# **Chronique de droit de la distribution**

#

**Daniel Mainguy**, *Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier*

**Jean-Louis Respaud,** *Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier*

**Stéphane Destours,** *Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Avocat*

**Malo Depincé**, *Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier*

La présente chronique couvre la jurisprudence de la période 2019-2020 essentiellement autour des questions traditionnelles du droit de la distribution. On retiendra une très forte activité légistique et réglementaire, notamment l’ordonnance du 24 avril 2019 modifiant le Titre IV du Livre IV du Code de commerce (comp. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, Lexisnexis, 3ème éd. 2020 pour une présentation), ou la directive 2019/2161 *en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l’Union en matière de protection des consommateurs*. Par ailleurs, l’année 2020, en tout cas son départ, a été dès mars « figée », confinée en quelque sorte, comme tout le monde. Nous ne nous arrêterons pas sur les conséquences, passagères, de la Covid-19 sur les contrats de distribution (*Comp. L. Ziadé et Cl. Cavicchioli, « L’impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », AJ contrats, 2020, 176*), étant entendu que les années à venir seront riches, sans doute, de question de rupture, de force majeure, de renégociation pour cause de changement de circonstances économiques, de réfaction, résiliation, etc., fondés sur la présence et les effets de ce virus.

La période de référence demeure suffisamment riche, principalement marquée par plusieurs séries d’événements jurisprudentiels, l’une faisant suite à l’arrêt *Coty* en matière de distribution sélective et, peut-être plus important, en matière de rupture brutale des relations commerciales établies ou de sanction des déséquilibres significatifs, et le serpent de mer du caractère de loi de police de l’article L. 442-6 devenu L. 442-1 du Code de commerce avec l’arrêt *Expedia,* « pavé dans la mare », du 8 juillet 2020, une troisième intéressant la qualification du contrat d’agence commerciale après l’arrêt de la CJUE du 4 juin 2020 revenant sur la question de la « négociation » du prix ou des conditions contractuelles, et un dernier avec la question de la réparation du préjudice économique.

# **I - Droit commun des contrats de distribution**

**1) Modification des conditions générales de vente.** Tousles contrats de distribution ne sont pas des contrats subtilement rédigés, réfléchis et raffinés, mais souvent de simples conditions de vente acceptées, expressément ou tacitement, en contrepartie d’avantages divers. Même lorsqu’un contrat cadre est conclu, le fournisseur établit en général des conditions générales de vente, de sorte que la question de savoir quel contenu contractuel résulte de cette situation est permanente, contrat cadre ou non, chaque fois que des conditions générales de vente existent, et qu’elles rencontrent divers documents éventuellement contradictoires, conditions générales d’achat, bons de commandes, de livraison, de réception, factures, etc., susceptibles de contenir des éléments contractuels distincts des premières et susceptibles de créer un conflit de contenu. La question fait l’objet d’une solution générale fondée sur les règles du droit commun des contrats : une relation d’affaires naît de la répétition de situations contractuelles acceptées successives non équivoques, créant un « courant d’affaires continue », une sorte d’usages contractuels particuliers *inter partes*.

Les difficultés spécifiques naissent de la concurrence de documents contractuels opposés, conditions de vente et condition d’achat, conditions générales et conditions particulières (cf. C. civ., art. 1119), mais également entre les différents documents qui participent de la vie d’une telle relation. Lorsque l’opposition entre deux clauses antagonistes et inconciliables se présente, la situation est réglée par le jeu classique de l’offre et de l’acceptation et du référent de droit supplétif. Cela a été un temps le cas, par exemple, en présente d’une clause de réserve de propriété et de « non réserve » de propriété : le premier formule une offre de dérogation à l’article 1582 du Code civil, le second la refuse, la situation est donc celle du droit supplétif de la vente (*Cf. Cass. com. 11 juillet 1995, JCP 1996, éd. G., 1996, I, 3896, obs. Ph. Pétel ; éd. E., II, 22583, note D. Mainguy ; éd.E, II, 3896, note J. Vaillansan, D. 1996. Somm. 212, obs. F. Pérochon. P. Crocq¸ obs. in. RTD civ. 1996, p.675 ; D. Mainguy, obs. in JCP éd. E, 1997, I, 631, n°6 ; D. Voinot, Le refus par l'acheteur de la clause de réserve de propriété en droit des procédures collectives, D. 1997. Chr. p. 312*).

De même la clause dans une facture, qui est un document d’exécution contractuelle qui, *a priori*, intervient après que le contrat ait été formé, ne peut en principe intégrer le corpus contractuel (*Cass. com. 7 déc. 2010, n° 09-71.355, JCP E 2011. 1180, note L. Leveneur*), à moins que la clause, répétée et acceptée sans équivoque, parce qu’elle est connue de celui à qui elle est opposée et a été appliquée, par un ou des paiements sans réserve notamment, est devenue l’un de ces usages contractuels (*Mais v. cependant Cass. com. 25 sept. 2019, n°18-13.483, CCC 2019, n°196*). Plusieurs conditions donc : la connaissance de la clause figurant sur la facture et son acceptation, tacite ou plus rarement expresse. Telles sont les conditions que devaient vérifier un arrêt de la Cour d’appel de Paris (***Paris, 15 mai 2019, 16/15943*,** *AJ contrats, 2019, p. 390, note F. Buy*). Dans cette affaire, une clause de non sollicitation avait été insérée dans des conditions générales de vente figurant au verso de factures régulièrement adressées par un vendeur à un acheteur, sans qu’elle apparaisse dans les conditions générales de vente initialement communiquées à l’acheteur, ce dernier ayant signé le recto, lequel renvoyait à l’acceptation du verso, donc des conditions générales nouvelles contenant la clause (clause que l’acheteur avait expressément refusé à l’occasion d’une proposition antérieure de contrat). Etait-elle entrée dans le champ contractuel ? On voit que les arguments des deux parties peuvent s’équilibrer, l’un arguant de l’acceptation tacite de la clause par la signature du recto d’une clause renvoyant au verso de la clause, l’autre se prévalant de l’absence d’acceptation, ni expresse ni tacite, de la clause. La Cour rappelle d’abord le principe : « En l'absence de contrat écrit entre les parties manifestant expressément leur accord sur une clause de non-débauchage, celui-ci peut résulter tacitement, en matière commerciale, d'usages ou d'habitudes des parties. C'est ainsi que le paiement réitéré de factures au dos desquelles la clause est imprimée peut démontrer son acceptation par le partenaire auquel elle est opposée ».

C’est effectivement la solution classique qui assure l’efficacité de la clause de renvoi à des conditions générales figurant au verso d’un document (*Cass. civ. 1re, 16 févr. 1999, n° 96-19.469, Cass. com. 2 juin 2015, n° 14-11.014, Gaz. Pal. 2016, n° 1, p. 36, obs. D. Houtcieff*) Toutefois, La Cour observe que le paiement réitéré des factures par l’acheteur ne démontre pas son acceptation de la clause, faute de preuve de l’information de l’existence de cette clause, faisant obstacle à son acceptation. La situation est en effet celle d’un avenant au contrat conclu initialement : seule une manifestation de volontés concordantes, expresse ou tacite, sur la modification peut prospérer. En l’espèce, la signature du recto, comprenant une clause renvoyant au verso, donc à la clause nouvellement insérée, n’était pas une preuve suffisante de l’information de celle-ci par son destinataire.

Dont acte. Il demeure qu’on parfaitement pu considérer que la répétition des factures emportait la connaissance de la clause. L’article 1112-1 du Code civil, issue de la réforme de 2016, considère que l’information est due par « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre [doit l'en informer] dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Or, la Cour aurait parfaitement pu considérer que la clause était, par sa répétition, connue de l’acheteur, lequel, par ailleurs, pourrait être considéré comme censé lire les documents qu’on lui transmet. Les faits l’espèce permettent de considérer cependant que l’acheteur avait fait connaître, antérieurement, son refus d’une telle clause imposant donc une exigence particulière d’information de l’acheteur.

On admettra dons qu’une modification des conditions générales de vente est possible en cas de connaissance de la clause figurant sur la facture et son acceptation, par une signature au recto de celle-ci de la modification portée au verso, sauf lorsque le destinataire de la modification en a préalablement refusé l’insertion, supposant alors une information supplémentaire pour que le consentement à la modification soit acquis.

**D. Mainguy**

**2) Information précontractuelle, erreur sur la rentabilité, annulation du contrat et indemnisation des associés.** L’erreur sur la rentabilité, saison 3. Apparue lors du célèbre arrêt du 4 octobre 2011 de la chambre commerciale de la Cour de cassation (*Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; JCP G 2012, 135, note J. Ghestin ; RDC 2012, p. 9, note Th. Génicon ; RLDC, nov. 2012, 7176, note D. Mainguy ; cette chronique JCP E 2013, 1200, n°1, obs. D. Mainguy* ; Adde *D. Mainguy, L'erreur sur la rentabilité et le contrat de franchise : RLDC 2012, n° 4876*), portée disparue à l’occasion d’un arrêt du 17 mars 2015 (*Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24.853 ; JurisData n° 2015-006037 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 148 ; cette chronique JCP E 2017, 1079, n° 1 et comp. Cass. com. 13 sept. 2017, n°15-19.740, cette chronique JCP E 2018, 1131, n°1 obs. D. Mainguy*) l’erreur sur la rentabilité refait surface sous la plume de la même chambre par deux arrêts du mois de juin dernier, l’un en date du 10, l’autre du 24. Résumé des saisons précédentes : l’erreur substantielle sur la rentabilité sur l’activité entreprise commise par le franchisé, comme alternative à la fois au dol du franchiseur ou, surtout, aux manquements à la loi *Doubin* (saison 1) ; retournement de situation : les informations erronées et trompeuses d’un prévisionnel non sérieux et non réalisable, est susceptible de vicier le consentement du franchisé (saison 2).Une saison 3 permettra-t-elle le retour de l’erreur ou d’un autre acteur, le « but » de l’article 1163 du Code civil, le défaut d’information de l’article 1112-1 ? Le suspense déjà, par les premiers éléments de la réforme du droit des contrats.

Les faits du premier de ces arrêts de la saison 3 sont les suivants (***Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21536*** *; CCC 2020, n° 139*). La société Couleurs et chocolats a conclu un contrat de franchise avec la société De Neuville, qui développe un réseau de points de vente de chocolats au détail succursalistes ou franchisés. Suite à la liquidation judiciaire de la société franchisée, ses associés et le mandataire liquidateur désigné ont assigné la société De Neuville en annulation du contrat de franchise, pour vice du consentement, et en paiement de dommages-intérêts. La Cour d’appel de Paris y ayant fait droit le 23 mai 2018, le franchiseur contestait, en cassation, tant l’annulation du contrat de franchise que l’indemnisation des associés de la société franchisée. S’agissant de l’annulation du contrat de franchise pour erreur, le franchiseur faisait grief aux juges d’appel de ne pas s’être expliqués quant aux stipulations du contrat aux termes desquelles le franchisé déclarait, d'une part, avoir conscience de ce que les données communiquées par le franchiseur ne permettaient d'élaborer que des hypothèses chiffrées sans garantie de résultat et, d'autre part, qu'un décalage même important entre ses réalisations effectives et les estimations prévisionnelles ne pourrait constituer un motif de remise en cause de son engagement contractuel. Cela excluait selon le franchiseur que les comptes prévisionnels aient pu constituer un élément déterminant du consentement du franchisé. En second lieu, la Cour d'appel aurait tiré argument de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle du franchiseur pour établir l'absence d'une condition de formation du contrat litigieux. En dépit des stipulations du contrat qui en limitait la portée, la communication, par le franchiseur, de données à partir desquelles le franchisé a élaboré ses comptes prévisionnels a-t-elle pu provoquer une erreur sur la rentabilité de l’activité de ce dernier ? Des manquements contractuels du franchiseur ont-ils pu par ailleurs contribuer, sinon renforcer pareil vice du consentement ? La Cour de cassation rejette le moyen en deux temps (*Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21536 ; préc.*). Dans un premier temps, elle approuve l’arrêt d’appel qui, après avoir classiquement énoncé que « *lorsque le franchiseur, qui n'est pas légalement tenu de le faire, remet au franchisé un compte d'exploitation prévisionnel, ce document doit être sincère et vérifiable* »(*dans le même sens, V. notam. Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-19.740 : JurisData n° 2017-017695 ;* cette chronique*JCP E 2018, 1131, n° 1, obs. D. Mainguy*)*,* a retenu que« *les comptes provisionnels, élaborés sur la base de données erronées et non significatives communiquées par la société De Neuville sans qu'elle en ait vérifié la cohérence, se sont révélés exagérément optimistes et que l'écart entre ces prévisions et les chiffres réalisés a dépassé la marge d'erreur inhérente à toute donnée prévisionnelle, sans que les mauvais chiffres constatés puissent être imputés au franchisé* ». Elle en déduit qu’« *ayant souverainement déduit de ces énonciations, constatations et appréciations que ces prévisions avaient provoqué, dans l'esprit des cocontractants, novices dans le secteur économique concerné, une erreur sur la rentabilité de leur activité, portant sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, et que c'est en raison de cette erreur déterminante que le franchisé avait été conduit à conclure le contrat litigieux, la cour d'appel n'était pas tenue d'analyser la portée des stipulations* (précitées) *de ce contrat* ». Dans un second temps, la chambre commerciale approuve également l’arrêt d’appel d’avoir retenu que « *le franchiseur, tenu d'assister le franchisé dans la recherche et la négociation d'un local,* (…) *a validé l'emplacement choisi par le franchisé et négocié les conditions du bail, qui s'est avéré inadapté en raison d'une superficie trop vaste et d'un loyer excessif, rendant l'affaire du franchisé non viable* », d’en avoir déduit que « *ces éléments, s'ils n'induisent pas en soi un vice de consentement du franchisé, non seulement démontrent les manquements du franchiseur à ses obligations de conseil mais, en outre,* *renforcent la portée des informations erronées sur les prévisionnels et les conséquences de l'absence d'état du marché local puisque le coût du bail représente une donnée essentielle en considération de laquelle le franchisé a élaboré son projet d'installation*», avant d’en conclure que « *la cour d'appel a pu retenir que l'inadaptation de l'emplacement, la trop grande superficie des locaux et le caractère excessif du loyer, trop élevé pour garantir aux franchisés un taux de rentabilité minimale, ont été également déterminants pour le consentement du franchisé et portaient sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante* ». Cette solution est donc intéressante car, outre qu’elle revient sur l’erreur sur la rentabilité, elle fait siennes les explications à cette erreur retenues par les juges du fond. On y observe d’ailleurs l’entremêlement de conditions de formation du contrat, un consentement exempt de vice, mais aussi de son exécution puisqu’est relevé un manquement aux obligations d’assistance et de conseil du franchiseur. Une sorte de *confluence* de ce que pourtant nous nous ingénions à décortiquer et séparer, tant en « théorie » qu’en « pratique », une *confluence* donc d’éléments que nous voulons épars et qui pourtant convergent vers un but commun, à savoir que chacune des parties puisse atteindre l’objectif qu’elle poursuit grâce au contrat. Son utilité. Une autre question était posée à la Cour, la société De Neuville faisait, en effet, également grief à l’arrêt de la condamner à payer aux associés de la société franchisée désormais liquidée des dommages-intérêts alors que dans ses conclusions d'appel, elle avait fait valoir que l'indemnisation desdits associés au titre de la perte de leurs apports aboutirait à réparer deux fois le même dommage, puisque lesdits apports avaient servi à payer les investissements au titre desquels la société sollicitait déjà le bénéfice d'une indemnisation. Le chef de préjudice allégué est-il ou non distinct d’un autre dommage dont la réparation est demandée par ailleurs ? Contrairement au précédent, ce second moyen fait mouche ; la Cour casse et annule l’arrêt d’appel sur ce seul moyen. Rappelant la motivation de l’arrêt d’appel en cause : « *Pour condamner la société De Neuville à payer des dommages-intérêts* (aux associés), *en réparation du préjudice, qu'ils soutenaient être personnel et distinct, que leur avait causé le manquement du franchiseur à son obligation pré-contractuelle d'information, l'arrêt retient qu'il résulte du bilan 2013 et du rapport de l'administrateur judiciaire que ces personnes ont, chacune, apporté à la société* (…) *en compte-courant la somme de 59 179 euros, que, mieux informés, ils n'auraient pas engagé ces apports et qu'il convient de les indemniser de leur perte de chance de ne pas contracter* », la chambre commerciale balaye ledit argument en ces termes : « *En statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société De Neuville qui soutenait que les pertes alléguées* (…) *correspondaient à celles dont la société qu'ils avaient créée demandait déjà réparation, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences* » de l’article 455 du Code de procédure civile aux termes duquel les juges, sans être tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, doivent répondre aux conclusions opérantes dont ils sont saisis.

L’arrêt du 24 juin 2020 (***Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-15.249, F-D****; Contrats CCC 2020, n° 138, obs. M. Malaurie-Vignal*) met en scène un franchisé reprochant à son un franchiseur d’avoir manqué à ses obligations d’information précontractuelle en lui fournissant un document d'information précontractuelle faisant apparaître des prévisions de chiffre d'affaires exagérément optimistes. Le contrat de franchise en question avait été annulé (Colmar, 14 mars 2018). Pourvoi fut formé par le franchiseur qui reprochait aux juges d’avoir ainsi tranché alors « que l'erreur sur la rentabilité du concept ne peut conduire à la nullité du contrat de franchise que si les comptes prévisionnels d'exploitation ont été établis par le franchiseur et qu'ils étaient manifestement erronés ». Entre autres arguments, le franchiseur faisait valoir que les comptes prévisionnels n'avaient pas été établis par ses soins mais par le franchisé, assisté de son expert-comptable, le franchiseur s'étant borné à fournir une matrice qu'il incombait au candidat franchisé de remplir en fonction de ses propres prévisions et objectifs. Le franchiseur soutenait donc ne pas être l’auteur de ces prévisions et ainsi, à supposer que le franchisé ait pu commettre une erreur, que cette dernière n'était pas imputable au franchiseur. Par cet arrêt du 24 juin 2020, la chambre commerciale énonce, au visa de l’ancien article 1110 du Code civil, devenu1132, que : « *L'erreur sur la rentabilité du concept d'une franchise ne peut conduire à la nullité du contrat pour vice du consentement du franchisé si elle ne procède pas de données établies et communiquées par le franchiseur*». Puis elle en déduit que les juges d’appel, en ne recherchant pas, ainsi qu'ils y étaient invités, si les comptes prévisionnels n'avaient pas été établis par la société franchiseur, mais par le franchisé, assisté de son expert-comptable, ont privé leur décision de base légale. Qui, donc, du franchiseur ou du franchisé a été l’auteur des prévisions est donc une question déterminante quant au sort du contrat ? En effet, pour la que déception subie par l'*errans* quant à la rentabilité puisse constituer une erreur, vice du consentement, encore faut-il qu’elle participe au champ contractuel, qu’elle y soit entrée, par la négociation ou le contrat (*Th. Génicon, note préc.*). Si en revanche, la déception lui est propre parce qu’il avait nourri, seul, des espoirs de rentabilité, alors son erreur ne saurait emporter un vice du consentement. Mieux vaut donc ne pas communiquer d’études ou comptes prévisionnels, situation assez fréquente en pratique tant bon nombre de franchiseurs ont déjà intégré le risque de fournir des prévisions qui pourraient décevoir, certains poussant le « vice » jusqu’à les faire produire par les franchisés, novices, voire naïfs, eux-mêmes (une saison 4 ?).

**S. Destours et** **J.-L. Respaud**

**3) Exécution de bonne foi d’un contrat de distribution.** La question de l’exécution de bonne foi des contrats de distribution est l’un des thèmes qui a fait couler le plus d’encre, à la fois du fait de créations théoriques originales, notamment dans la ligne doctrinale du solidarisme contractuel et d’un certain nombre de décisions de jurisprudence, servant généralement d’ailleurs de fondement à la doctrine solidariste, les arrêts *Huard* en 1992, *Chevassus-Marche* en 1998, *Mazda*  en 2002*,* etc. Il existe en effet une tension entre ce qui pourrait être considéré comme une exigence d’application du contrat « à la lettre » de l’article 1103 du Code civil et celle, apparemment opposée, d’exécution de bonne foi de l’article 1104, renforcée d’ailleurs par les règles nouvelles issue de la réforme, par exemple la distance mise entre les contrats de gré à gré, qui ressemblent à « l’ancien » droit commun des contrats, et les contrats d’adhésion qui renvoient à un droit commun « alternatif », celui de l’article 1171 du Code civil par exemple et plus globalement au régime né de la jurisprudence issue du mouvement du solidarisme contractuel. L’originalité de la position française repose, depuis longtemps, sur la considération que, à la différence de la conception anglaise par exemple, exécuter le contrat de bonne ne signifie pas l’exécuter à la lettre, mais par correspondance à des standards de comportements, éventuellement découverts par le juge à qui la question est posée.

L’exigence de bonne foi sert cependant, et parfois, également d’autres causes, comme la considération que la sélection des distributeurs, dans un réseau de distribution sélective, ne dépend que de l’abus ou de mauvaise foi dans les conditions de conclusions du contrat (***Cass. com. 27 mars 2019, n°*** *et cf. infra, n°* ).

En revanche, les canons modernes de l’exigence de bonne foi, au sens où ceux-ci avaient été proposés par la jurisprudence dans les affaires célèbres qui se sont, principalement, manifestées à propos de contrats de distribution, sont-ils maintenus ? La question mérite d’être posée, dans la mesure où elle semble précisément l’être dans un arrêt du 19 juin 2019 (***Cass. com. 19 juin 2019, n° 17-29.000***). Un fabricant de meubles de bureaux avait conclu un contrat de concession exclusive avec un concessionnaire, dans lequel figurait une clause relative aux délais de paiement, rédigée de manière assez sévère : délais de 45 jours fin de mois avec faculté de suspension des livraisons en cas de non-respect des délais, puis paiement immédiat, faculté de facturer directement le client du concessionnaire, etc. Placé sous sauvegarde puis en liquidation judiciaire, le concessionnaire reprochait au concédant une exécution de mauvaise foi du contrat. Une cour d’appel lui avait donné raison, en des termes que les contradicteurs du solidarisme contractuel trouveraient, non sans raison ici d’ailleurs, angéliques : « l’arrêt retient que la société Steelcase n'a voulu accorder aucune facilité de paiement à son cocontractant alors que celui-ci était au bord de l'asphyxie et tentait de redresser son activité dans un contexte économique que les deux parties qualifient de difficile et ajoute qu'elle ne justifie pas de ce que sa propre situation financière ne lui permettait pas d'être davantage conciliante ; qu'il en déduit qu'elle a ainsi manqué à son obligation de bonne foi contractuelle et aux obligations de loyauté et de collaboration qui en découlent ». Une première erreur commise par l’arrêt d’appel consistait à identifier une « obligation » de bonne foi ou de « loyauté », qui n’ont pas de sens contractuel : il existe une norme juridique qui sanctionne le fait d’être de mauvaise foi ou déloyal, mais qui n’impose évidemment pas une « obligation » d’être de bonne foi, loyal, pas plus que d’être diligent, prudent, poli ou bienveillant. Dès lors, la Cour de cassation peut invoquer la violation de la loi pour censurer l’arrêt d’appel : « en statuant ainsi, alors que l'exigence de bonne foi n'autorise pas le juge à porter atteinte aux modalités de paiement du prix fixé par les parties, lesquelles constituent la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

Sur le fond, cependant, le résultat de cette décision conduit, en seconde vue, à une solution qui est presque exactement le contraire de l’arrêt *Huard* qui, en résumé, imposait une renégociation contractuelle lorsque, à défaut, un fournisseur risquait de se placer dans une situation de manquer à la bonne foi contractuelle en ne permettant pas à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels. La situation était, dans l’arrêt de 2019, assez voisine : la dureté des clauses de paiement devait-elle, en cas de difficultés de trésorerie de l’un, justifier une renégociation par l’autre pour accorder des facilités de paiement sauf à manquer à une obligation de permettre au concessionnaire d’exécuter le contrat de manière pérenne, sinon rentable ? A bien des égards, la prise en compte des intérêts de son cocontractant, non point par altruisme mais pour permettre l’effectivité de l’exécution d’un contrat, exactement comme dans l’arrêt *Huard*. A quoi sert-il en effet de conclure un contrat de distribution, contrat organisationnel, si des stipulations, qu’il suffirait de renégocier en un sens efficace, pour ne pas dire décent, y font obstacle ? L’enjeu est donc clairement l’opposition entre l’obéissance à la lettre du contrat, même aveugle et suicidaire, et l’interprétation du contrat au nom de son exécution efficace. Or, dans cet arrêt, la réponse est clairement négative. La différence avec l’affaire *Huard* apparaît en ce qu’il s’agissait alors d’un comportement général du fournisseur qui avait même organisé un réseau alternatif rendant structurellement impossible l’exécution profitable et cohérente du contrat où il s’agit ici de l’appréciation d’une clause.

L’arrêt s’inscrit également dans le sillage d’un autre « grand arrêt » du droit des contrats d’affaires, l’arrêt *Les maréchaux (Cass.com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007, p. 2839, obs. X. Delpech, note P. Stoffel-Munck, p. 2844, note P.-Y. Gautier, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, JCP E 2007, II, 2394, note D. Mainguy et J.-L. Respaud, RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages, RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès, p. 1110, obs. D. Mazeaud*) qui distinguait les questions de la *substance* et des *prérogatives* contractuelles, la mauvaise foi d’une partie pouvant affecter les secondes, pas la première. En premier, il s’agissait ici non point de *retrancher* quelque chose mais d’*ajouter* en identifiant une obligation particulière à la charge du concédant. En second, la question se posait s’il s’agissait bien d’affecter la *substance* de l’obligation de payer et non une *prérogative* de l’obligation de payer, ses délais et autres modalités*,* sauf à ce qu’il n’existe plus, en pratique, de telles prérogatives, tout étant substance, de sorte qu’aucune application de l’exigence de bonne foi ne serait plus possible. On mesure que c’est plutôt le fait que ce n’était sans doute pas une question d’exécution de bonne ou de mauvaise foi ici, mais plutôt de mesure de la force obligatoire du contrat, à apprécier soit dans un contexte, à identifier, de contrat d’adhésion où une clause, créant un déséquilibre significatif, pourrait être évincée, sur le fondement de l’article 1171 du Code civil, avec l’écueil ici qu’il s’agit d’une clause relative au paiement, proche du prix, ou sur celui de l’article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, soit dans celui de l’éventuel changement de circonstances économiques de l’article 1195 du Code civil.

La même question était d’ailleurs posée, dans un contexte différent, à la Cour de cassation, un peu plus ancienne mais qui peut être rapidement rappelée (*Cass. com. 14 nov. 2018, n°17-16.153, RTDciv. 2019, p. 100, obs. H. Barbier).* Ici le dirigeant d’une société franchisée, nommée « Indian River », de l’enseigne « Buffalo Grill » avait constitué une société sœur exploitant un restaurant à l’enseigne « Val Trappeur ». Le franchiseur avait rompu le contrat de franchise pour faute grave, alors que le franchisé reprochait à la cour d’appel qui l’avait condamné d’ajouter une obligation de non concurrence non prévue au contrat, ce qui aurait porté atteinte à la substance du contrat. La Cour de cassation ne recevait évidemment pas le pourvoi : la violation d’un devoir de loyauté, appréciée par la Cour d’appel, n’est bien entendu pas équivalente à la « création » d’une obligation de non concurrence. De ces deux situations, il demeure donc que reste entière la question de savoir si la solution, éventuellement renforcée de l’arrêt *Les Maréchaux,* permet d’ajouter quelque chose à une prérogative juridique d’une obligation. Inversement d’ailleurs, le fait pour des franchisés de constituer une « association de défense n’est pas une violation de l’exigence de bonne foi » (*Cass. com. 28 nov. 2018, n° 17-18.619, RTDciv. 2019, p. 100, obs. H. Barbier et infra, n°*).

**D. Mainguy**

**3) Rupture d’un contrat de distribution.** L’article L. 442-6, I, 5 en devant l’article L. 442-1, II du Code de commerce à la suite de l’ordonnance de 2019, a été réécrit, avec un ajout particulier : « en cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois ». Il suffit donc de prévoir, pour une durée longue de relation, un préavis de 18 mois pour éteindre le contentieux sur cette question. Au-delà, ce texte ne cesse de produire sa cohorte de décision habituelle, qu’il est souvent vain de chercher à tracer de manière exhaustive (*Comp. C. Mouly (dir.), Flux et reflux du droit de la rupture brutale des relations commerciales, LexisNexis, coll. Actualités de droit de l'entreprise, t. 35, 2018*). On peut rappeler ici, à nouveau, que l’attrait de ce texte, conçu au départ pour sanctionner les déréférencements brutaux dans le champ des relations de la grande distribution, tient à l’absence de règle légiférée dans le Code civil, du moins avant la réforme du droit des contrats de 2016, de telle manière qu’il a servi de catalyseur pour l’ensemble du contentieux. On peut penser que le nouvel article 1211 du Code civil permettra de fonder des actions en rupture brutale civiles.

Plusieurs questions soulèvent ordinairement difficulté, l’identification d’une « relation commerciale établie », celle d’une rupture et celle de la durée du préavis. La notion de relation suppose la réunion de trois critères désormais bien établis, de « stabilité, régularité et continuité » (***Cass. com. 5 avr. 2018, n° 16-27.901,*** *D. 2019, p. 783, obs. N. Ferrier*) et la « rupture » sans préavis doit reposer sur certains critères de gravité (***Cass. com. 5 juin 2019, n°17-26.119***, *AJ Contrats, 2019, p. 395, obs. S. Regnault*). La question s’installe dans le domaine des contrats de la grande distribution. Le modèle classique fait de la centrale d’achat un mandataire de l’affilié en vue de négocier les conditions d’achat auprès de fournisseurs et de lui faire bénéficier des avantages obtenus de ceux-ci. L’affilié estimant qu’il na pas obtenu le versement de la totalité des avantages et qui, pour ce motif, résilie le contrat d’affiliation avant terme et sans préavis. L’affilié assigne la centrale en exécution du paiement des sommes qu’il estime dues sur le fondement du contrat d’affiliation, la centrale répondant, reconventionnellement, par une demande fondée sur la rupture brutale des la relations par l’affilié. Si, par un premier arrêt, la Cour d’appel de Caen estimait que la centrale n’avait pas correctement exécuté le contrat en manquant à son obligation de reddition de compte et de paiement de la totalité des remises et avantages, un autre arrêt considérait que la demande de la centrale sur le fondement de la rupture brutale, et abusive, de la relation commerciale établie n’était pas fondée en raison de l’inexécution constatée par ailleurs : cet arrêt est censuré la cour d’appel n’ayant pas « préciser si le manquement qu'elle retenait était suffisamment grave pour justifier la rupture sans préavis des relations commerciales établies ». La solution n’est pas inédite (*Cass. com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923,**AJ contrat 2018. 236, obs. S. Regnault*) et pas sans incidence : elle permet à la Cour de cassation d’assurer, sinon le contrôle de la gravité du moins celui de son appréciation par le juge du fond.

De même la question se pose la question de *l’imputation* d’une rupture de relation commerciale établie, notamment dans les situations de sous-traitance industrielle : une entreprise conclut un contrat avec une autre et lui confie la réalisation d’une activité quelconque, alors que la première laquelle est en relation avec une autre entreprise qui lui a confié une mission plus large, et rompt ce contrat, l’intermédiaire étant conduit alors à ne plus maintenir le contrat d’aval. La situation contractuelle est assez voisine de celle qui prévaut en matière d’action directe et, cette fois, c’est une question d’imputabilité de la rupture : le dernier maillon de la chaîne doit-il reprocher une rupture brutale à son cocontractant ou à l’entreprise située à l’autre bout de la chaîne ? La question, et la réponse, fournies par la Cour de cassation (***Cass. com. 18 sept. 2019, n°18-13.755****, AJ contrats 2019, p. 490*, *obs. S. Regnault*)n’est pas inédite (*Com. 12 févr. 2013, n° 12-11.709, RTD civ. 2013. 375, obs. H. Barbier, Cass. com. 8 nov. 2017, n°1615285, Cette chron., JCP E  2018, 1131, n°2, RTD civ. 2018. 112, obs. H. Barbier*) et permet d’exonérer l’entreprise intermédiaire, en situation de rupture de contrat avec son cocontractant d’aval, lorsqu’elle subit la rupture du contrat d’amont ou des baisses de commandes d’une telle intensité qu’elle est, en quelque sorte, « contrainte » de procéder elle-même à une rupture du contrat. Il s’agirait, pour plagier le droit du travail, d’une sorte de rupture brutale *pour cause économique*, bien qu’elle ne soit pas saisie par le texte de l’article L. 442-2, II, pas plus que par celui qu’il remplace.

Cette solution n’est pas acceptable : que l’auteur intermédiaire de la rupture ait rompu, éventuellement brutalement, le contrat ne fait pas de discussion, il engage sa responsabilité, comme il l’engagerait pour rupture abusive s’il s’était engagé sur un contrat de long terme (rappelons que l’indemnisation d’une rupture *fautive* ou *abusive* est en général bien plus importante que pour une rupture *brutale*), à charge pour lui de se retourner, et éventuellement faire intervenir à l’instance le contractant d’amont. Ce n’est pas en effet pas une question d’*imputabilité* de la faute, c’est-à-dire de détermination de l’auteur *réel* de celle-ci. Les deux contractants sont éventuellement auteurs de fautes distinctes, tant les questions de rupture sont elles-mêmes nombreuses. Par conséquent, la question est de savoir si le contractant d’amont doit, à supposer qu’il ait commis une faute, réparer les conséquences de la rupture brutale (ou fautive) commise par son contractant à l’endroit de son sous-contractant, auxquelles pourraient s’ajouter les conséquences liées au fait que ce cocontractant a dû lui-même rompre un contrat d’aval et indemniser le contractant d’aval pour cette raison.

**D. Mainguy**

**5) Rupture d’un contrat de distribution : contexte international et interrogations sur le caractère de loi de police de l’article L. 442-6 du Code de commerce (L. 442-1, II).** La dernière livraison de cette chroniquerendait compte de l’application de l’arrêt *Granarolo* de la CJUE (*CJUE, 14 juill. 2016, Granarolo, aff. C-196/15, D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2016, p. 814, obs. L. Usunier ; RTD civ. 2016, p. 837, obs. H. Barbier*) aux ruptures de type « L-442-6 » dans la jurisprudence française. Résumons : « une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date […] ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement s’il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite, ce qu’il revient à la juridiction de renvoi de vérifier » décidait la CJUE, les clauses attributives de compétence s’appliquent donc, en principe, selon la jurisprudence à compter de 1997 (*cette chron. JCP E 2018, 1131, n°3, obs. D. Mainguy*).

L’enjeu est considérable, moins sur le plan pratique que sur celui des principes. Dans l’hypothèse d’un distributeur français subissant la rupture d’une relation contractuelle, ou « commerciale établie », avec un fournisseur étranger contenant une clause de loi et/ou de juridiction applicable, la question se pose de savoir si le distributeur français peut, ou non, invoquer les dispositions de l’article L. 442-1, II du Code de commerce pour contrarier ces prévisions contractuelles : la première chambre civile considère, avant comme après l’arrêt *Granarolo*, que celles-ci s’appliquent, ce dont il résulte que c’est le juge élu, ou déterminé par les règles de conflit de juridictions applicables, qui devra apprécier l’application, ou non, de ce texte. Aucune automaticité cependant : il reste à savoir si les clauses d’electio juris ou relatives aux litiges sont applicables, ce qui ne serait pas le cas d’une règle insérée dans un contrat particulier, non renouvelé et partie de l’ensemble plus vaste constituant la relation commerciale établie par exemple (***Paris (CCIP-CA) 7 juill. 2020, n° 20/01583***).

Reste une inconnue, qui commence à être bien approchée, celle de savoir si cette règle est une loi de police, question à laquelle la Cour de cassation s’était bien gardé de répondre jusqu’à présent, en contournant le problème.

L’intérêt de la solution est une question de souveraineté juridique et économique : permettre à un contractant français d’imposer l’application du texte français, y compris (et peut-être surtout) dans ses solutions les plus radicales permettant le jeu de « l’action du ministre », alors que les parties ont choisi une loi étrangère dans un contrat. Ce faisant, une telle solution serait une forme, légère, d’extraterritorialité, du droit français de la rupture (brutale) des contrats.

Si la Cour de cassation était restée évasive, du moins jusqu’à l’arrêt *Expedia* du 8 juin 2020 (***Cass. com. 8 juill. 2020, n°17-31.536,*** cf. infra et n°10), certains juges du fond ont cependant été moins prudents, comme la Cour d’appel de Paris dans un arrêt du 19 septembre 2018 (***Paris, 19 sept. 2018, n° 16/05579****, SAS Distri European Stoc*, *adde* *Paris, 11 déc. 2013, n° 11/20287, Sté Toys International Inc., CCC 2014. Comm. 67, obs. N. Mathey ; et sur l'art. L. 442-6, I, 2° : Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, Expedia, D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; AJ Contrat 2017, p. 305, obs. X. D. et p. 388, obs. V. Pironon, et CCE 2018. Comm. 21, n° 13, obs. M.-E. Ancel, T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625, AJ contrat 2019. 433, obs. F. Buy et J.-C. Roda*)qui, concernant la détermination de la loi applicable, retient que, s’agissant de relations commerciales internationales, les dispositions de l’ancien article L. 442-6, I, 5° sont applicables (l’article L. 442-6, I, 2° et 442-6, II, d) dans le cas de l’arrêt *Expedia*), quelle que soit la loi choisie par les parties : pour la Cour « il est constant » que ces dispositions sont des lois de police en tant que « dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et qui sont considérées comme indispensable pour l'organisation économique et sociale ».

On reste un peu dépité devant cette motivation finalement assez peu diserte (contrairement à un arrêt postérieur, *Paris 9 janv. 2019, cf. infra*). En premier, aucune jurisprudence constante, et pour cause, aucune jurisprudence *du tout*, sinon les contournements évoqués, y compris dans l’arrêt *Monster Cable* souvent invoqué en sens contraire (*Cass. civ. 1ère, 22 oct. 2008, n°07-15.823, D. 2009. 200, note F. Jault-Seseke, 684, chron. A. Huet, et 2384, obs. S. Bollée ; CCC 2008, n° 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009. 691, obs. M. Béhar-Touchais ; JCP E 2009. 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009. 1, étude D. Bureau et H. Muir Watt, Cass. com., 8 juill. 2010, n°09-67013, D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier, p. 2544, obs. C. Dorandeu, et p. 2937, obs. T. Clay ; Rev. crit. DIP 2010, 743, note D. Bureau et H. Muir Watt*) où la Cour de cassation censurait un arrêt d’appel qui avait appliqué ces règles en tant que lois de police *pour exclure une clause attributive de juridiction*, de sorte que l’arrêt était cassé avec la formule de contournement déjà évoquée « des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige ». En second et sur le fond surtout, la considération que ces dispositions sont « cruciales pour la préservation d'une certaine égalité des armes et de loyauté entre partenaires économiques et indispensables pour l'organisation économique et sociale » est pour le moins discutable. L’article 1211 du Code civil formule à peu près la même solution et nul n’a songé à en faire une loi de police. Par ailleurs, les règles de l’article L. 442-6 ou de l’actuel article L. 442-1 ne sont pas des règles du droit de la concurrence proprement dit, mais des règles de responsabilité civile spéciale aux relations économiques, agrémentées d’une action possible du ministre de l’économie, voire des règles de « police économique ». Or, l’action du ministre est autonome et est, par ailleurs, désormais, clairement distinguée (C. com. art. L. 442-4) de la règle substantielle elle-même. La règle, sans doute un peu originale, voire musclée, reste *a priori* une règle visant à protéger des intérêts privés, à la différence de l’action du ministre, sauf à associer les deux.

De ce point de vue, les décisions rendues par la Chambre commerciale internationale de la Cour d’appel de Paris (*Comp. D. Mainguy, obs. in RDCGE*, 2020/1, n°6, in <https://droit-contentieux-guerre-eco.fr/2020/07/23/mirage-2020-5/>), particulièrement compétente, à tous les sens du terme, pour traiter ces questions, rendent compte de la position « libérale » sur cette question depuis fin 2018. Ainsi, dans un arrêt du 5 mars 2019 (***Paris (CCIP-CA), 5 mars 2019, n°18/04137***) référant expressément à l’arrêt *Granarolo* de 2016 (§83) et en l’absence de clause de loi applicable, désigne celle-ci par référence à l’article 4.4 du Règlement CE Rome I du 17 juin 2008, par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (§89) et applique la clause attributive de compétence. De même, le 4 juillet 2019 (***Paris (CCIP-CA) 4 juill. 2019, n°19/08838, ANJU c Unilever UK***) elle considérait que « l'action en réparation des préjudices subis du fait de la prétendue rupture brutale des relations commerciales établies est un différend né de la relation des parties et à ce titre, se rattache à la matière contractuelle et que ce faisant les demandes fondées sur les articles L. 442-6, I , 5° du code de commerce relèvent donc de la clause attributive de juridiction » (§29), sous réserve, en vertu de l’article 25.1 du Règlement UE n°1215/2012 « Bruxelles I bis »  que « la validité de la convention attributive de juridiction [soit]entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties », en l’espèce le droit anglais (§26), par exemple sur le fondement de la « contrainte économique « (*« economic duress* »), ici validée. Enfin, le 3 juin 2020 (***Paris (CCIP-CA) 3 juin 2020, n°19/03758, Somilab et a c Waters***) concernant un litige entre une société algérienne et une société française au sujet d’un contrat d’agent commercial et un contrat de distribution, où la société algérienne revendiquait l’application de l’article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce *en tant que loi de police*. La Cour répond longuement en référant à l’article 9 du Règlement Rome I de 2008 définissant les lois de police et son considérant 37 qui indique, à propos de l’interprétation de l’adjectif « crucial », que « des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celle de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive » (§55 s.)*.* Or*,* « si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce, qui impliquent qu'une entreprise installée en France ne cause pas de dommage en rompant brutalement une relation commerciale établie, contribuent à la moralisation de la vie des affaires et sont susceptibles également de contribuer au meilleur fonctionnement de la concurrence, elles visent davantage à la sauvegarde les intérêts privés d'une partie, de sorte *qu'elles ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application* » (§59) : « ces dispositions ne constituent pas une loi de police au sens de l'article 9 du règlement Rome I » (§60), appliquant ensuite, et cependant, la loi française sur le fondement du règlement « Rome I » et du Règlement « Rome II » n°864/2007 du 11 juillet 2007.

La cause est donc entendue pour la formation internationale de la Cour d’appel de Paris, tandis que pour sa formation traditionnelle (Pôle 5, ch. 4), dans un arrêt particulièrement motivé du 9 janvier 2019 (***Paris 9 janv. 2019, n°18/09522,*** *AJ contrats, 2019, p. 188, note V. Pironon*), l’affirmation est nette et richement, voire longuement, argumentée : « la cour estime que l’article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce constitue une loi de police. En premier lieu, le respect de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce a été jugé crucial par le législateur pour la sauvegarde de l'organisation économique de la France. L'objectif de protection des entreprises dans les relations commerciales déséquilibrées vise non seulement à protéger la partie faible, mais à assurer, par un effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble. Ce ne sont donc pas les intérêts d'une seule partie qui sont visés, mais de façon générale, la défense catégorielle des contractants faibles. L'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies. En deuxième lieu, le régime spécifique de cette pratique restrictive de concurrence, commun à toutes les pratiques énumérées au I de l'article L. 442-6, prévu au III, illustre l'importance, pour le législateur, de la défense de l'ordre public économique poursuivie par les « pratiques restrictives de concurrence », de façon générale. Ce régime est en effet caractérisé par la faculté d'intervention du ministre de l'économie pour la défense de l'ordre public économique, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander au juge la cessation des pratiques ou le prononcé de sanctions civiles dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros ou portée au triple du montant des sommes indûment versées, ou encore la nullité du contrat ou des restitutions, démontrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt du 8 juillet 2008 (ministre de l'économie contre Galec, 07-16.761), considéré que l'action du ministre était « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence », consacrant ainsi l'objectif poursuivi par le législateur au travers de l'article L. 442-6, de protection du marché et de la concurrence, non exclusivement réservé aux pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil constitutionnel a également validé l'action du ministre dans une QPC du 13 mai 2011 (2011-126 QPC) en parlant pour la première fois d'« ordre public économique ». En troisième lieu, la sanction civile encourue par les auteurs des pratiques démontre également le caractère crucial de ces règles. Aux termes de sa décision QPC n° 2010-85 du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a confirmé « que, conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ». En quatrième lieu, la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 3 mars 2009 (07-16.527) que l'article L. 441-6 du code de commerce, relatif aux règles de transparence, répondait à des « considérations d'ordre public particulièrement impérieuses », ce terme permettant d'en déduire la qualification de loi de police de cette disposition. Le sort de l'article L. 442-6, qui énumère des comportements civilement sanctionnés, ne peut être différent. En outre, la Haute Juridiction avait précédemment validé une clause attributive de juridiction permettant de faire échapper un litige fondé sur l'article L. 442-6 du code de commerce à la compétence française dans un litige international en affirmant que « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impérieuses constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige » (arrêt du 22 octobre 2008, 07-15/823, Monster Câble). En cinquième lieu, au regard de la territorialité du droit « quasi répressif », dont relève manifestement l'article L. 442-6 du code de commerce, sont réprimées à ce titre les pratiques ayant des effets en France ; il est donc logique que toutes les victimes soient traitées sur un plan d'égalité que l'auteur soit français ou étranger. Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce sont applicables à partir d'un rattachement territorial, dès lors que les produits ou services contractuels sont destinés au marché français ou ont vocation à être distribués en France. Or, en l'espèce, le rattachement territorial à la France est établi : la société IMD est établie en France et y distribue les produits de la société Zeutschel. Il s'agit donc d'une loi de police qui s'impose au juge du for, même si la loi applicable est la loi allemande en vertu de la clause de l'article 29 du contrat ».

On avait, jusqu’à l’arrêt *Granarolo* un conflit entre la première chambre civile et la chambre commerciale sur le point de savoir si la responsabilité encourue était de nature contractuelle ou délictuelle, ou bien, ce qui revient au même, s’il fallait ou non tenir compte des clauses relatives au litige, et on se retrouve avec un conflit entre deux formations de la Cour d’appel de Paris, sa chambre commerciale « traditionnelle » (pôle 1, chambre 1) et la chambre commerciale internationale, sur la question de l’autorité internationale de ce texte.

Or, la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2020 (***Cass. com. 8 juill. 2020, n°17-31.536****, Expedia, D. actu. 1er sept. 2020, obs. C. Bonnet*) rejetant le pourvoi en cassation de l’arrêt *Expedia* de 2017 (*Paris, 21 juin 2017, préc.*), l’un des rares ayant admis le caractère de loi de police du texte (Adde, ***Paris 9 janv. 2019, n°18/09522****, préc.* ***Paris, 19 sept. 2018, n° 16/05579****, SAS Distri European Stoc*, préc. *Paris, 11 déc. 2013, n° 11/20287, Sté Toys International Inc., préc.*) décide de retenir le caractère de loi de police du texte, en réalité, l’article L. 442-6, I, 2° et II, d), l’élargissement étant très prévisible : « 11. Après avoir relevé que le régime spécifique commun aux délits civils prévus par l'article L. 442-6 du code de commerce se caractérise par l'intervention, prévue au III de cet article, du ministre chargé de l'économie pour la défense de l'ordre public, et souligné que les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment pour demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions, la cour d'appel a exactement retenu que l'article L. 442-6, I, 2° et II, d) du code de commerce prévoit des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial pour la préservation d'une certaine égalité des armes et loyauté entre partenaires économiques et qui s'avèrent donc indispensables pour l'organisation économique et sociale de la France, ce dont elle a déduit, à bon droit, qu'elles constituent des lois de police dont l'application, conformément tant à l'article 9 du règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qu'à l'article 16 du règlement (CE) n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable. 12. Ayant ensuite relevé que les hôtels signataires des contrats en cause et victimes des pratiques alléguées étaient situés sur le territoire français, la cour d'appel a caractérisé un lien de rattachement de l'action du ministre au regard de l'objectif de préservation de l'organisation économique poursuivi par les lois de police en cause ». Les anciens articles L. 442-6, I, 2 et II, d) du Code de commerce sont donc des lois de police, affirmation que l’on peut actualiser au profit des articles L. 442-1, II et L. 442-3).

L’argumentation est moins forte que celle proposée dans l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 9 janvier 2019 (***Paris 9 janv. 2019, n°18/09522****, préc.*), notamment en ce qu’elle semble considérer que le caractère de loi de police dérive du caractère d’ordre public interne du texte et qu’elle ne répond que très accessoirement aux arguments développés dans la solution retenue par la chambre commerciale internationale (***Paris (CCIP-CA) 3 juin 2020, n°19/03758, Somilab et a c Waters*,** *préc.*).

Cela étant, il serait erroné de réduire le contentieux de la rupture de rapport de relations de distribution, ou d’affaires, à une problématique manichéenne, opposant une logique contractuelle à une logique délictuelle fondée sur la seule application de l’article L. 442-1, II, du Code de commerce ou l’ancien art. L. 442-6, I, 5° (*Comp. S. Corneloup, « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie et le droit international privé de l'Union européenne », Mélanges offerts au professeur Pascale Bloch, Bruylant, 2015, p. 419 ; J. Jourdan-Marques, Le contentieux international de la rupture brutale des relations commerciales établies, AJ Contrat 2019. 60*).

En effet, les litiges peuvent être portés par le ministre de l’économie, sur le fondement de l’ancien article L. 442-6, III devenu L. 442-64 du Code de commerce. Dans l’affaire *Expédia* le litige concernait une instance introduite par le ministre de l’économie et la Cour d’appel écartait l'application d’une clause désignant la loi anglaise et le juge anglais, pour retenir la compétence de la loi française en tant que loi du lieu où le préjudice est subi, et précisant que « à titre surabondant » que les articles L. 442-6, II d) et L. 442-6, I-2° sont en toute hypothèse applicables en tant que loi de police du for » car « le régime spécifique commun [aux] délits civils prévus [à l'article L. 442-6, III du code de commerce], caractérisé par l'intervention du ministre de l'Économie pour la défense de l'ordre public, et les instruments juridiques dont celui-ci dispose, notamment demander le prononcé de sanctions civiles, illustrent l'importance que les pouvoirs publics accordent à ces dispositions. Il s'agit donc de lois de police qui s'imposent au juge du for, même si la loi applicable est une loi étrangère ».

La question demeure donc de la dissociation, ou de l’association, *a priori* écartée par la formation internationale de la Cour d’appel de Paris mais retenue par sa formation « commerciale » spécialisée, et par la chambre commerciale de la Cour de cassation, de la règle substantielle stigmatisant la rupture brutale d’une relation commerciale établie et la règle processuelle assurant l’action du ministre.

Deuxième difficulté, celle de l’interprétation d’une clause attributive de juridiction (cf. déjà, ***Paris (CCIP-CA) 7 juill. 2020, n° 20/01583***, supra), par exemple lorsqu’il apparaît que celle-ci concerne les ventes conclues entre un fournisseur étranger et un distributeur français et non le rapport principal, le contrat ou la « relation commerciale » (*Paris 9 janv. 2019, n°18/09522, préc.*). Dans cette situation, le litige se ramène à l’hypothèse dans laquelle aucune clause relative au litige n’a été prévue.

**D. Mainguy**

**II. Droit spécial es contrats de distribution**

**A. Distribution sélective**

**6) Distribution sélective et plateforme en ligne : traitement concurrentiel.** La jurisprudence « *Coty »* issue de l’arrêt de la CJUE de 2017, annoncée par l’arrêt *Caudalie*  du 13 septembre 2017 (*Cass. com. 13 sept. 2017, n°16-15067****,*** *AJ contrats 2017, p. 489, note F. Buy, JCP E, 2018, 1131, n° 7, obs. D. Mainguy*) a été al surprise de la fin de l’année 2017. Ce type de chronique rend mal compte de cet effet de surprise, alors pourtant que la plupart les commentateurs promettaient, au contraire un élargissement de l’arrêt *Pierre Fabre* (*CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence, D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, obs. D. Ferrier, 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise*). Tout au contraire, la décision *Coty*  (*CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, D. 2018, p. 150, note C. Grimaldi, p. 865, obs. D. Ferrier, AJ Contrat 2018, p. 34, obs. F. Buy et J.-C. Roda,; Dalloz IP/IT 2018, p. 317, obs. C. Maréchal*) a validé la clause par laquelle la tête de réseau ne permettait de vendre les produits objets du contrat que par l’intermédiaire de magasins physique ou les sites internet de ceux-ci, conduisant, en négatif à interdire de vendre ces produits via des plateformes numériques, en tant que ces clauses assurent le maintien de l’image de marque de ces produits, le tout sans créer de restrictions caractérisée au sens de l’article 4, b) ou c) du Règlement n°330/2010. L’objectif de préservation de l’image de marque, condamné dans l’arrêt *Pierre Fabre*, redevient un critère objectif, et ici, proportionné et nécessaire. L’enjeu dépasse ce type de questions pour intéresser l’appréhension des activités numériques par le droit de la concurrence (*comp. L. Arcelin, Le droit de la concurrence mis à l’épreuve par le numérique, JCP, E, 2019, 1493*) et appelle des appréciations au cas par cas, qui, en toute hypothèse, s’effectuent dans une ambiance de renforcement considérable de l’efficacité du contrat de distribution sélective. Qu’on en juge, si l’arrêt *Coty* rappelle les critères de l’arrêt *Métro I* de 1977, à savoir que la sélection des revendeurs s’opère en fonction de critères objectifs, de caractère qualitatif, uniformes et non discriminatoire, il demeure que le contrat de distribution sélective est une restriction verticale et qu’un refus d’agrément s’apprécie comme une entente et non comme une pratique unilatérale (***Paris 23 janv. 2019, n°16/16856****, SAS Aut. Malau, c. Mazda, CCC 2019, n°72, obs. G. Decocq*), de sorte que les critères du règlement n°330/2020 s’appliquent en intégralité, y compris s’agissant des conditions de l’exemption de telles restrictions prévalent : ces contrats sont exemptés, dans les conditions de l’article 3 du règlement, sauf restriction caractérisée de l’article 4, une restriction de clientèle ou une restriction des ventes passives principalement, étant entendu qu’une discrimination, positive ou négative, n’est pas une restriction caractérisée (*comp. N. Ferrier, La liberté de sélectionner dans la distribution sélective, JCP E 2017, 1678*). Là se situe l’enjeu des futures applications, sachant que l’arrêt *Coty* n’avait pas décelé de telles restrictions caractérisées.

Première application, en France, de la solution *Coty* par la Cour d’appel de Paris le 28 février 2018 (***Paris, 28 févr. 2018,*** *Dalloz IP/IT, 2018, p. 377, obs. C. Maréchal*) contre la société Showroomprive.com qui, poursuivie pour concurrence déloyale et publicité trompeuse pour avoir commercialisé sur son site des produits *Coty* sans avoir pu justifier la régularité de son approvisionnement, la société Showroomprive cherchant à démontrer l’illicéité concurrentielle du réseau *Coty* et donc le contrat de distribution *Coty*. La clause ici examinée est la clause dite de « vente groupée » qui assortit des réductions de prix à des membres de collectivités, comme des comités d’entreprise la condition qu’ils se déplacent individuellement dans un magasin physique pour récupérer les produits acquis. Avant l’arrêt *Coty*, deux arrêts de la Cour d’appel de Paris avaient condamné cette clause, comme restriction caractérisée parce qu’excluant l’a vente à des agents d’acheteurs (*Paris, 25 mai 2016, n° 14/03918, CCC 2016, n°188, note M. Malaurie-Vignal, Concurrences 3-2016, p. 93, obs. N. Ereseo, Paris, 29 juin 2016, n° 14/00335*). La Cour, dans cet arrêt de 2018, reprend la solution *Coty* et considère au contraire la clause comme « proconcurrentielle » : elle préserve l’image de marque du fournisseur, assure l’étanchéité du réseau et bénéficie au consommateur, via les réductions promises. De même est considérée comme licite la clause d’interdiction de revente à des distributeurs non sélectionnés, limitée au territoire réservé par le fournisseur à ce mode de distribution, ici établi, pour l’ensemble du territoire de l’Union européenne, sans surprise, cette clause étant même une condition d’existence des contrats de distribution sélective (*D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, op. cit.* *n° 637*) ; ou la clause interdisant de vendes des produits nouveaux dans les territoires où Coty ne les avaient pas introduits (*cf. Lignes directrices, points 61-62*).

Surtout l’arrêt confirme l’exclusion des plateformes numérique jouant le rôle d’intermédiaire ou les *pure players*, alors que la société showrooprivé.com avait demandé à être sélectionnée en validant la clause imposant un magasin physique, contrairement, là encore, à toutes les prévisions antérieures à l’arrêt *Coty (comp. ADLC, avis n° 12-A-20, 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, D. 2013, p. 732, obs. D. Ferrier, RTD com. 2012, p. 739, obs. E. Claudel, CCC 2012. n° 279, note M. Malaurie-Vignal*)*.* Touslespronosticsformulés *avant* l’arrêt Coty et misant sur l’extension de la jurisprudence *Pierre Fabre* aux plateformes ont alors été déjoués,emportant le succès des recours engagés contre des décisions de condamnation (***Cass. com. 16 mai 2018, n°16-18.174****, AJ contrat 2018, p. 286, note F. Buy et J.-Cl. Roda, cassation de Paris, 25 mai 2016, préc.*)*.* La Cour considère dans cet arrêt 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, §1, TFUE ». En d’autres termes, la présence de « clauses noires » signalées par l’arrêt d’appel, emporte retrait du bénéfice de l’exemption par catégorie, ce qui n’interdit pas une exemption individuelle, alors même que les clauses stigmatisées par la Cour, en 2016 (clause de vente groupée, clauses interdisant de vendre à des revendeurs non agréés, clause d’interdiction de vendre des produits nouveaux), sont précisément validées par la Cour en 2018 (*Paris, 28 févr. 2018, préc.*).Dès lors, tout s’enchaîne, la tête de réseau peut utilement exercer, en référé, une action visant à interdire à des distributeurs de recourir à des plateformes numériques de vente en ligne, sur le fondement de l’article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce, devenu L. 442-2 du Code de commerce ou le droit commun de la responsabilité, comme l’achèvement de l’affaire *Caudalie*, en attendant son traitement au fond, en fait la démonstration (***Paris, 13 juill. 2018, n°17/20787****, D. 2018, p. 2270, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, AJ Contrat 2018, p. 435, obs. L. Vogel, Dalloz, IT/IP, 2018, p. 645, obs C. Maréchal, renvoi après Cass. com. 13 sept. 2017, préc. Cassation de Paris, 2 févr. 2016, n°15/01542, D. 2017. 881, obs. D. Ferrier, Dalloz IP/IT 2016, p. 261, obs. S. Alma-Delettre, RDC 2016, p. 476, obs. C. Grimaldi, JCP E 2016, 1310, obs. M. Malaurie-Vignal)* : la plateforme n’est pas un hébergeur et ne peut donc profiter de la responsabilité favorable de ceux-ci.

Si, cependant, pour les produits de luxe, à forte image de marque, cette deuxième vague de « jurisprudence des parfumeurs » est favorable, elle n’est pas systématique et suppose un examen au cas par cas, sachant que les solutions de l’arrêt *Coty* sont susceptibles de s’appliquer à d’autres produits que les produits de luxe, comme l’arrêt *Caudalie* de 2018 le signale d’ailleurs*.*

Ce n’est pas cet examen qui a été proposé aux autorités de concurrence dans l’affaire de la vente des « cycles haut de gamme » (***ADLC, déc*. *n°19-D-14, 1er juill. 2019,*** *CCC, 2019, n°156, obs. M. Malaurie-Vignal*) ou dans l’affaire *Stihl* (***ADLC, déc. n°18-D-23, 24 oct. 2018****, Stihl, AJ contrat, 2019, p. 41, obs.L. et J. Vogel, en appel,* ***Paris, 17 oct. 2019, n°18/24456,*** *CCC 2019, n°203, obs. G. Decocq, 2020, n°7, obs. M. Malaurie-Vignal*). Si, appliquant les solutions de l’arrêt *Coty*, la décision considère que l’interdiction de la commercialisation des produits par le canal de plateformes constitue « une exigence légitime » et qui n’est pas « disproportionnée » imposée par *Stihl* pour « respecter les exigences propres à un réseau de distribution », elle critique les modalités de l’interdiction. En cause, dans la décision *Stilh,* une clause de « mise en main » supposant que l’acheteur en ligne retire le produit acquis dans un magasin du revendeur ou une livraison par ce dernier, clause qui, pour l’autorité de la concurrence, préserve la sécurité du consommateur, garantit l’image de marque et la qualité des produits et dans la décision « *Cycles haut de gamme*», une clause de livraison sur « lieu de vente autorisé » (transformée en banale clause d’interdiction de vente en ligne). L’autorité de la concurrence considère que cette clause aboutit à une restriction par l’objet, disproportionnée et non exemptable, en ce qu’elle aboutit à une interdiction des ventes *par les sites internet des revendeurs*: ce n’est donc pas du tout la même situation que dans l’affaire *Coty*¸ mais une banale interdiction de vente par les sites des distributeurs. On peut critiquer toutefois l’absence de distinction entre les produits dangereux et les produits non dangereux, pour lesquels la clause pourrait ne pas être proportionnée (*comp. pour des produits Hi-fi, Cons. conc., déc. n°06-D-28, 5 oct. 2006, Matériels Hi-fi et Home cinéma, D. 2007, p. 1911, obs. D. Ferrier, favorable à la distribution sélective, Paris, 13 mars 2014, n° 2013/00714, Bang&Olufsen, Concurrence, 2/14, obs. A.-C. Martin, CCC 2014, n° 118, obs. G. Decocq, défavorable pour des produits accessoires ne nécessitant ni présentation di démonstration*).

 **D. Mainguy**

**7) Distribution sélective : traitement contractuel.** Longtemps le traitement contractuel des contrats de distribution sélective était éclipsé par son traitement concurrentiel. On considérait en effet que les conditions de validité concurrentielle d’un contrat de distribution sélective étaient reproduites au niveau des conditions de validité contractuelle : ainsi, la tête d’un réseau de distribution sélective ne pouvait refuser de conclure ou renouveler un contrat avec un distributeur respectant les critères de sélection ; en effet, la condition de validité concurrentielle supposait l’application de critères de sélection objectifs, appliquées de manière uniforme et non discriminatoire. Or, la jurisprudence faisant ce type de lien a fait l’objet d’une réfutation majeure en 2017 en réfutant le droit au renouvellement d’un contrat dans ces circonstances (*Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355, JCP éd. E, 2017, 1381, note A-S. Choné-Grimaldi, CCC 2017, n°173, obs. M. Malaurie-Vignal*) et reprise de manière systématique en 2019 (***Cass. com. 27 mars 2019, n°17-22.083****, AJ contrats 2019, p. 295, note F. Buy et J.-C. Roda, JCP E, 2019, 1416, note D. Mainguy. Adde N. Ferrier, « La liberté de sélectionner dans la distribution sélective », JCP E 2017, 1678*) ; En l’espèce, la société Catia, concessionnaire Chrysler, Jeep et Dodge, a subi la résiliation des contrats de distribution conclus avec l’importateur français de ces marques, lesquelles avaient été cédées à Fiat qui face aux doublons qui s’ensuivaient, avait invité les distributeurs existant à candidater pour la conclusion de nouveaux contrats. La candidature de la société Catia était cependant rejetée, et une Cour d’appel considérait qu’elle avait subi les effets d’une faute délictuelle dans la mesure où le titulaire d’un réseau de distribution sélective quantitative doit pour respecter « son obligation générale de bonne foi », « sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non discriminataoire », dans des conditions concurrentielles donc. Pour la Cour de cassation au contraire « l’exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d’un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d’un tel processus de sélection ». Par conséquent, la tête de réseau est libre de sélectionner les distributeurs, donc de ne pas sélectionner celui qui respecte les critères de sélection, dans la mesure où aucune exigence contractuelle n’impose de mettre en œuvre les critères concurrentiels de sélection, notamment l’exigence d’application uniforme et non discriminatoire des critères de sélection, ce fondé sur le visa de l’article 1240 du Code civil et « ensemble les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l’industrie », laissant ainsi place à des hypothèses de faute ou d’abus. Ce peut être le cas de la tête de réseau qui a promis une conclusion ou un renouvellement notamment en imposant des immobilisations non amorties, qui invoquent des motifs faux, etc. En outre, parmi les limites à la liberté contractuelle figurent les règles du droit de la concurrence. Or celles-ci, à travers l’application de l’article 101 TFUE et les règlements d’exemption par catégorie application, le REC n°1400/2002 ici et depuis n°330/2010, est instauré un principe de légalité concurrentielle lorsque des seuils de parts de marché (40 ou 30%) ne sont pas atteints, limité par la démonstration de restrictions caractérisées, l’existence d’une exclusivité territoriale absolue, la fixation des prix de vente ou l’interdiction des ventes croisées entre distributeurs sélectionnés. Or, l’application éventuellement discriminatoire de critères de sélection n’est pas une restriction caractérisée ; le refus de contracter avec un candidat qui respecte les critères de sélection est donc couvert par le règlement d’exemption dès lors que le réseau se situe en dessous des seuils de parts de marché fixés. L’arrêt de 2019 valide alors expressément l’hypothèse de l’absence de lien nécessaire entre les contraintes économiques du droit de la concurrence et celles du droit des contrats.

Libre de ne pas conclure ou de ne pas renouveler un contrat de distribution sélective avec un distributeur respectant les critères de sélection, la tête de réseau est donc libre également de résilier un contrat, notamment s’il s’agit d’un contrat à durée indéterminée (***Paris* *31 juill. 2019****, CCC 2019, n°155, obs. M. Malaurie-Vignal*). La solution se fonde sur le « principe de prohibition des engagements perpétuels et de la liberté du commerce et de l’industrie », dans la droite ligne de l’arrêt du 27 mars 2019 donc, rejetant tout droit acquis à la perpétuation d’un contrat.

**D. Mainguy**

**8) Clause de non-concurrence post-contractuelle : la limitation territoriale doit être expresse**. La société Clarelia élabore et propose des plats alimentaires individuels, prêts à l'emploi, notamment destinés aux allergiques. En 2003, elle avait confié à la société Bocage la fabrication de plats cuisinés en barquettes individuelles en stipulant une obligation de confidentialité et de non-concurrence. Fin 2011, le groupe Nutrisens, spécialisé sur le marché de la restauration hors foyer, en produits alimentaires et diététiques, dont les produits sans allergènes, se rapprochait de la société Bocage. Dès avril 2012, la société Bocage, dont les parts sociales avaient été très fraichement acquises par une société du groupe Nutrisens, notifiait à la société Clarelia la résiliation de leur contrat avec un préavis de trois mois. S'estimant victime d’une rupture brutale d'une relation commerciale établie et d'actes de concurrence déloyale de la part de la société Nutrisens restauration, qui commercialise des plats fabriqués par la société Bocage qu'elle estime similaires aux siens, la société Clarelia a assigné ces dernières ainsi que la société Nutrisens en réparation de ses préjudices. Le groupe Nutrisens et la société Bocage font grief aux juges d’appel d’avoir condamné la société Bocage à payer à la société Clarelia des réparations en raison de la violation de la clause de non-concurrence contractuelle alors que ladite clause insérée dans leur contrat qui prévoyait que « *le fabricant s'interdit de concevoir, fabriquer ou commercialiser des produits présentés comme destinés aux personnes souffrant d'énergies alimentaires* » n’était pas expressément limitée dans l'espace.  Pour juger valable cette clause, la cour d'appel avait retenu qu’elle avait nécessairement « *un cadre géographique restreint qui est celui du site sur lequel se situe l'activité industrielle de conception et de fabrication et les sites de commercialisation dont il n'est démontré qu'ils en seraient distincts* ». Ainsi, selon les juges du fond, la clause de non-concurrence était bien limitée, explicitement quant à son objet et sa durée et implicitement d’un point de vue territorial. La chambre commerciale, par un arrêt en date du 4 mars 2020, casse la décision d’appel car « *en statuant ainsi, alors que la zone de commercialisation n'était ni déterminée par le contrat, ni déterminable, de sorte que la clause litigieuse, qui ne stipulait aucune limite expresse dans l'espace, était nulle, la cour d'appel a violé les texte et principe susvisés*» (***Cass. com., 4 mars 2020, n° 17-21764***). Les trois limitations cumulatives nécessaires, outre la protection proportionnée d’un intérêt légitime (*Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, n° 17-16762*), à la validité d’une clause de non-concurrence post-contractuelle, doivent être expressément précisées. A défaut, la clause est nulle. S’agissant d’une liberté fondamentale, celle d’entreprendre, il est légitime que la Cour exige que l’atteinte qui peut y être contractuellement portée soit expressément limitée en ses trois volets, à savoir son objet, sa durée et son territoire.

**S. Destours et J.-L. Respaud**

**B. Contrats de la grande distribution**

**9) Contentieux des contrats de la grande distribution.** Les « contrats de la grande distribution » se partagent entreles contrats qui organisentune activité, celle d’un point de vente, qui peut-être franchisé, en location gérance, en gérance mandat, dans une relation purement contractuelle, dans laquelle la centrale dispose de titre de la société qui exploite le point de vente ou encore dans une situation coopérative, et les contrats qui en sont la conséquence, aujourd’hui largement réglementé par le Code de commerce (C. com., art. L ; 441-2 e s.). La conclusion du premier type de ces contrats, qui peut se présenter comme un « contrat d’enseigne », d’un contrat de franchise, un contratde distribution, voire se scinder en plusieurs corpus contractuels distinctsobéit à des contraintes ordinaires du droit des contrats d’affaires (loi « Doubin », limitation de la durée d’une exclusivité souvent floutée derrière une exigence de « priorité », etc.), mais les contraintes financières créent relativement peu de difficulté à ce stade, qui, fréquemment se retrouvent au moment de l’extinction de ces contrats, ne serait-ce que pour critiquer la manière dont le contrat s’est conclu, les promesses faites ou prétendument faites, etc. Les enjeux sont tels en effet que tous les arguments sont bons.

C’est donc au stade de l’extinction du contrat que les difficultés nées de la vie du contrat se concentrent. Trois affaires récentes illustrent cette situation.

La première est la question, assez classique en vérité, du changement de concept commercial en cours de contrat. Le commerce, l’art d’attirer et de fidéliser la clientèle, surtout en période de concurrence accrue du fait de l’irruption du commerce électronique, mais encore, la nécessaire adaptation et perfection du savoir-faire franchisé, impliquent en effet des modifications du « concept » commercial, autant dire les signes distinctifs, les méthodes, le savoir-faire donc. Plus complexe est l’hypothèse de l’abandon d’une enseigne et de son changement. Quelle peut être la conséquence d’une telle modification ? On songe à la nécessaire réactivité du monde du commerce, à l’adaptation aux innovations, qui pourraient d’ailleurs faire l’objet d’une clause à cet effet, une clause de renégociation ou d’adaptation automatique, de sorte que, en l’absence de pareille prévision, le sort du contrat dépend de l’appréciation qu’un juge se fait non pas de l’efficacité ou de la validité de pareille clause, mais de l’effet de la modification imposée au distributeur. On peut penser qu’une telle modification repose sur une exigence extérieure aux parties, un changement de circonstances économiques, un événement de force majeure qui s’est imposé à la tête de réseau et a rendu nécessaire la modification. On peine à imaginer en effet une telle modification, qui implique tout un réseau, par pure malice. De l’autre côté, on peut mesurer la situation du distributeur qui se trouve face à un tel changement. C’est le point de vue qu’a retenu la Cour d’appel d’Amiens (***Amiens, 10 janv. 2019, n°17/01699,*** *RTDciv. 2019, p. 327, note H. Barbier*). Il s’agissait en l’espèce du réseau de proximité Shopi exploité par Carrefour, auquel s’est substitué une enseigne, et un concept, nouveau « Carrefour contact », à un distributeur qui avait conclu un contrat deux ans auparavant. Les termes de la décision sont particulièrement sévères : « dans ce contexte, le fait que dès la fin du premier exercice, la société Carrefour proximité France, revoyant à la baisse le chiffre d'affaires prévisionnel, n'ait eu aucune considération pour les demandes du franchisé - qui rappelait pourtant à juste titre qu'une rentabilité du commerce permettant de réunir un capital suffisant pour acquérir un fonds faisait partie du champ contractuel -, privilégiant son propre retour sur investissement, constitue une faute dans l'obligation d'exécuter loyalement les contrats liés de location-gérance et de franchise. [...] De fait, la société Carrefour proximité France a ainsi transféré sur le seul franchisé les risques inhérents à la mise en place d'un concept nouveau au mépris de la perspective formalisée de permettre au locataire-gérant de dégager des bénéfices suffisants pour acheter un fonds et au mépris de la collaboration mise en avant dans le préambule du contrat de franchise ». On peut rester mesurer sur la solution, surtout dans un contexte où la bonne foi contractuelle est sujette à des appréciations pour le moins discutées (cf. supra, n°2). En toutes hypothèses, la question de la présence d’une clause à effet de gérer ce type de situation s’avère essentielle, tout comme, en son absence, la plus grande prudence dans la mise en œuvre de ce type de changement radical.

Une autre clause dans ce type de contrat pose difficultés de manière récurrente, les clauses de préemption, de préférence ou de promesse, selon la manière dont elles se présentent dans les contrats (*comp. Paris, 22 nov. 2018, 1806688,* application de l’article L. 341-2 C. com., à une clause de non réaffiliatio*n, Cass. civ. 1ère, 6 déc. 2018, 06-12.321*, à propos d’un pacte de préférence, d’une promesse de vente mis en œuvre lors de l’extinction du contrat).

**D. Mainguy**

**C. Franchise**

**10) Protection d’un réseau (de franchise) et de ses signes distinctifs.** Le concept juridique de « franchise » repose sur l’idée d’une réitération d’un savoir-faire, selon la formule développée par Didier Ferrier, ce qui suppose la caractérisation du savoir-faire et son éventuelle protection. De manière ordinaire les contrats de franchise contiennent des clauses visant à la dépose de l’enseigne, accompagnée de clauses de non utilisation du savoir-faire et des signes distinctifs, les « codes couleurs », etc., de telle manière que la protection s’effectue, principalement, sur le terrain de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, selon les cas. Dans l’affaire ayant conduit à l’arrêt *Elephant Bleu* (***Cass. com. 20 févr. 2019, n°17-20652***),cette dernièreétait opposée au cessionnaire du fondsd’un ancien franchisé**.** Ce dernier n’avait pas manqué, dans le contrat de cession de fonds de commerce, d’imposer au cessionnaire le respect des obligations postcontractuelles auxquelles il avait consenti, tandis que le cessionnaire s’était empressé de ne surtout pas les respecter.Le franchiseur engageait donc une action en responsabilité délictuelle contre le contractant de son contractant, dans les termes de l’arrêt d’assemblée plénère du 7 février 1986, repris dans celui du 13 janvier 2020 (*Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bootshop, D. 2006, p. 2825, obs. I. Gallmeister, note G. Viney; D. 2007, p. 1827, obs. L. Rozès, p. 2897, obs. Ph. Brun et P. Jourdain, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson, RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier; p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 123, obs. P. Jourdain, Ass. Plén. 13 janv. 2020, °17-19963, D. 2020, p. 416, note J.-S. Borghetti, p. 353, note M. Mekki, AJ contrat 2020. 80, obs. M. Latina, RTDciv. 2020, p. 96, obs. H. Barbier*) : le manquement contractuel, la violation de l’engagement du cessionnaire, est susceptible d’être saisi comme faute délictuelle par un tiers, le franchiseur. La Cour d’appel ne retenait pas la responsabilité du cessionnaire, à la fois parce que celui-ci avait été placé en liquidation judiciaire et, sur le fond, parce que le franchiseur ne démontrait pas la persistance de l’utilisation des signes distinctifs. La Cour de cassation censure très heureusement cet arrêt : « l'utilisation illicite par la société [cessionnaire] des signes distinctifs de ralliement de la clientèle du réseau de franchise « Eléphant bleu », portant atteinte à l'image du réseau, était de nature à causer un préjudice à la société [franchiseur], laquelle, en tant que franchiseur, était fondée à la protéger contre toute banalisation ou altération ». Toutes sortes de critiques peuvent être apportées à cette formulation : qu’est-ce donc en effet que cette « image du réseau », deux termes particulièrement évanescents ? Est-ce que toute utilisation de ce type de signes distinctifs (sans doute non protégés par un droit de propriété intellectuelle) est constitutif d’un acte de concurrence déloyale, ce qui serait une nouvelle pierre dans le débat connu en matière de parasitisme, exigeant, ou non, un risque de confusion (non précisé dans l’arrêt) ?

Au-delà cependant de ce débat classique de droit de la concurrence déloyale (*Comp. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, Droit de la concurrence, LexisNexis 3è éd. 2019, n°121)*, cet arrêt rend hommage aux efforts de ceux qui ont cherché à promouvoir une conception sérieuse et *essentielle* du savoir-faire comme condition nécessaire de validité d’un contrat de franchise dont on rappelle que, à l’instar de contrats comme les contrats de licence de droit propriété intellectuelle, est un contrat à l’instar de contrats comme les contrats de licence de droit propriété intellectuelle, est un contrat *payant*, et ce d’ailleurs, tout au long de la durée du contrat. Renversons en effet l’analyse de la Cour dans cet arrêt : si le franchiseur peut utilement engager une action du fait de l’utilisation par autrui d’éléments de son savoir-faire, en vue d’une indemnisation ou d’une cessation, c’est bien que celui-ci est reconnu comme une *valeur*, dont la démonstration doit être réalisée par son titulaire ; valeur, ce savoir-faire doit donc pouvoir être valorisé, à hauteur, disons à proportion, ce qui suppose de démontrer la consistance de ce savoir-faire, l’avantage concurrentiel ou commercial qu’il procure.

**D. Mainguy**

**11) Contrat de franchise et bail commercial : pas d’interdépendance objective.** Un réseau de franchisebien organisée suppose un ensemble de signes distinctifs valorisés, un savoir-faire original et rentable, mais également des locaux, pour les franchisés susceptibles de recevoir et d’exploiter l’ensemble de manière efficace locaux objet de contrats de bail, commercial, par chaque franchisé. Les baux sont donc, en principe, hors de portée du franchiseur, sauf clauses de préemption en cas de velléités de cession par le franchisé. Inversement, la conclusion du contrat de bail n’a d’intérêt pour le franchisé que dans la mesure où il y exploite le contrat de franchise. Enfin, le bailleur peut avoir intérêt à faire obstacle à l’hypothèse dans laquelle son locataire exploiterait une autre activité de celle franchisée, par des clauses de destination particulièrement strictes. Les intérêts des trois parties ne sont donc pas tout à fait concordants, voire antagonistes, du moins dans les situations dans lesquelles il s’agit de trois parties aux intérêts réellement distincts, notamment lorsque le franchiseur n’est pas, d’une manière indirecte, le bailleur. Ainsi, l’article L. 341-1 du Code de commerce, qui soumet à une échéance commune tous les contrats conclus entre ne tête de réseau et l’exploitant d’un magasin de détail, excepte le contrat de bail.

Toutefois la jurisprudence a, déjà, établit un lien entre le contrat de bail et le contrat de franchise, à propos de la notion de *clientèle*, notion commun aux deux logiques contractuelles, depuis l’arrêt *Trévisan* en 2002(*Cass. civ. 3e, 27 mars 2002, n° 00-20.732, D. 2002, p. 2400, note H. Kenfack, p. 1487, obs. E. Chevrier, p. 3006, obs. D. Ferrier ; RTD com. 2002, p. 457, obs. B. Saintourens, 2003, p. 273, obs. J. Monéger ; cette chronique,* *JCP E 2002, suppl. Cah. dr. entr. n° 5, p. 29, obs. J.-L. Respaud*) pour reconnaître au franchiseur et au franchisé, sinon une forme de cotitularité du moins une ligne de séparation acceptable entre la clientèle « nationale » et la clientèle « locale », de manière à reconnaitre, au franchisé, une clientèle et ce faisant un bail commercial, pendant et après l’exécution du contrat de franchise.

Autre est la question des éventuels liens entre les *contrats* eux-mêmes, notamment un éventuel lien d’interdépendance, de telle manière que la rupture de l’un emporte celle de l’autre, que ce soit de manière automatique, par caducité, ou volontaire, par une résiliation. Ce type de situation est *a priori* absurde, à la fois pour le franchisé et pour le bailleur, sinon pour le franchiseur, à moins qu’il s’agisse d’une sorte de sanction supplémentaire en suite d’une inexécution par le franchisé. Ce peut être de manière indirecte, par exemple par ce que la clause de destination, dans le contrat de bail, rend difficile voire impossible sa poursuite, ou bien, des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation dans le contrat de franchise, qui rend alors inutile le contrat de bail, sauf à procéder à une despécialisation ou à une action en annulation d’une clause d’enseigne, pourtant interdite mais qui demeure fréquente (Cass. civ. 3e, 12 juill. 2000, n° 98-21.671, D. 2000, p. 399, obs. A.-L. Monéger-Dupuis; RDI 2000, p. 614, obs. J. Derruppé, RTD com. 2000, p. 872, obs. J. Monéger).

Il n’existe donc pas, à première vue, de tels liens entre le contrat de bail et le contrat de franchise, à moins de constructions contractuelles, parfois discutables.et on peut penser que les relations entre ces deux types de contrats sont trop éloignées, en termes d’intérêts, pour justifier un lien, en soi, entre les deux. Ainsi, la Cour d’appel d’Amiens dans un arrêt DU 15 mai 2919 (Amiens, 15 mai 2019, RTDciv., 2019, p. 860, obs. H. Barbier) l’a clairement rejeté dans un schéma assez usuel dans les relations de la grande distribution : un contrat « d’enseigne » avec une centrale, un bail d’une durée de 10 ans avec la SCI constituée par l’exploitant. La SCI avait ensuite cédé les titres de la SCI a un groupe concurrent, qui ne renouvelait pas le bail. La société exploitante de l’enseigne, privée de local, pouvait-elle alors faire valoir la caducité du contrat d’enseigne, en raison de l’interdépendance, objective entre les deux contrats ? Une clause aurait pu créer cette interdépendance, de manière directe, ou indirecte, comme en l’espèce où une clause du contrat d’enseigne précisait que l’exploitant ne pouvait déplacer ou transférer son activité dans un autre local. La Cour refuse d’avaliser l’existence de ce lien, tout en considérant qu’une clause expresse aurait pu le créer : « aucune stipulation contractuelle ne lie expressément les deux contrats. Par ailleurs, le contrat de franchise et le contrat de bail commercial ne constituent pas une opération économique unique dans la mesure où l'exécution du contrat de franchise était possible dans un autre local, comme l'exécution du bail était possible sans l'existence d'une franchise (…) ». Le stratagème était sans doute un peu grossier pour emporter la conviction du juge, ce d’autant que le demandeur était à l’origine de la situation dont il demandait la reconnaissance. En l’absence d’un tel montage, en revanche, la situation peut être plus ambigüe. Ainsi du franchisé qui exploite un contrat de franchise dans des locaux qu’il loue à un bailleur n’ayant aucun lien avec lui ou avec le franchiseur, et alors que le contrat de bail n’est pas renouvelé. Dans un arrêt du 29 mai 2019 (***Cass. com.29 mai 2019, n° 18-12.160***), la Cour avait a se saisir de la question alors que le franchiseur avait constaté la fin du bail et demandé le paiement d’une indemnité contractuelle de résiliation au franchisé. L’arrêt d’appel avait constaté l’absence de liens d’interdépendance pour reconnaître la résiliation du fait du franchisé ; et, pour la Cour de cassation, la censure n’est méritée que dans la mesure où c’est parce que le franchisé avait demandé la résiliation, que le paiement de l’indemnité est justifié, et non du fait du non renouvellement du bail. Pas d’interdépendance donc, même dans cette situation.

**D. Mainguy**

**12) Gérant de succursale et personne morale.** L’un des contentieuxcomplexe de la distribution repose sur les éléments de nature à perturber l’ordre contractuel voulu par les parties dont une illustration assez extraordinaire est fournie par la question de l’application des règles de l’article L. 7321-2 du Code du travail relatif aux « gérants de succursales », par une forme de « co-qualification » d’un contrat, ici de franchise, et de contrat de travail (*Pour une critique, souvent virulante : D. Ferrier, « Pour une juste application du droit social aux distributeurs », D. 2017, p. 2495, D. Porrachia, « Le gérant succursaliste et la personnalité morale », BJS 2014, p. 422, D. Mainguy, « Faut-il brûler le droit de la distribution ? », D. 2013, p. 1222)*. En l’espèce, la société SFR a conclu en 1996, 2002 et 2005 des contrats de distribution de ses produits et services avec la société Électronique occitane. Il a été mis fin à ces contrats fin 2008. Par un arrêt en date du 25 septembre 2012, devenu irrévocable sur ce point, le gérant de cette société s’est vu reconnaitre le statut de gérant de succursale. A l’occasion du même arrêt, la société SFR a été condamnée à payer audit gérant diverses sommes, notamment des rappels de salaire et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture.  La société SFR a alors assigné la société Electronique occitane et son gérant, à titre principal, en annulation des contrats de distribution, à titre subsidiaire, en résolution de ces contrats pour inexécution par ladite de ses obligations contractuelles et, plus subsidiairement, en réparation du préjudice causé par les manquements contractuels de la société Electronique occitane, facilités par son gérant correspondant au montant des sommes versées à ce dernier en exécution des décisions de justice. Les juges d’appel condamnèrent la société Électronique occitane à payer à la société SFR des dommages-intérêts correspondant aux rappels de salaires et congés payés versés par cette dernière à son gérant, outre les charges patronales, en exécution de l'arrêt rendu le 25 septembre 2012 lui ayant reconnu le statut de gérant de succursale. La Cour d’appel a pour ce faire retenu que la société SFR avait ainsi dû payer deux fois les mêmes prestations et que si la société Électronique occitane avait exécuté l'ensemble des obligations qui lui revenaient, le statut de gérant de succursale n'aurait pas été reconnu à son gérant et la société SFR n'aurait pas été condamnée au paiement de ces sommes. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. Mais, au visa des articles L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail, par moyen relevé d’office, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse pour violation de la loi l’arrêt d’appel (***Cass. com., 11 déc. 2019, n° 18-10.790, 18-10.842,*** *CCC 2020, n°22, Obs. M. Malaurie-Vignal et N. Mathey, AJ contrat 2020. 95, obs. N. Dissaux, D. 2020, p. 51, note C. Grimaldi*). Il s’agit d’un important arrêt (FP-P+B+R), lié à un second qui lui est corrélé du 12 février 2020 (***Cass. com. 12 févr. 2020, n°18-10.790,*** *AJ Contrats, 2020, p. 201, note D. Mainguy*), qui intéresse les conséquences de la reconnaissance du statut de gérant succursaliste quant aux relations avec la personne morale. Rappelons que les articles L. 7321-2 et suivants du Code du travail qualifient de gérants de succursales et accordent le bénéfice de certaines dispositions de ce code, notamment le paiement de salaires et congés payés, aux personnes dont la profession est notamment de « *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* ». Ces personnes étant nécessairement des personnes physiques, l’interposition d’une personne morale n’est pas sans conséquence. D’abord, il a été décidé que la société interposée, c’est-à-dire contractante du fournisseur, pouvait être considérée comme une société écran, voire fictive, afin de ne pas écarter la qualification de gérant succursaliste par sa seule existence (*Cass. soc., 16 juin 1998, n° 95-44.109*). La fictivité de la société n’est d’ailleurs même plus une condition(*Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-40.371 ; Cass. soc., 12 févr. 2014, n° 12-28.160 et 12-28.376, D. 2015, p. 943, obs. D. Ferrier*). Que la société du gérant ne soit pas un obstacle ne signifie toutefois pas qu’elle soit sans soulever de difficultés. Ainsi, en l’espèce, la question posée était de savoir si la société SFR, condamnée à verser un rappel de salaires, pouvait déduire de cette condamnation la rémunération que le gérant de succursale avait par ailleurs perçu de sa propre société. La cour d’appel avait admis cette déduction en considérant notamment que la société SFR avait ainsi dû payer deux fois les mêmes prestations. La Cour de cassation balaie l’argument : « Lorsqu'un fournisseur a conclu avec une personne morale un contrat pour la distribution de ses produits et que le statut de gérant de succursale est reconnu au dirigeant de cette personne, le fournisseur, condamné à payer à ce dernier les sommes qui lui étaient dues en application de ce statut d'ordre public, auquel il ne peut être porté atteinte, même indirectement, n'est pas admis à réclamer à la personne morale, fût-ce pour partie, le reversement des sommes ayant rémunéré les prestations qu'elle a effectuées en exécution du contrat de distribution ». N’en demeure pas moins que l’opérateur aura rémunéré deux fois, tout au moins en partie, la même prestation. Une première fois en payant la société distributrice pour ses services, la seconde en rémunérant son dirigeant devenu gérant de succursale. Mais raisonner comme l’avaient fait les juges d’appel, malgré une apparente logique, pourrait affaiblir le dispositif légal. Enfin, il est cocasse d’observer que la société SFR perd d’une main du fait de l’insuffisance d’autonomie de ses distributeurs ce qu’elle avait pu gagner auparavant de l’autre main en convaincant les juges que ses distributeurs ne pouvaient être des agents commerciaux en raison même de leur autonomie insuffisante quant à la négociation et la fixation des prix (*Cass. com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698, Bull. civ. IV, n° 4 ; V. toutefois, CJUE, 9e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18, cette chronique n° 10, obs. J.-L. Respaud*).

**J.-L. Respaud**

**D. Les contrats de représentation**

**13). Définition de l’agent commercial, notion de négociation et fixation des prix.** L’article L.134-1 du Code de commerce définit l'agent commercial comme étant « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale* ». La directive transposée par la loi du 25 juin 1991 ensuite codifiée aux articles L.134-1 et suivants du Code de commerce, retenait une définition semblable en son article 4-2 : « *l’agent commercial est celui qui, en tant qu’intermédiaire indépendant, est chargé de façon permanente, soit de négocier la vente ou l’achat de marchandises pour une autre personne, ci-après dénommée “commettant”, soit de négocier et de conclure ces opérations au nom et pour le compte du commettant* ». Dans ces deux définitions, la mission de négocier est incontournable. Négocier ou négocier et conclure selon la directive, négocier et éventuellement conclure pour la version française. La question est donc de savoir ce qu’il convient d’entendre par *négocier* et voilà certainement pourquoi les juges français ont été amenés à pointer leur curseur sur ce critère. Par un important arrêt en date du 15 janvier 2008, dit arrêt SFR, la chambre commerciale a adopté une lecture stricte, pour ne pas dire restrictive, de la notion de négociation : celui qui ne peut « *apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés* » par son contractant n’est pas un agent commercial (*Cass. com., 15 janv. 2008, n° 06-14.698, SA Radio Communication Équipements c/ SA SFR : Bull. civ. IV, n° 4*). C’est dans ce contexte jurisprudentiel que la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie par le Tribunal de commerce de Paris d'une question préjudicielle relative à la qualification d'agent commercial ainsi formulée : « *L'article 1er, paragraphe 2, de la directive n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 sur le statut des agents commerciaux, doit-il être interprété comme signifiant qu'un intermédiaire indépendant, agissant en tant que mandataire au nom et pour le compte de son mandant, qui n'a pas le pouvoir de modifier les tarifs et conditions contractuelles des contrats de vente de son commettant, n'est pas chargé de négocier lesdits contrats au sens de cet article et ne pourrait par voie de conséquence être qualifié d'agent commercial et bénéficier du statut prévu par la directive ?* » (*T. com. Paris, 19e ch., 19 déc. 2018, n° 2017015204*). Une question très importante. En l'espèce, il importait de savoir si un intermédiaire distribuant les articles de prêt-à-porter et les bijoux d’une autre entreprise et ne disposant d'aucun pouvoir de modifier leurs prix pouvait prétendre à la qualification d'agent commercial ? Autrement dit, un intermédiaire doit-il nécessairement disposer de la faculté de modifier les prix des produits ou services dont il assure la vente pour le compte du commettant pour être qualifiée d’agent commercial au sens de la directive (*V. Ph. Grignon, 3 Questions – L'interprétation du terme « négocier » au cœur d'une question préjudicielle française : JCP E 2019, 195*) ? La réponse de la Cour est claire : « *L’article 1er, paragraphe 2, de la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, doit être interprété en ce sens 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, au sens de cette disposition* » (***CJUE, 9e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18***, *N. Mathey, Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2020, comm. 122 ;**N. Dissaux, D. 2020 p.1497 ; J.-M. Leloup, AJ contrat 2020 p.378*). Il s’agit donc d’une remise en cause de la définition stricte, voire restrictive, retenue par la jurisprudence nationale de la notion de négociation fondée sur la possibilité de modifier le prix des produits ou services du mandant. Cette conception qui consiste à réserver la qualification aux seuls intermédiaires en capacité de modifier les prix a pour conséquence de refuser la protection du statut d’agent commercial à bon nombre. Pareille conception, étroite et si précisément entendue, permet d’écarter facilement l’application dudit statut dont notamment l’indemnité de fin de contrat prévue par l’article L.134-12 du Code de commerce. Que puisse être aussi aisément écarté un statut protecteur et harmonisé peut heurter. C’est d’ailleurs ce que souligne la Cour de Justice de l’Union européenne dans son arrêt du 4 juin dernier : « *Une telle interprétation permettrait au commettant* (…) *de se soustraire aux dispositions impératives de la directive 86/653, en particulier à celle relative à l’indemnisation de l’agent commercial en cas de cessation du contrat, en réservant dans ce contrat tout droit de négocier les prix des marchandises, ce qui porterait atteinte à la réalisation de l’objectif poursuivi par cette directive* » (*CJUE, 9e ch., 4 juin 2020, préc., point 38*). L’arrêt du 4 juin souligne que « *ladite directive vise à protéger les agents commerciaux dans leurs relations avec leurs commettants* » mais « *également à promouvoir la sécurité des opérations commerciales et à faciliter les échanges de marchandises entre les États membres en rapprochant les systèmes juridiques de ces derniers dans le domaine de la représentation commerciale* » (Point 36), comme avait déjà pu le rappeler un précédent arrêt (*CJUE, 21 novembre 2018, Zako, C‑452/17, point 26*). N’en demeure pas moins que, comme souligné ci-dessous, l’intermédiaire doit, selon les textes précités, être chargé de négocier pour être qualifié d’agent commercial. Cette notion de négociation peut-elle, dans une sorte de grand écart juridique, aller de la possibilité de définir les conditions essentielles du contrat au fait de simplement « porter » l’offre du mandant sans pouvoir aucunement la modifier ? Il semble que la réponse soit affirmative. Selon la CJUE, il faut comprendre le verbe négocier comme signifiant « *servir d’intermédiaire* » comme c’est le cas en langues, notamment, allemande et polonaise (Point 27). Dès lors, pour que cette condition de négociation soit satisfaite, il suffit que le distributeur soit intervenu comme intermédiaire, c’est-à-dire sans achat pour revendre. Soit. Ainsi, un intermédiaire n’ayant ni la prérogative de conclure le contrat final, ni celle d’en débattre et modifier les conditions et prix, pourrait donc être qualifié d’agent commercial. A n’en pas douter, pareille lecture appelle à un revirement de sa jurisprudence *SFR* par la Cour de cassation. Ainsi, elle devra rallier certaines juridictions du fond qui faisaient précisément de la résistance à sa position (*CA Toulouse, 28 février 2018, n° 17/01857* ; ***CA Paris, Pôle 5, 10ème ch., 3 février 2020, n° 16/19962***). Au-delà, cette interprétation extensive de la notion de négociation interroge aussi, en droit français, la définition du contrat de mandat. En effet, l’article L.134-1 du Code de commerce définissant l’agent commercial commence par ces mots : « *L'agent commercial est un mandataire* ». Or, la qualification de mandat suppose que le mandataire soit chargé par le mandant d’accomplir un acte juridique en son nom et pour son compte. Le simple fait de prospecter, de (re)présenter des offres constitue-t-il un acte juridique, c’est-à-dire une « *manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit* » selon l’article 1101-1 du Code civil ? Ou bien pourrait-on considérer qu’il s’agit non plus de mandat mais de prestation de service ou encore de courtage (*Rappr.* ***Paris, 3 oct. 2019, n° 17/01356****, Contrats Concurrence Consommation n° 1, Janvier 2020, comm. 9, N. Mathey.* Dans cette espèce où l’enjeu résidait en l’application du régime de la rupture d’une relation commerciale établie, la qualification de courtage fut préférée à celle d’agence commerciale) ? De manière plus générale encore, à travers cette question du pouvoir de négociation de l’agent commercial, c’est peut-être toute la difficulté de délimiter le champ d’application d’un statut qui interroge une nouvelle fois. Dérogatoire par nature, un statut doit être strictement délimité : *exceptio est strictissimae interpretationis*. Protecteur, par raison d’être, il aura tendance à être appliqué généreusement. Une notion juridique bipolaire. Au-delà de ces interrogations générales, cet arrêt et le revirement qu’il appelle, nous semblent légitimes car, précisément, si la délimitation d’un statut, en l’occurrence celui d’agent commercial, doit être stricte, elle ne peut demeurer plus longtemps restrictive. Enfin, il serait peut-être temps de réaffirmer que la notion de prospection, qui ne nécessite pas la négociation, est primordiale pour définir l’agent commercial à côté de celles d’indépendance et de permanence.

**J.-L. Respaud**

III. Pratiques commerciales de la distribution

A. Pratiques commerciales entre professionnels

14) Déséquilibre significatif et combinaison de clauses annulables. Il n’est ni question ni possible ici de faire l’inventaire des décisions rendues en matière de déséquilibre significatif mais de rendre compte des décisions les plus importantes de la période. La principale est celle découlant de l’affaire Expedia (Cass. com. 8 juill. 2020, n°17-31.536) dont il a déjà été partiellement rendu compte, s’agissant de la partie relative à la considération de l’ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce comme une loi de police (cf supra, n° ), arrêt particulièrement attendu sur ce point précis mais également sur le fond, après l’arrêt de la Cour d’appel de Paris de 2017 (Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, AJ Contrat 2017. 388, obs. V. Pironon). Dans cette affaire, le ministre de l’économie avait engagé une action concernant les pratiques de la plateforme Expedia où étaient notamment en jeu des clauses de parité tarifaire, autrefois désignées comme des clauses du client le plus favorisé, et interdites, au moins sur le fondement de l’ancien article L. 442-6, II, d) du Code de commerce. La Cour condamnait les sociétés défenderesses (la plateforme et les hôtels parties aux contrats en cause, lesquelles avaient été épargnées en première instance) à une amende civile de 1 millions d’euros. Comme les contrats comportaient une clause de loi applicable désignant le droit anglais et une clause renvoyant à la compétence de juges anglais, on comprend l’importance du passage par le raisonnement pris en termes de droit international privé. Inopposable au ministre engageant l’action (comme l’aurait été une clause compromissoire, (cf. Cass. civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-21.811, D. 2016, p. 1910, note J.-C. Roda, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée, AJ Contrat 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016. 837, obs. H. Barbier), en raison du fondement délictuel retenu par la cour, la clause attributive de compétence était donc écartée au profit du juge du délit, français. Observons alors qu’il convient d’éviter de retenir de cette solution une déduction erronée. Le caractère de loi de police de la règle permet d’écarter la loi qui serait désignée par une méthode de conflit de loi ou par une clause de loi applicable, au profit de la loi française, mais ce caractère n’a, en principe, aucune incidence sur la technique de désignation du juge. La solution ici identifiée ne vaut qu’à propos de l’action du ministre comme, d’ailleurs, la Cour d’appel s’en était parfaitement expliqué de telle manière que la situation d’une action engagée entre les parties elles-mêmes permettrait à la clause attributive de juridiction de retrouver son efficacité, à supposer toutefois que le juge saisi retienne une qualification contractuelle du litige, permettant l’efficacité de la clause. Dans l’arrêt d’appel, la Cour avait retenu une qualification délictuelle, impliquant d’écarter la loi anglaise, laissant supposer donc que, entre les parties, le choix de la loi applicable aurait dû, ou pu, être appliqué.

Au-delà des questions processuelles, assurément essentielles, la Cour de cassation confirme l’analyse faite par la cour d’appel de Paris s’agissant des « clauses de parité », par laquelle l’hôtelier doit faire profiter la plateforme Expedia des baisses de prix qu’il déciderait de consentir à ses propres clients, forme peu discrète de clause d’alignement, ou la clause, plus précise, « de la dernière chambre disponible », qui imposait à l’hôtelier de les accorder à la plateforme, mais au prix le plus proposé par ailleurs, lui permettant donc de bénéficier d’un « stock » de chambres, de prix concurrentiels financés par l’hôtel, qui doit payer la commission due. L’article L. 442-6, II, d) considérait comme nulles les clauses permettant « de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant », devenue, dans l’article L. 442-3, b) issu de la réforme de 2019, les clauses permettant d’accorder « automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant », justifiant l’annulation, assez peu discutable, de ces deux clauses par la cour d’appel. La Cour de cassation confirme d’ailleurs, s’agissant de la seconde, par le seul fait que, sur le fondement de l’article L. 442-6, II, d), elle « instituait une garantie d'alignement des conditions faites aux sociétés du groupe Expedia sur les meilleures conditions en terme d'accès à la dernière chambre disponible »On peut ajouter que ces clauses font l’objet d’un soupçon assez ferme en termes de pratiques anticoncurrentielles, comme cela avait été décidé dans l’affaire Booking.com pour une clause similaire, mais sur la base d’un abus de domination (ADLC, déc. n°16-D-06, 21 avr. 2015, D. 2015, p. 964, obs. D. Ferrier). La Cour d’appel de paris avait par ailleurs considéré que la combinaison de ces deux clauses, clause de parité et clause de la dernière chambre disponible, créait un déséquilibre significatif au sens de l’article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (actuel C. com., art. L. 442-1, I, 2°) notamment en raison de l’obligation pour l’hôtelier de payer une commission. Or, pour la Cour de cassation, et au visa de l’ancien article 1134 du Code civil, « les clauses relatives à la dernière chambre disponible imposaient seulement aux hôteliers de permettre la réservation de cette chambre par le canal des sociétés du groupe Expedia dans les conditions prévues pour d'autres canaux », sans emporter de déséquilibre significatif au sens de l’article L. 442-6, I, 2°, la cassation emportant alors annulation de la conséquence pécuniaire de la décision de la Cour d’appel, à savoir la condamnation au paiement de l’amende civile, à charge pour la Cour de renvoi, la même autrement composée, de se saisir à nouveau de la question.

On reste un peu stupéfait : les articles L. 442-6, I, 2° et II, d) du Code de commerce sont considérés comme des lois de police, avec l’extension au reste du texte qu’on peut aisément envisager, pour, simplement, appliquer la nullité des clauses contraires à l’article L. 442-6, II, d), ce qui est finalement assez peu en rapport avec l’enjeu du litige.

D. Mainguy

**15) Vers une véritable réparation intégrale du préjudice économique ?** La question de la réparation du préjudice économique est particulièrement complexe, notamment en ce qu’elle est entravée par le principe dit de la réparation intégrale du préjudice, qui associe celle-ci à la valeur du préjudice éprouvé (*Cf. M. Cayot, Le préjudice économique pur, Institut Varenne, 2018, M.-S. Bondon, le principe de réparation intégrale du préjudice, th. Montp. 2019).* UN certain nombre de règles légales permettent cependant de dépasser cette logique. Ainsi, de la technique dite du « préjudice présumé » ou du « préjudice automatique » comme résultant nécessairement d’un acte déloyal (*Cf. Cass. com., 14 juin 2000 : RJDA 2000, n° 1195, Cass. com., 22 févr. 2000 : Contrats, conc. consom. 2000, n° 81, obs. M. Malaurie-Vignal*). De même, l’article L. 481-7 du Code de commerce, s’agissant de la réparation du préjudice né d’une pratique anticoncurrentielle, précise que *« il est présumé jusqu’à preuve contraire qu’une entente anticoncurrentielle cause un préjudice »*, ou encore les dommages « punitifs » de l’article L. 442-2 issue de « l’action du ministre ».

L’association des ces deux logiques, préjudice automatique et fonction normative de la responsabilité, permet au juge de prononcer des dommages et intérêts dits « punitifs » ou « non compensatoires », lui permettant de s’affranchir du principe, nullement posé dans la loi, mais récurrent dans l’image du droit de la responsabilité civile, de réparation intégrale du préjudice.

C’est précisément cette situation que la Cour de cassation confirme, avec fracas, dans son arrêt du 12 février 2020 (***Cass. com. 12 févr. 2020, n°17-31.614, SARL Cristallerie de Montbron / SA Cristal de Paris***), dans un arrêt appelé à la plus grande diffusion (P+B+R+I), annoncé par une série de décisions, que cite d’ailleurs l’arrêt du 12 février 2020. Ainsi, un arrêt du 22 octobre 1985 avait, pour la première fois, considéré qu’un acte de concurrence déloyale, identifié mais considéré par une cour d’appel comme « non suivi d’effet », que « il s’inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l’existence d’un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés contre la société G.M. et quelle celle-ci avait un intérêt né et actuel à ce que soient sanctionnés des faits générateurs d’un trouble commercial » (*Cass. com. 22 oct. 1985, n°83-15096, RD prop. Ind. 1985, n°2, p. 137, obs. J. Jonquères, D. 1986, Somm. P. 339, obs. Y. Serra, adde. Cass. com. 21 mars 2018, n°14-582*). « Un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyal, générateur d'un trouble commercial, fut-il seulement moral », poursuivait la cour en 2010 (*Cass. com. 15 janv. 2010, n°17-27778*).

En l’espèce, la société Cristallerie de Montbronn reprochait à l’un de ses concurrents, la société Cristal de Paris, des pratiques commerciales trompeuses, celle-ci présentant, dans son catalogue et sur son site internet, ses produits comme étant « made in France » alors qu’ils étaient fabriqués, taillés et polis en Chine et en Europe. De plus, dans sa publicité, présente sur son site internet ainsi que sur les étiquettes de ses produits, elle se présentait comme un « spécialiste de la taille », un « haut lieu du verre taillé » et arguait de la « grande technique de ses produits ». La société Cristallerie de Montbronn l’assignait alors aux fins de cessations de ces pratiques illicites et en indemnisation de son préjudice. Le tribunal de commerce de Paris comme la Cour d’appel de Paris (T. com. Paris, 15ème ch., 29 févr. 2016, n° 2014014668, Paris, Pôle 5, ch. 1, 10 sept. 2017, n° 16/05727) constataient l’existence d’actes de concurrence déloyale par pratique commerciale trompeuse et tromperie : les pratiques sont bien de nature à tromper les consommateurs moyens sur la composition des produits et la fabrication en France de ces derniers en ce qu’elles sont susceptibles d’altérer de manière substantielle leur comportement. En conséquence, ils allouaient à la demanderesse la somme de 300 000 euros en réparation de son préjudice. Pour en évaluer le quantum, la Cour d’appel relevait que la demanderesse employait huit tailleurs quand la défenderesse n’en employait que deux pour l’équivalent d’un mi-temps et cette dernière avait un coût de revient beaucoup plus bas que la première: on est ici dans une hypothèse banale de réparation par une forme de compensation, avec, toutefois, l’insertion de la question des économies réalisées par la défenderesse et, ce faisant, déjà, l’idée d’un profit illicite à « confisquer », de manière à rétablir une forme d’égalité concurrentielle. Le pourvoi est rejeté, mais avec une motivation particulièrement innovante « *7. En matière de responsabilité pour concurrence déloyale, la chambre commerciale retient qu'il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale (…)* *8. Cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer.* *9. En effet, si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des conséquences économiques négatives pour la victime, soit un manque à gagner et une perte subie, y compris sous l'angle d'une perte de chance, tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu.* *10. Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes ».* La cour poursuit, pour reprendre le calcul fait « *11* *(…) la tromperie sur la taille « made in France » lui [le défendeur] a permis d'obtenir des prix de revient beaucoup plus bas et que, pour 2013, elle justifie n'avoir employé qu'un tailleur pour six mois, là où la société Cristallerie de Montbronn en employait huit, en précisant leur coût annuel. Relevant enfin que la société Cristal de Paris a bénéficié de cet avantage pour une taille représentant 10 % de son chiffre d'affaires de 5 000 000 euros, cependant que la taille représente 25 % du chiffre d'affaires de la société Cristallerie de Montbronn, qui est de 2 000 000 euros, il évalue à 300 000 euros le préjudice subi par cette dernière en déduisant, conformément à la méthode proposée par celle-ci, de la charge d'emploi de tailleurs de la société Cristallerie de Montbronn, rapportée à son chiffre d'affaires, le montant correspondant à la charge de ces emplois pour la société Cristal de Paris, rapportée au chiffre d'affaires de celle-ci.* *12. Appelée à statuer sur la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique commerciale trompeuse pour le consommateur, conférant à son auteur un avantage concurrentiel indu par rapport à ses concurrents, la cour d'appel a pu, pour évaluer l'indemnité devant être allouée à la société Cristallerie de Montbronn, tenir compte de l'économie injustement réalisée par la société Cristal de Paris, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements (nous soulignons)».*

La courrappelle donc, en premier, la formule dégagée par le Doyen Savatier R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil*, t. II, 2e éd., LGDJ, 1951, n° 601, p. 177et appliquée en jurisprudence (§4) : « Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle », ce qui est une approche « moderne » de l’idée de réparation intégrale, comme c’est le cas en matière de contrefaçon de propriété littéraire et artistique (CPI, art. L. 331-1-3), de dessins et modèle (CPI, art. L. 521-7), de brevets (CPI, art. L. 615-7) ou encore de marques (CPI, art. L. 716-14), avec la possibilité de tenir compte dans l’évaluation du montant de l’indemnisation de trois éléments : le préjudice économique, d’abord, l’éventuel préjudice moral, ensuite, et les « bénéfices réalisés par le contrefacteur, y compris les économies d’investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retiré de la contrefaçon ». C’était le cas également, et de manière toute aussi diffuse en matière de concurrence déloyale. La Cour de cassation a volontiers admis la possibilité pour les juges du fond de « s’inspirer » des règles du Code de la propriété intellectuelle *« pour évaluer le préjudice résultat d’actes déloyaux »* pour prendre en considération les économies réalisées par l’auteur des actes déloyaux pour évaluer le montant de l’indemnisation (*Cf. Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-29.094 : Comm. com. élect. 2018, comm. n° 9*; *Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-16.752, Cass. com., 1er avril 1997, n° 94-22.129 : Bull. civ. IV, n° 87, p. 77 ; JCP G 1997, n° 1134*)*.*

Dans ces différentes affaires, toutefois, la Haute juridiction ne s’était pas intéressée spécifiquement à la question de l’évaluation du préjudice, considérant qu’elle relevait du pouvoir souverain du juge du fond. Les libertés à l’égard du principe de réparation intégrale s’étaient donc, jusqu’ici ici, réalisées « *sous le manteau du pouvoir souverain d’appréciation des juges du fond* » (*Ch. Lapoyade-Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français » in E. K. Banakas (dir.), Civil liability for pure economic loss, Kluwer Law International, 1996, p. 89 s. ; RIDC, Vol. 50, n° 2, Avril-Juin 1998. p. 367 s*).

Or, dans l’arrêt de 2020, au contraire, la question de l’indemnisation qui était au cœur des débats. Or, la chambre commerciale admet très explicitement que la Cour d’appel avait la possibilité de tenir compte de « *l’avantage indu que s’est octroyé l’auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents* » (point 10) et, plus précisément, « *de l’économie injustement réalisée* » par la société (§12).

Dès lors,la Cour revient sur la présomption de préjudice qu’elle a elle-même dégagée et en vertu de laquelle « *il s’infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d’un acte de concurrence déloyale* » (§7). La Cour justifie l’utilité de cette présomption en ce qu’elle « *répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* » (§8) et, faisant preuve d’une extrême pédagogie, la Cour explique en effet, une méthode, en cas de *pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu »* (§9) pour admettre que la réparation « *peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes* » (§10).

SI on y regarde bien cependant, on est encore loin d’une réparation confiscatoire, en raison de la modulation réalisée at que valide la Cour. Il s’agissait de faits de tromperie, de non-respect de la réglementation économique, ayant permis à l’auteur de ces actes d’obtenir des prix de revient beaucoup plus bas. Ici ces avantages sont chiffrés, un coût de revient de 10% de chiffre d’affaires (5.000.000 €) pour un coût de 25% du chiffre d’affaires de la victime (2.000.000 €), soit un préjudice de 300.000 €. L’explication n’est pas d’une immense clarté : ce résultat s’obtient « *en déduisant, conformément à la méthode proposée par celle-ci, de la charge d'emploi de tailleurs de la société Cristallerie de Montbronn, rapportée à son chiffre d'affaires, le montant correspondant à la charge de ces emplois pour la société Cristal de Paris, rapportée au chiffre d'affaires de celle-ci ».* Comprenons : du coût du fautif (10 % de 5.000.000 €), 500.000 on déduit le montant correspondant chez la victime (10% de 2.000.000 €), soit 200.000 €. Telle est la méthode de la Cour d’appel, validée par la Cour de cassation. Ce n’est cependant pas une *règle*, qui du reste ne serait pas très opportune, notamment si les chiffres d’affaires de la victime étaient supérieurs à celui du fautif. Par ailleurs, cette méthode n’éradique pas intégralement l’avantage indu qui est de la différence entre le taux du coût de revient de la victime (25%) et du fautif (10%), rapporté à son chiffre d’affaires soit 15% de 5.000.000 € soit 750.000 €. Au final donc, le « gain » réalisé par le fautif est de 450.000€, supérieur donc à la valeur de la réparation, 300.000 €. On voit donc bien que la méthode retenue dans cet arrêt reste prudente, au regard du « principe » même bien écorné, de réparation intégrale du préjudice.

**D. Mainguy**

B. Pratiques commerciales entre professionnels et consommateurs

**16) Directive 2019/2161 *en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l’Union en matière de protection des consommateurs*** (***JOUE du 18 déc. 2019***, elle modifie les directives 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/CE)). L’Union européenne a adopté le 27 novembre 2019 une nouvelle directive de consommation qui aura un impact sur les techniques de promotions commerciales. Ayant l’ambition d’assurer une plus grande efficacité du droit de la consommation de l’Union, elle consiste pour beaucoup en une volonté de renforcer les voies de recours existantes (considérant n°2) et les sanctions applicables (considérants n°4 et s.).

Dans les domaines qui intéressent la présente chronique, elle impose en premier lieu un prix de référence (antérieur) pour les annonces de réduction de prix. On se souvient pourtant qu’en application de la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales, la France avait dû supprimer cette obligation (par l’arrêté du 11 mars 2015, NOR EINC1426951A) renvoyant exclusivement à une obligation de loyauté : « *Toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 du code de la consommation et qu'elle soit conforme aux exigences du présent arrêté* ». Cette solution, qui s’expliquait par la contrariété du droit français à la directive visée (qui disposait que seules pouvaient être interdites *per se* par les droits nationaux les pratiques inscrites visées à son annexe 1), posait néanmoins des difficultés importantes aux agents chargés du contrôle de la loyauté des prix affichés : comment s’assurer aisément de la loyauté de la réduction affichée si le prix de référence n’est pas indiqué ? Pour y remédier, la directive énonce désormais que « *toute annonce d’une réduction de prix indique le prix antérieur appliqué par le professionnel pendant une durée déterminée avant l’application de la réduction de prix* » et que « *le prix antérieur désigne le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d’une période qui n’est pas inférieure à trente jours avant l’application de la réduction de prix* » (art.2, 1). Il faudra par principe attendre que la directive soit transposée pour la réintroduction de cette contrainte pour les professionnels soit effective. La directive impose par ailleurs un encadrement, moins précis, de ce que l’on qualifie de « prix dynamiques » ou « en temps réel », c’est-à-dire des « *prix pour des consommateurs ou des catégories de consommateurs spécifiques au moyen d’une prise de décision automatisée qui procède à une analyse et à un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d’évaluer le pouvoir d’achat de ce dernier* » (considérant n°45), des prix révisés par un système automatisé en fonction d’éléments objectifs tenant à la demande ou au contexte de celle-ci. Mal ou non expliqués aux consommateurs, de telles pratiques pourraient être considérées comme trompeuses (en faisant par exemple faussement croire à une pénurie) ou agressives (en faisant pression sur le consommateur par une augmentation régulière du prix pour le forcer à contracter rapidement). L’article 6 de la directive de 2011 est dès lors modifiée en ajoutant (en son article 6) une obligation d’informer le consommateur de l’existence d’un prix révisé de manière automatisée. Ce n’est là toutefois qu’une obligation de transparence, pour les contrats conclus à distance et hors établissement, mais qui n’impose pas d’indiquer les critères de fixation du prix.

S’agissant des pratiques commerciales, précisons que la nouvelle directive ajoute deux nouvelles pratiques présumées déloyales. La première vise essentiellement le secteur alimentaire : « *toute activité de commercialisation présentant un bien, dans un État membre, comme identique à un bien commercialisé dans d’autres États membres, alors que ce bien a une composition ou des caractéristiques sensiblement différentes, à moins que cela ne soit justifié par des facteurs légitimes et objectifs* ». Auparavant présumées conformes, de telles pratiques sont désormais interdites car déloyales à moins que des facteurs légitimes et objectifs ne justifient la différence (sans, peut-on supposer, que ces changements aillent au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour contrer ces facteurs objectifs, comme des difficultés d’approvisionnement en matières premières). La seconde vise les avis de consommateurs désormais mieux encadrés. Est nécessairement déloyale la pratique commerciale consistant à « *affirmer que des avis sur un produit sont envoyés par des consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit, sans prendre de mesures raisonnables et proportionnées pour vérifier qu’ils émanent de tels consommateurs* » ou « envoyer ou charger une autre personne morale ou physique d’envoyer de faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs, ou déformer des avis de consommateurs ou des recommandations sociales afin de promouvoir des produits ». On ajoutera sur ce thème qu’une nouvelle disposition a été ajoutée par voie d’amendement au Code de la consommation par la loi du 10 févr. 2020 pour ajouter à la liste de présomptions de ces pratiques commerciales déloyales celle consistant à « *donner l'impression, par des opérations de promotion coordonnées à l'échelle nationale, que le consommateur bénéficie d'une réduction de prix comparable à celle des soldes, tels que définis à l'article L. 310-3 du code de commerce, en dehors de leur période légale mentionnée au même article L. 310-3* » mais cette hypothèse n’étant pas prévue à l’annexe de la directive, il est probable que le droit français n’est ici pas conforme au droit de l’Union et que toute action engagée sur ce fondement sera sans doute écartée par le juge (elle visait notamment les « *black* Friday »).

La directive devra être transposée en droit français au plus tard le 28 mai 2021, un projet de loi autorisant le gouvernement à la transposer par voie d’ordonnance est en cours d’examen au Parlement (sur les sanctions, V. *infra*).

**M. Depincé**

**17) Pratiques commerciales trompeuses ou/et agressives.** La directive 2005/29 prohibe deux types de pratiques commerciales déloyales (C. conso., art. L. 121-1), les « trompeuses » (C. conso., art. L. 121-2 et S.) et les « agressives » (C. conso., art. L. 121-6 et s.). Si la première n’a pas posé de difficulté majeure d’interprétation dans la mesure ou les pratiques publicitaires trompeuses étaient connues du droit français, la qualification « agressive » était plus incertaine. Des décisions commencent néanmoins à être rendues et permettent de mieux comprendre ce que sont les éléments constitutifs de l’infraction : ainsi cet arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation (***Cass. crim. 10 sept. 2019, n°18-85.315***) à propos de méthodes de commercialisation de meubles en magasin. Si l’article L. 121-6 vise les « sollicitations répétées et insistantes ou […] l'usage d'une contrainte physique ou morale » qui sont susceptibles d’altérer le comportement économique du consommateur, il restait à déterminer quand la sollicitation n’était pas seulement renouvelée mais insistante car ici tout semblait dépendre d’un critère quantitatif. La Cour retient ici à la fois le caractère répétitif des sollicitations : «*sollicitations répétées des clients, caractérisant une véritable contrainte*» (faisant par conséquent fi de la volonté des clients et de leur désintérêt pour l’offre) et leur caractère organisé (que l’on pourrait associer à l’élément intentionnel de l’infraction) : « *les juges ajoutent que le caractère particulièrement agressif des méthodes de vente ressort du récit des vendeurs qui se répartissaient les rôles entre "piqueur" (chargé d'accueillir le client, de lui offrir un cadeau, de présenter la marchandise et proposer un prix...) et "finisseur" (chargé de proposer une remise au client et de forcer pour livrer le jour même)* ». La pratique commerciale agressive est donc constituée, nous semble-t-il, par des sollicitations répétées malgré le désintérêt manifeste ou le refus de leur destinataire, et organisées.

On ajoutera en outre que dans cette affaire les pratiques ont également pu être qualifiées de trompeuses, les commerciaux du magasin annonçant aux clients qu’ils avaient gagné un superbe caméscope mais ne leur remettaient qu’un petit appareil photo sans valeur ou ne fonctionnant pas. Si le jeu concours était gratuit (sur cette notion de gratuité, V. ce jugement intéressant s’agissant d’une publicité pour un régime alimentaire présentant une offre d’une semaine gratuite sur quatre en annonçant que la première semaine était gratuite alors que conditionnée à la souscription à d’autres semaines payantes il ne pouvait s’agir que d’une réduction de prix et non d’une gratuité, *TGI Paris, ord. réf. 9 oct. 2019, n°19/55785*), il reste que les lots étaient sans valeur et que le professionnel n’entendait qu’attirer le consommateur sans lui permettre de faire valoir son libre arbitre.

**M. Depincé**

**18) Pratiques commerciales, sanctions.** On rappellera que si les sanctions des tromperies peuvent être très lourdes, les condamnations prononcées sont souvent beaucoup moins fortes. Sur le plan pénal, le délinquant est passible de peines pouvant atteindre 2 ans d’emprisonnement et 300 000 € d’amende, voire si la juridiction retient cette option une amende pouvant aller jusqu’à 10 % du chiffre d‘affaires moyen annuel. L’affichage ou la publication de la décision condamnant est en outre systématique (C. conso., art. L. 454-1 et s.). Un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle l’applicabilité de sanctions de droit commun du Code pénal (***Cass. crim., 24 juin 2020****,* ***n°19-85.874***). En l’espèce des antiquaires commercialisaient des meubles présentés comme d’époque ou des objets d’art dans un hôtel particulier d’une grande valeur. Les meubles et objets n’avaient en réalité rien de particulier et ne correspondaient pas non-plus à l’époque à laquelle ils étaient supposés appartenir. La date étant bien une qualité substantielle de l’objet commercialisé dans ce type de vente, les dirigeants de la société ont pu être poursuivis au titre du délit de tromperie de l’article L. 441-1 du Code de la consommation. Si l’article L. 454-7 du Code de la consommation donne une liste des peines complémentaires applicables, elle ne peut être exclusive des sanctions de droit commun. Or l’immeuble particulier propriété de la société mise en examen avait servi, en tant qu’écrin pour convaincre les clients de l’authenticité des meubles, à la commission de l’infraction : c’était donc à bon droit que le juge d’instruction avait, en vertu de l’article L. 131-21 du Code pénal, ordonné la saisie pénale de l’immeuble (quand bien-même la société en cause avait-elle déjà été placée sous la protection d’une procédure de sauvegarde).

Sur le plan civil, si une pratique agressive est sanctionnée par la nullité du contrat auquel elle aboutit (C. conso., art. L.132-10), aucune sanction civile spécifique n’est prévue dans l’hypothèse d’une pratique commerciale trompeuse. Il importe alors aux victimes d’établir pour obtenir cette nullité qu’une autre disposition permettant de prononcer la nullité du contrat soit applicable. Elles invoquent alors un dol. Pourtant dans l’affaire ayant abouti à un arrêt de la Cour d’appel de Poitiers (***Poitiers, 10 sept. 2019****,* ***n° 17/00770***), les juges ont déduit de la seule existence d’une pratique commerciale déloyale la nullité du contrat qui en découlait (il s’agissait d’un contrat d’installation de panneaux photovoltaïques avec un contrat de prêt pour le financer, l’article L. 312-55 prévoyant la nullité du contrat de crédit affecté en cas de nullité du contrat financé). Contraire à la jurisprudence qui refuse les cas de nullité en l’absence d’un texte les prévoyant expressément, cet arrêt doit néanmoins être analysé à la lumière de la directive 2019/2161 du 27 novembre 2019 (*préc., V. supra*) qui au titre des sanctions modifie l’article 11 bis de la directive 2005/29 : « *Les consommateurs victimes de pratiques commerciales déloyales disposent de recours proportionnés et effectifs, qui comprennent la réparation des dommages subis par le consommateur et, le cas échéant, une réduction du prix ou la fin du contrat. Les États membres peuvent déterminer les conditions d’application et les effets desdits recours. Les États membres peuvent prendre en considération, le cas échéant, la gravité et la nature de la pratique commerciale déloyale, les dommages subis par le consommateur et d’autres circonstances pertinentes* » (un projet de loi habilitant le gouvernement à transposer ces dispositions par voie d’ordonnance est en cours d’examen par le Parlement, mais il n’est pas possible à ce stade de déterminer comment le gouvernement interprètera la marge manœuvre laissée par la directive)**.**

**M. Depincé**

**19) Publicité comparative –** Autorisée en France après avoir été pendant de nombreuses années systématiquement sanctionnée par la jurisprudence, la publicité comparative demeure très encadrée et les occasions de diffuser une publicité illicite sont nombreuses (***Cass. crim. 19 nov. 2019, n°18.85-900***). Avait été diffusée en 2014 dans un quotidien national une publicité évoquant un vin « *premier grand cru classé* » avec, en minuscule, un astérisque précisant la mention contredisant la première affirmation « *si c'était vrai, peu se l'offrirai(en)t* ». L’annonceur fut poursuivi pour publicité comparative illicite et pratique commerciale trompeuse. Des critiques avaient encensé ce vin, le comparant sciemment à des grands crus classés dont il avait selon eux toutes les qualités. La décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre l’arrêt d’appel sanctionnant l’annonceur alors pourtant que le fondement invoqué, l’article L. 122-2 du Code de la consommation et donc la publicité comparative, pouvait être discuté puisqu’aucun concurrent ou produit, service d’un concurrent n’était identifié sur la publicité. La comparaison était générale comparant le produit à l’ensemble des crus classés de la région viticole (un exemple d’exclusion). Pour autant la formule « premier grand cru classé » même assortie d’une restriction (mais peu apparente) démontrant qu’il s’agissait d’humour était susceptible d’altérer le comportement économique du consommateur. Ce slogan n’était en réalité que la reprise d’une évaluation formulée par un journaliste spécialisé qui peut faire état du goût d’un produit pour le comparer élogieusement à des produits bien plus onéreux, ce que ne peut pas faire un professionnel annonceur (qui, s’il s’agit d’une publicité comparative, ne peut en vertu de l’article L. 122-1 comparer son offre à celle de ces concurrents que sur des critères objectifs). Ce qui est permis au journaliste ne l’est pas à l’annonceur : prétendre à un meilleur goût comme prétendre à un goût équivalent mais bien sûr à un prix inférieur à celui du produit comparé est constitutif d’une publicité comparative illicite (V. ***Paris, 31 janv. 2020, n°18/01091***).

**M. Depincé**

**20) Démarchage. Portée de l’exclusion des contrats conclus dans les foires**. L’article L. 224-59, pris en application de la directive 2011/83/UE, exclut du bénéfice du droit de rétractation les contrats conclus par un consommateur sur les foires et salons (qui auraient autrement pu être qualifiés de contrats conclus hors établissement et ainsi offrir un tel droit). Il reste à définir précisément ces contrats conclus dans les foires et salons. Dans un arrêt de la Cour de justice de l’Union européenne du 17 déc. 2019 (**CJUE, 17 déc. 2019**, Aff. C-465/19), les juges après avoir rappelé que les stands et étals des foires doivent être considérés comme des établissements commerciaux (ce qui exclue donc l’application du régime des contrats conclus hors établissement, V. CJUE 7 août 2018, Aff. C-485/17), distinguent néanmoins une très subtile exception en affirmant que la directive 2011/83 « *doit être interprété en ce sens qu'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur dans un stand tenu par un professionnel à l'occasion d'une foire commerciale, immédiatement après que ce consommateur, qui se trouvait dans l'allée commune aux différents stands présents dans un hall d'exposition de la foire, a été sollicité par ce professionnel, est un  contrat hors établissement , au sens de cette disposition*». Il faut donc en déduire que si le professionnel sollicite directement le consommateur hors son stand, mais bien dans le bâtiment de la foire (dans lequel on imagine que le consommateur est entré librement), l’exclusion du régime des foires et salons n’a pas lieu d’être et que le professionnel devra faire bénéficier son client des droits de réflexion et de rétractation. On saisit mal néanmoins comment en pratique il sera possible de distinguer les situations (celle où le consommateur vient volontairement sur le stand du professionnel et celle où on le sollicite) et on s’interroge en outre sur la compatibilité du droit français (qui ne distingue pas avec un tel degré de finesse) à cette jurisprudence.

**M. Depincé**

**21) Certains professionnels peuvent bénéficier des dispositions du Code de la consommation relatives au démarchage.** Un professionnel qui avait été sollicité sur son lieu de travail pour faire paraître une annonce dans un annuaire professionnel avait été assigné en paiement par le démarcheur mais n’avait pas comparu. Le juge d’instance avait d’office relevé les dispositions spécifiques au démarchage jugeant qu’il n’était pas contesté que le professionnel démarché avait moins de cinq salariés. Le fait n’avait néanmoins pas été débattu devant le Tribunal et la Cour de cassation a cassé le jugement au motif que le « fait n'était pas dans le débat, le tribunal d'instance a violé le texte susvisé » (***Cass. civ. 1ère, 27 nov. 2019***, n°18-22.525).

**M. Depincé**

**22) Encore une nouvelle loi sur le démarchage téléphonique.** La loi n°2020-901 du 24 juillet 2020 visant à encadrer le démarchage téléphonique et à lutter contre les appels frauduleux renforce les dispositifs existant, non sans une certaine redondance. La loi Hamon de 2014 (loi n°2014-344 du 17 mars 2014), déjà, avait encadré plus strictement ces pratiques. Renforçant l’information du consommateur (identité du professionnel, confirmation écrite de l’offre souscrite qui seule une fois signée lie légalement le consommateur), interdisant les numéros masqués, elle avait en outre institutionnalisé et rendu obligatoire pour les professionnels le respect du système d’opposition au démarchage téléphonique (V. décr. N°2015-556 du 19 mai 2015 et C. conso., art. R. 223-1 et s.). la loi nouvelle y ajoute la précision que l’information doit être fournie de « manière claire, précise et compréhensible » (C. conso., art. L. 221-16, mais qui en aurait douté ?), elle impose au professionnel de rappeler au consommateur qu’il dispose du droit de s’inscrire sur la liste d’opposition au démarchage téléphonique (liste préc.). La loi impose en outre de vérifier régulièrement (une fois par mois) la liste des oppositions (C. conso., art. L. 223-1), mais cette obligation existait déjà dans la partie règlementaire du Code de la consommation (art. R. 223-6). Enfin et surtout, alors que la loi permettait aux opérateurs de maintenir la prospection à l’égard des consommateurs « en cas de relations contractuelles préexistantes », la nouvelle formulation de l’exception à l’interdiction de prospecter par téléphone est plus restrictive ne l’admettant que « lorsqu’il s’agit de sollicitations intervenant dans le cadre de l’exécution d’un contrat en cours et ayant un rapport avec l’objet de contrat, y compris lorsqu’il s’agit de proposer au consommateur des produits ou des services afférents ou complémentaires à l’objet du contrat en cours ou de nature à améliorer ses performances ou sa qualité » (C. conso., art. L. 223-1).

**M. Depincé**

**23) Internet et promotion. Nécessité d’un recueil spécifique du consentement au traitement de données personnelles –** Dans une décision en date du 19 juin également (***CE, 9ème ch., 19 juin 2020, n°430810***), à la suite d’une demande en annulation d’une délibération de la CNIL sanctionnant un opérateur au titre du Règlement général sur la protection des données personnelles (dit « RGPD »), le Conseil d’État a rejeté cette demande, considérant que « *s'il résulte de l'architecture décrite au point précédent que l'utilisateur est toujours invité à signaler qu'il accepte que ses informations soient traitées conformément au paramétrage par défaut de son compte, c'est-à-dire en incluant des fonctions de personnalisation des annonces, l'information dont il dispose au regard de cette finalité est générale et diluée au milieu de finalités ne retenant pas nécessairement le consentement comme base légale, tant au premier niveau d'information que de la fenêtre intitulée " simple confirmation ". Il apparaît ainsi que l'information sur la portée du traitement aux fins de " ciblage publicitaire " fournie au premier niveau est, au regard des exigences de clarté et d'accessibilité rappelées ci-dessus, insuffisante. Faute d'information préalable suffisante, le consentement recueilli de manière globale pour l'ensemble des finalités, y compris celle-ci, ne peut être regardé comme éclairé ni, par voie de conséquence et en tout état de cause, comme valide. Si une information complémentaire sur la finalité de ciblage publicitaire est fournie au deuxième niveau (en cliquant sur " Plus d'options ") et qu'un consentement propre à cette finalité est alors recueilli, il apparaît que cette information est elle-même insuffisante eu égard à la portée du traitement. S'y ajoute enfin le fait que le consentement est recueilli au moyen d'une case précochée. Dans ces conditions, c'est à bon droit que la formation restreinte de la CNIL a considéré que les modalités du recueil du consentement ne répondent pas aux exigences du RGPD qui requièrent un acte positif clair, sans qu'ait d'incidence sur ce point la circonstance alléguée que ce règlement n'impose pas de recueillir le consentement de manière distincte pour la finalité de ciblage publicitaire. Par ailleurs, et contrairement à ce qui est soutenu, la formation restreinte n'était pas tenue de définir précisément les obligations pesant sur la société requérante en matière de consentement, lesquelles découlent directement du RGPD* ». On en retiendra le refus d’un recueil global et non explicite du consentement des visiteurs de sites Internet, *a fortiori* lorsque ce consentement est recueilli au moyen de cases pré-cochées. Dans un arrêt du 1er octobre 2019 déjà, la Cour de Justice de l’Union Européenne avait eu le même raisonnement de rejet de la pratique des cases pré-cochées (***CJUE, 1er oct. 2109***, ***Aff. C-673/17***) « *L’article 2, sous f), et l’article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), telle que modifiée par la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, lus conjointement avec l’article 2, sous h), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, ainsi qu’avec l’article 4, point 11, et l’article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46 (règlement général sur la protection des données), doivent être interprétés en ce sens que le consentement visé à ces dispositions n’est pas valablement donné lorsque le stockage d’informations ou l’accès à des informations déjà stockées dans l’équipement terminal de l’utilisateur d’un site Internet, par l’intermédiaire de cookies, est autorisé au moyen d’une case cochée par défaut que cet utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement* ».

**M. Depincé**