

Sommaire

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

2. Droit spécial des contrats de distribution..... 4 à 10

A. - Distribution sélective 5 et 6

B. - Contrats de la grande distribution..... 7

C. - Franchise..... 8 et 9

D. - Contrats de représentation..... 10

3. Pratiques commerciales de la distribution 11 à 23

A. - Pratiques commerciales entre professionnels 11 à 19

B. - Pratiques commerciales entre professionnels et consommateurs... 20 à 23

DISTRIBUTION

XXXX

Droit de la distribution



Chronique par :

Daniel Mainguy,
professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

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

et Léa Molina,
maître de conférences à l'École de droit
de la Sorbonne, université Paris I Panthéon-Sorbonne

La présente chronique couvre la jurisprudence de la période 2021 jusqu'à début 2022 autour des questions traditionnelles du droit économique et de la distribution. Deux événements majeurs, la loi Egalim 2 et la réforme du Règlement d'exemption unique par catégorie, attirent l'attention, ainsi que quelques arrêts marquants relatifs à la sélection d'un distributeur, au jeu de la concurrence entre techniques de contrôle des « clauses abusives », ou encore l'application en France de l'arrêt du 4 juin 2020 sur la qualification du contrat d'agence commerciale, mais encore et sans doute pour longtemps, les évolutions en matière de contentieux international des contrats de distribution et de réparation du préjudice économique.

1. Droit commun des contrats de distribution

1 - Formation des contrats de distribution et comptes prévisionnels optimistes. - Comme souvent rapporté dans cette chronique, un litige récurrent sur la formation des contrats de distribution, et particulièrement de franchise, repose sur des « vices » ayant affecté le consentement, notamment sur la base de bilans prévisionnels optimistes voire grossièrement exagérés (*Cass. com.*, 1^{er} déc. 2021, n° 18-26.572, F-D : *JurisData* n° 2021-019902) ou irréalistes, question qui n'est pas saisie par les règles spéciales des articles L. 330-

3 et R. 330-1 du Code de commerce dans la mesure où ces règles n'imposent pas une telle information comme la Cour de cassation le répète fréquemment (*Cass. com.*, 12 mai 2021, n° 19-17.701, F-D : *JurisData* n° 2021-007420), à supposer même que ces textes s'appliquent (*CA Rennes*, 3^e ch. com., 9 mars 2021, n° 17/04874 : *Contrats, conc. consom.* 2022, étude 3, obs. J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais, n° 37) mais par les règles du droit commun des contrats. Depuis l'arrêt du 4 octobre 2011 (*Cass. com.*, 4 oct. 2011, n° 10-20.956 : *JurisData* n° 2011-021604 ; *JCP G* 2012, 135, note J. Ghestin), qui avait considéré qu'il pouvait s'agir là d'un

cas d'erreur sur la rentabilité de l'entreprise franchisée, la jurisprudence a peu à peu évolué pour préciser cette solution radicale. Le franchiseur qui fournit un tel document doit proposer une information « *sincère et vérifiable* » sauf à encourir la nullité du contrat sur le fondement d'un dol ou d'une erreur (Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-21.536, cette chron. JCP E 2020, 1522, n° 1, obs. J.-L. Respaud et S. Destours). Il reste que l'appréciation du juge du fond est fondamentale comme le montre un arrêt récent (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 12 janv. 2022, n° 19/07792 : JurisData n° 2022-000457 ; JCP E 2022, 1086, note A. Bories. - Comp. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 20 janv. 2021, n° 19/03382 : JurisData n° 2021-000633). Dans cette affaire, un bilan prévisionnel fourni par le franchiseur annonçait un chiffre d'affaires de première année réalisé à moins de 50 % par le franchisé. De ce point de vue les faits sont assez semblables à ceux ayant donné lieu à l'arrêt du 1^{er} décembre 2021 (différence de près de 80 %) où la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre l'arrêt de la même chambre de la cour d'appel de Paris qui avait annulé le contrat pour dol (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 24 oct. 2018, n° 16/10932 : JurisData n° 2018-018670). Dans l'arrêt de 2022, la cour d'appel considère, au rebours, que le franchiseur n'a aucun devoir de modération ou de réserve. Peut-être le fait que le franchisé avait ici réalisé des bénéfices, rendant l'entreprise rentable, a joué ; il demeure que cette forme de résistance de la cour d'appel de Paris s'inscrit dans l'appréciation souveraine qui lui appartient. Reste à mesurer, sur un pourvoi éventuel, la portée de cette absence de « *devoir de réserve et de modération* », c'est-à-dire de précaution, du franchiseur, qui pourrait d'ailleurs être compensée par une obligation de réaction rapide du franchisé alors que les pertes financières s'accumulent (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 30 juin 2021, n° 19/22483). L'enjeu peut être considérable : l'annulation du contrat aboutit à une indemnisation du franchisé qui peut être complète sur le fondement de la perte de chance d'avoir pu ne pas conclure le contrat (Cass. com., 10 févr. 2021, n° 18-25.474).

D. MAINGUY

2 - Rupture brutale de relation commerciale établie. - La relative stabilité de la jurisprudence en matière de relation commerciale

établie est un peu bousculée par quelques décisions. La plus intéressante est sans doute celle du Tribunal des conflits relative à la question de l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce à la rupture d'un contrat administratif. Elle fait resurgir un certain nombre de questions d'application du droit de la concurrence dans ce domaine (S. Destours, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence : Litec*, 2001. - G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* : Dalloz, 2006. - I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence* : Dalloz, 2021). Dans cet arrêt (T. confl., 5 juill. 2021, n° C4213, EPIC Pays de Fontainebleau Tourisme : Contrats et Marchés publ. 2021, comm. 295, obs. J. Diethoefter ; AJDA 2021, p. 1418 ; AJCT 2021, p. 609, obs. P. Noual ; RDI 2022, p. 107, obs. J.-F. Giacuzzo. - Adde M. Lahouazi, *L'inapplicabilité du droit des pratiques restrictives de concurrence en droit administratif* : AJDA 2022, p. 197. - G. Clamour, *Contrat administratif et pratiques restrictives de concurrence* : Contrats et Marchés publ. 2021, repère 8) l'ancien domaine de chasse royale de Fontainebleau était géré par délégation de domaine public à l'établissement public industriel et commercial (EPIC) Pays de Fontainebleau Tourisme qui avait conclu, chaque année, un contrat d'autorisation avec l'association Sport Concept à l'effet de louer quelques jours pour y organiser un concours hippique, renouvellement refusé en 2015. L'association a saisi le tribunal administratif de Melun, sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui s'est considéré comme incompétent, puis le tribunal de commerce de Paris. La cour d'appel de Paris, saisie par l'EPIC contestant sa compétence, a saisi le Tribunal des conflits. Un premier litige visait à déterminer si le site relevait du domaine privé ou du domaine privé spécial de l'État, ou encore du domaine public, solution finalement retenue. Dès lors, le Tribunal des conflits considère que la question correspond à un refus de conclusion d'une convention d'occupation précaire, de nature administrative, c'est-à-dire une question contractuelle, quand bien même l'association avait invoqué une règle du droit spécial de la concurrence : la compétence est donc celle du juge administratif, solution déjà envisagée (T. confl., 8 févr. 2021, n° 4201, SNCF

et SNCF Réseau : Lebon ; Contrats et Marchés publ. 2021, comm. 124, obs. M. Ubaud-Bergeron ; JCP G 2021, 236, obs. L. Erstein ; AJDA 2021, chron. p. 734, note C. Malverti et C. Beauvils ; AJDA 2021, p. 1336, note P. Bourdon). Admettons sur le terrain de la compétence ; il demeure que l'argument, sur le fond du droit applicable, d'un simple refus de conclure un énième contrat pour placer le litige sur le seul terrain contractuel est un peu court, à moins que le juge administratif ne choisisse d'appliquer les règles du Code de commerce (en ce sens, CAA Marseille, 13 mai 2008, n° 05MA02395, Sté Sotrape Sud, mais contra CAA Nancy, 27 oct. 2015, n° 15^{NC}00242, Sté Cogest) ce qui serait surprenant au final, ou crée un régime administratif original d'abus dans le droit pour le gestionnaire public du domaine de ne pas renouveler un contrat, ou de rompre une relation contractuelle établie, difficile toutefois à envisager ici, une convention d'occupation précaire étant par nature précaire et leur succession ne formant pas nécessairement une relation commerciale établie même devant un juge commercial. À suivre donc. Plus classiquement, retenons une hypothèse originale, celle de la reprise d'une relation commerciale établie à la suite d'une transaction entre les parties (Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-25.709 : JurisData n° 2020-019005). Il s'agit en principe alors d'une nouvelle relation, la transaction ayant « éteint » la juridicité du temps passé, mais non la continuation de la précédente. Plus classique également est la question de savoir comment saisir la durée d'un préavis face à la rupture d'une relation commerciale établie dans un lien de dépendance (Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-13.385, F-D : JurisData n° 2021-018230 ; Contrats, conc. consom. 2022, comm. 7, obs. N. Mathey). Le préavis est en effet considéré comme ayant pour fonction de permettre à celui qui subit la rupture de pouvoir se réorganiser. Si l'article L. 442-1, II, du Code de commerce n'envisage que la durée de la relation, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels, la Cour de cassation est plus prolixe : l'analyse doit tenir compte « *de sa durée, du volume d'affaires réalisé et de la notoriété du client, du secteur concerné comme du caractère saisonnier du produit, du temps nécessaire pour retrouver un autre partenaire, en respectant, conformé-*

ment à la loi, la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, et de l'état de dépendance économique du fournisseur, cet état se définissant comme l'impossibilité pour celui-ci de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'il a nouées avec une autre entreprise», l'objectif étant alors de permettre au juge du fond d'allonger le délai. La solution est intéressante à plus d'un titre. Elle renoue en premier avec la jurisprudence rendue dans les années 2000 (Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.731 : *JurisData* n° 2008-046098. - Et Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.732 : *JurisData* n° 2008-046129 ; JCP E 2009, 1479, obs. D. Mainguy. - Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.544 : *JurisData* n° 2012-009119 ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 174, note N. Mathey ; D. 2012, p. 1324, obs. E. Chevrier) et elle attache la durée du préavis à son origine et son fondement contractuels, sans tomber dans le travers, d'une part, de considérer que le lien de dépendance serait une cause alternative d'application du texte visé ni de permettre d'allouer une indemnisation, à calculer, complémentaire (Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16.398 : *JurisData* n° 2014-010675 ; *Contrats, conc. consom.* 2024, comm. 158, note N. Mathey).

D. MAINGUY

3 - Contrats de distribution : contexte international. - Toutes les livraisons précédentes, ou presque, de cette chronique présentent les principales évolutions de la jurisprudence en matière de contrats internationaux de distribution et, singulièrement, de la question de la rupture des relations commerciales établies c'est-à-dire de la distinction de la matière contractuelle et délictuelle au sens de l'interprétation de l'article 5 du règlement Bruxelles I bis ou de la qualification de loi de police des règles françaises en la matière. S'agissant de ce dernier point, nous étions restés (*cette chron.* JCP E 2020, 1522, n° 3, obs. D. Mainguy) à l'arrêt Expedia du 8 juillet 2020 (Cass. com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536 : *JurisData* n° 2020-010066 ; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais) qui se prononçait sur la qualification de loi de police des articles L. 442-6, I, 2° et L. 442-6, II, d, du Code de commerce (C. com., art. L. 442-1, I, 2°) c'est-à-dire des dispositions en matière de sanction du déséquilibre significatif, ce dont

on pouvait, peut-être un peu rapidement, déduire que cette qualification valait également pour la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-1, II). Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 janvier 2019 (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 9 janv. 2019, n° 18/09522 : *JurisData* n° 2019-024911) pouvait venir au support de cette interprétation mais la chambre commerciale internationale contredisait cette position (CA Paris, pôle 5, ch. 16, 3 juin 2020, n° 19/03758, *Sodmilab et a c/ Waters* : JCP E 2020, 1522, obs. D. Mainguy,). Le premier considérait, très longuement, que l'ancien article L. 442-6, I, 5° devait être considéré comme « crucial [...] pour la sauvegarde de l'organisation économique de la France » au sens de l'article 9 du règlement Rome I, en raison de la protection de la partie faible qu'il assure, de la défense de l'ordre public assurée par l'action du ministre, notamment. Le second considérait au contraire que ce texte n'a pour objectif que la « moralisation de la vie des affaires » et la protection d'intérêts privés, non susceptibles d'être considérés comme cruciaux. Par conséquent, une divergence de jurisprudence interne à la cour d'appel de Paris règne entre le pôle chargé des contrats commerciaux (pôle 5, chambre 4) et celui chargé des litiges commerciaux internationaux (pôle 5, chambre 16) sur ce point. S'ajoute d'ailleurs un arrêt du pôle 5, chambre 8 (en principe compétent pour les litiges de droit des sociétés et procédure collective) du 8 octobre 2020 (CA Paris, pôle 5, ch. 8, 8 oct. 2020, n° 17/19893 : *JurisData* n° 2020-018431 ; *Rev. int. Compliance* 2020, comm. 236, obs. C. Dargham et R. Nader-Guérout ; *LEDICO* déc. 2020, n° 113n9, p. 7, obs. H. Meur ; D. 2020, p. 2421, obs. G. Ngoumtsa Anou) qui rejoint la position de la chambre commerciale internationale. Par conséquent, à la question de savoir quelle est la solution française applicable en la matière, la réponse doit, en l'état, être prudente : l'arrêt Expedia, émanant de la chambre commerciale de la Cour de cassation pouvait laisser penser que la translation de sa solution à la question voisine de la rupture brutale était probable, possibilité que les deux arrêts contraires de la cour d'appel de Paris laissent en suspens, en attente d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation. Le choix sera difficile entre les hypothèses dans lesquelles un intérêt supérieur est

envisagé, par l'action du ministre de l'article L. 442-4 du Code de commerce, et celles intéressant un litige entre opérateurs privés. L'occasion pourrait être donnée à la Cour de cassation d'adopter une interprétation sur la base d'un contrôle concret, et non abstrait et valable pour toutes les situations, de la portée de ce texte, loi de police lorsque l'action du ministre est engagée, simple ordre public interne lorsque le texte est envisagé entre personnes privées.

S'agissant du premier point, l'arrêt Granarolo de la Cour de justice du 14 juillet 2016 (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) proposait une solution propre à limiter un autre conflit de jurisprudence, entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation. La première promeut en effet la considération du caractère contractuel de l'action fondée sur une rupture brutale, notamment en matière internationale, tandis que la seconde préférerait une conception délictuelle de cette action. L'arrêt Granarolo semblait qu'un litige transfrontière survenait, la rupture brutale d'une relation commerciale établie était considérée comme relevant de la matière contractuelle si le juge compétent identifiait une relation contractuelle, même tacite, ce qui revenait à condamner la position de la chambre commerciale, au moins s'agissant des contrats internationaux. Or, l'arrêt Wikingerhof de la Cour de justice du 24 novembre 2020 (CJUE, gde ch., 24 nov. 2020, aff. C-59/19, *Wikingerhof GmbH & Co. KG c/ Booking.com BV* : *JurisData* n° 2020-019495 ; JCP E 2021, 1124, n° 8, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2021, comm. 39, obs. L. Idot ; *Procédures* 2021, comm. 68, obs. C. Nourissat ; D. 2021, p. 1064, note R. Amaro et F. Jault-Seseke ; D. 2021, p. 1832, obs. L. d'Avout, S. Bollée, et E. Farnoux ; *Dalloz IP/IT* 2021, p. 224, obs. A. Lecourt ; RTD com. 2021, p. 229, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2021, p. 411, obs. M.-E. Ancel ; RTD eur. 2021, p. 959, obs. L. Idot ; RDC mars 2021, n° 117*0, p. 90, obs. B. Haftel) assombrit cette lecture rapide de la situation. Le litige opposait un restaurateur allemand, Wikingerhof, à la plateforme Boo-

king.com, située aux Pays-Bas, en relation via un contrat conclu en 2009, sur la base de conditions générales régulièrement modifiées par Booking. Une énième modification ajoutait à la possibilité pour Booking de modifier unilatéralement les prix un certain nombre de sujétions contraignantes. Wikingerhof agissait devant un juge allemand aux fins de rendre ces clauses inopérantes, sur le fondement de l'abus de position dominante qui aurait conduit Booking à pouvoir les imposer. Les parties discutaient la compétence allemande, faute d'une clause attributive de compétence renvoyant aux juges hollandais considérée comme inapplicable par le juge saisi, de sorte que la question était débattue de savoir si la question relevait de la matière contractuelle ou délictuelle, dans la mesure où l'action avait été introduite à propos d'un contrat mais sur l'allégation d'un abus de position dominante. La question était voisine de celle résultant de l'arrêt Brogssitter de 2014 (CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12 : Procédures 2014, comm. 141, note C. Nourissat ; Europe 2014, comm. 241, note L. Idot ; D. 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; D. 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2014, p. 863, note B. Haftel ; RTD com. 2014, p. 446, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast) s'agissant de savoir si la violation d'une obligation d'exclusivité relevait d'une matière contractuelle ou, du fait d'une concurrence déloyale invoquée, délictuelle. Dans cet arrêt, la Cour de justice avait considéré qu'il fallait, pour le juge saisi, rechercher l'obligation servant de cause à l'action, aboutissant à une action de nature contractuelle si le comportement reproché peut être considéré comme un manquement contractuel. Dans l'arrêt Wikingerhof, la Cour de justice reprend le même raisonnement : l'action relève de la matière contractuelle lorsque l'interprétation du contrat est indispensable pour établir le caractère licite ou illicite du comportement reproché. Or ici, elle considère que l'interprétation du contrat n'est pas indispensable à la caractérisation d'un abus de position dominante et ce en fonction de la demande formulée par le demandeur, solution qui suppose d'établir une hiérarchie des causes de la demande, ce qui n'est guère aisé et ouvre à bien des interprétations. Or précisément, dans le cas des faits ayant conduit à l'arrêt Granarolo, l'interprétation du contrat

n'est pas toujours indispensable à la caractérisation du caractère brutal de la demande fondée sur l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Elle peut l'être s'il s'agit d'apprécier un préavis contractuellement prévu à la longueur de la relation, mais pas nécessairement, notamment dans les situations de relations contractuelles « tacites », c'est-à-dire des suites de contrats de vente par exemple sans contrat-cadre. A suivre la solution de l'arrêt Wikingerhof, on pourrait donc considérer que le fait pour le demandeur d'invoquer le caractère délictuel de l'action, alors que l'interprétation du contrat n'est pas indispensable, pour éviter les conséquences d'une qualification contractuelle, validerait le choix réalisé. Il faudrait cependant choisir et on peut espérer que la Cour de justice saura faire évoluer rapidement sa jurisprudence, ne serait-ce que pour rattacher les actions fondées sur un contrat à la matière contractuelle, ce qui paraît de bon sens.

D. MAINGUY

2. Droit spécial des contrats de distribution

1 - Nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux restrictions verticales. - Le règlement d'exemption par catégorie application aux restrictions verticales n° 330/2010 arrive à expiration en mai 2022 et la Commission européenne a publié, en juillet 2021 un projet révisé de nouveau règlement et des lignes directrices qui l'accompagnent (Comm. UE, projet de règlement concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : C(2021) 5026 final ; Projet de communication : Lignes directrices sur les restrictions verticales, 9 juill. 2021 (V. la version publiée, JOUE n° C 359, 9 juill. 2021, p. 12). - Adde, pour une première approche, L. Idot, Les contours du nouveau régime des accords verticaux : Europe 2021, alerte 47. - N. Ferrier, (dir.) Réforme des restrictions verticales : les enjeux du nouveau règlement : LexisNexis, 2022). La structure du règlement précédent ne devrait pas être profondément modifiée, notamment les seuils de parts de marché valant exemption, même si les évolutions jurisprudentielles de la Cour de justice

relatives à la prise en compte de la distribution sur internet, et notamment la jurisprudence Coty, sont reprises (projet lignes directrices, § 194. - V. aussi § 195 sur les pratiques dites de « doubles prix de gros » différenciés en ligne et physiques), de sorte que la liste des restrictions caractérisées demeure, même ajustée, notamment sur la question de la sanction des prix de revente, question française sensible au vu des décisions récentes (Aut. conc. déc. n° 20-D-04, 16 mars 2020, Apple. - Aut. conc. déc. n° 21-D-20, 22 juill. 2021, Luxottica. - Aut. conc. déc. n° 21-D-24, 12 oct. 2021, loisirs footballistiques. - Aut. conc. déc. n° 21-D-26, 8 nov. 2021, Mobotix). Les objectifs du nouveau règlement visent à sécuriser la « zone de sécurité » concurrentielle offerte par l'exemption, à la fois pour éliminer les « faux positifs », c'est-à-dire des cas exemptés alors que les conditions de la légalité concurrentielle ne sont pas rassemblées mais également les « faux négatifs », les accords hors exemption mais dont les effets anticoncurrentiels ne sont pas présents. C'est le cas de la distribution duale, dans le cas où un distributeur exerce tout à la fois une activité de revente de produits et de représentant (agent) pour un même fournisseur, ou, inversement, le fournisseur commercialise ses produits ou service par un réseau sur la base d'accords de distribution et directement (envisagés strictement dans les lignes directrices) risquant de créer, outre des effets verticaux entre non-concurrents, des effets horizontaux dans la mesure où le fournisseur peut alors être présenté comme un concurrent de ses propres distributeurs. Le projet de règlement envisage alors un double seuil de parts de marché valant exemption, 10 et 30 % (projet de règlement, art. 2.4 à 2.6). Il peut s'agir de saisir des situations dans lesquelles le fournisseur développe un mode de distribution via un réseau et des plateformes, mais elle couvre, par effet retour, la situation des franchiseurs qui, presque par obligation, doivent expérimenter leur savoir-faire et former les franchisés et donc disposer d'un établissement pilote et/ou de formation voire plusieurs, le conduisant à réaliser, par nature, une forme de distribution duale, sans que l'effet horizontal soit manifeste.

On signalera également que les phases préparatoires de l'évaluation et de la révision des règlements d'exemption en matière d'accords horizontaux et en matière de dis-

tribution automobile (*Comm. UE, rapp. d'évaluation sur le fonctionnement du règlement (UE) n° 461/2010 concernant l'exemption par catégorie applicable au secteur automobile : COM(2021) 264 final, 28 mai 2021*) ont été entamées.

D. MAINGUY

A. - Distribution sélective

5 - Distribution sélective : traitement concurrentiel. - Après l'arrêt Coty de la Cour de justice de 2017 (*CJUE, 1^{re} ch., 6 déc. 2017, aff. C-230/16 : JurisData n° 2017-026614 ; JCP E 2018, 1189, note P. Wilhelm et É. Dumur ; cette chron. JCP E 2018, 1131, n° 7 ; JCP E 2020, 1522, n° 4, obs. D. Mainguy*) validant la clause interdisant la vente de produits objets de contrats de distribution sélective *via* des plateformes numériques et donc la réfutation de l'élargissement annoncé de l'arrêt Pierre Fabre de 2011 (*CJUE, 3^e ch., 13 oct. 2011, aff. C-439/09*), il ne faudrait pas penser que ce « non-élargissement » pourrait correspondre à un retour en arrière : l'interdiction faite par la tête du réseau de vendre les produits de celui-ci *via* des sites internet propres aux distributeurs sélectionnés demeure une restriction de concurrence par l'objet. L'affaire Stihl illustre la mise en œuvre de ces solutions en droit interne (*Cass. com., 26 janv. 2022, n° 19-24.464, FS-D : JurisData n° 2022-001036*). L'autorité de la concurrence avait sanctionné l'entreprise, tout en validant l'interdiction de vendre les produits par le canal de plateformes numériques, interdiction considérée comme une « exigence légitime » et « non disproportionnée ». En revanche, une clause dite de « mise en main » imposait à l'acheteur en ligne de produits Stihl, qui sont potentiellement techniques et dangereux, et achetés nécessairement *via* le site internet d'un distributeur sélectionné, de se rendre dans le magasin physique pour le retirer ou d'accepter qu'il lui soit livré par ce distributeur, ceci afin d'assurer une information efficace et une prise en main sécurisée. Elle a été considérée comme anticoncurrentielle en ce qu'elle aboutissait à interdire *de facto* les ventes en ligne de ces produits (*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. - CA*

Paris, pôle 5, ch. 7, 17 oct. 2019, n° 18/24456 : JurisData n° 2019-027373 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 203, obs. G. Decocq ; Contrats, conc. consom. 2020, comm. 7, obs. M. Malaurie-Vignal ; JCP E 2020, 1522, n° 4, obs. D. Mainguy). Le pourvoi tentait de présenter la question sur le terrain de l'exigence, pour le fournisseur, de la préservation de la sécurité du consommateur et donc sur le caractère « nécessaire » ou « indispensable » de la clause, tenant compte du fait que les autorités allemandes de concurrence n'y avaient pas trouvé quelque restriction de concurrence que ce soit. Pour la Cour cet argument ne porte pas : d'une part, les autorités nationales de concurrence ne disposent pas du pouvoir de rendre une décision négative ; d'autre part, les autorités allemandes, suisses ou suédoises n'ont pas effectué d'analyse approfondie ; enfin que l'exigence de prise en main physique dépasse les exigences posées par le droit européen de la consommation, la clause s'appliquant d'ailleurs de manière indifférenciée à l'endroit de consommateurs ou de professionnels, de sorte qu'elle a bien pour objet d'interdire en pratique la vente en ligne pour reconstituer des zones de chalandises physiques. Dès lors, sur le terrain du caractère indispensable de la clause, la Cour de cassation rejette l'argument : l'éventuel gain d'efficacité acquis ne l'est pas par des moyens indispensables, de telle manière qu'ils ne pourraient être obtenus par d'autres moyens ne provoquant pas la restriction (notices complètes, tutoriels, etc.).

D. MAINGUY

6 - Distribution sélective : traitement contractuel. - Après l'arrêt Fiat (*Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-22.083 : JurisData n° 2019-004521 ; JCP E 2019, 1416, note D. Mainguy ; AJ contrat 2019, p. 295, note F. Buy et J.-C. Roda ; JCP E 2020, 1522, n° 5, obs. D. Mainguy*) qui écartait les exigences concurrentielles des processus de sélection de l'analyse contractuelle d'un refus de conclure un contrat de distribution sélective avec un distributeur respectant *a priori* les conditions de sélection, trois arrêts viennent valider cette logique de liberté de conclure ou de ne pas conclure un tel contrat, ou de le résilier, y compris avec un distributeur respectant les critères de sélection (*Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-11.754, FS-B,*

Mercedes : JurisData n° 2022-002161 ; JCP E 2022, act. 187. - Cass. com., 16 févr. 2022, n° 21-10.451, FS-D, Hyundai I : JurisData n° 2022-002286. - Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-18.615, FS-D, Hyundai II). Les faits étaient globalement voisins : un contrat de distribution sélective est conclu avec un constructeur automobile (dans un cas Mercedes, un contrat de réparateur agréé après la résiliation antérieure d'un contrat de concession exclusive, et dans un autre, Hyundai I et II, un contrat de distribution et de réparateur agréé), résilié soit pour des raisons inconnues (Mercedes) soit en raison d'une réorganisation du réseau liée à l'entrée en vigueur du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 (Hyundai). Dans ces trois affaires et comme dans l'arrêt Fiat de 2019, les distributeurs évincés reprochaient aux constructeurs le rejet de leurs demandes d'agrément formulées à la suite de ces résiliations sur le fondement de l'exigence de bonne foi, laquelle devant être analysée selon les logiques du droit de la concurrence appliquées aux contrats de distribution sélective, à savoir l'identification d'un processus de sélection fondé sur des critères objectifs définis et objectivement fixés et la mise en œuvre de ces critères de manière non discriminatoire. Ils ajoutaient que le refus d'agrément à l'endroit d'un candidat respectant les critères de sélection constitue un accord de volonté, identifiant la source d'une entente anticoncurrentielle. La Cour de cassation rejette les pourvois. Sur le premier argument, il s'agit de la reprise de la solution Fiat : « si pour assurer la libre concurrence sur le marché, le droit de la concurrence impose à la tête d'un réseau de distribution et de réparation sélectives qualitatives de déterminer les critères de sélection requis par la nature des biens distribués ou réparés ou des services effectués et de les mettre en œuvre uniformément et de manière non discriminatoire, cette exigence ne relève pas de l'obligation de bonne foi contractuelle » (Mercedes), « le principe de la liberté contractuelle et la prohibition des engagements perpétuels s'opposent à la reconnaissance d'un droit à l'agrément d'un ancien membre d'un réseau de distribution » (Hyundai I et II). Sur le second, la réponse est tout aussi claire : « Ni le droit européen, ni le droit national de la concurrence ne prohibent le seul refus [...] d'agréer des distributeurs qui remplissent les critères de sélection ».

Les règles du droit des contrats et du droit de la concurrence ne sont en effet pas miscibles. Le droit de la concurrence est un droit de superposition, visant à assurer le principe de la liberté de la concurrence, où le droit des contrats assure, à travers des exigences diverses, morales ou économiques, le respect de la liberté contractuelle et de la parole donnée. En outre les règles du droit de la concurrence reposent sur un principe de légalité concurrentielle, notamment en dessous de certains seuils de parts de marché, ici non atteints, ou à supposer qu'une restriction dite « caractérisée » (*Comm. UE, régl. n° 330/2010, art. 4*) soit identifiée, ce que ne sont ni un refus de contracter ni une pratique supposément discriminatoire.

Seuls donc les outils du droit des contrats demeurent, en présence d'une « déloyauté » (Hyundai I) comme un abus du droit de ne pas agréer (par exemple en cas de promesse d'agrément), d'une intention de nuire (Mercedes) ou bien d'une résiliation abusive (Hyundai II), ou encore en l'absence d'examen sérieux de la candidature (Hyundai I et II), le tout n'aboutissant pas, en toute hypothèse à une formation forcée du contrat, mais à des dommages et intérêts.

D. MAINGUY

B. - Contrats de la grande distribution

7 - « Optimisation concurrentielle » et délocalisation. - L'un des objectifs conduisant à reconnaître aux articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce le caractère de loi de police pourrait être le fait de lutter contre les formes « d'optimisation concurrentielle » visant à transférer vers l'étranger le lieu d'application d'un contrat qui pourrait être soumis à ces règles s'il était demeuré en France. Il reste cependant à mesurer, eu égard au fait que sont généralement ajoutées aux clauses d'*electio juris* des clauses attributives de compétence au juge étranger, le poids de l'application d'une loi de police alors étrangère. Au passage d'ailleurs, l'optimisation fiscale consistant, pour un réseau de franchise international, à ce que les redevances versées par des filiales étrangères au franchiseur français soient modulées en fonction des logiques fiscales locales, sous la forme d'un prix de transfert inversé, est fisca-

lement sanctionnée par un complément de revenus, comme le serait un prix de transfert trop élevé à un franchiseur étranger à la fiscalité plus favorable (*CAA Versailles, 3^e ch., 18 nov. 2021, n° 19VE01727; Dr. fisc. 2022, n° 10, comm. 137, concl. Ch. Huon, note J.-L. Pierre*).

L'obstacle du principe de la liberté de choix de la loi applicable à un contrat n'avait cependant pas empêché le tribunal de commerce de Paris, dans l'affaire Amazon (*T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625; JurisData n° 2019-016984; AJ contrat 2019, p. 433, obs. F. Buy et J.-C. Roda; Dalloz IP/IT 2019, p. 710, obs. A. Lecourt; RSC 2019, p. 833, obs. M.-C. Sordino; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 177, obs. N. Mathey*) de se considérer comme compétent, via une action du ministre de l'Économie défiant les clauses de compétence, comme les conventions d'arbitrage d'ailleurs (*Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811; JurisData n° 2016-013778; Procédures 2016, comm. 331, obs. L. Weiller; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 214, obs. N. Mathey; AJ contrat 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto; D. 2016, p. 1910, note J.-C. Roda; D. 2016, p. 2589, obs. T. Clay; RTD civ. 2016, p. 837, obs. H. Barbier; RTD civ. 2016, p. 921, obs. P. Théry; RTD com. 2016, p. 695, obs. E. Loquin*), malgré la localisation du défendeur au Luxembourg, en brandissant l'arme de la loi de police. C'était aussi le cas dans l'affaire Subway (*T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017005123*), pour une même action du ministre (*V. infra, n° 9*).


C'est enfin le cas de l'affaire Eurelec (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 2 févr. 2022, n° 21/09001; JurisData n° 2022-001897*). Dans cette affaire, on était au cœur de ces logiques de délocalisation concurrentielle dans la mesure où il s'agissait, pour les coopératives du groupement d'achat des établissements Leclerc, de créer une structure en Belgique, avec le groupe allemand Rewe, puis une autre, Scabel, intermédiaire entre la précédente et les coopératives françaises (et portugaises). Il s'agissait, pour le ministre de l'Économie, de faire juger que, sur le fondement de l'(ancien) article L. 441-6 du Code de commerce (*C. com., art. L. 441-1*), l'application de la loi belge aboutissait à faire perdre à des fournisseurs français le bénéfice de l'application des dispositions d'ordre

public françaises, notamment celles relatives à la libre négociation du contrat sur la base des conditions générales de vente du fournisseur (le fameux « socle ») et de les soumettre à un certain nombre de déséquilibres significatifs, le tout pour obtenir une amende civile de 117,30 millions d'euros. Le tribunal de commerce de Paris, le 15 avril 2021, statuant sur l'exception d'incompétence soulevée par les défendeurs, rejetait des demandes d'interprétation préjudicielles du Règlement Bruxelles I bis (*T. com., Paris, 15 avr. 2021, n° 2019058288*). L'enjeu de la demande de la question préjudicielle repose sur l'appréciation de l'adéquation des termes « *matières civiles et commerciales* » de l'article 1^{er} du règlement Bruxelles I bis à l'ancien article L. 442-6 et donc désormais des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce accompagnés des pouvoirs d'enquête de la DGC-CRF (*C. com., art. L. 450-1 et s.*), de sorte que, pour les défendeurs, l'originalité de ces dispositifs, exorbitants du droit civil ou commercial, les ferait sortir du champ d'application du règlement Bruxelles I bis, peu important que ces règles soient qualifiées de loi de police française. La question n'est pas aisée : il s'agit de savoir si le juge français est compétent pour traiter une action engagée par l'autorité publique française contre des sociétés établies dans un autre État membre de l'Union européenne aux fins de sanctionner et faire cesser des pratiques à l'encontre de fournisseurs établis en France. Il s'agit de savoir si l'action du ministre relève de la « *matière civile et commerciale* » au sens de ce règlement, et non de la matière pénale ou administrative. Dans l'arrêt Movic, en 2020 (*CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-73/19, Movic; JurisData n° 2020-012504*), la Cour de justice avait considéré, classiquement, que la notion devait être considérée comme autonome et, moins classiquement, qu'elle supposait une interprétation large, afin d'éviter des conflits de décisions au sein de l'Union européenne. Elle ajoutait que l'existence d'une manifestation de puissance publique et de pouvoirs exorbitants par l'une des parties, par exemple en matière d'administration de la preuve, peut exclure un litige du champ de ce règlement et que pour déterminer si une matière est civile ou commerciale, il convient d'apprécier le rapport juridique existant pour, finalement, admettre l'application du règlement Bruxelles I bis. Le point



précis de l'utilisation des pouvoirs d'enquête pour apporter la preuve des faits invoqués, fussent-ils soumis au principe du contradictoire, a conduit la cour d'appel de Paris à poser une question préjudicielle sur ce point. À suivre donc.

D. MAINGUY

C. - Franchise

8 - Signes distinctifs, savoir-faire, qualification. - Un contrat de franchise présente plusieurs traits d'originalité : il vise à permettre à un franchisé de réitérer, selon l'heureuse expression du professeur Didier Ferrier, un savoir-faire, associé à la mise à disposition de signes distinctifs et d'une assistance commerciale et technique, le tout ajouté au caractère payant du contrat, *via* un droit d'entrée et des redevances, comme l'indiquent les lignes directrices du règlement n° 330/2010  projet de lignes directrices de 2021. Savoir-faire et signes distinctifs favorisent des techniques d'identification de l'objet de la franchise, notamment à travers des « codes couleurs », évidemment appelés à être copiés, à tout le moins si la franchise est un succès. Très souvent donc, ces contrats contiennent des clauses visant à éviter l'utilisation de ces codes et du savoir-faire après la fin du contrat. Ce peut-être par le fait de mettre à disposition une enseigne demeurant la propriété du franchiseur, des clauses favorisant la dépose de celle-ci, ou des clauses interdisant l'utilisation du savoir-faire et des signes distinctifs à l'issue du contrat. La question se pose alors de la validité de ces clauses, au regard notamment de l'article L. 341-2 du Code de commerce qui considère comme non écrites les clauses visant à limiter l'exercice de l'activité professionnelle du franchisé. L'arrêt Hypromat (*Cass. com., 16 févr. 2022, n° 20-20.429, F-B : JurisData n° 2022-002162 ; JCP E 2022, act. 192*) n'a pas permis cette évaluation, faute d'applicabilité de la règle à un contrat conclu antérieurement à son entrée en vigueur. Cela n'empêche pas la Cour de censurer l'arrêt d'appel qui avait écarté la clause, parce que les couleurs bleu et blanc de l'enseigne Éléphant Bleu, sont génériques en quelque sorte, renvoyant à des images d'eau et de propreté, de sorte que la clause serait de nature à restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale. Pour la

Cour de cassation au contraire, les « motifs tirés de la restriction apportée par la clause à l'activité de l'exploitant, [sont] impropres à établir une atteinte disproportionnée au principe de la liberté d'entreprendre, au regard des intérêts légitimes du franchiseur ».

Question voisine, celle de la consistance du savoir-faire. Cœur, en principe, du contrat de franchise, en ce qu'il justifie toutes les autres obligations, dont celles de paiement de redevances tout au long du contrat, on peut espérer que la « consistance » du savoir-faire soit mesurée. Il n'en est cependant rien, malgré les exigences concurrentielles imposant un savoir-faire secret, identifié et substantiel, qualificatifs auxquels on pourrait ajouter expérimenté, renouvelé, rentable et enfin licite (*Cass. 1^{re} civ., 19 mai 2021, n° 20-17.779, FS-P, dans l'affaire des réseaux de franchise d'épilation à lumière pulsée*). Dans certaines franchises dites de distribution (c'est-à-dire dans lesquelles des marchandises sont vendues) le savoir-faire réside parfois tout simplement dans des listes de produits sélectionnés par le franchiseur ce qui, en termes de savoir-faire, c'est-à-dire, d'un ensemble d'informations pratiques, non immédiatement accessibles et créant un avantage concurrentiel, est assez faible, bien que les juridictions le valident le plus souvent comme savoir-faire efficace en tant qu'objet de la franchise et de l'obligation de communication, sauf dans des cas marginaux. Il faut bien admettre que la question est particulièrement difficile à apprécier pour un juge dans la mesure où cette appréciation repose essentiellement sur l'équivalence entre le droit d'entrée et les redevances payées et la « consistance » du savoir-faire c'est-à-dire de « l'opération » interne à la franchise, cette inconnue du droit des contrats. Parfois à l'inverse, la considération du savoir-faire,  lée est appréciée de manière réduite. En témoigne un arrêt de la cour d'appel de Paris s'agissant d'une franchise de restauration (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 24 nov. 2021, n° 18/14501 : JurisData n° 2021-019160*) à propos de la mise au point d'une application mobile sur le point de savoir si la question relève du savoir-faire et donc ne justifie pas une rémunération supplémentaire par les franchisés, ou au contraire l'intègre et suppose un avenant pour en tenir compte. Si les franchisés considéraient qu'il s'agissait d'une évolution, louable, du savoir-faire, financé 

par leurs redevances, la cour d'appel rejette l'argument : l'application est une innovation indépendante du savoir-faire consistant en la maximisation de l'organisation d'un restaurant, tel que précisé par le contrat, tandis qu'elle participe de l'amélioration de la notoriété de la marque. L'évolution, non intégrée dans le savoir-faire, justifie donc une rémunération supplémentaire.

Enfin, est-ce que tout cela conduit nécessairement à la « qualification » de contrat de franchise, au regard de logique distincte de contrat de partenariat, parfois présenté comme une sorte de « franchise light » au savoir-faire faible (*N. Ereseo, obs. ss CA Aix-en-Provence, 8^e ch. A, 21 juin 2018, n° 16/21090 : Concurrences 2018-4, p. 128*), c'est-à-dire une licence de marque améliorée avec fourniture d'informations pratiques, validant alors le contrat (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} sept. 2021, n° 18/15431, Vapostore*) ou au contraire un contrat de « franchise high » lorsque le partenariat vise à neutraliser la question du savoir-faire, par exemple par sa mutualisation ?

D. MAINGUY

9 - Contrôle des clauses des contrats de franchise par la question du « déséquilibre significatif ». - « Déséquilibre significatif », clauses abusives, équilibre des obligations, les termes semblent synonymes mais les outils utilisés ne le sont pas. On assiste en effet à une systématisation de la critique d'un certain nombre de clauses de contrats d'affaire en général, et de franchises en particulier depuis quelques années, aux proportions et à la portée potentiellement considérables. Rappelons en outre que la mystérieuse notion de « soumission » de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce a été explicitée comme l'absence de négociabilité effective des clauses examinées, c'est-à-dire, en réalité, la considération, si l'analyse s'effectuait sur le fondement de l'article 1171 du Code civil, de ces contrats comme des contrats d'adhésion (*Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : JurisData n° 2019-020587 ; JCP E 2020, 1236, note E. Guégan ; D. 2019, p. 2292 ; D. 2019, 2020, p. 789, obs. N. Ferrier ; RTD civ. 2020, p. 109, obs. H. Barbier ; RTD com. 2020, p. 322, obs. M. Chagny ; AJ contrat 2020, p. 35, obs. F. Buy ; JCP G 2020, 17, note N. Dissaux ; RDC 2020, p. 39, obs. M. Behar-Touchais*).

Un exemple, celui des clauses d'*intuitus personae* unilatérales à travers un arrêt récent de la cour d'appel de Paris dans l'affaire Pizza Sprint à l'occasion de sa reprise par le réseau Domino's (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 5 janv. 2022, n° 20/00737*), à partir d'une action du ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (nouvel article L. 442-1, I, 2° du même code). Ont été sanctionnées (amende de 500 000 €) et annulées (*V. aussi Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-25.204 : JurisData n° 2020-015586. - Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-11.644 : D. 2021, p. 718, obs. N. Ferrer*), une clause de résiliation exagérée, une clause d'approvisionnement à l'exclusivité déguisée sans aucun avantage pour le distributeur et une clause d'*intuitus personae*. Voilà bien une clause devenue usuelle dans les contrats de distribution, visant à contrôler la circulation du point de distribution, et éviter son éviation vers un autre réseau. En l'espèce, il s'agissait d'une clause d'information et d'agrément tenant compte de la société franchisée mais également de son dirigeant, une clause d'*intuitus socii* imposant, classiquement là encore, une information du franchiseur sur tout projet, un agrément préalable par le franchiseur et une faculté de résiliation du contrat. La clause est annulée car trop imprécise au regard de la potentielle résiliation, et surtout en raison de son caractère unilatéral. En d'autres termes, la clause n'a pas de contrepartie, elle devrait être bilatéralisée, ne serait-ce que pour offrir une porte de sortie dans le cas d'une modification de la structure de l'entreprise du franchiseur dès lors que l'opération contractuelle en cause ne justifie pas qu'une seule des parties bénéficie de ce droit (*V. en cas de fusion : Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-18.007 : JurisData n° 2008-044215 ; Bull. civ. IV, n° 111 ; JCP E 2008, 2210, note H. Hovasse, -Cass. com., 3 juin 2008, n° 06-13.761 : JurisData n° 2008-044216 ; JCP E 2009, 1479, n° 2 (apport partiel d'actifs)*).

Deuxième exemple, celui de l'affaire Subway (*T. com. Paris, 1^{re} ch., 13 oct. 2020, n° 2017005123 : AJ contrat 2020, p. 543, obs. J.-C. Roda et F. Buy*), à nouveau à la suite d'une action du ministre qui propose un contrôle complet et particulièrement incisif des clauses du contrat dont les conclusions sont à considérer en attendant les suites de l'affaire. Une première remarque, l'ana-



lyse « clause par clause » voire obligation par obligation, peut s'avérer redoutable et détruire tout raisonnement fondé sur l'ancienne « cause » du contrat ou désormais de son but, contrat alors considéré, au contraire, comme un ensemble. En effet, on peut admettre que telle obligation, apparemment sans contrepartie immédiate, peut trouver celle-ci dans une considération plus large du contrat, comme ce peut être le cas d'une clause d'exclusivité, d'une obligation « gratuite », etc., voire justifiée par la formule générale et peu fiable de « cohérence » du contrat. Le tribunal n'évade d'ailleurs pas la difficulté en mixant les deux analyses. Par exemple, la clause de paiement de droit d'entrée alors que la certitude de la poursuite du contrat dépend de la réussite de la formation et de l'agrément final du franchisé. C'est un phénomène type de rétention : la formation implique la transmission du savoir-faire, laquelle justifie le paiement d'une partie du prix et la mise en œuvre des clauses de protection du savoir-faire ; elle est validée car en cas d'improbable échec, le franchisé récupère la moitié de la somme payée, idem pour les clauses de redevances de publicité, les clauses de contrôle de la gestion du franchisé, plus surprenante, la clause limitative de responsabilité en cas d'échec de la franchise, pourtant en concurrence avec le contrôle des conditions de formation du contrat (*V. supra, n° 1*). Sont invalidées en revanche les clauses relatives aux horaires d'ouverture, pour « immixtion excessive », là encore en concurrence avec la question de la « co-qualification » avec le statut de gérant de succursales (*cette chron. JCP E 2020, 1522, n° 7*), la clause d'assurance, la clause de « concurrence », c'est-à-dire de « non-exclusivité » au profit du franchiseur lui permettant d'ouvrir autant de points de vente qu'il le souhaite, combinée à la clause de non-concurrence imposée au franchisé, la clause de durée (20 ans), renouvelable automatiquement avec l'utilisation de l'article L. 330-1 du Code de commerce, etc. Reste enfin, la question très sensible des clauses relatives aux litiges et, ici, d'une clause compromissaire. Celle-ci était toute particulière : siège New York, langue anglaise. Par conséquent, et il convient de le souligner fortement, ce n'est pas le principe d'une clause compromissaire qui est évalué, mais son contenu et sa portée : le déséquilibre entre les moyens du franchiseur, d'origine

américaine, et le franchisé au contentieux ainsi dépaysé voire déraciné. Il n'est pas certain que l'analyse résiste à la jurisprudence en matière d'arbitrage international, la validité des clauses compromissaires en la matière ne contenant pas de limite (sauf à « désinternationaliser » le contrat).

En toute hypothèse et indépendamment des suites que ce contentieux initie, il paraît évident que le droit économique peut peser durement sur le contrôle de l'équilibre des clauses des contrats d'affaire, pris dans leur généralité, et notamment dans les contrats de distribution, les contrats de franchise au premier chef.

D. MAINGUY ET L. MOLINA

D. - Contrats de représentation

10 - Définition de l'agent commercial, notion de négociation et fixation des prix (suite) et (non) loi de police. - **Après l'arrêt** de la Cour de justice du 4 juin  (*CJUE, 9^e ch., 4 juin 2020, aff. C-828/18 : JurisData n° 2020-007720 ; cette chron. JCP E 2020, 1522, n° 8, obs. J.-L. Respaud*) **qui** avait interprété la formule de l'article L. 134-1 du Code de commerce définissant l'agent commercial comme un « 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 » à l'aune de l'article 4-2 de la directive transposée en 1991. Le débat, avant cet arrêt, reposait sur la portée des termes « négociateur et éventuellement conclure ». L'état de la jurisprudence livrait une interprétation **stricte**, le mandataire qui ne peut apporter  une modification aux tarifs ou conditions contractuels n'est pas un agent commercial, mais un mandataire ordinaire, sans doute d'intérêt commun, ne bénéficiant donc pas des différentes mesures protectrices de l'agent commercial, par exemple en termes de cessation du contrat. Or, l'arrêt de la Cour de justice apporte une réponse exactement inverse, « négociateur » signifiant « servir d'intermédiaire ». Restait à mesurer l'impact de cette décision en droit interne, dans la mesure où l'interprétation large choisie par la Cour de justice implique de très nombreuses conséquences potentielles. La réponse n'a pas tardé. Un premier arrêt

du 2 décembre 2020 (*Cass. com.*, 2 déc. 2020, n° 18-20.231, F-P : *JurisData* n° 2020-019743 ; *JCP E* 2020, act. 846 ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 38, note L. Leveneur ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 22, note N. Mathey ; D. 2021, p. 993, obs. A.-C. Le Bras) avait emprunté le chemin suivi par la Cour de justice : « doit désormais être qualifié d'agent commercial le mandataire, personne physique ou morale 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, quoiqu'il ne dispose pas du pouvoir de modifier les prix de ces produits ou services ». L'arrêt du 16 juin 2021 suivi d'un autre du 23 juin 2021 (*Cass. com.*, 16 juin 2021, n° 19-21.585, F-D : *JurisData* n° 2021-009730. - *Cass. com.*, 23 juin 2021, n° 18-24.039, F-D : *JurisData* n° 2021-010183 ; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 133, obs. N. Mathey) donnent la mesure de ce revirement. Dans l'arrêt du 16 juin 2021, un mandataire revendiquant le statut d'agent commercial était chargé de démarcher des clients, son rôle étant de transmettre des éléments techniques au mandant, en vue de l'établissement d'un devis, le mandataire pouvant suggérer des remises, acceptées ou non par le mandant. L'arrêt d'appel avait rejeté l'application de ce statut, le mandataire ne disposant pas d'un pouvoir de négociation, au sens de la jurisprudence antérieure à l'arrêt de la Cour de justice. La cassation est courte, au visa de l'article L. 134-1 du Code de commerce « tel qu'interprété à la lumière de » l'article 1^{er}, § 2 de la directive n° 86/653 de 1986 : « En statuant ainsi, en se fondant sur l'impossibilité pour M. M. de négocier les prix et les termes des contrats, la cour d'appel a violé [l'article L. 134-1] ». L'arrêt du 23 juin 2021 apporte d'autres précisions sur la nouvelle notion de négociation : « les tâches principales d'un agent commercial consistent à apporter de nouveaux clients au commettant et à développer les opérations avec les clients existants, que l'accomplissement de ces tâches peut être assuré par l'agent commercial au moyen d'actions d'information et de conseil ainsi que de discussions, qui sont de nature à favoriser la conclusion de l'opération

commerciale pour le compte du commettant, même si l'agent commercial ne dispose pas de la faculté de modifier les prix des marchandises vendues ou des services rendus, ce dont il résulte qu'il n'est pas nécessaire de disposer de la faculté de modifier les conditions des contrats conclus par le commettant pour être agent commercial ». Ce qui relevait donc de la prospection de clientèle et de l'entretien de celle-ci entrerait donc désormais dans le domaine de la négociation en ce que ce serait de nature à favoriser la conclusion de l'opération commerciale. La négociation consisterait donc à établir l'existence d'un certain nombre d'actions visant à favoriser la conclusion de l'opération commerciale. La question suivante, que les juges devront apprécier, est d'en mesurer les limites, sauf à faire entrer pratiquement tous les contrats de représentation, conclus à titre professionnel, dans le giron du régime du contrat d'agence commerciale.

Par ailleurs, la cour d'appel de Paris a, à nouveau, confirmé la jurisprudence française visant à considérer que les articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce ne constituent pas une loi de police (*CA Paris, pôle 5, ch. 16, 23 nov. 2021, n° 19/15670* : *JurisData* n° 2021-022033). Il est assez saisissant d'observer la résistance française à la jurisprudence Ingmar de la CJCE, dont la clarté n'est pas, le plus grand mérite, invitant à considérer le règlement n° 86/653 du 18 décembre 1986, dont les articles L. 134-1 et suivants sont la transposition, comme une loi de police (*CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, Ingmar* : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 112, note L. Idot ; *JDI* 2001, p. 517, note J.-M. Jacquet ; *JCP G* 2001, 328, note L. Bernardeau. - *CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-184/12, Unamar* : *JurisData* n° 2013-026177) et au contraire le sursis rapide s'agissant de la notion de « négociation », même si les raisonnements sont distincts et que, comme le rappelle la cour d'appel, la conception française de l'ordre public international est, par nature, nationale. Observons d'ailleurs que la méthode des faisceaux d'indices permettant de retenir l'acceptation tacite de la loi applicable à un contrat d'agence commerciale international, tant via l'article 3, § 1 du règlement Rome I que de la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires, permet de désigner la loi française, y compris lorsque l'agent est étranger

(*Cass. 1^{re} civ.*, 29 sept. 2021, n° 20-18.954 : *JurisData* n° 2021-015305).

D. MAINGUY

3. Pratiques commerciales de la distribution

A. - Pratiques commerciales entre professionnels

II - **Loi Egalim 2.** - La loi Egalim 2 (*L. n° 2021-1357, 18 oct. 2021, visant à protéger la rémunération des agriculteurs* : *JO* 19 oct. 2021, texte n° 1) comme la précédente, Egalim 1 du 30 octobre 2018 (*L. n° 2018-938, 30 oct. 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous* : *JO* 1^{er} nov. 2018, texte n° 1 ; *JCP E* 2019, 1021, note A.-S. Choné-Grimaldi), offre un exemple de technique législative originale, en ce qu'il s'agit, à lire l'exposé des motifs, de préserver la survie, physique, des agriculteurs, contre le « système », à travers leurs rémunérations et ce faisant par des mesures tenant à la réglementation de la négociation commerciale, dans la mesure où l'agriculteur se trouve en amont de la chaîne économique qui conduit du produit alimentaire brut, végétal ou animal, à la vente au consommateur, spécialement via les canaux de la grande distribution. S'ensuit une modification tout à la fois des règles du Code rural et du Code de commerce. On signalera la préoccupation spécifique de la négociation de ventes de produits alimentaires destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, louable même si on peut se demander si ce sont là des menaces sérieuses pour la survie des agriculteurs, d'un article L. 441-1-1 du Code de commerce (conditions générales de vente), L. 441-8 (convention écrite et clause de « révision » du prix en cas de changement de circonstances économiques), L. 443-8 (exclusion de la négociation sur le prix de la part des matières agricoles), ainsi qu'un toilettage des règles, par exemple de l'article L. 441-7 ou l'ajout un cas de pratique commerciale déloyale à l'article L. 442-1, I en ajoutant un 3° : « D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17 » et un 4° : « S'agissant des produits alimentaires et des produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie soumis au I de l'ar-

ticle L. 441-1-1, de pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 443-8 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence », c'est-à-dire un surprenant retour des pratiques discriminatoires, en attendant qu'ils soient considérés comme des lois de police. Signalons également l'ajout des articles L. 441-17 à L. 441-19 concernant les « pénalités logistiques ».

La contractualisation gagne du terrain et devient le principe, inversant le principe posé par la loi Egalim 1, l'écrit étant facultatif sauf accord interprofessionnel (au succès faible, essentiellement dans la filière du lait ou de la viande bovine Label rouge) : un contrat écrit pluriannuel, de 3 à 5 ans au minimum, et qui constitue le socle de la négociation entre les parties, faisant de ce contrat un contrat révisable par principe donc, s'impose désormais pour la vente de produits agricoles sur le territoire français entre un producteur et un premier acheteur. Il peut être dérogé à cette obligation par l'extension d'un accord interprofessionnel ou, à défaut, pour des produits ou catégories de produits, par décret en Conseil d'État, pris après concertation avec les organisations interprofessionnelles compétentes (C. rur., art. L. 631-24 et L. 631-24-2). Certaines clauses obligatoires apparaissent, clause de révision automatique des prix en fonction d'indicateurs dont les « coûts pertinents de production en agriculture » (déjà imposé dans la loi Egalim 1) avec possibilité d'un « bornage » minimum et maximum de la révision. S'ajoute, en cas de litige, la mise œuvre de la médiation commerciale agricole créée par la loi Egalim 1 et d'un Comité de règlement de différends commerciaux agricoles (C. rur., art. L. 631-28 et s.) qui se présente comme un centre d'arbitrage atypique (recours en annulation devant la cour d'appel de Paris, C. rur., art. L. 631-28-4), avec la réserve d'une urgence (C. rur., art. L. 631-28, 2° b, possibilité de saisir « le cas échéant », le tribunal judiciaire compétent en procédure accélérée sur la base des recommandations du médiateur, bien que ces recours soient prévus « en cas d'échec de la médiation »). Reste à apprécier l'efficacité d'un dispositif devenu d'une

complexité rare, à la fois par sa technicité, faite d'une spécification des règles dont il n'est pas certain qu'elles favorisent l'objectif premier.

D. MAINGUY

12 - Pratiques restrictives de concurrence, procédure. - L'aspect procédural de la mise en œuvre des règles des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce ne peut être ignoré. Qu'on en juge : un contractant exerce une action en paiement ou visant à constater une rupture pour faute contre son partenaire, devant le juge normalement compétent ou élu tandis que le second répond par un argument relevant de ces règles, rupture brutale ou déséquilibre significatif, de manière plus ou moins fondée, et invoque l'incompétence du juge saisi au profit de l'un de ceux désignés par l'article D. 442-3. Faut-il admettre l'application de la méthode du principal et de l'accessoire, ou au contraire, considérer que l'accessoire, spécial, l'emporte sur le principal ou encore dissocier le litige entre deux juridictions (ce qui serait la pire solution) ? Le choix n'est pas libre dans la mesure où seule la cour d'appel de Paris est compétente pour traiter de litiges fondés sur ces textes particuliers qui visent à sanctionner des pratiques restrictives, toute autre devant considérer le recours comme irrecevable, y compris d'office (Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089 ; JurisData n° 2013-020544 ; D. 2013, p. 2819, obs. N. Dorandeu. - Et récemment : Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-14.094, FS-P ; JurisData n° 2021-004759 ; JCP E 2021, 1258, note R. Loir ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 118, note N. Mathey. - Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-22.707, F-D ; JurisData n° 2021-007417 ; Contrats, conc. consom. 2021, comm. 118, note N. Mathey) et ce indépendamment des solutions de modulation de cette solution (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241 ; JurisData n° 2017-005680 ; JCP G 2017, 498, note M. Behar-Touchais ; cette chron. JCP E 2018, 1131, n° 12, obs. D. Mainguy ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 98, obs. N. Mathey ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 126, obs. M. Malaurie-Vignal. - Cass. com., 21 mars 2018, n° 16-28.412 ; JurisData n° 2018-004093 ; JCP G 2018, 541, note P. Deumier ; JCP G 2018, 544, note M. Behar-Touchais ; JCP E 2018, 1391, note

D. Mainguy ; JCP E 2018, 1220, note R. Loir). Reste donc le choix de la division du litige ou de la compétence spéciale pour l'entier litige, peu important la place des débats sur ces textes particuliers ou qu'ils soient invoqués à titre subsidiaire, cette dernière solution étant sans surprise retenue (Cass. com., 1^{er} déc. 2021, n° 19-25.938, F-D ; Contrats, conc. consom. 2022, comm. 27, obs. N. Mathey ; Contrats, conc. consom. 2022, étude 3, n° 58, J.-B. Gouache et M. Behar-Touchais. - Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-14.094 ; JurisData n° 2021-004759), avec une réserve cependant, celle de l'hypothèse d'une demande de disjonction, qui permettrait de « sauver » la demande au principal, au prix de l'éclatement du litige.

D. MAINGUY ET L. MOLINA

13 - Déséquilibre significatif, articulation des règles. - La question de l'articulation des différents textes particuliers permettant le contrôle d'un déséquilibre significatif, notamment l'article 1171 du Code civil, s'agissant du caractère réputé non écrit des clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, hors clauses relatives au prix ou à l'objet, et l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, s'agissant du même type de clause, y compris sur le prix ou l'objet, emportant indemnisation, annulation et éventuellement amendes civiles, pose difficulté pour de nombreuses raisons. La première tient au fait qu'on observe un certain flou s'agissant de l'application de l'article 1171 à un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 de 2016 (comp. Rép. civ. Dalloz, v° Déséquilibre significatif, 2022, n° 189, par G. Chantepie et N. Sauphanor-Bouillot. - CA Paris, pôle 5, ch. 8, 6 janv. 2021, n° 17/21664 ; JurisData n° 2021-022020). La seconde, et principale, concerne la méthode permettant d'assurer cette articulation, laquelle n'est pas posée. S'agit-il d'une logique hiérarchique, fondée sur l'article 1105 du Code civil, où la loi spéciale applicable aux contrats l'emporte sur le droit commun, laissant supposer que l'article 1171 représente ce droit commun tandis que l'ancien article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce serait la règle spéciale ? S'agit-il d'un type de conflit de normes spéciales, si l'on fait observer que l'article 1171 pourrait être considéré comme un texte de droit spécial, en ce qu'il ne concerne pas tous

les contrats mais les seules clauses non-négociables des contrats d'adhésion et alors que les sanctions sont distinctes, le tout en considérant l'éventuelle application d'autres règles spéciales.

C'est cette méthode que l'arrêt Locam (*Cass. com.*, 26 janv. 2022, n° 20-16.782, F-B : *JurisData* n° 2022-001009 ; *JCP E* 2022, 1125, note G. Chantepie) se propose de déterminer. L'arrêt rapporté mérite qu'on s'y arrête pour deux raisons, qui en constituent les deux apports principaux.

D'abord, c'est à l'aune de la mosaïque de dispositions qui censurent les clauses abusives qu'une solution était attendue. La prolifération des dispositifs de lutte contre les stipulations dont s'évince un déséquilibre significatif entre les contractants ne posait pas de difficultés d'articulation tant que ceux-ci restaient cantonnés aux matières spéciales, en droit de la consommation (*C. consom.*, art. L. 212-1) et en droit commercial (*C. com.*, art. L. 442-1. - *C. com.*, anc. art. L. 442-6). L'entrée fracassante du contrat d'adhésion en droit commun, via le nouvel article 1110 du Code civil, a modifié cet équilibre. Dans la continuité de la reconnaissance de ces situations contractuelles particulièrement déséquilibrées, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a prohibé les clauses qui, dans ces contrats, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (*C. civ.*, art. 1171). Dès lors, se posait la question des actions ouvertes au contractant victime du déséquilibre et de leur combinaison. Jamais tranchée jusqu'alors, il était temps que la Haute Juridiction ait l'occasion de fournir une solution, curieusement fondée toutefois sur la *ratio legis*, ici supposément connaissable, de l'article 1171 du Code civil. Ensuite, une seconde interrogation, moins ostensible néanmoins cruciale, méritait une réponse franche ; celle-ci relative à la caractérisation du déséquilibre significatif abrité par une clause. Si l'on a souvent avancé le pouvoir unilatéral d'un contractant sur l'autre comme l'un des critères clés du déséquilibre significatif, le recours à la *ratio stipulationis* de la clause pour justifier son existence autant que son maintien dans le contrat est, quant à lui, bienvenue.

La Cour propose en effet de « saisir » la *ratio legis* de l'article 1171 du Code civil. Rejetant l'hypothèse d'une option entre les actions laissée au contractant victime, la Haute Juri-

diction a décidé, « à la lumière des travaux » parlementaires de la loi n° 2018-287 de ratification du 20 avril 2018, que l'article 1171 du Code civil ne s'appliquait qu'aux contrats ne relevant ni des dispositions du droit de la consommation, ni de celles du Code de commerce. Ayant précédemment jugé que les contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et sociétés de financement n'étaient pas soumis aux pratiques restrictives de concurrence en matière d'opérations de banque (*Cass. com.*, 15 janv. 2020, n° 18-10.512 : *JurisData* n° 2020-000405 ; *JCP E* 2020, 1212, note M. Behar-Touchais), elle en déduit l'applicabilité de l'article 1171 au cas d'espèce. On ne peut que regretter la motivation qui accompagne cette solution, qui se fonde explicitement sur « l'intention du législateur » : non pas que toute interprétation téléologique d'un texte soit malvenue, bien au contraire, mais que vaut « l'intention du législateur » dans le cadre d'une loi de ratification modifiant partiellement une ordonnance (*en ce sens*, M. Latina, *Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil* : *LEDC mars 2022*, DCO200r1) ? Au surplus, cette solution semble porter la marque de l'adage « *specialia generalibus derogant* » sans pour autant dire son nom. La chose est également regrettable (*comp. not.* A. Thouement, *Les maximes d'interprétation*, préface D. Mainguy : *LexisNexis*, 2022). Dans l'ensemble et en dépit de quelques différences de régime, la toile des mécanismes de prohibition des clauses abusives ne trouve pas sa place dans la répartition entre droit général et droit spécial. En revanche, elle admet l'existence de situations contractuelles spécifiques, non par leur contenu, mais par leur mode d'élaboration, laissé à la puissance d'une seule partie. Cette particularité, inhérente à la lutte contre le déséquilibre significatif, engendre une *summa divisio* qui transcende la distinction du spécial et du général. Par conséquent, y appliquer cette logique ne convainc pas. Surtout, la différence de sanction prévue par l'article 1171 du Code civil (le « réputé non écrit ») et les articles L. 442-1 et L. 442-4 du Code de commerce (l'indemnisation du préjudice subi, la nullité de la clause) engageait à ne pas opposer ces dispositions qui s'avèrent, en réalité, compatibles. Le rejet du cumul d'actions se justifie donc d'autant moins. On ne peut nier toutefois que cette

solution règle une difficulté spécifique : celle du déséquilibre significatif qui porterait sur l'objet du contrat ou sur l'adéquation du prix à la prestation. Sur ce point, en effet, le Code de commerce diffère sensiblement des dispositions du Code civil et du Code de la consommation.

En pratique, il faut en déduire que l'article 1171 du Code civil bénéficie d'un champ d'application par défaut. La première difficulté qu'une telle solution implique est de parvenir à identifier précisément les contrats ne relevant pas des deux autres dispositifs ; or, si la chose est aisée au vu du droit de la consommation elle l'est assurément moins dans les contrats conclus entre professionnels. En effet, le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, devenu L. 442-1, du Code de commerce génère beaucoup de doutes et peu de certitudes, tant les notions d'« activités de production, de distribution ou de services » sont floues, et tant la frénésie législative en ce domaine n'a eu de cesse de modifier le texte depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 qui l'a instauré (en démontre par exemple l'évolution du terme de « partenaire commercial » à celui d'« autre partie »). À ce titre, la chambre commerciale ne se risque pas à trop en dire en l'espèce, énonçant simplement que l'article 1171 du Code civil s'applique aux contrats « même conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de [la disposition précitée] ». À défaut de pouvoir dissiper l'obscurité qu'une telle affirmation comporte, on rappellera simplement que, comme la location financière, le bail commercial en est exclu (*Cass. 3^e civ.*, 15 févr. 2018, n° 17-11.329 : *JurisData* n° 2018-001969), de même que les contrats conclus entre des professionnels libéraux (*Cass. 1^{re} civ.* 20 févr. 2019, n° 17-27.967 : *JurisData* n° 2019-002483), ou encore une cession de fonds de commerce (*CA Paris, pôle 5, ch. 3*, 10 avr. 2019, n° 18/00311 : *JurisData* n° 2019-005724).

L'arrêt se prononce également, sur le fond, sur la *ratio stipulationis* de la clause suspectée d'instaurer un déséquilibre significatif. Si le déséquilibre significatif s'annonce comme la conséquence d'un abus de liberté contractuelle - la partie forte profitant de la vulnérabilité de son cocontractant pour élaborer, d'une façon qui lui est excessivement favo-

nable, les clauses du contrat et ainsi s'arroger un avantage significatif au détriment de ce dernier - son contenu est fuyant. C'est que le déséquilibre significatif peut se matérialiser de diverses manières. Bien souvent, l'avantage dépourvu de contrepartie, et plus généralement l'unilatéralité d'une clause, est érigé en modèle du genre. Dans l'arrêt rapporté, la Cour de cassation précise que cet avantage doit, au surplus, être dépourvu de justification. Ainsi, dès lors que « le défaut de réciprocité de la clause [...] se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties », le caractère abusif de la clause est écarté. Autrement dit, la raison d'être de la clause au sein du contrat peut suffire à consacrer sa validité, en dépit d'un défaut de commutativité. La solution est des plus pertinentes. En l'espèce, la clause résolutoire au seul bénéfice du loueur dans le contrat de location financière se justifiait pleinement. Comme l'invoquait le pourvoi, « en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations ». C'est que le contrat est une mécanique dont les composantes ont vocation à fonctionner en synergie. Par conséquent, appliquer à ses stipulations la logique rigide de l'exigence de réciprocité reviendrait nécessairement à le dénaturer. Pourquoi exiger que la clause résolutoire soit accordée tant au loueur qu'au locataire alors que ce dernier, par la nature du contrat, n'aurait aucune vocation à l'exercer ? De la même manière, par exemple, la clause de déchéance du terme du prêt d'argent ne présente d'intérêt que pour le prêteur. En ce domaine, donc, la solution fournie par la Cour de cassation ne peut qu'être approuvée.

L. MOLINA

14 - Concurrence déloyale, responsabilité du maître du réseau. - La Cour de cassation rappelle dans un arrêt du 27 janvier 2021 (*Cass. com.*, 27 janv. 2021, n° 18-14.774, F-D : *JurisData* n° 2021-001040. - V. M. Malaurie-Vignal, *La coopérative de commerçants peut-elle être responsable des comportements*

déloyaux de l'un de ses membres ? : Contrats, conc. conso. 2021, *comm.* 79) le principe selon lequel la responsabilité civile est personnelle et ne peut dériver en un mécanisme de responsabilité du fait d'autrui, quand bien même cet autrui serait le « maître » ou la « tête » du réseau par un contrat dont l'activité a été le support d'un acte déloyal. S'agissant des sociétés coopératives et des actes déloyaux de leurs membres, la Cour a dans cet arrêt rejeté toute responsabilité de principe de la coopérative pour l'activité de ses membres. Ainsi considère-t-elle, approuvant la cour d'appel dont l'arrêt faisait l'objet du présent pourvoi qu'« en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que ni la loi ni les statuts de la société [A] n'instituaient une subordination juridique entre la société coopérative et ses adhérents mais seulement une faculté d'organiser une coopération financière, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions, dès lors inopérantes, invoquées par la quatrième branche, a pu retenir que les agissements de certains des membres du réseau [A], pénalement répréhensibles, ne pouvaient relever que de leur fait personnel et que la société [A], qui n'était responsable d'aucune négligence ou passivité fautive, n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale ».

M. DEPINCÉ

15 - Dénigrement et action en justice. - Des opérateurs économiques victimes d'actes déloyaux ou plus généralement fautifs sont souvent tentés d'agir vite, autant pour préserver leur clientèle et leur image de marque que pour minimiser le préjudice dont ils souffrent. Pour autant la réaction doit être proportionnée et, quand bien même la victime se sentirait légitime à jeter l'opprobre sur le concurrent indélicat, son action doit être mesurée au regard du fait que la déloyauté d'autrui ne pourra être retenue qu'au prononcé d'une décision de justice (devenue définitive, et ce pour autant que cette dernière reconnaisse la déloyauté) et qu'en toute hypothèse sa réponse doit être proportionnée. Il est ainsi admis que la dénonciation d'actes déloyaux ou de contrefaçon (et notamment auprès des clients de l'entreprise soupçonnée de tels actes qui revendent ses produits et pourraient être qu'ils se recèlent), avant toute condamnation en justice, peut être qualifiée de dénigrement si les pro-

pos tenus dépassent la mesure de ce qui est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la victime. La jurisprudence récente nous propose deux exemples opposés pour illustrer cette synthèse (*CA Paris, pôle 5, ch. 2, 9 avr. 2021, n° 19/10941* : *JurisData* n° 2021-010075. - *Cass. com.*, 27 janv. 2021, n° 18-14.774, F-D : *JurisData* n° 2021-001040). Ainsi, si la victime peut effectuer des mises en demeure pour préserver ses droits de propriété intellectuelle dont elle estime qu'ils font l'objet d'actes de contrefaçon (1^{re} esp. : « rien ne permet de conclure qu'il ait constitué une menace autre que celle d'une procédure judiciaire habituellement contenue dans ce type de courrier, ni qu'il ait causé une désorganisation du réseau de distribution de la société [J] ou une annulation de commande »), la divulgation à la clientèle d'une action en justice qui n'aboutit pas peut être constitutive d'un acte de dénigrement : il appartient alors aux juges du fond de rechercher l'effet sur la clientèle d'autrui des propos tenus par celui qui s'estime victime d'actes de contrefaçon (2^e esp. : « En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la référence à "douze grosses enseignes" visée par l'action en justice dont la société [O] annonçait l'introduction n'emportait pas désignation nécessaire de la société [A], la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »).

M. DEPINCÉ

16 - Dénigrement, Internet et réseaux sociaux. - La facilité avec laquelle il est désormais possible de s'adresser à autrui dans le cadre des réseaux sociaux, applications mobiles, forums ou sites Internet nous amène de nombreuses illustrations de possibles dénigrements et quatre décisions attireront tout particulièrement notre attention cette année pour en rappeler le régime (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 janv. 2021, n° 20/08857* : *JurisData* n° 2021-000037. - *T. com. Paris*, 25 mai 2021, n° 2021001119. - *T. com. Aix-en-Provence*, 13 sept. 2021, n° 2021^F004507. - *T. com. Brive-la-Gaillarde*, 24 sept. 2021, n° 2021^F00036^V. - *Adde* : G. Loiseau, *L'application Yuka dans les limbes de la liberté d'expression* : *Comm. com. électr.* 2021, *comm.* 53. - M. Malaurie-Vignal, *Le militantisme de la société Yuka : entre devoir d'alerte et droit des pratiques commerciales*

déloyales et dénigrement : *Contrats, conc. consom.* 2021, *comm.* 178. - G. Saint-Jalmes, *Application Yuka : la liberté de critique en débat (d'intérêt général)* : *Dr. rur.* 2021, *comm.* 217). Le dénigrement doit en premier lieu être distingué de la diffamation, les défenseurs à des actions en dénigrement ayant à maintes reprises, ces dernières années, cherché à requalifier les propos qui leur étaient reprochés en diffamation. L'intérêt d'une telle requalification est de pouvoir bénéficier d'une prescription beaucoup plus courte que celle du droit commun dont relève le dénigrement, l'action en diffamation étant contrainte par une prescription de 3 mois. Le premier arrêt rappelle le domaine restreint de l'action en diffamation et expose ainsi que la requalification n'est possible que par exception, relevant en l'espèce qu'« *Il ressort de la teneur de ces messages, postés sur un forum de discussion de Tripadvisor dont l'objet est de permettre aux internautes d'échanger sur leurs expériences de voyages et de donner des conseils, que les critiques visent, non pas tant à porter atteinte à l'honneur et à la considération de la société [V], mais à mettre en cause la qualité des prestations offertes par le site de vente en ligne "Bourse des Vols" pour en déconseiller fortement l'utilisation* » (1^{re} esp., pour un exemple a contrario où la diffamation a été retenue, *Cass. com.*, 26 sept. 2018, n° 17-15.502).

Le dénigrement est en second lieu constitué alors même que le fait que l'auteur des propos n'est pas concurrent de l'opérateur dénigré n'interdit aucunement une sanction sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle (*Cass. 1^{re} civ.*, 11 juill. 2018, n° 17-21.457 : *JurisData* n° 2018-012333 ; *JCP G* 2018, 1042, note J. Raynaud). « *Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent pour en tirer un profit* » (P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 1 : Sirey, 1952, p. 206. - *JCl. Concurrence - consommation*, fasc. n° 210, par C. Le Goffic. - D. Mainguy, M. Depincé, M. Cayot, *Droit de la concurrence* : LexisNexis, 3^e éd., 2019, n° 102 et s). Il reste, pour reprendre une distinction pertinente mais difficile à mettre en œuvre, à distinguer la bonne de la mauvaise critique (*JCl. Concurrence - consommation*, fasc. n° 210, par C. Le Goffic, préc.). Cette distinction est plus difficile encore lorsque les propos n'émanent pas d'un

concurrent mais d'un autre opérateur ou d'un tiers s'attribuant une mission de défense de l'intérêt général. S'il est évident que cet opérateur ne peut bénéficier d'une totale liberté d'expression, la ligne rouge demeure difficile à tracer. Trois jugements de tribunaux de commerce, dont il a été relevé appel ont attiré l'intérêt de nombreux commentateurs (autant sans doute que ce que seront les décisions en appel). Yuka est une application mobile qui permet de scanner des produits essentiellement alimentaires pour obtenir des informations détaillées sur l'impact du produit sur la santé ou l'environnement. L'entreprise avait été assignée devant trois juridictions distinctes pour les avis qu'elle formulait à l'encontre de plusieurs produits et un appel à signer une pétition qui accompagnait certains résultats proposés. Dans les trois affaires les juges du fond ont bien insisté sur la liberté d'expression dont peuvent bénéficier des entreprises qui se sont donné pour mission d'informer les consommateurs, à la condition néanmoins que les propos bien que particulièrement défavorables aux fabricants (qui aimerait voir son produit qualifié de « mauvais ») mais mesurés (il n'y avait aucun propos injurieux relevé par ces décisions) soient légitimement justifiés ou pour reprendre une formule retenue par les juges fondées sur une « *base factuelle suffisante* ». Ainsi si le système global de notation (en ce compris certaines alertes symbolisées par l'emploi de la couleur rouge) est validé par les juges, ce sont certains messages les accompagnant qui ont justifié ici selon eux la condamnation de l'opérateur (comme l'appel à signer la pétition pour l'interdiction des nitrites ou des appréciations générales sur les effets de certains ingrédients ou additifs jugées en réalité peu mesurées par les juges du fond). Le raisonnement, ainsi présenté, peut sembler convaincant mais on s'interrogera néanmoins sur les conséquences de cette limitation des propos accompagnant les notes : à bien y réfléchir ne sont-ce pas les affirmations qui fondent la notation de l'application qui sont remises en cause ? Dans une telle hypothèse, comment l'application peut-elle justifier ses notes ?

M. DEPINCÉ

17 - Le parasitisme, acte intentionnel mais pour lequel la preuve d'une confusion n'est

pas requise. - Si le parasitisme, comme toutes les hypothèses de déloyauté commerciale (l'expression « concurrence déloyale » peut en effet paraître trop réductrice depuis que la jurisprudence considère que la situation de concurrence entre les acteurs n'en est pas une condition, V. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence, préc.*, n° 71 et s.), repose sur l'interprétation de l'article 1240 du Code civil, il se distingue néanmoins des autres cas de concurrence déloyale en ce qu'il ne peut relever de l'article 1241 : la faute doit être intentionnelle. Ainsi, la cour d'appel de Paris (*CA Paris, pôle 5, ch. 4, 30 juin 2021, n° 18/26888*. - *CA Paris, pôle 5, ch. 2, 2 juill. 2021, n° 19/05758*. - V. M. Malaurie-Vignal, *Un bouquet d'arrêts traitant du parasitisme économique dans le secteur de la mode* : *Contrats, conc. consom.* 2021, *comm.* 165) a pu considérer que « *si le parasitisme ne peut se déduire du seul fait qu'une entreprise vend un produit imité ou identique à celui commercialisé avec succès par une autre entreprise sans droit privatif, il résulte cependant de l'ensemble des agissements relevés ci-dessus que la société [C], par ses méthodes déloyales de commercialisation, s'est volontairement placée dans le sillage de la notoriété de la marque [M] dont elle connaissait le succès commercial de certains modèles pour avoir distribué ces produits et développé ainsi sa propre marque à moindre coût* » (nous soulignons, 1^{re} esp.) ou encore que « *Le parasitisme consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis : il s'agit d'une faute intentionnelle* » (2^e esp.).

Pour autant, dès lors qu'il y a reprise des efforts d'autrui, et s'il peut être établi que cette reprise est intentionnelle, il n'est pas nécessaire pour celui qui se plaint d'être victime des agissements parasitaires d'autrui, de rapporter la preuve que le résultat de cette reprise entraîne une confusion entre victime et auteur (ou entre les produits/services de l'un et l'autre). Pour parvenir à ce raisonnement, la Cour de cassation (*Cass. com.*, 27 janv. 2021, n° 18-20.702, F-D : *JurisData* n° 2021-019565) se réfère ici à la lettre de l'article 1240 du Code civil (ou plus exactement à l'absence d'une exigence de confusion, ce qui n'est guère surprenant au

regard de la rédaction on ne peut plus généralement de ce texte) pour en réalité distinguer de manière implicite l'action pour parasitisme de l'action pour contrefaçon : « le succès de l'action en responsabilité pour agissements parasitaires, qui est ouverte à celui qui ne peut se prévaloir de droits privatifs, n'est pas subordonné à l'existence d'un risque de confusion » (3^e esp.).

M. DEPINCÉ

18 - Le parasitisme est, comme tout acte déloyal, indifférent à l'existence ou l'absence de préjudice. - Un site de vente en ligne avait, pour la présentation de spas qu'il commercialisait, repris à l'identique les présentations à la clientèle rédigées par un concurrent qui les commercialisait également. Si l'arrêt d'appel avait refusé toute condamnation pour parasitisme et concurrence déloyale au motif que, « après avoir énoncé que tout préjudice en matière de concurrence déloyale se caractérise généralement par une perte de clientèle ou par une perte de chiffre d'affaires imputable au parasite, [...] la société [C] se borne à se prévaloir d'une similitude de descriptifs techniques se rapportant à des produits identiques, sans démontrer et étayer de manière précise, concrète et tangible, l'existence d'un lien de causalité entre l'attitude parasitaire imputée à la société concurrente et le préjudice corrélatif dont elle se prévaut », la Cour de cassation (*Cass. com.*, 17 mars 2021, n° 19-10.414, F-D : *JurisData* n° 2021-003856) a sans grande surprise cassé l'arrêt rappelant une jurisprudence antérieure déjà bien établie (*not. Cass. com.*, 14 juin 2000, n° 98-10.169 : *RJDA* 2000, n° 1195, aux termes de laquelle l'existence d'un préjudice s'infère nécessairement de la preuve d'un acte déloyal : « ainsi, alors que, le parasitisme économique consistant à s'immiscer dans le sillage d'autrui afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, de tels actes, même limités dans le temps, la cour d'appel a violé le texte susvisé »). La difficulté alors se déplace pour les justiciables de la question de l'existence d'un préjudice à celle de son évaluation. La théorie de la concurrence déloyale se distingue ainsi incontestablement de la responsabilité civile délictuelle en ce qu'elle ne requière plus la preuve d'un préjudice. Et lorsqu'il s'agit d'évaluer le montant de l'indemnisation (mais peut-on

encore parler d'« indemnisation » ou faut-il parler de « sanction » ?), la Cour de cassation est contrainte de proposer des alternatives à une preuve directe (*V. notre précédente chron.*, *JCP E* 2020, 1522, n° 10).

M. DEPINCÉ

19 - Réparation du préjudice économique et « optimisation sociale ». - Après l'arrêt *Cristallerie de Montbronn* 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* ; *JCP E* 2020, 1522, n° 10, obs. *D. Mainguy*), qui se présentait comme, d'une part, abaissant le niveau d'exigences probatoires d'un acte de concurrence déloyale, notamment lorsqu'il est constitué d'un acte de parasitisme ou d'une violation des règles légales et, d'autre part, comme validant le raisonnement visant à « confisquer » une partie du surprofit réalisé par son auteur, au bénéfice de la victime (et non du Trésor public comme dans le cas de la mise en œuvre de l'action du ministre de l'article L. 442-4 du Code de commerce), on attendait la manière dont cette solution allait pouvoir être mise en œuvre, surtout alors qu'il est désormais intégré dans les « Fiches sur la réparation du préjudice économique » publiées sur le site de la cour d'appel de Paris (*not. Fiche 12*). L'arrêt *Viacab* (*Cass. com.*, 12 janv. 2022, n° 20-11.139, FS-B : *JurisData* n° 2022-000401 ; *JCP E* 2022, à paraître, note *D. Mainguy* et *M. Cayot*) en offre une illustration dans un secteur particulièrement discuté, celui de l'action des plateformes numériques de mise en relation, ici de chauffeurs de VTC. L'enjeu est voisin de celui existant dans les contentieux Uber et Deliveroo en cours. Dans cette affaire, *Viacab*, gérant une centrale de réservation de taxis et, dans le passé un service de VTC via un site Internet et une application pour smartphone, avait exercé une action en concurrence déloyale contre la société *Transopco* exploitant une plateforme de mise en relation d'exploitants de VTC et de clients, en ce que cette dernière ne respectait pas diverses règles, dont les règles du droit du travail, celles du droit des transports, de la consommation, etc. Déboutée par la cour d'appel de Paris (*CA Paris, pôle 5, ch. 10, 4 nov. 2019, n° 17/03896* : *JurisData* n° 2019-025733), *Viacab* obtenait sa censure en raison de la faiblesse de la motivation

de l'arrêt d'appel, notamment s'agissant de l'analyse des relations avec les chauffeurs de VTC et de l'analyse du préjudice subi : « un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale, générateur d'un trouble commercial, fût-il seulement moral, et la perte d'une chance implique seulement la disparition d'une éventualité favorable ». Cet arrêt se signale du fait de l'articulation organisée entre la présomption de non-salariat des contrats de chauffeurs de plateformes et la présomption de travail dissimulé de l'article L. 8221-6 du Code du travail. Affirmer la prééminence de la première supposerait un procès impossible, celui visant à démontrer et faire juger que tous ces contrats sont effectivement des contrats de travail, tandis que la seconde permet d'envisager que l'analyse concrète de l'existence d'indices de subordination permet au juge commercial d'établir l'existence d'un acte de concurrence déloyale : « en se déterminant ainsi, sans analyser concrètement les conditions effectives dans lesquelles les chauffeurs exerçaient leur activité, [...] et qu'ils étaient soumis à un système de sanctions rigoureux excédant ce qui est classique en matière de contrat de prestation de service, ce dont la société *Viacab* déduisait que le service en cause ne se limitait pas à la mise en relation informatique mais constituait un service global de transport absorbant toute liberté d'exploitation des partenaires, ainsi soumis à un lien de subordination, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Il pourrait en être déduit que c'est l'action « disruptive » elle-même de ce type de plateformes, qui utilise des techniques d'optimisation sociale exagérée, entre autres, aux fins de réaliser la conquête d'un marché existant, sur lesquels agissent des acteurs qui respectent ces règles, qui est sanctionnée, ici dans son principe, en attendant de voir le résultat, en termes d'indemnisation, de ces actions.

D. MAINGUY

B. - Pratiques commerciales entre professionnels et consommateurs

20 - Nouvelles sanctions pour les pratiques commerciales déloyales et d'autres pratiques contractuelles. - L'actualité de la modification du Code de la consumma-

tion par voie d'ordonnance a été riche et on se contentera, pour orienter le lecteur intéressé par son impact en droit de la distribution, d'en tracer les grandes lignes. Depuis notre dernière chronique, les directives européennes alors présentées ont ainsi été transposées, en premier lieu par l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques (*Ord. n° 2021-1247, 29 sept. 2021 : JO 30 sept. 2021, texte n° 9 ; Comm. com. électr. 2021, comm. 81, obs. G. Loiseau ; RLDI 2021/10, n° 185 ; Contrats, conc. consom. 2021, étude 11, obs. V. Lasbordes-de Virville*). Les nouvelles dispositions sur l'obligation de conformité étendent dorénavant celle-ci aux services numériques qui les accompagnent (*C. consom., art. L. 217-1*). Les deux directives (*PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/770, 20 mai 2019 : JOUE n° L 136, 22 mai 2019, p. 1 - PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/771, 20 mai 2019 : JOUE n° L 136, 22 mai 2019, p. 28 ; JCP E 2019, act. 373*) ne visent pas pour autant un régime commun aux services numériques accompagnant un bien corporel et aux seuls services numériques (*expressément exclus du régime des articles L. 217-1 et s.*). Les dispositions propres aux seuls services numériques figurent elles aux articles L. 224-25-12 et suivants du Code de la consommation. S'agissant du régime applicable, le bien lui-même et dorénavant le service numérique qui en est l'accessoire (ou le seul service numérique s'il ne s'agit que de fournir une prestation), doivent être conformes au contrat qui lie les parties (*C. consom., art. L. 217-4, ou pour les seuls services numériques, C. consom., art. L. 224-25-13*) et en outre à l'usage normalement attendu de ce bien (*conception objective de la conformité qui va au-delà de la seule adéquation aux stipulations contractuelles, C. consom., art. L. 217-5 et L. 224-25-14*). Les droits du consommateur sont maintenus avec l'ordonnance, il peut prétendre « à la mise en conformité du bien par réparation ou remplacement ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat » (*C. consom., art. L. 217-8 et L. 224-25-17*). Les dispositions du Code de la consommation précisent ici en outre la solution du droit commun (*C. civ., art. 1217*) : le consommateur peut dans l'hypothèse d'un service non-fourni « suspendre le paiement de tout

ou partie du prix ou la remise de l'avantage prévu au contrat jusqu'à ce que le vendeur ait satisfait aux obligations qui lui incombent » (*C. consom., art. L. 217-8*). Cette garantie est toujours limitée à 2 ans à compter de la délivrance du bien (corporel), mais la prescription est de 5 années à compter de la connaissance qu'il a du défaut de conformité. S'agissant des sanctions aux dispositions du Code de la consommation, l'ordonnance du 22 décembre 2021 transpose la directive Omnibus (UE) 2019/2161 du 27 novembre 2019 relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, et sera applicable à compter du 28 mai 2022 (*Ord. n° 2019-1734, 22 déc. 2021 : JO 23 déc. 2021, texte n° 21*). Élément clé du « New Deal pour les consommateurs » promis par la Commission européenne, les révisions sont nombreuses. Si une infraction est sanctionnée à la suite d'une action coordonnée au sein de l'Union européenne, le droit français prévoit désormais la possibilité d'une condamnation à une amende dont le montant est majoré : il s'agit soit d'une amende civile, soit d'une amende administrative, soit enfin d'une amende pénale qui est aggravée (les trois sont plafonnées à 4 % du chiffre d'affaires annuel national ou 2 millions d'euros à défaut d'information disponible pour calculer l'amende sur le fondement du chiffre d'affaires). En outre, de nombreuses amendes administratives de fourchette basse basculent dans la fourchette haute, passant de 3 000 (somme jugée peu dissuasive) à 15 000 € (l'ensemble des sanctions civiles, administratives et pénales figurent désormais aux articles L. 241-1 et suivants du Code de la consommation), le plafond étant quintuplé pour les personnes morales (*la procédure applicable figure aux articles L. 522-1 et s.*). Des amendes civiles, enfin, sont introduites en droit de la consommation, s'agissant des pratiques commerciales déloyales (*C. consom., art. L. 132-1, A*), des garanties légales de conformité et des clauses abusives (*C. consom., art. L. 241-1-1*) quand bien même leur qualification prêterait-elle à discussion. Celles-ci peuvent être prononcées sans préjudice de l'allocation de dommages et intérêts et sont versées au Trésor public. Elles sont plafonnées à 4 % du chiffre d'affaires annuel (*sur l'ensemble de ces nouvelles sanctions, N. Sauphanor, Analyse*

de la transposition des sanctions issues de la directive relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs : Contrats, conc. consom. 2022, étude 4).

M. DEPINCÉ

21 - Nouveaux pouvoirs de l'administration à l'encontre de sites Internet. - La loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière a renforcé les pouvoirs de l'administration à l'égard des sites Internet et plateformes en ligne et l'une d'elles en a récemment fait les frais.

À la suite d'enquêtes menées depuis 2018 par le service national d'enquête de la DGCCRF concernant les pratiques commerciales d'une plateforme s'agissant de pratiques commerciales déloyales, une seconde enquête était initiée en 2020 s'agissant de la sécurité des produits vendus sur cette même plateforme, un fort taux de dangerosité des produits avait été constaté par ses agents.

La DGCCRF lui avait enjoint en juillet de se mettre en conformité en cessant de tromper le consommateur sur la nature des produits, sur les risques inhérents à leur utilisation et sur les contrôles effectués et ce dans un délai de 2 mois. Considérant qu'aucune mise en conformité n'avait été opérée, la DGCCRF a pris la décision de demander le déréférencement du site et de l'application mobile aux moteurs de recherche. Celui-ci fait partie des pouvoirs qui lui sont accordés par la loi en vertu des dispositions de l'article L. 521-3-1 du Code de la consommation qui lui accordent trois sanctions : l'obligation d'afficher un message d'alerte sur la page d'accueil du site à l'intention du consommateur, le déréférencement sur les plateformes (*visées à l'article L. 111-7 dont on rappellera qu'elles concernent les sites de classement ou de mise en relation, avec la nécessité dans le premier cas d'un traitement par algorithmes pour relever de cette qualification, TJ Paris, 24 nov. 2020, Assoc. Consommation, Logement et Cadre de Vie c/ Sté Be Labo : Comm. com. électr. 2021, étude 13, obs. C. Gateau et P. Faron*) ou même la fermeture du site Internet. En l'espèce l'opérateur considère la mesure disproportionnée en ce qu'elle est attentatoire à son image et sa réputation et qu'elle n'est pas sans conséquence sur sa

situation financière (elle a alors saisi le tribunal administratif qui a refusé d'annuler la décision de déréférencement). Il est toutefois à noter que l'efficacité de la décision reste relative car le déréférencement ne s'appliquant qu'à la France, il suffira bien souvent de modifier les paramètres de son navigateur, comme sur Google, où en quelques clics, il est possible de se localiser dans une région différente. En outre, à la différence d'un blocage, le site reste bien entendu accessible directement *via* son adresse.

M. DEPINCÉ

23 - Publicité et mentions environnementales, loi climat. - La « loi climat » (L. n° 2021-1104, 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et ren-

forcement de la résilience face à ses effets, art. 7 : JO 24 août 2021, texte n° 1 ; JCP E 2021, act. 606) et notamment son article 7 ont introduit dans le Code de l'environnement un nouvel article L. 229-64 imposant la communication d'une nouvelle information synthétique sur l'impact environnemental des biens et services, et ce dès le stade de la publicité. Il s'agit de fournir au consommateur (à l'exclusion des publicités radiophoniques) une « information synthétique sur l'impact environnemental des biens et services, considérés sur l'ensemble de leur cycle de vie, si cette information est disponible, est visible et facilement compréhensible dans les publicités ». Cette information s'impose pour les biens et services mentionnés à l'article L. 541-9-11 du même code (les décrets d'application

n'ont pas été pris, cette obligation n'est donc pas encore en vigueur), les produits soumis à étiquetage environnemental en vertu du droit de l'Union européenne (essentiellement l'électroménager : lave-linge, téléviseurs, fours, etc.) qui justifient donc la mention dans la publicité de la classe énergétique à laquelle ils appartiennent et les véhicules automobiles avec la mention de l'émission de CO₂. On notera alors la complexité du système pour lequel le contenu de l'information synthétique varie selon la catégorie de produits (sans qu'elle soit encore précisée pour la première, V. O. Maraud, La loi Climat et le droit de la consommation : Contrats, conc. consom. 2022, étude 5).

M. DEPINCÉ