères et vérifiables**. Aussi, si un cabinet d'expertise comptable qui travaille habituellement avec le franchiseur élabore des prévisionnels, sur le fondement d'informations fournies par le franchiseur et par le franchisé, le franchiseur ne peut-il pas décliner sa responsabilité puisque c'est essentiellement sur le

fondement des informations communiquées par lui que ce cabinet a élaborés ces prévisionnels.

Or, ces **comptes prévisionnels** se sont révélés **exagérément optimistes et même « grossièrement irréalistes »**. La cour en conclut que le **consentement du franchisé a été vicié**, ce qui a pour conséquence **la nullité du contrat**, laquelle emporte son **effacement rétroactif**. Le franchisé peut donc obtenir la restitution des sommes versées au franchiseur, de même que les pertes subies dans l'exécution du contrat. En revanche, ne sont pas indemnisables la perte de chance de rentabiliser les investissements ou les gains manqués car le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Un consommateur ne peut pas actionner directement un importateur de véhicule automobile sur le fondement de la garantie légale de conformité (Cour de cassation, com., 6 juin 2018, n° 17-10553).

Le vendeur agissant pour son activité professionnelle ou commerciale est tenu, à l'égard de l'acheteur consommateur, de livrer un bien conforme au contrat et de répondre des défauts de conformité existant lors de la délivrance. Cependant, **l'acheteur consommateur ne peut agir directement au titre de la garantie légale de conformité contre le vendeur de son propre vendeur** car « *n'agissant pas lui-même en qualité de consommateur à l'égard de son propre auteur, le vendeur ne bénéficie pas d'une telle garantie et ne peut donc en transmettre les droits, ce qui exclut toute action directe de l'acheteur à ce titre* ».

Est donc cassé l'arrêt d'appel qui avait jugé que l'acquéreur d'un véhicule disposait d'une action directe au titre de la garantie légale de conformité prévue à l'article L. 211-4, devenu L. 217-4 du code de la consommation contre l'importateur du véhicule, fournisseur du distributeur qui l'avait revendu au consommateur. **Le client ne pouvait agir que contre son vendeur qui était le distributeur**.

Le foot se joue aussi parfois au tribunal (Cour de cassation, civ 2, 14 juin 2018, n°1720046).

Un parieur avait donné treize bons pronostics (sur quatorze) et un mauvais. Estimant que le **résultat** du dernier match (1-0 en faveur du LOSC) avait été **faussé** par un but inscrit en position de hors-jeu, le parieur assigne le joueur auteur du but et son club en dommages et intérêts en raison du gain manqué au titre des quatorze bons pronostics.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui **a rejeté la demande du parieur mécontent**. La cour juge en effet que « *seul un fait ayant pour objet de porter sciemment atteinte à l'aléa inhérent au pari sportif est de nature à engager la responsabilité d'un joueur et, le cas échéant, de son club, à l'égard d'un parieur* » et que « *même à supposer que M. Y... ait été en position de hors-jeu lorsqu'il a inscrit le but litigieux, cette transgression de la règle sportive ne constituait pas un fait de nature à engager sa responsabilité, ou celle de son club, envers un parieur.* »