

Sommaire

1. Droit commun des contrats de distribution..... 1 à 3

2. Droit spécial des contrats de distribution

A. - Distribution sélective 4 et 5

B. - Contrats de la grande distribution

C. - Franchise..... 7

D. - Les contrats de représentation..... 8

3. Pratiques commerciales de la distribution

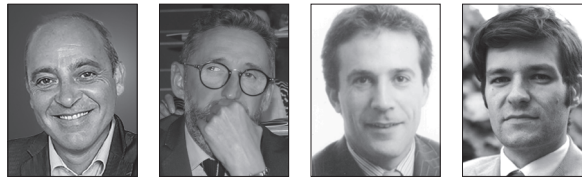
A. - Pratiques commerciales entre professionnels 9 et 10

B. - Pratiques commerciales entre professionnels et consommateurs ... 11 à 15

DISTRIBUTION

1522

Droit de la distribution



Chronique par :

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

et Malo Depincé
maître de conférences à la faculté de droit de Montpellier

La présente chronique couvre la jurisprudence de la période 2019-2020 autour des questions traditionnelles du droit économique et de la distribution. Outre la 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, coll. Manuels, 3^e éd., 2019, n° 157 s.*) ou la directive 2019/2161 en matière de protection des consommateurs, l'année 2020 a été « figée » dès mars (sur les conséquences, comp. *R. Ziadé et Cl. Cavicchioli, L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux : AJ Contrat 2020, p. 176*), étant entendu que les années à venir seront riches, sans doute, de questions de rupture, de force majeure, de renégociation pour cause de changement de circonstances économiques, de réfaction, résiliation, etc., fondées sur la présence et les effets de ce virus.

La période de référence demeure riche, principalement marquée par plusieurs événements jurisprudentiels, les suites de l'arrêt Coty, et, plus important encore, 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, un troisième intéressant la qualification du contrat d'agence commerciale après l'arrêt de la Cour de justice du 4 juin 2020, et un dernier avec la question de la réparation du préjudice économique.

1. Droit commun des contrats de distribution

1 - 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 : JurisData n° 2011-021604 ; D. 2011, p. 3052, note N. Dissaux ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; JCP G 2012, 135, note*

J. Ghestin ; RDC 2012, p. 64, note Th. Genicon ; 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, obs. M. Malaurie-Vignal ; cette chronique JCP E 2017, 1079, n° 1. - Et comp. Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-19.740 : JurisData n° 2017-017695 ; 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 de l'activité entreprise par le franchisé, comme alternative à la fois au dol du franchiseur ou, surtout, aux manquements à l'article L. 330-3 du Code de commerce (saison 1) ; retournement de situation : les informations erronées et trompeuses d'un prévisionnel non sérieux et non réalisable sont susceptibles 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.

Dans un premier arrêt (Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536, F-D : JurisData n° 2020-010379 ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 139, obs. M. Malaurie-Vignal), à la suite de la liquidation judiciaire de la société franchisée, ses associés et le mandataire liquidateur désigné ont assigné le franchiseur en annulation du contrat de franchise, pour vice du consentement, et en paiement de dommages-intérêts, avec succès devant la cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 23 mai 2018, n° 16/07307). En premier lieu, 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 limitaient 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.

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. not. Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-19.740, préc.), a retenu que « les comptes provisionnels, élaborés sur la base de données erronées et non significatives communiquées par la société C... 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 que cette situation avait « 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 ».

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 franchi-

seur 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'enchevêtrement des conditions de formation du contrat, un consentement exempt de vice, et 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 on s'ingénie à décortiquer et séparer, tant en « théorie » qu'en « pratique », une confluence, donc, d'éléments 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. Le franchiseur contestait également sa condamnation à payer aux associés de la société franchisée liquidée des dommages-intérêts alors que, dans ses conclusions d'appel, il avait fait valoir que l'indemnisation des associés au titre de la perte de leurs apports aboutirait à réparer deux fois le même dommage, puisque les apports avaient servi à payer les investissements au titre desquels la société sollicitait déjà le bénéfice d'une indemnisation. Contrairement au précédent, ce second moyen fait mouche ; la Cour casse et annule l'arrêt d'appel sur ce seul moyen : « En statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société C... 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, conc. consom. 2020, comm. 138, obs. M. Malaurie-Vignal*) met en scène un franchisé reprochant à son 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 (*CA Colmar, 1^{re} ch. civ., sect. A, 14 mars 2018, n° 16/02509*) et, sur pourvoi, le franchiseur reprochait 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, devenu 1132, 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 que la 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. Genicon, 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

2 - 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. 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 foi 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, pour retirer ou ajouter des éléments d'un contrat. 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 conclusion du contrat (*Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083*. - V. n° 7). 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, F-D : JurisData n° 2019-010770*). 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 d'ailleurs, angéliques : « l'arrêt retient que la société Steelcase n'a voulu accorder aucune facilité de paiement à son cocon-

tractant 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'a pas de sens contractuel : il n'existe évidemment pas d'« 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 ? À 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, comme dans l'arrêt Huard. À 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 four-

nisseur qui avait même organisé un réseau alternatif rendant structurellement impossible l'exécution profitable et cohérente du contrat, où il s'agit simplement 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 : *JurisData* n° 2007-040143 ; JCP E 2007, 2394, note D. Mainguy et J.-L. Respaud ; D. 2007, p. 2839, obs. X. Delpéch ; D. 2007, p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; D. 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier ; D. 2007, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès ; RDC 2007, 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 (comp. également Cass. com., 14 nov. 2018, n° 17-16.153, F-D : *JurisData* n° 2018-020259 ; RTD civ. 2019, p. 100, obs. H. Barbier, sur la considération qu'un devoir de loyauté inhérente à la qualité d'associé n'est pas équivalente à une obligation de non-concurrence).

D. MAINGUY

3 - 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 (C. com., art. L. 442-1, II). - La dernière livraison de cette chronique rendait compte de l'application de l'arrêt Granarolo de la Cour de justice (CJUE, 2^e ch., 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo : *JurisData* n° 2016-019136 ; JCP E 2016, 1507, note D. de Lammerville et L. Marion ; 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 Cour de justice, les clauses attributives de compétence s'appliquent donc, en principe, dans les contrats internationaux selon la jurisprudence (*cette chron. JCP E 2018, 1131, préc. spéc. 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 (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 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 gardée 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 juillet 2020 (Cass. com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536, FS-P+B, Expedia : *JurisData* n° 2020-010066 ; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais ; Dalloz actualité, 1^{er} sept. 2020, obs. C. Bonnet. - V. n° 9), certains juges du fond ont cependant été moins prudents, comme la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 19 septembre 2018 ou dans l'affaire Expedia (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 sept. 2018, n° 16/05579, SAS Distri European Stock. - Adde CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2013, n° 11/20287, Sté Toys International Inc. : *JurisData* n° 2013-029173 ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 67, obs. N. Mathey. - Et

sur l'article L. 442-6, I, 2°, V. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, Expedia : *JurisData* n° 2017-013106 ; D. 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; AJ Contrat 2017, p. 305, obs. X. Delpéch ; AJ Contrat 2017, p. 388, obs. V. Pironon ; Comm. com. électr. 2018, chron. 1, obs. M.-E. Ancel. - T. com. Paris, 1^{re} ch., 2 sept. 2019, n° 2017050625 : *JurisData* n° 2019-016984 ; AJ Contrat 2019, p. 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 (C. com., art. 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 disert (contrairement à un arrêt postérieur, CA Paris, pôle 5, ch. 4, 9 janv. 2019, n° 18/09522). En premier, aucune jurisprudence « constante » n'existe, et pour cause, aucune jurisprudence du tout, sinon les contournements évoqués, y compris dans l'arrêt Monster Câble souvent invoqué en sens contraire (Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823 : *JurisData* n° 2008-045459 ; JCP E 2008, 2535, note N. Mathey ; JCP E 2009, 1409, note M. Ollivry ; D. 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke ; D. 2009, p. 684, chron. A. Huet ; D. 2009, p. 2384, obs. S. Bollée ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 270, obs. M. Malaurie-Vignal ; RDC 2009, p. 197, obs. M. Behar-Touchais ; JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy ; Rev. crit. DIP 2009, p. 1, note D. Bureau et H. Muir Watt. - Cass. com., 8 juill. 2010, n° 09-67.013 : *JurisData* n° 2010-012390 ; JCP E 2010, act. 406 ; D. 2010, p. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; D. 2010, p. 2544, obs. C. Dorandeu ; D. 2010, p. 2937, obs. Th. Clay ; Rev. crit. DIP 2010, p. 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 que l'article L. 442-1, II 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 : <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 (*CA Paris, pôle 5, ch. 16, 5 mars 2019, n° 18/04137*) référant expressément à l'arrêt Granarolo de 2016 (*CA Paris, pôle 5, ch. 16, 5 mars 2019, n° 18/04137, préc., pt 83*) et en l'absence de clause de loi applicable, désigne celle-ci par référence à l'article 4, 4 du règlement Rome I du 17 juin 2008 (*PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, dit Rome I : JOUE n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6 ; JCP E 2008, act. 368, Fr. Mélin*), par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (*CA Paris, pôle 5, ch. 16, 5 mars 2019, n° 18/04137, préc., pt 89*) et applique la clause attributive de compétence. De même, le 4 juillet 2019 (*CA Paris, ch. com., 4 juill. 2019, n° 19/08038*, SAS 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 » (*CA Paris, ch. com., 4 juill. 2019, n° 19/08038, préc., pt 29*), sous réserve, en vertu de l'article 25, 1 du règlement n° 1215/2012 Bruxelles I bis (*PE et Cons. UE, règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012 : JOUE n° L 351, 20 déc. 2012, p. 1 ; JCP E 2013, act. 6*), 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 (*CA Paris, ch. com., 4 juill. 2019, n° 19/08038, préc., pt 26*), par exemple sur le fondement de la « contrainte économique » (« *economic duress*»), ici validée. Enfin, le 3 juin 2020 (*CA Paris, ch. com., 3 juin 2020, n° 19/03758*, *Sodmilab 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 » (*CA Paris, ch. com., 3 juin 2020, n° 19/03758, préc., pt 58 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 des 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 » (*CA Paris, ch. com., 3 juin 2020, n° 19/03758, préc., pt 59*) : « ces dispositions ne constituent pas une loi de police au sens de l'article 9 du règlement Rome I » (*CA Pa-*

ris, ch. com., 3 juin 2020, n° 19/03758, préc., pt 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, chambre 4), dans un arrêt particulièrement motivé du 9 janvier 2019 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 9 janv. 2019, n° 18/09522 : JurisData n° 2019-024911 ; AJ Contrat 2019, p. 188, note V. Pironon*), l'affirmation est nette et richement, voire longuement, argumentée : le caractère crucial du mécanisme de « défense catégorielle des contractants faibles », la « défense de l'ordre public économique », l'« action du ministre » et l'amende civile, l'égalité de traitement « au regard de la territorialité » d'un « droit "quasi répressif" ».

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 pôle 5, chambre 4) et la chambre commerciale internationale, sur la question de l'autorité internationale de ce texte.

Or, la Cour de cassation, dans l'arrêt Expedia du 8 juillet 2020 (*Cass. com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536, FS-P+B, Expedia : JurisData n° 2020-010066 ; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais ; Dalloz actualité, 1^{er} sept. 2020, obs. C. Bonnet*) rejetant le pourvoi en cassation de l'arrêt Expedia de 2017 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, préc.*), l'un des rares ayant admis le caractère de loi de police du texte (*Adde, CA Paris, pôle 5, ch. 4, 9 janv. 2019, n° 18/09522, préc. - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 19 sept. 2018, n° 16/05579, préc. - CA Paris, pôle 5, ch. 4, 11 déc. 2013, n° 11/20287, 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. 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 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 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 (*CA Paris, ch. com., 3 juin 2020, n° 19/03758, préc.*).

Cela étant, il serait erroné de réduire le contentieux de la rupture 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 article 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 P. Bloch : Bruylant, 2015, p. 419. - J. Jourdan-Marques, *Le contentieux international de la rupture brutale des relations commerciales établies* : *AJ Contrat* 2019, p. 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. 442-4 du Code de commerce. Dans l'affaire *Expedia* 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 qu'« à titre surabondant » 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 prévu [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 ; qu'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 (V. déjà, *CA Paris, pôle 5, ch. 16, 7 juill. 2020, n° 20/01583, préc.*), 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 » (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 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

2. Droit spécial des contrats de distribution

A. - Distribution sélective

4 - Distribution sélective et plateforme en ligne : traitement concurrentiel. - La jurisprudence *Coty* issue de l'arrêt de la Cour de justice de 2017, amorcée par l'arrêt *Caudalie* du 13 septembre 2017 (*Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067 : JurisData n° 2017-017691 ; JCP E 2017, 1632, note P. Wilhelm et É. Dumur ; AJ Contrat 2017, p. 489, note F. Buy ; JCP E 2018, 1131, préc. spéc. n° 7, obs. D. Mainguy*), a été la 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 des commentateurs promettaient, un élargissement de l'arrêt *Pierre Fabre* (*CJUE, 3^e ch., 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Sté Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ président de l'Autorité de la concurrence ; JCl. Contrats - Distribution, Synthèse 20 ; D. 2011, p. 2590, obs. E. Chevrier ; D. 2012, p. 577, obs. D. Ferrier ; D. 2012, p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RTD eur. 2012, p. 442, obs. J.-B. Blaise*). Tout au contraire, la décision *Coty* (*CJUE, 1^{re} ch., 6 déc. 2017, aff. C-230/16 : JCP E 2018, 1189, note P. Wilhelm et É. Dumur ; D. 2018, p. 150, note C. Grimaldi ; D. 2018, 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 physiques 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 caractérisées 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 (*CJCE, 25 oct. 1977, aff. C-26/76, Metro c/ Commission : Rec. CJCE 1977, p. 1875*), à savoir que la sélection des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs, de caractère qualitatif, uniforme 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 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 23 janv. 2019, n° 16/16856, SAS Aut. Palau, c/ Mazda : JurisData n° 2019-024918 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 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 : 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.

Après les premières applications, en France, de la solution *Coty* par la cour d'appel de Paris (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 16/02263, Showroomprivé.com : JurisData n° 2018-002988 ; Dalloz IP/IT 2018, p. 377, obs. C. Maréchal*), 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 » (*Aut. conc., déc. n° 19-D-14, 1^{er} juill. 2019 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 156, obs. M. Malau-*

rie-Vignal) ou dans l'affaire Stihl (*Aut. conc., déc. n° 18-D-23, 24 oct. 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture : AJ Contrat 2019, p. 41, obs. L. et J. Vogel, en appel. - CA Paris, pôle 5, ch. 7, 17 oct. 2019, n° 18/24456 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 203, obs. G. Decocq ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 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 Stihl, 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, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel hi-fi et Home cinéma : D. 2007, p. 1911, obs. D. Ferrier, favorable à la distribution sélective. - CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 13 mars 2014, n° 2013/00714, Bang & Olufsen : JurisData n° 2014-005546 ; Concurrences 2/14, obs. A.-C. Martin ; Contrats, conc. consom. 2014, comm. 118, obs. G. Decocq, défavorable pour des produits accessoires ne nécessitant ni présentation ni démonstration*).

D. MAINGUY

5 - 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, appliqués 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 rejetant le droit au renouvellement d'un contrat dans ces circonstances (*Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28.355 : JCP E 2017, 1381, note A.-S. Choné-Grimaldi ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 173, obs. M. Malaurie-Vignal*) et reprise de manière systématique en 2019 (*Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083, FS-P+B : JurisData n° 2019-004521 ; JCP E 2019, 1416, note D. Mainguy ; AJ Contrat 2019, p. 295, note F. Buy et J.-C. Roda. - Adde N. Ferrier, La liberté de sélectionner dans la distribution sélective, préc.*). 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 discriminatoire », 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 du TFUE et les règlements d'exemption par catégorie, le règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 ici et depuis le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, instaurent 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. 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 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 31 juill. 2019, n° 16/20683 : Contrats, conc. consom. 2019, comm. 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

B. - Contrats de la grande distribution

6 - [...]

C. - Franchise

7 - Gérant de succursale et personne morale. - L'un des contentieux complexes 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 virulente, V. D. Ferrier, *Pour une juste application du droit social aux distributeurs* : D. 2017, p. 2495. - D. Poracchia, *Le gérant succursaliste et la personnalité morale* : BJS 2014, n° 112^a4, 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 en 2008. Par un arrêt en date du 25 septembre 2012, le gérant de cette société s'est vu reconnaître le statut de gérant de succursale. Dans le 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 Électronique 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 Électronique occitane, facilités par son gérant, correspondant au montant des sommes versées à ce dernier en exécution des décisions de justice. La cour d'appel condamnait 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, P+B+R : *Juris-Data* n° 2019-022505 ; *JCP E* 2020, 1085, note L. Bettoni ; *Contrats, conc. consom.* 2020, comm. 22, obs. M. Malaurie-Vignal et N. Mathey ; *AJ Contrat* 2020, p. 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, P+B+R : *JurisData* n° 2020-001769 ; *JCP E* 2020, 1133 ; *AJ Contrat* 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 : *JurisData* n° 2009-047324. - *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 perçue 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 convainquant 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 : *JurisData* n° 2008-042333 ; *JCl. Commercial, Synthèse* 50 ; *Bull. civ. IV*, n° 4. - V. toutefois, *CJUE*, 9^e h., 4 juin 2020, aff. C-828/18, *infra* n° 8).

J.-L. RESPAUD

D. - Les contrats de représentation

8 - 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 n° 91-593 du 25 juin 1991 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 saisis sur ce critère. Par un important arrêt SFR du 15 janvier 2008, la chambre commerciale a adopté une lecture stricte, voire 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 : *JurisData* n° 2008-042333 ; *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 1^{er}, 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*, 19^e ch., 19 déc. 2018, n° 2017015204 : *JurisData* n° 2018-026446). 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, cette faculté de « négociation » est-elle nécessaire à la qualification d'agent commercial au sens de la directive (*V. Ph. Grignon, 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 1^{er}, 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, 9^e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18 : JurisData n° 2020-007720, N. Mathey ; Contrats, conc. consom. 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 retenue par la jurisprudence nationale, qui aboutit à réserver cette qualification aux seuls intermédiaires en capacité de modifier les prix. 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. La CJUE souligne précisément ce fait : « 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, 9^e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18, préc., pt 38*). L'arrêt du 4 juin 2020 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 » (*CJUE, 9^e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18, préc., pt 36*), comme avait déjà pu le rappeler un précédent arrêt (*CJUE, 4^e ch., 21 nov. 2018, aff. C-452/17, Zako, pt 26 : JurisData n° 2018-022075*). Il demeure que l'intermédiaire doit, selon les textes précités, être chargé de négocier. 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 Cour de justice, il faut comprendre le verbe « négocier » comme signifiant « servir d'intermédiaire »

comme c'est le cas en langues, notamment, allemande et polonaise (*CJUE, 4^e ch., 21 nov. 2018, aff. C-452/17, Zako, préc., pt 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. À n'en pas douter, pareille lecture appelle à un revirement de sa jurisprudence SFR par la Cour de cassation. Ainsi, elle devrait rallier certaines juridictions du fond qui faisaient précisément de la résistance à sa position (*CA Toulouse, 2^e ch., 28 févr. 2018, n° 17/01857 : JurisData n° 2018-012683. - CA Paris, pôle 5, 10^e ch., 3 févr. 2020, n° 16/19962 : JurisData n° 2020-001436*). Rien ne l'y oblige et le précédent du refus de considérer les règles d'indemnisation comme des lois de police invite à la prudence. 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 prospector, 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 1100-1 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 (rapp. *CA Paris, pôle 5, ch. 5, 3 oct. 2019, n° 17/01356 : Contrats, conc. consom. 2020, comm. 9, obs. N. Mathey*) ? 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 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

3. Pratiques commerciales de la distribution

A. - Pratiques commerciales entre professionnels

9 - 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, *préc.*) dont il a déjà été partiellement rendu compte, s'agissant de considération de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce comme une loi de police (V. n° 3), arrêt particulièrement attendu sur ce point précis mais également sur le fond, après l'arrêt de la cour d'appel de Paris de 2017 (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784, préc., not. obs. V. Pironon, préc.*). 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 million 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 compromissaire) (V. *Cass. 1^{re} civ.*, 6 juill. 2016, n° 15-21.811 : *JurisData* n° 2016-013778 ; D. 2016, p. 1910, note J.-C. Roda ; D. 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; AJ Contrat 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; RTD civ. 2016, p. 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 lois 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 expliquée 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 lesquelles 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 », devenues, 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 l'annulation, 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 Ex-

pedia 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, sur la base d'un abus de domination (*Aut conc., déc. n° 15-D-06, 21 avr. 2015, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne : 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

10 - 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 (V. M. Cayot, *Le préjudice économique pur : Institut universitaire Varenne, 2017*. - M.-S. Bondon, *Le principe de réparation intégrale du préjudice, contribution à*

une réflexion sur l'articulation des différentes fonctions de la responsabilité civile : th. Montpellier, 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 (V. Cass. com., 14 juin 2000, n° 98-10.169 : RJDA 2000, n° 1195. - Cass. com., 22 févr. 2000, n° 97-18.728 : JurisData n° 2000-000777 ; Contrats, conc. consom. 2000, comm. 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 anti-concurrentielle, précise qu'« il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice », ou encore les dommages « punitifs » de l'article L. 442-4 du Code de commerce.

L'association de 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, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2020-001762 ; JCP E 2020, 1363, note Th. d'Alès et P. Tiberghien), 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 », « s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés, l'existence d'un préjudice résultant des procédés fautifs utilisés contre la société G.M. et que 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° 83-15.096 : 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° 17-14.582, F-D : JurisData n° 2018-004450). « Il s'inférait nécessairement un préjudice d'un acte de dénigrement », poursuivait la Cour en 2020 (Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-27.778, FS-P+B : JurisData n° 2020-000407 ; JCP E 2020, 1115, note J. Lasserre).

En l'espèce, dans l'arrêt rendu le 12 février 2020, 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 cessation de ces pratiques et en indemnisation de son préjudice. Le tribunal de commerce de Paris comme la cour d'appel de Paris (T. com. Paris, 15^e ch., 29 févr. 2016, n° 2014014668. - CA 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 et allouaient une somme de 300 000 € en réparation du 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 reprenant le fait « qu'il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale [...] » mais surtout une « moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer » notamment dans le 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 ». Et de valider le fait 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 » et la méthode d'évaluation retenue par la cour d'appel.

La Cour utilise, en premier, 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 » (CPI, art. L. 615-7). 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 résultant d'actes déloyaux » pour prendre en considération les économies réalisées par l'auteur des actes déloyaux pour évaluer le montant de l'indemnisation (V. Cass. com., 18 oct. 2017, n° 15-29.094 : Comm. com. électr. 2018, comm. 9, obs. Ch. Caron. - Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-16.752 : JurisData n° 2010-001523 ; JCP E 2010, 1389. - Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 94-22.129 : JurisData n° 1997-001517 ; Bull. civ. IV, n° 87 ; JCP G 1997, IV, n° 1134, p. 177).

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, réalisées « sous le manteau du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond » (Ch. Lapyade-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, avr.-juin 1998, p. 367 s.).

Or, dans l'arrêt de 2020, au contraire, la question de l'indemnisation 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 10) et, plus précisément, « de l'économie injustement réalisée » par la société (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 10).

Si on y regarde bien cependant, on est encore loin d'une réparation confiscatoire, en raison de la modulation réalisée et 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 % du 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 » (Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, préc., pt 11). Comprenons : du coût de revient 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 égal à 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 €. Finalement, 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

11 - Directive 2019/2161 en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019 : JOUE n° L 328, 18 déc. 2019, p. 7 ; JCP E 2019, act. 874, elle modifie les directives 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE). - 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 (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019, préc., cons. 2) et les sanctions applicables (PE et Cons. UE, dir.

(UE) 2019/2161, 27 nov. 2019, préc., cons. 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 (A. n° EINC1426951A, 11 mars 2015, relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur : JO 24 mars 2015, texte n° 33) 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 » (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019, préc., art. 2, 1). Il faudra par principe attendre que la directive soit transposée pour la réintroduction de cette contrainte et pour qu'elle 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 » (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019, préc., cons. 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 expliquées 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 modifié 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 n° 2020-105 du 10 février 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 » (C. consom., art. L. 121-4, 23°) 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. n° 13).

M. DEPINCÉ

12 - Pratiques commerciales trompeuses ou/et agressives.

- La directive 2005/29 prohibe deux types de pratiques commerciales déloyales (C. consom., art. L. 121-1), les « trompeuses » (C. consom., art. L. 121-2 et s.) et les « agressives » (C. consom., art. L. 121-6 et s.). Si la première n'a pas posé de difficulté majeure d'interprétation dans la mesure où 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, F-D : JurisData n° 2019-015659) à propos de méthodes de commercialisation de meubles en magasin. Si l'article L. 121-6 du Code de la consommation 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 ven-

deurs 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, dans la mesure où les commerciaux du magasin, annonçant aux clients qu'ils avaient gagné un superbe caméscope, 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 alors que cet avantage était conditionné à la souscription à d'autres semaines payantes, il ne pouvait donc s'agir que d'une réduction de prix et non d'une gratuité, TGI Paris, ord. réf., 9 oct. 2019, n° 19/55785 : JurisData n° 2019-019146), 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

13 - 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. consom., 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, P+B+I : JurisData n° 2020-008645). 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. consom.*, 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 (*CA Poitiers*, 2^e ch. civ., 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 (*PE et Cons. UE*, dir. (UE) 2019/2161, 27 nov. 2019, préc.) 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 interprétera la marge de manœuvre laissée par la directive).

M. DEPINCÉ

14 - 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, F-D : *JurisData* n° 2019-020797). 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. CA Paris, pôle 5, ch. 11, 31 janv. 2020, n° 18/01091 : JurisData* n° 2020-002961).

M. DEPINCÉ

15 - Démarchage. - Portée de l'exclusion des contrats conclus dans les foires. - L'article L. 224-59 du Code de la consommation, 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 décembre 2019 (*CJUE, 6^e ch., 17 déc. 2019, aff. C-465/19, B et L Elektrogeräte GmbH c/ GC*), 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, 8^e ch., 7 août 2018, aff. C-485/17, Verbraucherzentrale Berlin eV c/ Unimatic Vertriebs GmbH*), 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