

# La lettre d'information

N° 8 – janvier 2016

## I. RESEAUX DE DISTRIBUTION

### a. Information précontractuelle

**Franchise : manquement à l'obligation d'information précontractuelle du franchiseur, inexécutions contractuelles du franchisé**

*Cour d'Appel d'Angers, 17 février 2015, 13/00964*

Un franchiseur (la SAS NORAUTO France Franchise) se voit reprocher par l'un de ses franchisés l'implantation d'un nouveau concurrent à seulement 200 mètres du centre exploité, en lieu et place des deux kilomètres annoncés au sein du document précontractuel d'information dans une zone distincte et séparé par un axe routier.

En réponse, le franchiseur invoque divers manquements du franchisé et principalement l'absence de respect du taux de référencement (achats de produits dans le référencement du franchiseur) et l'abandon de la politique commerciale du groupe.

En premier lieu, la Cour d'Appel d'Angers rappelle la nécessité de fournir à son cocontractant des informations précontractuelles sincères permettant de s'engager en connaissance de cause. En l'espèce, elle précise que cette obligation revêtait une « *importance d'autant plus grande* » que la société qui exploitait le fonds de commerce avant la conclusion du contrat de franchise avait subi une liquidation judiciaire.

Ce faisant, l'implantation d'un centre concurrent à un emplacement totalement différent de ce qui était prévu caractérise une

violation de l'obligation précontractuelle d'information.

Concernant les griefs opposés au franchisé, la **Cour relève que ces derniers n'apparaissent pas au sein des comptes rendus de visite par le franchiseur, qu'ils n'ont donc jamais été expressément formulés et en a déduit en conséquence qu'ils ne permettent pas au franchiseur de limiter sa responsabilité.**

Le contrat est donc résilié judiciairement, sanction curieuse puisque la nullité est la sanction habituellement attachée aux vices touchant à la formation du contrat (comme la violation d'une obligation précontractuelle), et le franchiseur condamné à rembourser au franchisé les frais de dépose de l'enseigne (7500 euros) et une partie de ses pertes d'exploitation (25 000 euros).

### **Franchise : prévisionnel et nullité du contrat**

L'écart entre le prévisionnel transmis par le franchiseur au franchisé et le chiffre d'affaires effectivement réalisé fonde souvent les demandes en annulation du contrat de franchise du franchisé en difficulté financière. Les décisions de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation et de la Cour d'Appel de Montpellier illustrent ce contentieux.

*Cass., Com., 17 mars 2015, n°13-24.853*

La société Equip'buro conclut avec la société Sodocob un contrat de franchise pour l'exploitation de son fonds de commerce sous l'enseigne « Bureau center ». Le franchisé en liquidation judiciaire demande la nullité du contrat de franchise et la condamnation du franchiseur au paiement de dommages-intérêts, en invoquant, notamment, la différence importante existant entre le prévisionnel et les résultats obtenus.

## La lettre d'information

En réponse, le franchisé produit les résultats des autres franchisés qui permettent, selon lui, de justifier le prévisionnel communiqué.

La Chambre Commerciale de la Cour de cassation ne se laisse pas convaincre par cet argumentaire et relève au contraire que **le chiffre d'affaires du franchisé n'avait jamais dépassé 30 % du prévisionnel établi ; que cet écart était « particulièrement important »** (70% d'écart entre les résultats annoncés et le chiffre d'affaires réalisé) et que les données communiquées par le franchiseur n'étaient pas comparables au cas du nouveau franchisé qui, dépourvu d'expérience personnelle dans ce type d'activité, créait *ex nihilo* un fonds de commerce et débutait dans une galerie marchande elle-même en cours de création.

La chambre Commerciale a également retenu que le déficit d'analyse pertinente du chiffre d'affaires a été aggravé par un manque de rigueur dans l'analyse des charges prévisibles auxquelles le franchisé allait devoir faire face (masse salariale et investissements).

En outre, les éléments invoqués par le franchiseur pour expliquer cette différence (retard dans l'ouverture du magasin, paiement d'un droit d'entrée au profit du bailleur de la galerie marchande) auraient dû être pris en compte dans l'établissement du prévisionnel.

En conséquence, la Chambre Commerciale a décidé que le franchisé : « *avait été déterminée à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié* ». Dès lors, elle en a déduit la nullité du contrat pour vice du consentement résultant du défaut d'information précontractuelle.

*Cour d'Appel de Montpellier, 21 octobre 2014, n°13/03206*

Dans le même esprit, la Cour d'Appel de Montpellier a prononcé la nullité pour erreur substantielle sur la rentabilité d'un contrat de franchise de restauration.

En l'espèce, le franchisé, en liquidation judiciaire, invoquait un écart de plus de 40% entre le chiffre d'affaires résultant du prévisionnel et le chiffre d'affaires effectivement réalisé.

La cour en a profité pour rappeler le principe attaché à la fourniture de prévisionnel : « *si la loi ne met pas à la charge du franchiseur l'obligation de fournir une étude du marché local au candidat franchisé, auquel il incombe de s'informer sur les potentialités économiques du fonds, il est de principe que lorsque le franchiseur donne une telle information et communique des comptes prévisionnels laissant entrevoir la perspective d'un chiffre d'affaires, il est tenu de se livrer à une étude sérieuse et réaliste du marché local et de justifier les chiffres annoncés à partir d'éléments objectifs* ».

### ■ Concession exclusive de vente matériel nautique : préjudice par dol

*Cass., Com., 17 mars 2015, n°14-10595*

La société Chantiers Bénéteau consent à un concessionnaire une exclusivité portant sur la vente de bateau et de matériels nautiques dans le département de la Charente Maritime. Invoquant divers manquements contractuels, la tête de réseau notifie au concessionnaire la résiliation du contrat.

En réponse, le concessionnaire soutient que cette résiliation est abusive dès lors qu'au moment de la signature de l'avenant stipulant

## La lettre d'information

l'exclusivité, le concédant a dissimulé l'existence d'une autre concession sur le territoire de l'île de Ré.

Cette dissimulation constituerait, selon lui, une réticence dolosive et un manquement à l'obligation d'information précontractuelle (article L330-3 du code de commerce) qui nécessite que soit condamné le concédant à 2 357 997,32€ de dommages et intérêts au titre, notamment, de sa perte de chance et du dol.

La Cour d'Appel reçoit l'argument lié au manquement à l'obligation d'information mais limite toutefois le préjudice à 100 000 euros aux motifs que : *« la seule faute établie à l'égard du concédant concerne un défaut d'information pré-contractuelle, le concessionnaire ne peut prétendre être indemnisé que du préjudice résultant directement de cette faute, qui s'analyse comme étant la perte de la chance de contracter en toute connaissance de cause des éléments d'information légalement exigés, et donc, de refuser éventuellement de contracter ou de contracter à d'autres conditions »* .

Estimant que son préjudice n'avait pas été entièrement réparé, le concessionnaire forme un pourvoi en cassation. **La Chambre Commerciale casse la décision de la Cour d'Appel en ce qu'elle a rejeté la réparation du préjudice résultant du dol et donc de l'entier préjudice.**

Reste à attendre la décision de la Cour d'Appel de Bordeaux qui devra fixer les contours du préjudice résultant du dol.

### **b. Agence commerciale**

#### **Pouvoir de négociation et qualification du contrat**

Les décisions les plus récentes de la Cour de Cassation et de la Cour d'Appel de Grenoble rappellent que pour être qualifié d'agent commercial et obtenir le bénéfice de l'indemnité de cessation de contrat, le représentant doit disposer du pouvoir de négocier les prix de vente et les modalités du contrat.

*Cass. Com., 20 janvier 2015, n°13-24231*

Un contrat de « *représentation commerciale* » est conclu par la société Sofradim. Pour refuser au représentant le bénéfice de l'indemnité de cessation du contrat propre au contrat d'agence commerciale, la société avait contesté cette qualification.

Saisie de cette question, la Cour d'Appel de Paris retient au contraire la qualification d'agence commerciale au motif que les prestations offertes aux clients par le représentant constituaient un outil de négociation et un support marketing destiné à favoriser les relations clients et les ventes des produits du mandant.

La Cour de Cassation casse cet arrêt considérant que le représentant ne disposait pas d'un pouvoir de négocier dès lors que la clause suivante était stipulée au contrat:

*« les prix et conditions de vente sont fixés par un tarif officiel Sofradim, l'agent commercial ne pourra, sauf à perdre sa commission, accorder une remise »*.

*Cour d'Appel de Grenoble, 3 septembre 2015, n°14/00467*

La Cour d'Appel de Grenoble écarte l'application du statut d'agent commercial qui était sollicitée par un intermédiaire agent immobilier dont la mission consistait à

## La lettre d'information

apporter à une banque divers dossiers de financement moyennant commissions.

La Cour reproche en effet à l'intermédiaire de ne produire « *aucun dossier de financement, ni aucun document de travail, attestant du rôle effectif qu'il aurait joué dans la mise en place des concours bancaires nécessaires à la réalisation des opérations de vente d'immeubles ou de fonds de commerce, étant observé que l'aide éventuelle apportée aux acquéreurs dans la définition des éléments essentiels des contrats de prêt n'implique nullement qu'il ait eu le pouvoir d'engager l'établissement prêteur sur des modalités de financement particulières* ».

### Rupture du contrat d'agent commercial : initiative, imputabilité et préjudice

La décision de la Cour d'Appel de Paris rappelle la nécessité de confirmer les modifications essentielles du contrat d'agent par avenant écrit (et notamment la modification du taux de commission), sauf à stipuler une clause permettant une adaptation plus souple de la relation contractuelle pour faire face aux impératifs commerciaux (opérations promotionnelles notamment).

De même, lorsque le partenaire représente le mandant à l'étranger, les clauses relatives à la réglementation applicables localement sont recommandées.

*Cour d'Appel de Paris, 2 avril 2015, n°13/19813*

Une société de droit italien prend l'initiative de rompre son contrat d'agence commerciale et de solliciter le paiement de l'indemnité de fin de contrat considérant que cette prise d'acte était justifiée par des circonstances imputables à son mandant français.

L'agent invoque, tout d'abord, la décision du mandant de mettre fin aux relations commerciales développées par son intermédiaire avec un client important.

En réponse, le mandant justifiait cette rupture par la violation des obligations du client qui commercialisait les produits contractuels auprès de grossistes et non exclusivement auprès des particuliers, comme le stipulait le contrat. La Cour d'appel reçoit cet argument au motif que « *si le client représentait une part importante des commissions de l'agent, et si en conséquence la décision du mandant allait indiscutablement diminuer sensiblement le niveau de la rémunération...cette seule considération ne saurait faire obstacle au droit qu'avait – le mandant – de veiller au respect de sa politique commerciale et de se séparer des clients dont il était établi qu'ils la mettaient en péril* ».

En revanche, la demande de l'agent fondée sur la modification unilatérale du taux de commissions par le mandant trouve un écho plus favorable. Plusieurs propositions de modifications avaient en effet été adressées par mail à l'agent. **En l'absence d'avenant retourné signé, un simple mail en réponse de l'agent, paraissant approuver cette modification tout en sollicitant la communication d'un avenant au contrat, ne saurait caractériser un accord.** En conséquence et pour ce seul motif, la cessation du contrat à l'initiative de l'agent est imputée au mandant.

La Cour en tire des conséquences classiques en termes d'indemnités : indemnité de fin de contrat de deux années de commissions calculées sur la moyenne des deux dernières années alors que l'agent sollicitait quatre années de commissions compte de la durée des

## La lettre d'information

relations et de l'exclusivité à sa charge ; indemnité substitutive du préavis contractuel (supérieur au préavis légal) à calculer en référence à la moyenne des deux dernières années et non de la dernière année de commissions pourtant plus favorable à l'agent.

Enfin, considérant que le mandant n'avait pas réglé les cotisations sociales obligatoires auprès de l'organisme de recouvrement italien (ENASARCO), l'agent sollicitait la réparation de ce préjudice. La Cour, pour rejeter cette demande, relève que **l'agent avait contractuellement garanti à son mandant « qu'aucun accord ni aucune autorisation ou enregistrement n'est nécessaire pour ou la suite de la signature du présent contrat »**. Ainsi, l'agent ne saurait reprocher à son mandant cette carence dès lors qu'il avait assuré contractuellement qu'aucune formalité en lien avec son activité ne devait être effectuée.

### Rupture de fait du contrat d'agence commerciale

Récemment, la Cour de Cassation a été confrontée à une situation délicate relative à l'indemnité de fin de contrat que les textes n'ont pas expressément prévue : la rupture de fait.

*Cass. Com., 6 janvier 2015, n°13-26.804*

En l'espèce, les parties se sont désengagées du contrat et ont tout bonnement cessé la relation commerciale. Pour autant, la société mandante n'a jamais notifié à l'agent la cessation de la relation. L'agent commercial, considérant que le mandant était à l'origine de la rupture, assigne la société mandante pour obtenir les indemnités de cessation du contrat et de préavis.

La Cour d'Appel de Toulouse octroie une indemnité à l'agent au motif que la cessation des relations commerciales résultait d'une rupture de fait de part et d'autre excluant la constatation d'une résiliation fautive imputable à l'une ou à l'autre des parties.

Cet arrêt est cassé par la Cour de Cassation aux motifs qu' : « *qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, les articles susvisés* ».

La Cour de Cassation semble ainsi inviter les juges du fond à déterminer qui, du mandant ou de l'agent est à l'initiative de la rupture quand bien même s'agirait-il d'une rupture de fait avant d'en tirer les conséquences sur l'indemnité.

### c. Rupture brutale

#### ■ Développement logiciel : absence de relation commerciale établie

*Tribunal de Commerce de Paris, 9 mars 2015*

Pour être qualifiée d'établie une relation commerciale doit revêtir un caractère suivi, stable et habituel, permettant à la partie victime d'anticiper raisonnablement pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial.

A l'occasion d'un litige portant sur le développement d'un logiciel selon la méthode Agiles (développement informatique à la pièce), s'est posée la question délicate de la caractérisation d'une relation commerciale établie au sens de l'article L442-6 I 5, dès lors que cette méthode repose sur une forte implication du client et une grande flexibilité quant à l'évolution de ses besoins ?

Le Tribunal de Commerce de Paris a jugé que cette méthode « *plaçait le développeur dans*

## La lettre d'information

*une situation ou le renouvellement régulier de la relation commerciale est soumis à un aléa tel qu'il le place dans une perspective de précarité certaine et le prive de toute permanence prévisible ».*

En conséquence, la précarité d'une telle méthode exclut per se, le caractère établi de la relation entre les parties.

### ■ Evaluation de la durée de la relation commerciale : absorption, clause contraire sans incidence

*Cour d'Appel de Paris, 11 février 2015, n°12/22955*

Pour la distribution des produits pour le jardin de la marque « Algoflash », les parties ont conclu des contrats successifs. Au cours de la relation, le fournisseur a été absorbé par la société Compo. Souhaitant dénoncer la relation commerciale, ladite société a notifié la rupture avec un préavis de dix mois en considérant que la relation avait duré dix années.

Considérant cette durée trop brève compte tenu de la durée qu'il estimait lui-même à 24 mois, le distributeur a assigné le fournisseur en réparation du préjudice résultant de la brutalité de la rupture commerciale établie.

Le Tribunal de Commerce suivi dans son raisonnement par la Cour d'appel de Paris a évalué la durée de la relation à 19 années et le préavis à douze mois considérant que **relation commerciale qui existait avec la société absorbée s'est trouvée maintenue par la société absorbante sur des bases juridiques nouvelles.**

Ce faisant la Cour décide que la clause du contrat qui stipule que « *les parties*

*abandonnent et mettent fin à l'éventuelle relation existante entre elles et s'engagent sur la base de ce nouveau contrat »* ne saurait s'opposer à la prise en compte des relations afin de déterminer la durée du préavis.

### ■ L'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation antérieure et donc de l'exclusivité

*Cass., Com, 10 février 2015, n° 13-26.414*

La société SECO Tools met fin au contrat de distribution exclusive qui la liait avec la société Dorise depuis trente ans.

Considérant la durée de la relation et son intensité, la tête de réseau avait accordé à son partenaire un préavis de douze mois mais lui a cependant notifié simultanément le retrait de l'exclusivité territoriale (immédiate pour un département et six mois après pour les quatre autres).

Le distributeur, estimant que le retrait de l'exclusivité territoriale vidait de son sens le préavis, assigne son partenaire en rupture brutale des relations établies.

La société à l'initiative de la rupture, condamnée, a formé un pourvoi en cassation en alléguant que le déclin de l'implication commerciale et le désengagement de son partenaire de la charte de distribution justifiait ce retrait d'exclusivité.

La Cour de Cassation rejette le pourvoi sur ce point et confirme la brutalité au motif que « *sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures* ».

La Cour de Cassation rejette néanmoins l'indemnisation des préjudices qui découlaient de la rupture elle-même et non de la brutalité de la rupture à savoir en l'espèce :

# La lettre d'information

- les frais de modification de la base éditoriale pour réaliser des catalogues;
- les frais de déplacement et de formation des salariés pour la recherche de nouveau fournisseur.

## **Pas de rupture brutale pour une baisse de volume des commandes, le courant d'affaire des parties avait toujours été fonction de la conjoncture**

CA Paris, 28 janvier 2015, n°14/12969

En l'espèce, la société SERAPHIN qui assurait, depuis treize ans, la fabrication, la recherche, le développement, les achats de peaux, la réalisation des toiles et des patronages de la ligne de vêtements de peaux pour hommes reproche à la société LOUIS VUITTON de ne pas avoir maintenu en 2009 un volume des commandes équivalent à celui des précédentes années et l'assigne en rupture brutale de la relation commerciale établie.

La Cour de Cassation avait cassé et annulé l'arrêt confirmatif de la Cour d'Appel de Paris fondé, selon elle, sur des motifs impropres à exclure toute rupture, fût-elle partielle.

La Cour d'Appel de Paris jugeant de nouveau l'affaire sur renvoi maintient sa position selon laquelle il ne pouvait résulter de cette baisse du volume des commandes une rupture brutale aux motifs :

*« qu'il ne peut être reprochée à la société LOUIS VUITTON MALLETTIER de ne pas avoir maintenu pour 2009 un niveau d'affaires équivalent à celui de l'année 2008 ou des années précédentes, dès lors que le courant d'affaires entre les parties a toujours été fonction de la conjoncture et notamment du nombre de produits mis en*

*développement ou en fabrication, selon les saisons et les collections, du nombre de produits retenus pour être commercialisés et du succès rencontré auprès de la clientèle par les produits mis en vente ».*

En conséquence, selon la Cour d'Appel de Paris, si l'intensité du niveau d'affaires a toujours dépendu de la conjoncture, une baisse du volume des commandes ne peut être assimilée, en tant que telle, à une rupture brutale dès lors qu'elle se justifie par l'aléa inhérent au succès commercial d'un produit.

## **II. CONCURRENCE**

### **a. Pratiques anticoncurrentielles**

#### **Condamnation de la France par la CEDH pour des opérations de visite et saisies de documents par la DGCCRF**

CEDH 2 avril 2015, Vinci construction et GTM Génie Civil et Services C. France, Req n°63629/10 et 60567/10)

Les agents de la DGCCRF avaient procédé à des opérations de visite et saisie pour des faits d'entente illicite commis à l'occasion de la passation de marchés publics concernant la rénovation d'hôpitaux.

Les sociétés requérantes reprochent aux enquêteurs d'avoir saisi de façon massive et indifférenciée des centaines de milliers de documents informatiques, dont l'intégralité des messageries électroniques de certains employés et responsables comportant des documents sans rapport avec l'enquête en cause et relevant de la vie privée des intéressés, du secret des affaires et surtout de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client.

## La lettre d'information

Le 2 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme juge que les visites domiciliaires et les saisies effectuées aux domiciles des entreprises concernées étaient disproportionnées par rapport au but visé et la France a été condamnée à verser à chacune des entreprises 15 000 euros pour frais et dépens.

A cette occasion, la CEDH a insisté sur la protection renforcée des correspondances avocat/client, rappelant que le secret professionnel attaché aux correspondances échangées entre un avocat et son client s'appliquent que ces documents soient ou non en lien avec l'enquête.

### **L'autorité de la concurrence sanctionne à hauteur de 192,7 millions une entente sur les produits laitiers vendus sous marque distributeur**

*Décision 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais et communiqué de l'autorité de la concurrence du 12 mars 2015*

Suite à la dénonciation de Yoplait demandeur de clémence, l'entente des fabricants de produits laitiers vendus sous marque distributeur a été fermement sanctionnée par l'Autorité de la concurrence.

L'Autorité a stigmatisé deux pratiques, entre les mêmes acteurs, sur la même période et sur le même marché :

- la concertation permanente entre concurrents sur les prévisions de hausse tarifaire des produits, sur les données futures de fixation des prix et sur les compensations de volume ;

- la conclusion d'accords portant sur la définition en commun des taux de hausses de prix futurs par familles de produits, sur la fixation des volumes détenus par les sociétés concurrentes et sur la remise d'offres de couverture dans le cadre d'appel d'offres lancés par les distributeurs.

L'amende a été évaluée à 192,7 millions d'euros. Pour prononcer cette amende exemplaire l'Autorité de la concurrence s'est fondée sur les circonstances aggravantes que sont l'ampleur nationale de l'entente qui touchait 90% du marché concerné et la mise en œuvre secrète et sophistiquée des pratiques (changement régulier de lieu de rencontre, téléphones portables exclusivement dédiés à l'entente, rencontre dans des domiciles privés). Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence a précisé que le caractère courant des produits concernés était de nature à aggraver les faits allégués.

L'Autorité a défini un taux de valeur des ventes à hauteur de 16% tenant compte de la gravité des pratiques qu'elle a appliqué à la durée de participation de chaque entreprise. Notons que les sanctions ont été adaptées en fonction des éléments propres à la situation individuelle de chaque entreprise (appartenance à un grand groupe, PME, difficulté financière) et que ces dernières ont pu se voir octroyer des réductions de sanction avec l'engagement de mise en place d'un programme de « *compliance* ».

### **Vigilance quant au rapprochement à l'achat dans le secteur de la grande distribution**

*Avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 de l'Autorité de la Concurrence relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution*

## La lettre d'information

L'Autorité de la Concurrence, saisie par le Ministre de l'Economie et par la Commission Economique du Sénat, a publié le 1<sup>er</sup> avril 2015 son avis quant au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution et plus particulièrement quant au rapprochement Système U/ Auchan (accord du 10 septembre 2014), ITM/ Casino (accord du 7 novembre 2014), Carrefour/Cora (accord du 22 décembre 2014).

Bien que ces accords n'entrent pas dans le champ du contrôle des concentrations, l'Autorité de la Concurrence n'en reste pas moins vigilante quant aux potentiels effets anticoncurrentiels des pratiques qui pourraient découler de ces accords.

D'une part, l'Autorité a identifié des risques sur le marché aval liés aux échanges d'informations entre distributeurs concurrents, à l'homogénéité des conditions d'achat des distributeurs concurrents et à l'effet cumulatif des accords de coopération limitant la mobilité des distributeurs entre enseigne.

D'autre part, l'Autorité relève des risques sur le marché amont qui pourraient tenir :

- aux contraintes exercées sur les fournisseurs pour baisser les prix et de manière corolaire leurs investissements et innovations ;
- à l'éviction des fournisseurs ne pouvant s'aligner sur les exigences des distributeurs.

L'autorité en profite pour rappeler sa défiance à l'égard de certaines pratiques qui créent ou exploitent un déséquilibre au détriment des fournisseurs et, plus précisément, à l'égard des déréférencements et des avantages sans contrepartie.

Les distributeurs, quant à eux, ont argué de la possibilité, via ces accords, d'améliorer l'offre des services vis-à-vis des fournisseurs.

Au regard de ces accords, l'Autorité préconise plusieurs recommandations :

- le renforcement du caractère objectif et non discriminatoire des critères susceptibles d'être mis en œuvre pour sélectionner les fournisseurs ;
- l'assouplissement des conditions d'implantation de points de vente et l'accroissement de la mobilité des distributeurs entre les réseaux (sans surprise, l'Autorité soutient ici la limitation de la durée des contrats d'affiliation qui avait été prévue dans le projet de loi Macron) ;
- l'instauration d'une obligation légale d'information préalable à tout accord de rapprochement « portant sur une partie significative du marché » ;
- la redéfinition de l'état de dépendance économique pour favoriser son contrôle des relations entre distributeurs et fournisseurs.

Pour l'heure, les distributeurs devront autoévaluer leurs accords et leurs comportements à l'aune de cet avis.

### **■ Droit de préemption et pratique anticoncurrentielle**

*Cour d'Appel de Metz, 27 janvier 2015, n°15/00042)*

L'avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence précise que les clauses prévoyant un droit de préemption au profit du franchiseur peuvent fausser la concurrence en figeant le marché de détail et

## La lettre d'information

en dissuadant les opérations de vente. En effet, une telle clause soumet le franchisé au bon vouloir du franchiseur qui, par son refus d'agrément, peut contraindre le franchisé à renoncer au changement d'enseigne et, ce faisant, à poursuivre le contrat de franchise.

En l'espèce, un franchisé 8 à huit (groupe CARREFOUR) avait démembré son fonds pour en céder une partie à la société CASINO.

A l'occasion d'un contentieux relatif à la question de savoir si la rupture du contrat était intervenue aux torts du franchisé, la Cour a été amenée à se prononcer sur la licéité de la clause prévoyant un droit de préemption stipulé au contrat de franchise.

Pour retenir que la licéité de la clause, la Cour a relevé, d'une part que ledit droit érigeait « *en seule condition pour la mise à l'écart du compromis de vente, la décision de la société Carrefour de faire une offre à des prix et des conditions égales* » ; D'autre part, le franchisé n'était pas placé dans une position captive c'est-à-dire qu'il « **disposait de toute latitude pour procéder à une cession totale ou partielle du fonds** » et, dans ce dernier cas, il pouvait conserver à son profit les activités de son choix.

Dès lors, le droit de préemption ne limitait pas la possibilité de rachat de tout ou partie du fonds par la société CASINO concurrente. et donc, il ne s'agit pas d'une pratique anticoncurrentielle de nature à restreindre artificiellement le jeu de la concurrence.

**Ententes et abus de position dominante : lignes directrices de la Commission Européenne précisant les conditions dans lesquelles les agriculteurs peuvent coopérer pour vendre de l'huile d'olive, de la viande bovines et des produits de grandes cultures**

*Communiqué de presse, commission européenne, 27 novembre 2015*

L'article 101 du traité de fonctionnement de l'Union Européenne interdit les accords visant à fixer les prix ou d'autres conditions de transaction ou à répartir les marchés, sauf si lesdits accords contribuent à améliorer la production ou la distribution, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Cette interdiction s'applique au secteur agricole, sous réserve de certaines dérogations spécifiques qui figurent dans le règlement portant organisation commune des marchés agricoles [règlement (UE) n° 1308/2013 — le «règlement OCM»].

Ces nouvelles lignes directrices concernent **trois dérogations basées sur l'efficacité** grâce auxquelles les producteurs d'huile d'olive, de viande bovine et de produits des grandes cultures peuvent, conjointement, **vendre et fixer les prix, les volumes et d'autres aspects par l'intermédiaire d'organisations reconnues, moyennant le respect de certaines conditions.**

En particulier:

- ces organisations doivent améliorer sensiblement **l'efficacité des agriculteurs en leur fournissant des activités de soutien** autre que la vente (par exemple, le stockage, le transport, la distribution); et
- les **volumes** commercialisés par une organisation donnée ne doivent **pas dépasser certains seuils** (20 % du marché en cause pour l'huile d'olive et 15 % du marché national pour la viande bovine et les produits des grandes cultures).

## La lettre d'information

Les nouvelles lignes directrices aident les agriculteurs à remplir ces exigences. Elles aideront aussi les autorités de concurrence et les autorités judiciaires des États membres à appliquer les nouvelles règles. Plus particulièrement, elles:

- apportent une définition/indication claire du type d'activités qui peuvent générer les gains d'efficacité substantiels requis pour bénéficier de la dérogation et donnent des exemples spécifiques de situations dans lesquelles ces activités peuvent générer des gains substantiels;
- donnent des orientations sur la manière de calculer les volumes commercialisés par les organisations d'agriculteurs et sur la manière de s'assurer qu'ils ne dépassent pas les seuils, en tenant compte notamment des variations naturelles au fil du temps;
- expliquent comment des circonstances exceptionnelles, comme une calamité naturelle, peuvent être prises en compte pour le calcul des volumes commercialisés par les organisations d'agriculteurs; et
- précisent les situations dans lesquelles les autorités nationales de concurrence et la Commission peuvent appliquer la clause de sauvegarde prévue par le règlement OCM. Grâce à cette clause de sauvegarde, les autorités de concurrence peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, décider que les ventes conjointes réalisées par une organisation d'agriculteurs doivent être réévaluées ou ne doivent pas avoir lieu si elles ont une incidence négative sur l'ensemble du marché.

Les lignes directrices seront publiées au Journal officiel de l'UE prochainement.

### **b. Parasitisme et concurrence déloyale**

#### **Les griefs de parasitisme supposent la démonstration d'un investissement**

*Cass., Com., 10 février 2015, n°13-24399*

A la suite de son licenciement, l'ancien VRP d'une société de protection sécurité incendie (SPF) crée une société concurrente. Son ancien employeur l'assigne en paiement de dommages et intérêts fondés sur des actes de détournement de clientèle et de parasitisme.

Ces arguments n'ayant pas été entendus par la Cour d'Appel de Lyon, la SPF forme un pourvoi en cassation. Selon elle, en imitant ses contrats sans bourse déliée, la société créée par son ancien VRP a profité de son expérience et de ses investissements.

La Cour de Cassation rappelle ici que le parasitisme 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.

Dès lors, elle en conclut que la société SPF ne peut utilement reprocher à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande « ***puisque elle ne démontrait pas avoir consenti à un quelconque investissement pour l'élaboration de ses documents contractuels*** ».

#### **Condamnation d'un site internet vendant les produits de marque à des prix particulièrement bas**

*Cour d'Appel de Paris, 21 janvier 2015, n°12/18926*

Apprenant qu'un site internet proposait à des prix bas ses chemises en violation de son réseau de distribution exclusive, la société Café Coton assigne l'exploitant du site internet.

Ces demandes reposent sur deux fondements, la violation de l'interdiction de vente hors réseau prévue par l'article L442-6 I 6° du code

## La lettre d'information

de commerce d'une part et, d'autre part, la concurrence déloyale et le parasitisme.

Estimant que la société JPL Café Coton ne démontrait pas les caractères licite, étanche et exemptable de son réseau, la Cour d'Appel a rejeté les demandes fondées sur la violation du réseau de distribution exclusive.

Les demandes fondées sur le parasitisme et la concurrence déloyale quant à elles prospèrent. La Cour d'Appel de Paris relève en effet que la société exploitant le site internet en proposant « à la vente pendant plusieurs jours des produits Café Coton au prix particulièrement bas » (24 euros 90 la chemise, les prix habituels de ces produits, hors solde, se situant entre 80 et 150 euros l'unité), a profité de la notoriété de la marque acquise grâce à des investissements, s'est placée dans le sillage de la société Café Coton et a détourné une partie de sa clientèle.

Ces agissements qualifiés de comportement parasitaire et d'acte de concurrence déloyale, la société parasite sont sanctionnés à hauteur de 50 000 euros.

### Concurrence déloyale pour rétrocession de médicaments

*Cour d'Appel de Paris, 17 septembre 2015, n°13/08058*

Un établissement pharmaceutique considérant que les produits vendus en ligne par les sociétés qui exploitent le site [www.lacentralepharma.com](http://www.lacentralepharma.com) sont obtenus illicitement, assigne l'ensemble des acteurs concernés en concurrence déloyale pour non-respect des dispositions légales en matière de vente de médicaments.

L'établissement pharmaceutique reprochait à ces sociétés d'obtenir illicitement la

rétrocession de ses produits auprès d'officines de pharmacies. Ce faisant, ces pharmacies en revendant lesdits produits agissaient en qualité de grossistes, et ce en totale contradiction avec les dispositions de l'art. L.5124-1 du CSP.

Pour se défendre, les officines et le site de vente faisaient valoir que la pratique des rétrocessions était une réponse légitime aux pratiques discriminatoires et au refus de vente du laboratoire. Cette argumentation ne convainc pas la Cour dès lors « *qu'en participant à la revente en gros, les officines ont contrevenu à l'interdiction du cumul de l'activité de distributeur en gros de médicaments avec celle d'exploitant d'officine* ».

Les défenderesses invoquaient enfin l'article D.5125-24-16 du CSP qui permet aux pharmacies de constituer des sociétés de regroupement à l'achat, d'ordre et pour le compte de ses associés. Ce faisant, ces dernières prétendaient intervenir en qualité de commissionnaire à l'achat pour le compte des pharmacies ce qui justifierait le bénéfice du tarif officine.

Argument là aussi rejeté au motif que la qualité de commissionnaire à l'achat n'était pas démontrée, dès lors que « l'expression « d'ordre et pour le compte des officines » pouvait s'appliquer tant au commissionnaire – étant observé qu'en tout état de cause, le commissionnaire, qui agit en son propre nom, n'est pas le représentant du commettant – qu'au mandataire », et que ce faisant le laboratoire n'était pas tenu de communiquer les conditions de vente officines.

Au final, si le préjudice est limité à la perte de marge résultant du manque à gagner lié à ces ventes (évaluée à la moitié des demandes), il

## La lettre d'information

n'en demeure pas moins que la concurrence déloyale semble une voie efficace pour les établissements pharmaceutiques désireux de lutter contre la pratique des rétrocessions de médicaments.

### III. PROMOTION DES VENTES ET CONSOMMATION

#### a. Modalités applicables en matière de réduction de prix à l'égard des consommateurs

*Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur abrogeant l'arrêté du 31 décembre 2008*

Pour rappel, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L120-1 du code de la consommation dispose que : « *les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.* »

Les annonces de réductions de prix permettent aux opérateurs d'informer les consommateurs qu'ils pratiquent des baisses de prix. Néanmoins, ces annonces ne doivent pas être déloyales et trompeuses pour le consommateur qui doit pouvoir profiter, *in fine*, d'une réduction effective sur les prix des produits et des services.

A cet effet, le nouvel arrêté du 11 mars 2015 précise que : « *toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique déloyale au sens de l'article L120-1 du code de la consommation et qu'elle*

*soit conforme aux exigences du présent arrêté* ».

La loyauté, érigée en condition suffisante par la directive du 11 mai 2005, induit que la réduction du prix annoncée doit être véritable. En ce sens, l'annonceur doit pouvoir justifier de la réalité du prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée (article 4 de l'arrêté).

L'ancienne réglementation prévoyait que le prix de référence s'entendait du prix le plus bas pratiqué au cours des trente jours précédant le début de l'opération. Désormais, cette exigence n'est plus. La détermination du prix de référence est commandée par la seule exigence de loyauté.

En outre, l'annonce de réduction doit être conforme aux modalités suivantes :

- lorsqu'une annonce de réduction de prix est faite dans un établissement commercial, l'étiquetage, le marquage ou l'affichage des prix réalisés conformément aux dispositions en vigueur doivent préciser, outre le prix réduit annoncé, le prix de référence qui est déterminé par l'annonceur et à partir duquel la réduction de prix est annoncée ;
- lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés, cette réduction peut être faite par escompte de caisse. Dans ce cas, cette modalité doit faire l'objet d'une information, l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence.

## La lettre d'information

### b. L'envoi d'un courrier personnalisé suivi d'une vente en magasin constitue un démarchage

*Cass. Com, 4 février 2015, n°14-11002*

Un particulier reçoit à son domicile un courrier l'incitant à conclure un contrat avec un concessionnaire automobile exerçant sous l'enseigne Jaguar. Ce dernier se rend donc dans les locaux du concessionnaire pour conclure un contrat de location avec option d'achat sur un modèle Jaguar.

Le particulier invoque le bénéfice de la protection accordée pour la conclusion d'un contrat résultant d'un démarchage à domicile, à savoir un délai de réflexion, la remise d'un contrat, l'interdiction de percevoir une contrepartie financière durant le délai de réflexion.

La Cour de Cassation censure la décision de la Cour d'Appel de Grenoble qui avait refusé le bénéfice de cette protection dès lors que le contrat avait été conclu « dans un lieu destiné à la commercialisation ».

Ainsi, pour la Cour « **le fait que le particulier ait reçu à son domicile la lettre présentant des offres et qu'à la suite de cette correspondance, il se soit déplacé dans les locaux de la société pour conclure un contrat suffit à qualifier un acte de démarchage** ».

Le fait que le contrat ait été conclu dans un lieu de commercialisation ne fait donc pas obstacle à l'application des dispositions protectrices encadrant le démarchage.

### c. De l'absence de qualification d'un produit cosmétique par présentation au sens du règlement (CE) n°1223/2009

*CJUE 3 septembre 2015, aff. C-321/14)*

Le litige concerne une société allemande qui commercialise des lentilles modifiant l'apparence de la cornée, sans correction visuelle, à seules fins d'événements festifs, en indiquant « *accessoire cosmétique pour les yeux soumis à la directive cosmétique* », sans pour autant respecter les prescriptions du règlement (CE) 1223/2009 relatives aux mentions obligatoires sur l'étiquetage.

Par une application combinée des dispositions du règlement – les considérants 6 et 7 ainsi que les articles 1 et 2 § 1, sous a) – la Cour de justice a jugé que : « *contrairement au choix effectué par le législateur de l'Union pour d'autres produits, en particulier les médicaments, la définition de l'article 2, paragraphe 1, sous a), du règlement n° 1223/2009 ne contient pas de catégorie de produits cosmétiques par 'présentation', permettant de qualifier juridiquement un produit comme étant un « produit cosmétique » au seul motif que celui-ci est présenté comme tel* ».

Ainsi, la Cour procède à une analyse des caractéristiques objectives des produits en cause, pour en conclure que lesdites lentilles ne répondent pas à ladite définition et que les règles relatives à l'étiquetage des produits cosmétiques ne sont pas applicables « *nonobstant le fait que leur emballage comporte l'indication « Accessoire cosmétique pour les yeux soumis à la directive cosmétiques »* »

La Cour procède à une analyse stricte du règlement sur les produits cosmétiques qui ne contient qu'une définition de ces produits en référence à leurs caractéristiques objectives (nature du produit, parties du corps humain avec lesquelles un tel produit est destiné à être

## La lettre d'information

mis en contact, but poursuivi par l'emploi du produit) sans aucune référence à une assimilation par « présentation ». A l'inverse la directive 2001/83/CE relative aux médicaments à usage humain définit les médicaments non seulement par rapport à leur finalité mais également comme « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ». Ainsi la simple présentation d'un produit comme « soumis à la directive cosmétique » n'a pas pour effet de soumettre ce produit aux obligations relatives aux produits cosmétiques telles que définies par le Règlement communautaire.

Pour autant, une telle allégation pourrait être sanctionnée sur le terrain des pratiques commerciales trompeuses sur les caractéristiques principales du produit au sens de l'article 6 de la Directive 2005/29/CE.

### d. Médiation des litiges entre un consommateur et un professionnel

*Décret n°2015-1382, 30 octobre 2015*

L'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015 transposant la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 a pour objet de faciliter le recours pour les consommateurs à des modes de résolution amiable des litiges opposant consommateur et professionnel s'agissant de l'exécution ou de l'inexécution, totale ou partielle, des contrats de vente de marchandises ou de de contrats de prestation de service.

Le décret du 30 octobre 2015, pris en application de ladite l'ordonnance et achève ainsi la transposition de la directive.

Le décret crée dans la partie réglementaire du code de la consommation un titre consacré à la médiation des litiges de la consommation. Il précise les règles relatives au processus de médiation de la consommation, les exigences d'indépendance ou d'impartialité attachées au statut de médiateur de la consommation et les obligations d'information et de communication qui incombent aux professionnels.

**Ce dernier doit communiquer au consommateur les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou sur tout autre support adapté.** Il y mentionne également l'adresse du site internet du ou de ces médiateurs.

Le décret détaille également la composition, l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation. Il fixe les modalités d'information du consommateur, lui permettant de recourir effectivement à un médiateur de la consommation et d'assistance au consommateur, en cas de litige transfrontalier (consultation du site internet de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation). Enfin, il modifie le code monétaire et financier, le code des assurances et le code de la sécurité sociale afin de permettre la mise en œuvre de la médiation de la consommation dans ces secteurs.

# La lettre d'information

## KLYB'AGENDA

### Reuves

- Participation à la rédaction de la «Lettre de la Distribution »

### Manifestations

#### ■ Le 11 février 2016

##### « Plaidoirie en droit de la concurrence »

Intervention Faculté de Droit de Montpellier,  
Master 1 – Magistère/DJCE 2ème année,

#### ■ Le 3 mars 2016

##### « Salarié ou agent, quelle force commerciale à l'export ? »

Conférence CCI Béziers

#### ■ Le 5 avril 2016

##### « Droits d'auteur et logiciels/bases de données »

Intervention Faculté de Droit de Montpellier,  
Master 2 – DJCE, 5/04/2016

POUR TOUT RENSEIGNEMENT SUR LE PROGRAMME ET CONDITIONS DE PARTICIPATION A L'UNE DE CES MANIFESTATIONS, VOUS POUVEZ NOUS CONTACTER A [contact@klybavocats.fr](mailto:contact@klybavocats.fr) ou consulter notre site internet [www.klybavocats.fr](http://www.klybavocats.fr)

## Karine BIANCONE & Aymeric LOUVET

*Avocats associés*

[contact@klybavocats.fr](mailto:contact@klybavocats.fr)

KLYB AVOCATS  
1401 avenue du Mondial 98  
Immeuble Oxygène – Bat B  
34 000 MONTPELLIER  
Tel : 04 67 20 70 70  
Port : 06 85 11 56 73  
06 13 16 24 26