



Novembre 2022

Focus

Focus

Le salut des terriens devient un adieu brutal généreusement indemnisé

Le salut des terriens devient un adieu brutal généreusement indemnisé

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-22.802

Panorama

Action en rupture brutale de relation commerciale établie et en concurrence déloyale, dans un contexte international

Private enforcement (bis) : application dans le temps du nouvel article L. 481-4 du Code de commerce

Etendue de l'obligation de loyauté entre anciens contractants vs « jeu normal de la concurrence »

Affaire Coty France : suite mais pas encore fin

Le contrat d'apporteur de fonds n'est pas un contrat d'agence commerciale

Points de vue pratiques

Retards de paiement, intérêts et indemnisation forfaitaire pour frais de recouvrement : interprétation conciliante de la CJUE

Le droit à indemnité de fin de contrat du sous-agent commercial n'est pas toujours équitable

Agent commercial « Petit Futé » : voyage judiciaire gâché !

Illicéité d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de location-gérance

Franchise : fin de contrat chahuté

Contrat de distribution conclu par le cédant du fonds de commerce : responsabilité du cessionnaire ?

En bref...

La Lettre est rédigée par le groupe Contrats et Distribution du Centre du Droit de l'entreprise

Ont contribué au présent numéro

Lucas Bettoni

MCF Université Toulouse-Capitole

Karine Biancone

Avocat à la Cour

Marie-Pierre Bonnet-Desplan

Avocat à la Cour

Anouk Bories

MCF Université de Montpellier

Stéphane Brena

MCF Université de Montpellier

Stéphane Destours

Avocat à la Cour

Nicolas Eréséo

MCF Université de Strasbourg

Nicolas Ferrier

Pr. Université de Montpellier

Directeur éditorial

Yasmina Idani

Chargée d'enseignements

Frédéric Leclerc

Pr. Université de Perpignan

Nathalie Lefeuve-Roumanos

Avocat à la Cour

Aymeric Louvet

Avocat à la Cour

Clémence Mouly-Guillemaud

Pr. Université de Montpellier

Margot Silly

Chargée d'enseignements

Théodora Leichnig

Chargée d'enseignements

Jean-Michel Vertut

Avocat à la Cour

Les faits. La société Ardis, société de production audiovisuelle détenue par Thierry Ardisson, animateur, auteur et producteur, a conclu avec la Société d'édition de Canal plus, un contrat portant sur la production d'une émission hebdomadaire animée par Thierry Ardisson. La production exécutive de l'émission était confiée à la société Télé Paris, contrôlée par la société Ardis et M. Ardisson. Ce contrat a été renouvelé annuellement durant 10 ans, jusqu'en 2016, lorsque la société C8, filiale du groupe Canal +, a proposé à la société Ardis de programmer cette émission sur son antenne. Les sociétés C8 et Ardis ont conclu un contrat de préachat des droits de diffusion de l'émission sur la chaîne C8, pour la saison 2016/2017, contrat ensuite renouvelé à deux reprises. Les relations se tendent lorsque les parties entament, en avril 2019, des discussions en vue d'un renouvellement éventuel pour 2019/2020. Par un mail du 2 mai, le président du directoire du groupe Canal + indique à M. Ardisson que l'équilibre des comptes de la chaîne C8 interdit de lui garantir que son budget soit « sanctuarisé ». Cette coupe budgétaire sera confirmée et précisée par téléphone le 17 mai : le budget de l'émission est annoncé réduit de moitié. Thierry Ardisson annonce le lendemain dans un communiqué de presse que son émission ne sera plus diffusée sur la chaîne C8 à la rentrée et, un jour plus tard, écrit au principal actionnaire de Canal + qu'il regrette qu'on ait pu lui annoncer une réduction de 50% du budget de l'émission par téléphone. Par lettre du 14 juin 2019, la société C8 écrit à la société Ardis qu'elle prenait acte de sa décision de ne plus produire ses émissions pour la chaîne C8. Le dernier numéro de l'émission a été diffusé le 15 juin 2019.

Les sociétés Ardis et Télé Paris assignent alors C8 en indemnisation de la brutalité de cette rupture, Thierry Ardisson sollicitant encore en son nom l'indemnisation de son préjudice moral qui lui sera refusée (le seul fait d'être « absent des antennes de télévision » 24 mois après la rupture ne caractérise pas un tel préjudice). En revanche, la Cour d'appel (Paris, 10 sept. 2021, n° 20/05349) retient la brutalité de la rupture initiée par C8 et indemnise très généreusement les deux sociétés, à hauteur de 3,8 M€ pour la première et 2,93 M€ pour la seconde, auxquels s'ajoutent 417 587 euros « en conséquence des licenciements opérés à la suite de la rupture brutale ». Le pourvoi de C8 saisie la Cour de cassation de différentes difficultés.

Le premier problème est celui de l'imputabilité de cette rupture. C8 estime que puisque la réduction de moitié du budget n'emportait qu'un alignement du prix sur celui du marché, ce que Thierry Ardisson n'ignorait pas, celui-ci ne pouvait pas raisonnablement croire au maintien de la relation sur les mêmes bases financières ; c'est alors son refus d'une offre au prix du marché qui traduit la rupture. Autrement dit, la rupture doit-elle être imputée à l'opérateur qui s'aligne sur le prix du marché ou à celui qui refuse cette offre ?

En sa solution, la Cour approuve les premiers juges d'avoir imputé la rupture à C8 car l'échange téléphonique annonçant la réduction du budget de moitié ne contenait aucune proposition de renégociation et emportait donc « une modification substantielle des conditions de la relation commerciale équivalant à une rupture » puisque « les sociétés de M. [T] bénéficiaient depuis l'origine de la relation de conditions financières particulières qui n'avaient jamais été remises en cause ».

Analyse. On sait la difficulté de l'imputabilité classique lorsque la rupture clôt des dissensions entre les parties car le premier partenaire à l'acter n'est pas

automatiquement celui qui l'initie. Pour ne pas imputer la rupture à l'opérateur qui ne peut que refuser les prétentions invraisemblables de son partenaire, la rupture est située en amont, lors de l'acte imposant l'altération substantielle et que le contractant ne fait qu'acter. La rupture est ainsi identifiée par le fait d'imposer une modification substantielle et non négociable des conditions de la relation dans un sens défavorable aux intérêts du partenaire. Cette forme de rupture totale est singulière parce qu'elle cible un acte emportant une simple modification de la relation et non sa cessation. Cet acte altère la relation sans interdire sa poursuite, laquelle est alors conditionnée à la réaction du partenaire : une même modification substantielle peut identifier une rupture totale, quand le partenaire ne l'accepte pas et que la cessation du courant d'affaires s'ensuit, ou une rupture partielle, dans le cas inverse. Pour cela, la Cour de cassation avait déjà précisé que les éléments modifiés doivent l'être « de façon suffisamment substantielle, dans un sens défavorable [au partenaire] », précisant encore qu'il s'agit là d'une condition nécessaire « pour que soit caractérisée, en cas de refus [dudit partenaire] une rupture », étant précisé, naturellement, qu'« une simple proposition de modification des conditions contractuelles ne peut être qualifiée de rupture au sens du texte susvisé si elle est négociable » (Com., 20 nov. 2019, n° 18-11.966).

En l'occurrence la Cour ne fait qu'appliquer ces conditions : en annonçant publiquement la fin de la diffusion de « Salut les terriens », Thierry Ardisson n'a fait que prendre acte de la rupture initiée la veille par C8, puisque l'annonce téléphonique, dont le contenu n'est pas contesté, emportait une rupture par rapport à la stabilité passée du budget, dans un sens défavorable, et de façon substantielle (50%), étant encore précisé que cette réduction n'était pas négociable. La rupture est logiquement imputée à C8.

Certes, la décision de cette dernière société paraît économiquement très rationnelle. Mais ce n'est pas un critère conditionnant l'identification d'une rupture et la Cour de cassation le confirme en précisant que la Cour d'appel n'avait pas à « effectuer la recherche alléguée prise de la conformité au prix du marché de la modification financière décidée ». La rupture ne s'identifie pas par une comparaison entre l'offre litigieuse et le marché, mais par rapport à ce qui se pratiquait entre les parties. Or, jusque-là les sociétés Ardis et Télé Paris bénéficiaient d'un régime de faveur et son abandon identifie une rupture. L'opportunité économique de la nouvelle mesure ne disqualifie pas cette rupture mais elle ne l'excusera pas plus : le point n'était pas soulevé, mais il ne pourrait pas plus s'agir d'une cause exonératoire ni d'un des rares faits justificatif admis, tel une crise économique conduisant à la diminution du propre chiffre d'affaires de l'auteur de la rupture.

Souignons également que, contrairement aux exigences encadrant la notification du préavis, l'acte emportant rupture ne nécessite aucun formalisme. En l'occurrence, la rupture intervient par une simple conversation téléphonique, dont le contenu il est vrai n'est pas contesté.

Le deuxième problème est celui de l'identification d'un préavis. C8 soutient ensuite que le courriel du 2 mai, lequel exprime sans équivoque la volonté de renégocier les bases des relations en raison de l'impératif de réduction des coûts a fait courir un préavis.

La solution est ici plus difficilement compréhensible. La Cour souligne que ce courriel « exprimait sans équivoque la volonté de la société C8 de renégocier les conditions des relations à venir, au regard de son impératif de réduction des coûts, ce dont il résulte que ce courriel ne manifestait pas une volonté ferme de mettre fin à la relation commerciale, faisant courir un délai de préavis ».

Analyse. A suivre la Cour, ce courriel ne peut pas faire courir le préavis car il ne manifeste pas la volonté de mettre un terme à la relation. Mais comment reprocher à C8 de ne pas avoir manifesté une telle volonté alors que telle n'était pas son intention ? En effet, cela fut dit, la modification substantielle des conditions d'une relation emporte rupture totale ou partielle en fonction de la réaction de son destinataire mais l'acte en lui-même ne manifeste aucunement la volonté de cesser cette relation. On pourrait très bien imaginer que Thierry Ardisson se soit contenté d'un budget moindre pour produire l'émission, auquel cas seule une rupture partielle aurait été litigieuse. Parce qu'une modification substantielle altère la relation sans interdire sa poursuite, la motivation de la Cour de cassation n'est pas ici convaincante. D'ailleurs, il aurait été plus simple de motiver une même solution par l'absence de respect du formalisme exigé de tout écrit pour qu'il fasse courir un préavis. Entre autres conditions, les juges affirment que « *la lettre de rupture doit être claire et sans ambiguïté* » (Paris, 21 nov. 2018, n° 16/03979). Or, ici, nulle clarté ni de précision suffisante pour garantir que le dentinaire a pu appréhender le contenu de la mesure, sa fermeté, et initier les dispositions qu'elle appelle notamment en cherchant de nouveaux débouchés : le courriel litigieux semble très vague, annonçant une révision à la baisse du budget mais sans en préciser l'ampleur. Il présage des difficultés futures, mais n'annonce rien de précis. Il ne peut donc pas faire courir le délai de préavis.

Soulignons encore qu'admettre le contraire aurait conduit à identifier un préavis de seulement 15 jours entre ce courriel (le 2 mai) et la rupture (l'appel du 17 mai). Assurément, ce très bref préavis n'aurait pas suffi à disqualifier la brutalité de la rupture. Mais l'enjeu n'est pas là. Un rapide calcul suffit à percevoir l'intérêt de défalquer 15 jours de l'indemnisation due par C8 car à 10 410 €/jour pour la relation avec société Ardis, et 8 027 €/jour pour Télé Paris, 15 jours de prévenance se chiffrent à 274 574 €.

Le troisième problème intéresse l'évaluation du temps de préavis. C8 s'offusque d'avoir été jugé devoir un préavis de 12 mois, hors de proportion avec les usages en vigueur dans le secteur de la production et alors que sa relation ne compte que 3 ans d'ancienneté.

La solution, rappelle la motivation de la Cour d'appel, pour conclure qu'elle « *a ainsi souverainement apprécié la durée du préavis suffisant, en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances, notamment de l'état de dépendance économique des sociétés évincées [alors qu'elle] n'était pas tenue, en l'absence d'offre de preuve, de rechercher les usages en vigueur dans le secteur de la production audiovisuelle* ».

Analyse. Les critères. De prime abord, la solution se contente de rappeler le pouvoir souverain des premiers juges dans l'évaluation du temps de préavis opportun. Mais, à bien y regarder, elle recèle plus d'informations.

D'abord, le critère exclu, celui des usages dans la production et la programmation audiovisuelle. Certes, il semblerait que C8 se contente de les invoquer sans les prouver. Néanmoins, par le passé, une telle assertion semblait contenter les juges qui y décelaient aisément une forme de précarité « par nature » de la relation, l'excluant du bénéfice de l'ancien article L. 442-6, I, 5° (« *l'activité de production est marquée par la précarité des relations commerciales* ») et la dénonciation de cette relation en fin de saison pour prendre effet la suivante est conforme aux « *usages propres à l'activité* » : Com., 31 janv. 2012, n° 11-12.899) ou justifiant un préavis moindre (Paris, 2 juill. 2021, n° 19/19016). La solution est ici inverse, sans qu'on ne sache trop si ce sont les usages de la profession qui auraient évolué ou la position de la Cour de cassation.

Ensuite, le critère retenu, celui de la dépendance économique, témoigne d'un autre inflexionnement remarquable. L'acceptation de cette dépendance dans le contentieux de la rupture brutale divise les juges, car la Cour d'appel l'identifie majoritairement par le seul pourcentage que représente la relation dans le chiffre d'affaires du partenaire évincé, là où la Cour de cassation rappelle la définition admise en application de l'article L. 420-2, al. 2, du Code de commerce, c'est-à-dire « *en tenant compte de la possibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations commerciales qu'elle a nouées avec une autre entreprise* » (Com., 6 déc. 2016, n° 15-12.320, Lettre distrib. 01/2017). Or, si la Cour de cassation approuve les premiers juges d'avoir évalué le temps nécessaire au vu de la dépendance des sociétés de Thierry Ardisson, elle souligne en amont que ceux-ci avaient seulement établi « *un taux de dépendance supérieur à 90%* », sans évoquer d'éventuelles possibilités de diversification de l'activité par des solutions équivalentes à la relation rompue. On ne saurait induire de cette approbation implicite de l'identification de la dépendance par un simple taux que la Cour de cassation se range à cette conception mais, plus simplement, qu'il ne s'agit pas là d'un motif de cassation.

La durée. Toujours est-il que, même à admettre la dépendance du partenaire évincé, la durée accordée apparaît bien généreuse. Un contrat

de 12 mois, renouvelé à deux reprises, appelle 12 mois de préavis, soit un tiers de son temps d'exécution ! Cette largesse est d'autant plus remarquable que l'affaire est jugée (avec une étonnante célérité) sur le fondement du nouvel article L. 442-1, II du Code de commerce, puisque la rupture est intervenue après le 25 avril 2019. Or, ce dernier texte écarte la responsabilité de l'opérateur qui accorde un préavis de 18 mois, ce qui, adjoint à l'explicite critique des longs délais de préavis fustigés par le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 avril 2019, permettait d'induire des moindres durées de préavis.

Est-ce à dire que les juges étaient convaincus d'une relation plus longue que les seules 3 années de relation avec C8, filiale de Canal + qui fut antérieurement et durant 10 ans le partenaire des demanderesse ? Non, puisque la Cour d'appel avait dû se prononcer sur l'éventuelle poursuite de la relation et l'avait refusé car rien ne permettait de passer outre l'écran des personnes morales.

Est-ce alors à dire que l'état de dépendance économique est un facteur d'allongement du temps de préavis plus important que celui de la durée de la relation rompue ? La suggestion est plausible car ce critère n'est plus *contra legem*, comme cela est pourtant le cas lorsqu'il s'agit d'appliquer l'ancien article L. 442-6, I, 5° C. com. qui ne vise que la seule durée de la relation. Il n'est donc pas exclu que les juges, confortés dans l'application des critères qu'ils avaient érigés en contrariété avec la lettre du texte, privilégient ceux-ci à celui de la durée de la relation. L'état de dépendance pourrait ainsi primer celui de la durée de la relation, lorsqu'il permet de se convaincre qu'il pénalise considérablement les possibilités de réorientation de l'activité du partenaire éconduit car, désormais, la lettre du nouvel article L. 442-1, II, l'autorise (sur ce point, v. nos obs. L'abus à l'occasion de la rupture brutale des relations d'affaires, in Variations sur l'abus en droit de l'entreprise, LexisNexis, à paraître 2023).

Le quatrième problème intéresse le montant de l'indemnité. Cette fois, c'est avec succès que C8, refaisant les calculs, s'étonne d'avoir été condamné à indemniser la société Ardis à hauteur de 3.8 M€, alors que, dans ses conclusions, ce partenaire se prévalait d'une marge mensuelle de 242 570 euros et dès lors ne réclamait « que » 2.970 M€ pour 12 mois, et la société Télé Paris à hauteur de 2.29 M€ alors que ses conclusions mentionnaient une marge mensuelle de 114 250 euros, soit un préjudice pour 12 mois de 1.37 M€, ce qui revient à retenir une marge brute mensuelle supérieure à celle demandée.

La solution, au visa de l'article 5 CPC, qui interdit au juge de se prononcer au-delà de ce qui est demandé, censure logiquement la mauvaise évaluation opérée en appel. Après avoir rappelé le calcul opéré et existant classiquement en la multiplication du taux de marge et du chiffre d'affaires annuel moyen des trois derniers exercices (puisque 12 mois sont indemnisés), soit en ce qui concerne la société Ardis, 11 401 428 euros x taux de marge brute (25%) et en ce qui concerne la société Télé Paris 11 438 285 euros x 15 %, elle conclut que la Cour d'appel a retenu une marge mensuelle perdue supérieure à celles invoquées par les demanderesse, « *de sorte que le montant alloué pour un préavis de douze mois excède le montant de la demande* ».

Analyse. Le pourvoi était habile, en saisissant la Cour de cassation d'un problème de droit là où il n'y avait qu'une erreur matérielle des premiers juges. Certes, l'erreur est d'1,5M€ au bénéfice des demandeuses. Mais il s'agit bien d'une erreur de calcul car en ce qui concerne la société Ardis, 11 401 428 euros x 25% font bien 2,8 M€ (et non 3,8 M€), et pour ce qui est de la société Télé Paris, 11 468 285 euros x 15 % font 1,72 M€ (et non 2,29 M€). La stratégie de C8 fut de privilégier un pourvoi, mêlant de nombreux moyens distincts, à une rectification de l'erreur matérielle devant la Cour d'appel (art. 464 CPC). C'était aussi pour la défenderesse l'occasion de solliciter la censure de sa condamnation à indemniser Télé Paris à la somme de 417 587 euros pour les licenciements opérés à la suite de la rupture brutale, estimant, mais erronément, que la censure du montant de l'indemnisation de la marge perdue entraînait « *par voie de conséquence* » celle de cette autre indemnité. La Cour balaie l'argument, en l'absence de tout lien d'indivisibilité ou de dépendance entre les chefs de dispositif.

Toujours est-il que cette stratégie autorise deux remarques. La première intéresse la marge de référence. En appel, C8 avait vainement sollicité la référence à la marge sur coûts variables, afin notamment que les rémunérations de Thierry Ardisson et de son agent viennent en déduction du montant de l'indemnisation. La Cour de cassation n'y voit rien à redire mais, il est vrai, elle n'était pas saisie de ce point.

La seconde vient souligner que la cassation intervient seulement pour la condamnation de C8 à des montants erronés, l'affaire étant renvoyé devant la Cour d'appel pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation du montant de la réparation. Une bonne administration de la justice (art. L. 411-3 COJ) aurait pourtant autorisé la haute juridiction à procéder elle-même au calcul qui autorise, en quelques secondes, à identifier l'exact

produit d'une simple multiplication. On induit du refus d'y procéder et de la nouvelle mobilisation des juges d'appel pour qu'ils procèdent à un simple calcul que cette méthode d'évaluation du gain manqué du fait de la brutalité n'identifie pas, pour la Cour, une règle de droit.

C. Mouly-Guillemaud

Panorama

CA Paris, Pôle 5 Chambre 4, 28 septembre 2022, n° 22/06441

Action en rupture brutale de relation commerciale établie et en concurrence déloyale, dans un contexte international

Faits. L'arrêt sous commentaire ne peut manquer de susciter l'intérêt à un double titre aux yeux de ceux qui s'intéressent à la rencontre entre droit international privé et actions fondées à la fois sur une pratique restrictive de concurrence et sur des actes de concurrence déloyale. Non seulement l'arrêt apporte-t-il d'intéressantes précisions sur les méthodes à mettre en œuvre par le juge français en vue de vérifier sa compétence internationale, et d'identifier les règles de droit applicables à de telles actions. Mais, de plus, il offre au lecteur une parfaite illustration des différentes étapes que doit respecter le juge face à ces deux tâches. En l'espèce, la société de droit français Héli-Union, domiciliée à Versailles, et qui a pour activité la prestation de services de transport aérien de personnes au profit de compagnies internationales d'extraction sur des sites au large de plateformes gazières et pétrolières, avait conclu le 24 mai 1995 un contrat de mise à disposition de pilotes d'hélicoptères avec la société de droit chypriote Ofsets Ltd, spécialisée dans la mise à disposition de pilotes d'hélicoptères et d'ingénieurs mécaniciens auprès d'opérateurs d'hélicoptères. La loi applicable au contrat était celle de l'île de Jersey. Au début de l'année 2020, la société Ofsets Ltd s'est plainte de faits de concurrence déloyale émanant d'une société irlandaise Stoltd, qui aurait débauché un nombre important de ses pilotes et ingénieurs. La société Héli-Union ayant dans le même temps cessé sa relation commerciale avec Ofsets Ltd pour lui préférer la société Stoltd, Ofsets Ltd lui reprochait à la fois une rupture brutale au sens de l'article L.442-1, II C.com. et sa complicité aux agissements de concurrence déloyale dont s'était selon elle rendue coupable Stoltd. Tous griefs qui conduisirent la société Ofsets Ltd à assigner les deux sociétés devant le Tribunal de commerce de Paris. Spécialement, étaient réclamées à Héli-Union 2.312.078 € au titre de la rupture brutale de relation commerciale établie et 7.491.228 € sur le fondement de la concurrence déloyale. La saisine du TC Paris en lieu et place du TC Versailles, pourtant juridiction du lieu du siège social d'Héli-Union, défenderesse, s'expliquait par le reproche de rupture brutale de relation commerciale et la compétence exclusive que tire en ce domaine la juridiction parisienne des articles L. 442-4, III et D.442-3 C.com.

Mais le TC Paris s'est déclaré incompétent au profit du TC Versailles, juridiction du domicile du défendeur, en invoquant notamment le fait qu'était applicable la loi de Jersey. La société Ofsets Ltd a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Paris.

Persistant en son affirmation de la compétence internationale du TC Paris, et ce tant pour ce qui a trait à la rupture brutale qu'aux agissements de concurrence déloyale imputés aux deux codéfendeurs, Ofsets Ltd faisait valoir deux arguments en appel. Tout d'abord le jeu combiné des articles 4 du Règlement « Bruxelles I bis », qui pose le principe de la compétence des juridictions de l'Etat membre du domicile du défendeur, et D.442-3 C.com., attribuant compétence exclusive ici au TC Paris. Ensuite, pour justifier la compétence du même tribunal pour connaître des actes de concurrence déloyale reprochés aux deux codéfendeurs, était mise en avant la volonté d'éviter la dispersion des procédures, qui caractérise au surplus le *for* du codéfendeur, consacré par l'article 8 du règlement Bruxelles I bis. Sur les règles de droit applicables à sa demande en indemnisation pour rupture brutale de relation commerciale établie, la société Ofsets Ltd faisait valoir le caractère de loi de police de l'article L.442-1, II C.com. et justifiait son application immédiate par des liens de rattachement qui unissaient d'après elle le litige à la France (nationalité française de l'auteur de la rupture, affectation du marché français du fait de la nationalité et du domicile de la plupart des pilotes débauchés). Quant à l'application de la loi française à la demande d'indemnisation pour concurrence déloyale, Ofsets Ltd la fondait sur l'application combinée des articles 6 et 4 al.3 du règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non

contractuelles, le litige présentant selon elle des liens étroits avec la France.

De son côté, la société Héli-Union faisait valoir sur le terrain de la compétence juridictionnelle l'inapplicabilité de l'article L.442-1, II et, partant, de l'article D.442-3 C.com., laissant par conséquent intacte la compétence du TC Versailles sur le fondement de l'article 42 CPC. Sur la détermination des règles de droit applicables à la demande en indemnisation fondée sur la prétendue rupture brutale de relation commerciale établie, la société Héli-Union, rejetant le caractère de loi de police de l'article L.442-1, II, se retranchait derrière la qualification contractuelle de la demande pour justifier la compétence de la loi de l'île de Jersey, contractuellement choisie par les parties au contrat. Pas davantage, ajoutait Héli-Union, la loi française ne pourrait-elle régir l'action en concurrence déloyale, dès lors que l'article 6 du Règlement Rome II en son point 2 renvoie à la loi du dommage, ici la loi chypriote puisque loi du siège social de la victime, où se ressent le préjudice financier.

Solution. L'arrêt sous commentaire fait droit aux arguments présentés par la société Héli-Union, et ce tant en ce qui a trait à l'incompétence internationale du TC Paris, qu'en ce qui se rapporte à l'incompétence de la loi française pour régir aussi bien l'action en indemnisation pour rupture brutale que l'action fondée sur la concurrence déloyale.

I.- Sur la compétence internationale du TC Paris, la Cour raisonne en quatre temps. Partant du constat que la compétence des juridictions françaises pour connaître du litige résulte en l'espèce de la règle de principe de l'article 4 du Règlement Bruxelles I bis, qui attribue une **compétence générale** aux tribunaux de l'Etat membre du domicile du défendeur, la Cour vérifie la **compétence spéciale** du TC Paris au regard des règles de compétence internes françaises, et plus spécifiquement au regard de l'article D.442-3 C.com. Et puisque le jeu de cet article suppose que l'action soit fondée sur l'une des pratiques restrictives visées notamment à l'article L.442-1, elle contrôle l'applicabilité de cet article, et plus précisément son application immédiate en tant que loi de police. Contrôle qui la mène à une réponse négative : à supposer que cet article mérite la qualification de loi de police, il ne saurait pour autant s'appliquer immédiatement au litige, faute pour le rapport de droit concerné de se rattacher suffisamment à la France. En effet, observe la Cour, l'objectif de protection poursuivi par l'article L.442-1, II est de garantir à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre la relation établie. Or, en l'espèce, la société victime de la rupture alléguée a son siège à Chypre, ce qui exclut l'application immédiate de la règle française, tandis que la loi choisie au contrat est la loi de l'île de Jersey, ce qui exclut également l'application, cette fois indirecte dudit article par le biais d'une règle de conflit de lois. Dans ces conditions, et une fois écartées les dispositions de l'article D.442-3 C.com., l'article 42 CPC pouvait reprendre son empire et désigner la juridiction de Versailles, lieu du siège social de la société défenderesse, pour connaître de l'action fondée sur la rupture brutale. Mais aussi pour connaître des demandes placées sur le terrain de la concurrence déloyale, y compris celles dirigées à l'encontre de la société de droit irlandais Stoltd. L'article 8-1 du règlement Bruxelles I bis est en ce sens, rappelle la Cour, puisqu'il permet au demandeur, en présence de plusieurs défendeurs, d'attirer le codéfendeur domicilié dans un autre Etat contractant devant la juridiction du domicile de l'un d'eux.

II.- Sur le droit applicable à l'action en responsabilité pour rupture brutale de relation commerciale établie, la Cour opte résolument et sans plus d'explications pour une qualification contractuelle de l'action en responsabilité. Par conséquent, en application de l'article 3 du règlement Rome I, est ainsi reconnue compétente la loi de l'île de Jersey, en tant que loi choisie par les parties au contrat. Puis, par le jeu combiné des articles 6 et 4 du règlement Rome II, la Cour soumet l'action en concurrence déloyale à la loi chypriote. On sait en effet que l'article 6 de ce règlement précise que la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être, cet article ajoutant en son point 2 que « lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable ». Or, constate la Cour, « le marché affecté est nécessairement celui du concurrent qui se prétend lésé, en l'espèce la société Ofsets, et le lieu de survenance du dommage, à savoir le préjudice financier dont se prévaut la société Ofsets, est Chypre, lieu de son siège social ».

Appréciation. Le raisonnement suivi ici par la Cour et le résultat auquel il conduit appellent quatre ordres de remarques.

En premier lieu, la CA Paris, alors qu'elle en avait l'occasion, se garde bien de prendre parti sur le caractère de loi de police de l'article L.442-1, II C.com., et d'ailleurs de citer le fameux arrêt Expedia (Com., 8 juill.

2020, n° 17-31.536), et qui selon certains aurait scellé dans le sens de l'affirmative la qualification de loi de police des règles figurant aux articles L.442-1 et L.442-2 C.com. Il y a lieu de s'en féliciter tant l'apport de l'arrêt *Expedia* mérite sans doute d'être relativisé et cantonné pour l'heure à l'action intentée par le ministre de l'Economie, sans devoir être étendue à l'action individuelle en annulation ou en responsabilité civile qui émanerait de la partie s'estimant victime de pratiques restrictives de concurrence.

En deuxième lieu, on ne peut qu'approuver la Cour de s'être interrogée, au-delà d'une éventuelle qualification de loi de police de l'article L.442-1, II C.com., sur la nécessité pour son application immédiate d'un rattachement territorial suffisant du rapport de droit avec la France. Pour le comprendre, il suffit de se souvenir que l'article L.442-1, II C.com., d'ordre public, représente en même temps une norme autolimitée dont on ne peut étendre le jeu au-delà de la sphère territoriale que postulent ses objectifs et son contenu. Tel est bien ce qu'a rappelé récemment la Cour d'appel de Paris (Paris, Pôle 5 Chambre 4, 9 janv. 2019, n° 18/09522) lorsque, après avoir longuement démontré en quoi l'article L.442-6, I, 5° (devenu L.442-1, II) est constitutif d'une loi de police, elle avait ajouté que « **les dispositions de l'article L.442-6, I, 5°) du code de commerce sont applicables à partir d'un rattachement territorial, dès lors que les produits ou services contractuels sont destinés au marché français, ou ont vocation à être distribués en France** ».

En troisième lieu, même si aux fins d'identification de la loi applicable à l'action en indemnisation pour rupture brutale de relation commerciale établie, la Cour ne s'est guère embarrassée d'explications pour justifier la qualification contractuelle de l'action et, partant, le recours aux règles de conflit de lois du règlement Rome I, il ne peut lui en être tenu rigueur. Les lecteurs de la Lettre savent en effet que suite à l'important arrêt Granarolo (CJUE, 2^{ème} ch., 14 juill. 2016, Granarolo Spa, aff.C-196/16, concl. J. Kokott, Lettre distrib. 09/2016), la demande en responsabilité fondée sur une prétendue rupture brutale de relation commerciale établie est de nature contractuelle lorsque la relation rompue a été formalisée par un contrat-cadre. Et même si cette solution a été adoptée dans le contexte de la compétence juridictionnelle internationale et du règlement Bruxelles I bis, le souci de prévisibilité de l'issue des litiges mais aussi la sécurité juridique quant au droit applicable et la libre circulation des jugements imposent un principe de cohérence entre les différents règlements Bruxelles I bis, Rome I et Rome II dans la détermination de leur champ d'application matériel respectifs et dans l'interprétation de la teneur de leurs dispositions.

En quatrième lieu, s'agissant cette fois de la détermination de la loi applicable à l'action en concurrence déloyale, que gouverne l'article 6 du règlement Rome II, peut-être regrettera-t-on que la Cour ait cru bon d'affirmer péremptoirement que le marché affecté au sens de l'article 6-1 « **est nécessairement celui du concurrent qui se prétend lésé** ». Nombreuses sont en effet les hypothèses où des agissements constitutifs de concurrence déloyale pourraient venir perturber le fonctionnement normal de la concurrence sur des marchés n'étant pas celui sur le territoire duquel est installée la victime de ces agissements.

F. Leclerc

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-19.197

Private enforcement (bis) : application dans le temps du nouvel article L. 481-4 du Code de commerce

Après l'arrêt *Lorillard* qui a apporté d'utiles précisions quant au champ matériel de la présomption d'existence de préjudice dans le cadre du *private enforcement* (Com., 28 sept. 2022, n° 21-20.731, Lettre distrib. 10/2022, nos obs., retenant qu'aucune présomption de préjudice ne découle d'une entente entre non-concurrents), voici une décision toute aussi importante pour son éclairage du domaine cette fois temporel du nouveau régime indemnitaire.

Faits. Une entreprise de vente de produits d'hygiène aux enseignes de la grande distribution a pris part, entre 2003 et 2006, à une entente tarifaire complexe et continue sur le marché français de l'approvisionnement avec plusieurs de ses concurrents. Se considérant victime de ce cartel, l'enseigne Carrefour a assigné en responsabilité le fournisseur. Par deux arrêts (16 déc. 2020 et 14 avr. 2021), la Cour d'appel de Paris a rejeté les demandes de dommages et intérêts au motif que la réalité du préjudice supporté par les sociétés du groupe de distribution n'a pas été démontrée, plus précisément parce que les victimes de l'entente n'ont pas été en mesure de prouver qu'elles n'avaient pas réalisé de marge commerciale en revendant les produits en question aux consommateurs.

Problème. La Cour de cassation est invitée à s'exprimer sur l'applicabilité dans le temps des nouvelles dispositions de l'article L. 481-4 C.com., issues de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 transposant la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2016. Spécifiquement, la présomption de non-répercussion par l'acheteur

victime d'une entente de fournisseurs du surcoût généré sur ses contractants directs (les consommateurs) trouve-t-elle à s'appliquer à des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions ?

Solution. « *Après avoir relevé que les faits générateurs de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Carrefour étaient antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article L. 481-4 du code de commerce et retenu que les dispositions de l'article 13 de la directive étaient incompatibles avec le droit national en vigueur à la date de transposition de celle-ci ; la cour d'appel en a déduit, à bon droit, qu'elle ne pouvait interpréter les règles de preuve applicables à l'action dont elle était saisie à la lumière de ce dernier texte, serait-il invocable, et qu'il appartenait dès lors aux sociétés Carrefour, conformément aux règles en vigueur à la date de ces faits, de prouver qu'elles n'avaient pas répercuté sur les consommateurs le surcoût occasionné par les pratiques illicites de leurs fournisseurs.* ».

Analyse. Sur le strict plan de la nature de la pratique anticoncurrentielle en cause (une entente commise par des fournisseurs concurrents contre des acheteurs de la grande distribution), il est évident que l'article L. 481-4 est applicable. L'hésitation concerne ici uniquement le champ *ratione temporis* de cette présomption de non-répercussion des surcoûts.

Le recours à la motivation enrichie permet au lecteur de mieux comprendre les ressorts de la solution retenue.

C'est ainsi que la Cour de cassation s'est appuyée sur la décision *Volvo / DAF Trucks NV* rendue quelques mois auparavant par la Cour de justice (CJUE, 22 juin 2022, aff. C-267/20). Interprétant l'article 22 de la directive « Dommages » intitulé « Application temporelle », le juge européen y explique qu'une distinction doit s'opérer entre, d'une part, les dispositions de la directive substantielles qui ne s'appliquent pas rétroactivement aux « situations acquises » antérieurement à leur entrée en vigueur, et, d'autre part, ses dispositions « procédurales » qui s'appliquent dans le cadre de recours qui ont été introduits après l'entrée en vigueur de la directive, étant précisé que la détermination de la nature, substantielle ou procédurale, des dispositions de la directive s'apprécie au regard non du droit national mais de celui de l'Union (§ 38 et s.). Même lorsqu'une disposition de ladite directive est applicable *ratione temporis*, la Cour de justice rappelle toutefois que, selon une jurisprudence constante, une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations pour un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle contre lui et que, par conséquent, dans le cadre d'un litige entre particuliers, si la juridiction nationale est tenue, le cas échéant, d'interpréter le droit national, dès l'expiration du délai de transposition d'une directive non transposée, de façon à rendre la situation en cause immédiatement compatible avec les dispositions de cette directive, elle ne peut toutefois procéder à une interprétation *contra legem* du droit national (§ 77).

Dans l'arrêt sous étude, le juge français se réfère explicitement au paragraphe 77 de la décision du juge européen, laissant ainsi sous-entendre que la présomption de défaut de répercussion du surcoût constituerait une disposition non-substantielle de la directive et par conséquent invocable. La décision *Volvo / DAF Trucks NV* ne s'était pas prononcée sur la qualité substantielle ou procédurale de l'article 13 relatif à la répercussion du surcoût transposé à l'article L. 481-4. Au passage, on fera néanmoins remarquer que le juge européen avait expressément qualifié la présomption voisine d'existence du préjudice prévue à l'article 17, § 2 de la directive (en droit interne, l'article L. 481-7) de disposition substantielle au motif qu'« *en présumant l'existence d'un préjudice subi en raison d'une entente, la présomption réfragable établie par ladite disposition est directement liée à l'engagement et à l'étendue de la responsabilité civile extracontractuelle de l'auteur de l'infraction concernée et, en conséquence, affecte directement la situation juridique de celui-ci* » (§ 94). Afin de rejeter dans le cas d'espèce la présomption de non-répercussion des surcoûts, la Cour de cassation préfère mettre l'accent sur l'incompatibilité des dispositions de la directive avec le droit national. Dans le litige en cause en effet, l'action en responsabilité avait été introduite après l'expiration du délai de transposition de la directive (27 décembre 2016) mais avant l'entrée en vigueur des dispositions françaises la transposant tardivement (11 mars 2017). Suivant la jurisprudence européenne précitée, la juridiction nationale saisie ne pouvait donc interpréter le droit national à la lumière de la directive pas encore transposée que si les nouvelles règles européennes n'entraient pas en contradiction les règles nationales. Or, ce n'était pas le cas en matière d'établissement du préjudice puisque la Cour de cassation jugeait, pour les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau régime d'indemnisation, sur le fondement des articles 1382 et 1315, devenus 1240 et 1353, du Code civil, que la preuve de l'existence du préjudice causé par une pratique anticoncurrentielle incombe au demandeur à la réparation et que celui-ci doit, eu égard aux pratiques habituelles en matière commerciale,

établir qu'il n'a pas répercuté sur les consommateurs le surcoût occasionné par les pratiques illicites de leurs fournisseurs (V. Com., 15 juin 2010, n° 09-15.816 ; 15 mai 2012, n° 11-18.495).

Si la solution paraît exemplaire sur le plan des principes appliqués (non-rétroactivité de la loi nouvelle, absence d'effet horizontal d'une directive), elle n'en reste pas moins sévère pour l'enseigne de distribution qui se trouve privée d'un avantage probatoire essentiel à son indemnisation pour avoir agi à une date (le 23 janvier 2017) où la directive « Damages » aurait déjà dû être transposée en droit français. C'est d'autant plus difficile pour l'entreprise demanderesse qu'elle n'a pas pris la précaution de conserver les factures établies sur la période au cours de laquelle le cartel des fournisseurs s'est déployé dans la mesure où le délai légal de conservation (10 ans) était largement écoulé.

L. Bettoni

CA Bordeaux, 20 septembre 2022, n° 20/04288

Etendue de l'obligation de loyauté entre anciens contractants vs « jeu normal de la concurrence »

Faits. Le litige se noue entre la société Eaton, spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de systèmes de conversion d'énergie électrique et la société Ecus, qui distribue et commercialise des produits électriques.

En avril 2004, ces deux sociétés concluent, pour une durée de 3 ans, un contrat de distribution par lequel la seconde s'engage à commercialiser les produits de la première. Le contrat est renouvelable par tacite reconduction.

Le 18 avril 2007, les deux partenaires concluent avec la société Roche un contrat aux termes duquel la société Ecus, prestataire, est chargée de fournir et d'installer, au profit de la société Roche, des produits électriques fabriqués par la société Eaton, dans le domaine de la biologie médicale. Ce contrat tripartite est conclu pour une durée d'un an et exclut la tacite reconduction.

La société Roche émet des appels d'offres pour la maintenance et la mise en œuvre des automates installés dans les laboratoires. La société Ecus remporte celui de 2011 et la société Eaton celui de 2016. Par la suite, reprochant à la société Eaton de lui avoir caché sa candidature et dissimulé des informations relatives à ses tarifs, l'empêchant ainsi d'ajuster son offre et lui faisant perdre une chance de remporter l'appel d'offres de 2016, la société Ecus réclame à la société Eaton 377 020 euros en réparation de son préjudice.

En juin 2019, la société Ecus assigne la société Eaton devant le tribunal de commerce d'Angoulême sur le fondement de la concurrence déloyale et sollicite 300 820 euros d'indemnisation.

Le jugement rendu le 24 septembre 2020, statuant sur le fondement des articles 240 et 1241 du Code civil, excluant tout comportement déloyal de la société Eaton, déboute la demanderesse de son action. Cette dernière interjette appel.

Problème. La Cour d'appel est appelée à statuer sur l'existence de fautes de déloyauté susceptibles d'engager la responsabilité de la société Eaton, au regard de l'histoire des relations entre les protagonistes et du comportement de la défenderesse ayant répondu à l'appel d'offres en cause.

Solution. Confirmant le jugement attaqué, la Cour écarte la responsabilité de la société intimée. En forme d'attendu de principe, elle énonce qu'« en l'absence de clause contractuelle, la demande ne peut prospérer qu'à charge pour l'appelante de rapporter la preuve que les rapports qui les unissaient faisaient peser sur la société Eaton une obligation de loyauté ». Puis, relevant les éléments de fait, les juges girondins excluent l'existence, entre les parties, d'un contrat de partenariat, notamment à l'occasion des appels d'offres litigieux, et aucun manquement « aux règles loyales de concurrence ».

Analyse. En l'absence de contrat liant les parties au moment des prétendus manquements reprochés, la Cour d'appel exclut le jeu de la responsabilité contractuelle de la société Eaton (I). Elle exclut également toute faute délictuelle, les circonstances ne révélant pas l'existence d'une obligation de loyauté à la charge de l'intimée (II).

I.- **En l'absence d'une obligation contractuelle de loyauté**, la société Eaton ne saurait engager sa responsabilité sur un fondement contractuel. La question se posait, les parties ayant été liées par deux contrats distincts. En particulier, rappelons la conclusion, en 2007, d'une convention tripartite les liant justement à la société Roche, auteur des appels d'offres à l'origine du litige. Cette convention, conclue pour une année, n'ayant pas été reconduite en 2008, ne pouvait être source d'une obligation contractuelle de loyauté à la charge de la société Eaton au moment de la procédure d'appel d'offres de 2016. En outre, ajoutent les juges, la réponse aux différents appels d'offres n'a fait l'objet d'aucun partenariat entre les sociétés Eaton et Ecus, celles-ci ayant cessé depuis

plus de 10 ans d'émettre des réponses communes aux différents appels d'offres. En l'espèce, notamment, chacune avait répondu en son seul nom à la société Roche. En conséquence, aucune « clause contractuelle » n'était susceptible de fonder la responsabilité contractuelle de la société Eaton.

Une telle solution est discutable. Elle procède d'une application stricte de l'article 1104 du Code civil, fondement du devoir contractuel de bonne foi. Constatant que le contrat tripartite avait pris fin en 2008, faute de reconduction tacite, les juges bordelais considèrent que le devoir de loyauté avait également pris fin. Or, ce dernier ne constitue pas une obligation contractuelle quelconque : plus que cela, il s'agit d'un devoir légal, d'ordre public, que d'aucuns purent d'ailleurs fonder sur une approche morale ou sociale du contrat, sans pour autant admettre l'existence d'un véritable devoir de coopération. En témoignent son caractère d'ordre public, mais aussi son rayonnement au-delà du champ contractuel strict, la jurisprudence, puis le texte des articles 1104 et 1112 le mettant en œuvre dès la phase de négociation du contrat. Pourquoi ne pas, dès lors, admettre qu'il puisse, selon les circonstances, jouer encore au-delà du terme des effets obligationnels essentiels du contrat ? Le maintien des relations entre les cocontractants – et tel était le cas en l'espèce – pourrait fort bien justifier que les juges étendent ainsi dans le temps les effets du devoir contractuel de loyauté. Ce n'est pas le cas en l'espèce et seul le terrain extracontractuel est donc envisageable.

II.- La société Eaton ne saurait pas plus engager sa responsabilité délictuelle, **en l'absence d'un manquement à une obligation de loyauté préexistante**. Après avoir exclu l'existence d'un devoir contractuel de loyauté, les juges du second degré, à l'instar des premiers juges, sont appelés à se pencher sur les conditions de mise en œuvre des articles 1240 et 1241 du Code civil. L'intérêt de la décision consiste à envisager avant tout, positivement, la possible existence d'une obligation de loyauté qui serait née des circonstances : « En l'absence de clause contractuelle, la demande ne peut prospérer qu'à charge pour l'appelante de rapporter la preuve que les rapports qui les unissaient faisaient peser sur la société Eaton une obligation de loyauté ».

C'est admettre que, hors champ contractuel, la nature des relations unissant les parties, voire l'ensemble des circonstances présentes ou passées, sont susceptibles de donner naissance à une obligation – dès lors non contractuelle – de loyauté, à l'aune de laquelle il serait alors permis de mesurer et d'apprécier le comportement des parties, notamment du débiteur d'une telle obligation. C'est admettre, d'une part, que la faute délictuelle ou quasi-délictuelle consiste en la violation d'un devoir ou d'une obligation préexistante. C'est en effet, en l'absence d'une définition légale du délit, l'une des conceptions que l'on propose de la faute de l'article 1240 du Code civil, bien que le caractère très général du texte autorise une approche plus large, la démonstration de l'existence d'une obligation préexistante ne s'imposant pas à la lettre. Quels seraient au demeurant la nature et le fondement d'une telle obligation ?

C'est adopter, d'autre part, une approche *in concreto* et objective de la faute civile, les juges choisissant d'apprécier le comportement répréhensible de la société Eaton, non au regard de ce que l'on pourrait communément attendre d'une personne, voire d'un professionnel raisonnablement prudent et diligent, mais véritablement au vu de tout élément de fait utile. Ainsi, pour écarter la faute de la défenderesse, relèvent-ils que cette dernière ne connaissait pas le volet financier de l'offre faite par la société Ecus et que celle-ci ne lui a jamais communiqué aucune information confidentielle ou privilégiée. En outre, quoique la Cour constate un certain nombre de courriers échangés entre les parties au sujet des marchés avec la société Roche, ceux-ci sont insuffisants à caractériser une collaboration étroite susceptible de fonder l'obligation de loyauté recherchée et, partant, de considérer qu'en s'abstenant d'informer la société Ecus de sa candidature à l'appel d'offres émis par la société Roche, la société Eaton avait manqué à une telle obligation. L'approche est ainsi résolument objective, le juge se contentant d'écarter la faute, en l'absence d'élément matériel (le manquement à une obligation préexistante) et passant sous silence l'élément moral. S'agissant de déloyauté, on peut regretter, une fois de plus, l'adoption d'une conception aussi stricte du délit. La déloyauté constitue, en matière contractuelle et plus encore en matière délictuelle, plus que l'inexécution d'une obligation, un comportement répréhensible justifiant sanction, dans le cadre de la classique fonction de moralisation du droit. Les termes généraux des articles 1240 et 1241 du Code civil appellent cette conception plus accueillante, que la Cour exclut en l'espèce, confirmant la décision des premiers juges. Peut-être le « jeu normal de la concurrence », visé *in fine* par la Cour justifie-t-il, en l'espèce, cette approche stricte de la loyauté entre professionnels.

A. Bories

Les faits. La société Coty France exploite un réseau de distribution de produits cosmétiques et de parfumerie de luxe de différentes marques dont la société mère est le licencié exclusif pour le monde entier. Elle est, depuis quelques années, à l'origine d'un abondant contentieux portant sur des faits de revente parallèle comme en témoigne la présente affaire qui vient de connaître un énième rebondissement après de multiples péripéties.

La société Coty avait assigné une société immatriculée dans l'État du Delaware qui commercialisait sur internet les produits objet des marques protégées avec des réductions allant jusqu'à 70%. En parallèle, France Télévisions avait également été assignée pour avoir diffusé, à deux reprises, des émissions présentant le site litigieux et décrivant son activité de telle sorte qu'une certaine promotion lui était assurée. Saisie du dossier, la Cour d'appel de Paris avait raisonné de manière assez curieuse en semblant estimer, dans un premier temps, que le réseau était conforme à l'article 101§1^{er} TFUE avant de reprocher au fournisseur, dans un second temps, de ne pas rapporter la preuve du bénéfice du règlement d'exemption par catégorie. Les magistrats parisiens avaient en effet stigmatisé trois stipulations contractuelles comme étant constitutives de restrictions caractérisées au sens du règlement si bien que les demandes en responsabilité et en cessation de la société Coty avaient été rejetées, la présence de « clauses noires » excluant le caractère licite du réseau (Paris, 25 mai 2016, *France Télévisions c/ V. Z.*, n° 14/03918 : Contrats, conc. consom. 2016, n° 8-9, comm. 188, obs. M. Malaurie-Vignal ; Concurrences n° 3-2016, p. 93, obs. N. Eréséo).

L'une de ces clauses interdisait la revente à des opérateurs non agréés où qu'ils se trouvent (y compris dans des territoires non couverts par le système), l'autre les ventes par correspondance et la dernière les ventes actives d'un nouveau produit dans un Etat-membre avant qu'il n'y soit lancé. Il est vrai que la qualification de restriction caractérisée pouvait être défendue, au moins pour la première clause (cf. *infra*), mais l'arrêt d'appel avait été cassé aux motifs « que la circonstance, à la supposer établie, que l'accord ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie n'implique pas nécessairement que le réseau de distribution sélective contrevient aux dispositions de l'article 101, § 1, TFUE » (Com., 16 mai 2018, n° 16-18.174 : JCP E n° 31-35, 2 août 2018, 1431, note N. Ferrier ; Contrats, conc. consom. n° 8-9, août 2018, comm. 150, note M. Malaurie-Vignal ; AJ contrat 2018. 286, obs. F. Buy et J.-C. Roda ; Concurrences 3/2018, p. 110, note A.-C. Martin ; Lettre distrib. 06/2018, note N. Eréséo). Les Hauts Magistrats avaient ainsi estimé que la qualification éventuelle de restriction caractérisée ne suffisait pas à établir l'illicéité d'un réseau et n'était donc pas un motif permettant, à lui seul, de rejeter les demandes d'indemnisation du fournisseur.

Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris (autrefois composée) avait reconnu la licéité du réseau Coty du point de vue des critères *Métro* et estimé que les clauses litigieuses étaient nécessaires pour préserver l'image de luxe des produits et proportionnées au regard de cet objectif si bien qu'elles n'étaient pas contraires au principe d'interdiction des ententes (Paris, Pôle 5, Ch. 4, 9 juin 2021, n° 18/17379 : D. 2022, p. 725, obs. N. Ferrier ; Concurrences 3-2021, p. 106, obs. N. Eréséo). Ayant raisonné en application des articles 101§1^{er} TFUE et L. 420-1 al. 1 du Code de commerce, la Cour avait érudé une partie des débats en concluant qu'il n'était pas nécessaire de vérifier le bénéfice d'une exemption par catégorie ou individuelle.

Fort de ce brevet de licéité, la société Coty avait obtenu la condamnation du revendeur parallèle et de France Télévisions. Au premier, la Cour d'appel de Paris avait reproché :

- une concurrence déloyale pour avoir revendu à bas prix un produit faisant l'objet d'un système sélectif (comp. Com., 8 nov. 2016, n° 15-15.072, posant une solution contraire) dont elle ne pouvait ignorer l'existence « ne serait-ce que par la lecture des emballages », étant par ailleurs relevé qu'un approvisionnement licite n'était pas établi ;

- une atteinte à l'image de marque dès lors que les prix étaient bradés et que le site ne respectait pas les standards du réseau (comp. Com., 8 nov. 2016, n° 15-15.072, là encore en sens contraire) ;

- des actes de parasitisme puisque la société exploitante s'était « affranchie des contraintes pesant sur les membres du réseau de distribution sélective, tout en bénéficiant sans bourse délier de leurs investissements pour assurer le renom des marques » ;

- une atteinte directe et indirecte « à la violation de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective » au sens de l'article L. 442-6, I, 6° (ancien) C. com. ;

- l'usurpation de « la qualité de distributeur agréé et la pratique de publicités mensongères (...) dès lors qu'il est justifié que les produits en cause portaient la mention d'un agrément ».

Quant à la société France Télévisions, il lui avait été reproché :

- une faute de négligence dès lors « qu'en se livrant à la promotion d'un site internet vendant des parfums à des prix anormalement bas, il appartenait à France Télévisions de vérifier qu'il n'y avait pas de violation d'un réseau de distribution » ;

- une participation indirecte à la violation de l'interdiction de revente hors réseau au sens de l'article L. 442-6, I, 6° par la grande publicité qui a été faite au site poursuivi (rappr. Paris, 2 nov. 2017, *ACA Fiduciaire c/ Guerlain, LVMH et Christian Dior*, n° 17/03300, Concurrences 2018-1, p. 108, obs. N. Eréséo, condamnant également un « complice » par fourniture de moyens, en l'occurrence de paiement) ;

- une publicité trompeuse au sens de l'ancien article L. 121-1 du Code de la consommation « en faisant croire de manière fautive à la possibilité d'acquérir légalement des produits par internet par l'intermédiaire du site alors que cette activité est illicite, peu important que la publicité n'ait pas été diffusée à des fins lucratives et qu'elle ne présente pas de caractère commercial à l'égard de France Télévisions ».

Le revendeur avait ainsi été condamnée à un montant total de 250 000 euros, France Télévisions étant tenue *in solidum* à hauteur de 60% de cette somme tout en étant seule condamnée à verser 50 000 euros à Coty au titre des faits de publicité trompeuse.

Premier moyen. Saisie à la faveur d'un nouveau pourvoi, la Cour de cassation devait répondre à deux moyens. Par un premier moyen divisé en cinq branches, la société France Télévisions reprochait à la Cour d'appel d'avoir violé les articles 101§1^{er} du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce en déclarant les clauses litigieuses licites alors que plusieurs arguments militaient en sens contraire.

Solution. Sans grande surprise, la Cour de cassation a rejeté l'ensemble de ces arguments en approuvant à chaque fois la motivation retenue par la Cour d'appel. S'agissant en particulier de la clause la plus sensible interdisant la revente à des opérateurs non agréés, elle fait sien le motif suivant lequel « l'interdiction de vendre à des distributeurs non agréés constitue le fondement même de la distribution sélective en ce qu'elle protège l'image de marque des produits en cause, par l'interdiction de vente dans des conditions ne respectant l'image de luxe du produit ». Par ailleurs, la société Coty justifiait « avoir mis en place un système de distribution sélective dans d'autres Etats membres » si bien « que la clause est ainsi proportionnée au but poursuivi et justifiée objectivement. Par ces seuls motifs, c'est exactement que la cour d'appel a retenu que l'interdiction de revendre à des distributeurs non agréés, quel que soit leur territoire d'implantation, est licite ».

Analyse. La solution n'était pas si évidente puisque le règlement (UE) n° 330/2010 comme son successeur le règlement (UE) 2022/720 limitent l'exemption aux clauses d'interdiction de revente à des opérateurs non agréés situés sur des territoires où la distribution sélective est en place. A *contraio*, la clause interdisant de manière absolue, c'est-à-dire dans le monde entier, la revente à des opérateurs non agréés est susceptible de recevoir la qualification de restriction caractérisée. C'est tout au moins la conclusion qui avait été tirée par la Cour d'appel au début de cette affaire (Paris, 25 mai 2016 préc.). La solution avait été critiquée en ce qu'elle confortait la possibilité pour des opérateurs en ligne de s'établir (de manière très artificielle comme en l'espèce) dans des territoires non couverts par la distribution sélective, et ce afin d'obtenir des conditions régulières d'approvisionnement. La nouvelle approche est sans doute plus opportune puisqu'elle condamne ces manœuvres et préserve les distributeurs agréés (notamment ceux qui exploitent un point de vente physique) d'une concurrence en ligne difficile à surmonter. Juridiquement, elle illustre qu'une qualification possible de restriction caractérisée ne vaut pas condamnation automatique de la clause si une analyse sur le terrain de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel fait apparaître qu'elle est justifiée par la nécessité de préserver l'étanchéité du réseau et donc la sensation de luxe attachée aux produits concernés.

Deuxième moyen. La deuxième partie de l'arrêt est sans doute la plus intéressante, bien que plus éloignée des thèmes relevant habituellement du droit de la distribution. La société France Télévisions contestait sa condamnation solidaire au paiement de dommages-intérêts pour avoir participé aux actes de concurrence déloyale et parasitaire litigieux de même que sa condamnation pour les faits de publicité trompeuse qui lui avaient été directement imputés. Deux arguments ont fait mouche, emportant la cassation de l'arrêt attaqué.

D'abord, la Cour a estimé que la cour d'appel n'avait pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 10 de la CESDH et de l'article 1240 du Code civil, en ne précisant pas sur quels éléments elle s'était fondée pour estimer que les messages de la société France Télévisions présentaient un caractère promotionnel. En effet, selon les moyens du pourvoi qui ont ici été approuvés, les atteintes à la liberté d'expression ne sont pas appréciées de la même manière suivant que le message

litigieux poursuit un but purement informatif ou présente un caractère commercial.

Certes, l'article 10 « *ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché ; [il] ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression [...], notamment ceux de nature politique ; il englobe aussi l'expression artistique [...], des informations à caractère commercial [...] ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble [...]* » (CEDH, 24 févr. Franceasado Coca c/ Espagne, série A n° 28, § n° 35, au sujet d'une publicité faite par un avocat au mépris du droit espagnol. – V. également CEDH, 20 nov. 1989, Markt intern VerlaFrance Klaus Beermann c/ Allemagne, série A, n° 165, § n° 26. – CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG et autres c/ Suisse, série A, n° 173, § n° 54-55). Pour autant, tout n'est pas sur le même plan et il est évident que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication doit s'apprécier plus strictement lorsque le message communiqué ne relève pas du domaine commercial. Comme un auteur a pu le relever, toute publicité comporte une dimension informationnelle, qui est protégée au même niveau que les autres informations, et une dimension incitative qui est perçue comme étant moins « noble ». En effet, cette « *seconde dimension de la publicité, c'est-à-dire celle incitant à la consommation de biens et de services, dont certains peuvent nuire à la santé (tabac, alcool), incite le juge à tolérer bien plus largement les atteintes portées à l'expression publicitaire que celles frappant des expressions plus nobles (politiques, artistiques) et à conclure que celles-ci sont conformes à l'article 10 § 2* » (N. Mounir, La liberté d'expression publicitaire : réflexions critiques, Thèse Limoges 2020, §242).

En l'espèce, la Cour d'appel avait affirmé, sans l'étayer ni le démontrer, que France Télévisions avait agi non dans un cadre purement informatif mais à titre de promotion. Dans ces conditions, la cassation s'imposait.

Ensuite, la Cour de cassation a estimé que la Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision en condamnant France Télévisions pour « *publicité mensongère [sic] sans préciser en quoi la teneur des propos tenus par le journaliste de France télévisions portait atteinte à l'un des éléments prévu par l'article L. 121-1 du code de la consommation* ». Le texte (reproduit intégralement par la Cour) donne en effet une longue liste d'éléments (l'existence, la disponibilité, la quantité, le prix, etc.) qui sont autant d'objets possibles de tromperie et la motivation retenue par les conseillers d'appel ne permettaient pas d'identifier précisément celui qui avait fait l'objet d'une allégation fautive ou de nature à induire en erreur. La solution est ancienne en ce qu'elle avait déjà été retenue en application de l'ancien délit de publicité trompeuse (Crim., 26 mars 1984 : JCP G 1985, I, 20459, note Heidsieck). Elle se justifie par le principe de légalité des délits et des peines qui commande aux juges de caractériser précisément l'élément légal de l'infraction.

En l'espèce et pour éviter la censure, la Cour d'appel aurait pu viser « *Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles* » (2°, b) ou « *la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services* » (2°, e) pour pointer, dans les deux cas, que les produits du revendeur et les ventes associées avaient été présentés comme licites alors que ce n'était pas le cas. Pour enfoncer le clou, une pratique réputée trompeuse aurait pu être visée, celle consistant à « *déclarer ou [...] donner l'impression que la vente d'un produit ou la fourniture d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas* » (C. consom., anc. art. L. 121-1-1, 9°). La manœuvre aurait permis de s'affranchir de la preuve de l'altération du comportement économique du consommateur moyen qui, au demeurant, ne semble pas vraiment avoir été caractérisée par les juges du fond.

L'affaire sera renvoyée à la Cour d'appel de Paris autrement composée qui aura le dernier mot en ce qui concerne le sort de France Télévisions.

N. Eréséo

Cass. com., 5 octobre 2022, n° 19-23.508

Le contrat d'apporteur de fonds n'est pas un contrat d'agence commerciale

Faits. Une société de rachat d'entreprises en charge une autre, spécialisée dans la recherche d'investisseurs, au titre d'un « *contrat d'apporteur de fonds* », de l'assister dans la levée des fonds nécessaires à la présentation d'un plan de continuation pour une société cible. L'intermédiaire, se prévalant du défaut de règlement de certaines factures, assigne son donneur d'ordres en résolution du contrat et en paiement d'une indemnité de fin de relation en application du statut des agents commerciaux (C. com., art. L. 134-12). La Cour d'appel le déboute au motif que le contrat d'apporteur d'affaires n'entraîne pas dans le champ du statut des agents commerciaux faute, d'une part, de porter sur la conclusion de « *contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de service* » et, d'autre part, de pouvoir de négociation, l'intermédiaire se bornant à présenter au donneur d'ordre des investisseurs potentiels, sans garantir le succès de sa mission, le bon

déroulement des négociations ou la bonne fin des accords le cas échéant conclu. Dans son pourvoi, l'intermédiaire estime que les investisseurs potentiels avaient, *in fine*, vocation à souscrire des actions et, partant, à conclure des contrats de vente et que l'intermédiaire était bel et bien titulaire d'un pouvoir de négociation sans être responsable en cas d'échec des négociations ou des accords conclus.

Problèmes. Il s'agissait donc de savoir si la mission de recherche de co-investisseurs pour le rachat d'une entreprise déterminée entre dans le champ des activités des agents commerciaux et si la mission de présentation d'investisseurs potentiels est de nature à conférer à l'intermédiaire le pouvoir de négociation indispensable à la qualification d'agent commercial.

Solution. La Cour de cassation répond par la négative à ces interrogations, dont chacune était d'ailleurs un motif d'exclusion de la qualification d'agent commercial. Elle considère que le contrat d'apporteur de fonds n'avait pas pour objet d'apporter de nouveaux clients au donneur d'ordre mais se limitait à une assistance dans l'identification d'investisseurs pour le rachat d'une entreprise et que les termes, certes ambigus, du contrat, confiaient à l'intermédiaire la seule mission de présentation d'investisseurs potentiels, exclusive de tout pouvoir de négociation.

Analyse. La qualité d'agent commercial est ainsi écartée compte tenu de l'absence de développement de la clientèle du donneur d'ordre (I.) et de tout pouvoir de négociation au profit de l'intermédiaire (II.).

I.- L'exclusion de la qualification d'agent commercial tenant à l'absence de développement de la clientèle du donneur d'ordre.

Bien que la définition de l'agent commercial n'y fasse pas expressément référence, l'activité de l'intermédiaire, en tant que diffuseur, consiste à développer la clientèle du donneur d'ordre (v. D. et N. Ferrier, Droit de la distribution, LexisNexis, 9^e éd. 2020, n° 66). L'intermédiaire cherchait, en l'espèce, à convaincre la Haute juridiction qu'il prêtait son concours à la conclusion de contrats de vente (de titres sociaux), comme le prévoit l'article L. 134-1 en visant la mission de conclusion de « *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* ». Or, il nous semble que c'était se tromper de cible : ce n'est pas tant la nature de l'opération à conclure entre le donneur d'ordre et les tiers prospectés – dont il nous semble que la liste de l'article L. 134-1 doit ne pas être considérée comme limitative – qui posait difficulté, que la qualité des prospects dans leurs rapports avec le donneur d'ordre. En effet, ces prospects étaient en l'espèce des investisseurs, et certainement des co-investisseurs, en vue de l'acquisition d'une entreprise déterminée ; par conséquent, ils n'étaient pas des clients du donneur d'ordre comme ne permettant pas l'écoulement de ses produits ou de ses services ; la clientèle du repreneur étant constituée, le cas échéant, par les acquéreurs des entreprises rachetées et redressées.

Cette solution paraît conforme à l'objet de la mission de l'agent commercial conçu comme un diffuseur. Elle a alors pour effet d'exclure du statut l'intermédiaire qui n'est pas chargé de développer la clientèle du donneur d'ordre ; en d'autres termes, et puisque le client est celui qui se fournit en biens ou services auprès d'un fournisseur moyennant le paiement d'un prix, la qualification devrait être exclue lorsque, dans les contrats dont l'intermédiaire a pour mission de favoriser la conclusion, le donneur d'ordre n'est pas débiteur de la prestation caractéristique mais du prix. Ainsi, ne serait pas agent commercial l'intermédiaire chargé de conclure des contrats de vente dans le cadre desquels le donneur d'ordre est acquéreur. Or, l'article L. 134-1, reprenant l'article 1^{er} de la directive n° 86/653/CE du 18 décembre 1986, vise non seulement les contrats « *de vente* » mais aussi « *d'achat* ». Faut-il alors inclure dans le champ du statut, les missions tendant à la conclusion de contrats portant sur le bien qui fera lui-même, ensuite, l'objet d'une revente ? Cette question mérite clarification ; ce qui paraît ne plus être le cas du pouvoir de négociation, dont les contours nouveaux semblent désormais tracés avec netteté.

II.- L'exclusion de la qualification d'agent commercial faute de pouvoir de négociation.

La Cour de cassation trouve, dans cette décision, une nouvelle occasion de se prononcer sur le pouvoir de négociation de l'agent, dans le prolongement de la décision Trendsetteuse (CJUE, 9^e ch., 4 juin 2020, n° C-828/18, Lettre distrib. 06/2020 et nos obs., Rev. conc., n° 3-2020, p. 107, obs. N. Ferrier) ayant consacré une conception extensive de ce pouvoir et à laquelle jurisprudence interne s'est conformée (Paris, 1^{er} oct. 2020, Lettre distrib. 11/2020 et nos obs. ; Com., 2 déc. 2020, n° 18-20.231, Lettre distrib. 01/2021).

Après interprétation du contrat, il a été en l'espèce considéré que l'intermédiaire n'avait pour fonction que de présenter au donneur d'ordre des investisseurs potentiels, ce qui est insuffisant à caractériser un pouvoir de négociation, qui suppose des actions positives de

l'intermédiaire tendant à convaincre les prospects de passer commande. Cette solution, conforme aux nouveaux contours du pouvoir de négociation que dessine la jurisprudence interne depuis l'intervention de la CJUE, doit être approuvée. En effet, la négociation suppose un minimum d'efforts de la part de l'intermédiaire pour permettre la conclusion du contrat. Si ces efforts n'impliquent plus nécessairement la faculté de modifier les prix ou les conditions contractuelles, ils ne peuvent simplement consister en une proposition de listes de contractants potentiels ou en une simple mise en contact (v. Com., 23 juin 2021, Lettre distrib. 07-08/2021 et nos obs. ; Grenoble, 25 févr. 2021, Lettre distrib. 04/2021 et nos obs.).

S. Brena

Points de vue pratiques

CJUE, 20 octobre 2022, aff. C-406/21

Retards de paiement, intérêts et indemnisation forfaitaire pour frais de recouvrement : interprétation conciliante de la CJUE

Faits. Le litige opposait, devant les juridictions finlandaises, un vendeur de livres à son acheteur à raison du règlement tardif de 135 factures. Ces factures avaient des dates d'échéances comprises entre le 10 avril 2015 et le 21 février 2018.

Ces échéances n'ayant pas été respectées, le vendeur prétendait être créancier à hauteur de 172,81 euros d'intérêts de retard ainsi que de 5.400 euros au titre d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, comme en dispose la réglementation finlandaise de transposition de la Directive 2011/7/UE concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales. Pour rappel, cette Directive instaure une « indemnisation pour les frais de recouvrement », visant le paiement exigible, sans qu'un rappel soit nécessaire, d'un montant forfaitaire minimum de 40 euros par facture réglée en retard, ainsi qu'une indemnisation raisonnable pour les autres frais de recouvrement, en sus du montant forfaitaire précité (art. 6 § 1 et 3).

De son côté, l'acheteur invoquait une pratique établie entre parties, courante dans le secteur de la librairie selon lui. Il en ressortait qu'au cours des 8 années de relation passée, le vendeur ne lui avait jamais facturé de sommes à ce titre, alors que les retards constatés, inférieurs à un mois, restaient raisonnables (de 2 jours à 3 semaines après l'échéance) et que les sommes dues avaient été *in fine* acquittées. Mais un tel moyen ne pouvait-il pas heurter les dispositions de la Directive et de la réglementation impérative finlandaise de transposition ? Pour mémoire, l'article 7 de cette Directive prévoit dans un § 2 « que toute clause contractuelle ou pratique excluant le versement d'intérêts pour retard de paiement est considérée comme manifestation abusive », et dans un § 3 qu'« une clause contractuelle ou une pratique excluant l'indemnisation pour les frais de recouvrement [indemnité forfaitaire et indemnisation des autres frais] est présumée être manifestation abusive ». Le litige parvenu au niveau de la juridiction suprême de Finlande, cette dernière devait poser à la CJUE deux questions préjudicielles. La première, que nous ne faisons qu'évoquer, bien qu'intéressante, portait sur le champ d'application *rationae temporis* des textes internes de transposition au titre de pratiques que nous dirons « à cheval » sur la période avant/après transposition (arrêt, pts 38 à 49). La deuxième portait sur l'interprétation de l'article 7, § 2 et 3 précités. Nous nous y consacrons.

Problème. L'article 7, § 2 et 3 de la Directive 2011/7 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une pratique en vertu de laquelle, pour des retards de paiement inférieurs à un mois, le créancier ne recouvre pas les intérêts pour retard de paiement ni l'indemnisation pour les frais de recouvrement, en contrepartie du paiement du montant principal des créances exigibles ?

Solution. Pour la CJUE, « l'article 7, paragraphes 2 et 3, de la directive 2011/7 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une pratique en vertu de laquelle, pour des retards de paiement inférieurs à un mois, le créancier ne recouvre pas les intérêts pour retard de paiement ni l'indemnisation pour les frais de recouvrement, en contrepartie du paiement du montant principal des créances exigibles, à la condition que, en agissant ainsi, le créancier a librement consenti à renoncer au versement des sommes dues au titre de ces intérêts et de cette indemnisation. » (pt 62). Au cas particulier, il appartiendra dès lors à la juridiction de renvoi, qui est seule compétente pour apprécier les faits, « de déterminer s'il peut être considéré que, par sa pratique

consistant à ne pas recouvrer les sommes correspondant à ces intérêts et à cette indemnisation, le créancier a librement consenti à renoncer au versement des sommes dues au titre de ces intérêts et de cette indemnisation, étant précisé qu'un tel consentement ne saurait être exprimé au moment de la conclusion du contrat en vertu duquel les paiements concernés étaient dus » (pt 61).

Observations. La solution est dictée par la finalité de l'article 7, § 2 et 3 de la directive 2011/7, qui est d'éviter que la renonciation par un créancier aux intérêts pour retard de paiement ou à l'indemnisation pour les frais de recouvrement n'intervienne dès la conclusion du contrat, c'est-à-dire lorsque la liberté contractuelle du créancier est exercée et qu'il existe un risque d'abus de cette liberté par le débiteur au détriment du créancier (CJUE, 16 février 2017, C-555/14, pt 30) (pt 57).

L'arrêt enseigne que « lorsque les conditions prévues par la directive 2011/7 sont réunies et que les intérêts pour retard de paiement ainsi que l'indemnisation pour les frais de recouvrement sont exigibles, un créancier doit rester libre, compte tenu de sa liberté contractuelle, de renoncer au versement des sommes dues au titre de ces intérêts et de cette indemnisation, notamment en contrepartie du paiement immédiat du montant principal ». Cela est, par ailleurs, confirmé au considérant 16 de la directive, lequel précise que celle-ci ne devrait pas obliger un créancier à exiger le versement d'intérêts pour retard de paiement (CJUE, 16 févr. 2017, préc., pts 31 et 32) (arrêt, point 58). Cependant, « une telle renonciation est subordonnée à la condition qu'elle ait été consentie de manière effectivement libre, de telle sorte qu'elle ne doit pas constituer un abus de la liberté contractuelle du créancier qui serait imputable au débiteur » (CJUE, 16 févr. 2017, préc., pts 33 et 34) (arrêt, point 59).

Cette interprétation concilie l'objectif d'un paiement rapide et la nécessité de préservation de la relation malgré le défaut de ponctualité du débiteur à s'acquitter de sa dette. La faculté de renonciation étant ainsi reconnue et ses conditions fixées, la solution vise les situations dans lesquelles il existe bel et bien entre les parties une « pratique » antérieure établie, consistant à ne pas réclamer les intérêts pour retard de paiement ou l'indemnisation pour les frais de recouvrement (des faveurs intermittentes, quand bien même fréquentes, n'y suffisant pas) et où les paiements interviennent dans un délai raisonnable, moyennant un retard inférieur à un mois. En outre, à la lecture de l'arrêt, rien ne semble permettre d'étendre cette dernière au-delà d'un tel retard, quand bien même moyennant une renonciation répondant aux autres conditions fixées par la CJUE. Pour rappel, la renonciation est un acte unilatéral abdicatif reposant, au vu de notre jurisprudence interne, sur des actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer (Civ. 2, 10 mars 2005, n° 03-11.302). De notre point de vue, cette faculté de renonciation ainsi encadrée devrait être inopérante dans le cas où, intervenue dans l'expectative d'un paiement à intervenir bien qu'avec retard, elle est suivie d'un défaut de paiement pur et simple.

L'éclairage donné par la CJUE invite à déplacer nos interrogations vers notre droit interne en matière de lutte contre les retards de paiement, s'agissant là d'une réglementation impérative (rapp. Com., 17 avr. 2019, n° 18-11.280, Lettre distrib. 05/2019 ; Civ. 3^e, 30 sept. 2015, n° 14-19.249, Lettre distrib. 10/2015). Sur un plan obligationnel, l'on comprend que le créancier qui, renonçant à mettre en œuvre les droits que lui concède la Directive à facturer des intérêts de retard ou des indemnités forfaitaires à raison d'un paiement tardif, en contrepartie du paiement du montant principal des créances exigibles, ne sera plus en droit de le faire alors que son débiteur s'est exécuté. La tentation à ce faire pourrait notamment se rencontrer chez tel fournisseur qui, lassé des innombrables attermoissements de son client lorsqu'il s'agit de s'acquitter de sa dette, envisagerait d'exiger rétrospectivement un rattrapage des intérêts ou indemnités précités, dans une démarche de rappel à l'ordre. Elle peut aussi se présenter lors d'un règlement de compte entre parties, suite par exemple à l'arrêt de relation commerciale. Dès lors, au vu de l'affaire rapportée et même si la renonciation ne se présume pas, le fournisseur pourrait opportunément songer à signaler de temps à autres, par voie d'écrit, que ses faveurs ne remettent pas en cause les droits qu'il détient aux termes des articles L. 441-9 I al 5 (facturation) et L. 441-10 II (délais du paiement) C. com. A tout le moins et de manière moins comminatoire, il pourrait préciser dans ses CGV que le fait de ne pas avoir réclamé tout intérêt retard de paiement ou d'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, ne saurait s'analyser en une renonciation à titre.

L'interprétation de la CJUE est aussi à prendre en compte au plan de l'appréciation des risques de sanction administrative à l'issue de contrôles de conformité des pratiques aux dispositions du Code de commerce, prévoyant notamment l'indemnité forfaitaire de 40 euros dans le cadre de la transposition de la Directive 2011/7 (cf. art. 121 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 et décret n° 2012-1115 du 2 octobre 2012). L'on se souvient qu'à l'occasion d'un jeu de questions/réponses

Points de vue pratiques

du mois de juillet 2013 consacré à l'indemnité forfaitaire pour retard de paiement, la DGCCRF avait adopté une position assez stricte sur la question du versement de l'indemnité en question. A la question « 1/ La mention de l'indemnité sur les conditions générales de vente (CGV) et les factures et son versement en cas de retard sont-ils obligatoires lorsque la relation commerciale avec le client est bonne ? », elle avait répondu « Oui, la mention obligatoire de cette indemnité et de son montant dans les CGV et sur les factures est obligatoire. L'indemnité est due dès le premier jour de retard de paiement, même dans le cadre d'une relation commerciale non conflictuelle ». Par la suite, l'évocation en question/réponse n° 19, de ce que le plafond des amendes mentionnées aux articles L. 441-6 et L. 441-4 C. com. devait être multiplié par 5 concernant les personnes morales (C. pén., art. 131-38), « comme pour toute amende pénale » (amende administrative depuis lors. Cf. art L. 441-16 C.com), laissait entendre qu'était sanctionnable le défaut de « versement », expressément visé en question n° 1, de l'indemnité précitée. La position des services du Ministre se voulait de la sorte moins souple que celle de la CEPC, trois ans plus tôt, à l'occasion de l'avis n° 10-08 relatif à la pratique d'un créancier consistant à ne pas exiger le paiement des pénalités de retard de paiement. L'arrêt de la CJUE donne donc à l'Administration une occasion de modifier sur ce point son jeu de question/réponse précité si elle l'estime souhaitable. Ne pourrait-il pas aussi offrir un point de départ à d'autres réflexions sous l'angle de la réglementation des délais de paiement ?

Enfin, nous rappellerons que les pénalités de retard de paiement tout comme l'indemnité pour frais de recouvrement sont, pour la détermination du résultat imposable, rattachables à l'exercice de leur encaissement ou de leur paiement (CGI. Art. 237 sexies et BOI-BIC-BASE-20-10, n° 230). Cette règle a pour avantage d'éviter que les fournisseurs soient imposés sur des produits non perçus lorsque les pénalités ou frais précités ne sont pas réclamés au client. On se souvient que le caractère exigible des pénalités (les indemnités pour frais de recouvrement ayant été introduites ultérieurement dans le Code de commerce) avait, aux lendemains de la loi NRE du 15 mai 2001, causé quelques tourments aux créanciers (Lettre distrib. 03/2009, nos obs ; Lettre distr. 02/2005). Bien que non réclamées par ces derniers, ces pénalités n'en constituaient pas moins alors des produits. L'article 237 sexies du CGI y a remédié. Sur ce dernier sujet, évoqué pour mémoire et qui n'est plus problématique, l'arrêt de la CJUE ne nous semble pas impactant.

J-M. Vertut

CJUE, 13 octobre 2022, aff. C-593/21

Le droit à indemnité de fin de contrat du sous-agent commercial n'est pas toujours équitable

Faits. En vertu d'un contrat d'agence commerciale, la société Poensgen confie à la société Herios le droit exclusif de commercialiser ses produits sur les territoires de la Belgique, de la France et du Luxembourg. Herios conclut, à son tour, un contrat d'agence commerciale avec NY, lequel devient son sous-agent chargé de négocier les produits de Poensgen sur les territoires susvisés.

Le 8 juin 2016, Poensgen notifie la résiliation du contrat d'agent commercial conclu avec Herios. Les relations contractuelles prennent fin le 31 décembre 2016. Le 23 février 2017, Herios notifie à NY la résiliation du contrat les liant, en raison de la cessation du contrat principal rendant impossible la poursuite de leur relation. Dans l'intervalle, NY conclut un contrat d'agent commercial directement avec Poensgen.

Herios et Poensgen s'accordent sur le paiement d'une indemnité de fin de contrat au profit de Herios. NY estimant avoir également droit à indemnisation au titre des nouveaux clients développés au profit de Herios, assigne celle-ci devant la juridiction Belge compétente.

Le jugement de première instance fait droit à la demande de NY. En revanche, la Cour d'appel de Liège réforme ce jugement au motif que l'indemnité d'éviction attribuée à Helios ne constitue pas un « avantage substantiel », pour l'agent principal, au sens de l'article 17 paragraphe 2, sous a) de la Directive 86/653/CE du Conseil du 18 décembre 1986. NY introduit un pourvoi devant la Cour de cassation de Belgique.

Problème. L'article 17 de la Directive a laissé le choix aux Etats membres, en cas de cessation du contrat, d'octroyer à l'agent commercial le droit :

- soit à une indemnité due (i) si l'agent a apporté de nouveaux clients au commettant ou développé sensiblement les opérations avec les clients existants et le commettant a encore des avantages substantiels résultant des opérations avec ces clients et (ii) si le paiement de cette indemnité est équitable compte tenu de toutes les circonstances (paragraphe 2 de l'article 17),

- soit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant (paragraphe 3 de l'article 17).

Contrairement à la France, la Belgique a privilégié la première option et

transposé les dispositions du paragraphe 2, sous a) de l'article 17 de la Directive dans les termes suivants : « Après la cessation du contrat d'agence commerciale, l'agent commercial a droit à une indemnité d'éviction lorsqu'il a apporté de nouveaux clients au commettant ou a développé sensiblement les affaires avec la clientèle existante, pour autant que cette activité puisse encore procurer des avantages substantiels au commettant. ».

A la lumière de ces dispositions, la Cour de cassation de Belgique a décidé de sursoir à statuer et de poser à la CJUE la question préjudicielle suivante : « L'article 17, paragraphe 2, sous a), premier tiret de la Directive 86/653 doit-il être interprété en ce sens que, dans une situation telle que celle en cause, l'indemnité d'éviction due à l'agent principal dans la mesure de la clientèle apportée par le sous-agent n'est pas un « avantage substantiel » procuré à l'agent principal ? ».

Solution. A la question de savoir si l'indemnité d'éviction constitue un « avantage substantiel » pour l'agent principal, la CJUE répond positivement : « Il découle de l'emploi des termes 'encore' et 'substantiels', ainsi que de la précision selon laquelle les avantages que perçoit le commettant doivent résulter des opérations avec les clients apportés par l'agent ou qui ont été sensiblement développés par celui-ci, que le commettant doit profiter, après la cessation du contrat, d'un avantage qui revêt, d'une part une certaine importance et qui d'autre part, est en lien avec les prestations antérieures de l'agent. En revanche, le libellé de ladite disposition n'apporte aucune précision sur la nature de cet avantage. Il s'ensuit que la notion 'd'avantages substantiels' visée à l'article 17, paragraphe 2, sous a), premier tiret, de la Directive 86/653 est susceptible d'englober tous les bénéfices que le commettant tire des efforts de l'agent après la cessation du contrat, y compris l'indemnité d'éviction que celui-ci a perçue de son propre commettant. ». Toutefois, afin de donner à la juridiction de renvoi une réponse complète, la Cour rappelle que les circonstances factuelles peuvent conduire les juges à considérer que le paiement d'une indemnité d'éviction au sous-agent est inéquitable, ce caractère équitable étant une « condition sine qua non du paiement de cette indemnité aux termes de l'article 17, paragraphe 2, sous a), second tiret de la Directive 86/653 ».

La CJUE en conclut que : « L'article 17, paragraphe 2, sous a), de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, doit être interprété en ce sens que : l'indemnité d'éviction qui a été versée par le commettant à l'agent principal dans la mesure de la clientèle apportée par le sous-agent est susceptible de constituer, dans le chef de l'agent principal, un avantage substantiel. Toutefois, le paiement d'une indemnité d'éviction au sous-agent est susceptible d'être considéré comme étant inéquitable, au sens de cette disposition, lorsque celui-ci poursuit ses activités d'agent commercial à l'égard des mêmes clients et pour les mêmes produits, mais dans le cadre d'une relation directe avec le commettant principal et ce, en remplacement de l'agent principal qui l'avait précédemment engagé. ».

Analyse. La solution de principe retenue par la CJUE est parfaitement fondée. Il est, en effet, légitime que le sous-agent puisse être également indemnisé, au titre de l'apport de clientèle qu'il a contribué à développer, lorsque le mandant verse à l'agent principal une indemnité de fin de contrat. Ce principe a vocation à s'appliquer quelle que soit l'option indemnitaire (paragraphe 2 ou 3 de l'article 17 de la Directive). En effet, l'exigence d'un avantage substantiel procuré au mandant, par l'activité de l'agent, est commune à ces deux paragraphes. L'indemnité de fin de contrat étant constitutive, selon l'arrêt sous commentaire, d'un tel avantage substantiel, le sous-agent doit pouvoir, dans les deux cas, revendiquer paiement d'une telle indemnité auprès de l'agent principal.

Toutefois, ce droit n'est pas automatique et peut être écarté lorsque des circonstances de faits conduisent les juges à considérer le versement d'une telle indemnité inéquitable au sens du paragraphe 2, sous a) de l'article 17 de la Directive. En effet, ces dispositions prévoient expressément que le paiement de cette indemnité doit être équitable, compte tenu de toutes les circonstances, notamment des commissions que l'agent perd et qui résultent des opérations avec ces clients. En l'occurrence, il apparaît logique de considérer que le sous-agent n'a subi « aucune conséquence négative de la cessation de son contrat d'agence commerciale avec cet agent principal » (pt. 39 de l'arrêt) et, donc, aucun préjudice, en lien avec la rupture du contrat de sous-agence, dès lors que ce dernier a poursuivi une activité identique, avec les mêmes clients, dans le cadre d'une relation directe avec le mandant. La question se pose, toutefois, de savoir si le caractère inéquitable du paiement de l'indemnité doit être systématiquement sanctionné par un rejet total de la demande du sous-agent ou, peut, en fonction des cas, donner lieu à une simple modulation de son montant. On peut également se demander si cette exception au principe du droit à indemnité du sous-agent, fondée sur l'équité, est pleinement transposable dans les Etats ayant fait le choix de la réparation du préjudice au sens du paragraphe 3 de la Directive. En effet, cette notion d'équité n'est visée expressément qu'au seul paragraphe 2 de l'article 17.

N. Lefeuve-Roumanos

Points de vue pratiques

CA Paris, 27 octobre 2022, n° 19/01229

Agent commercial « Petit Futé » : voyage judiciaire gâché !

Faits. L'éditeur des guides de voyage Petit Futé (« NEU ») confie la commercialisation des espaces publicitaires du guide dédié à l'île de la Réunion à un entrepreneur individuel. Chaque année pendant sept ans, un « protocole » est conclu pour la parution dudit guide. Après cinq ans de relations commerciales, cet indépendant saisit le Tribunal de commerce de Paris afin d'obtenir : l'application du statut d'agent commercial, la résiliation du contrat en cours aux torts exclusifs de la société NEU et le versement des indemnités de cessation des relations et de préavis. Le Tribunal écarte ces demandes au motif que le statut d'agent commercial est inapplicable, le pouvoir de négociation n'étant pas démontré. Profitant de cette décision, l'éditeur décide de ne pas renouveler le contrat annuel et rompt les relations.

A titre liminaire, relevons que la Cour d'appel retient l'application du statut et s'inscrit, pour ce faire, dans la droite ligne de la décision de la CJUE du 4 juin 2020 dès lors « qu'il importe peu que l'agent commercial ne conclut pas lui-même les contrats qu'il est chargé de négocier. En outre, la mission de négociation ne s'entend pas exclusivement du pouvoir de modifier les prix des produits ou services mais consiste à faire en sorte que l'offre du mandant reçoive une acceptation du client, ce qui peut être caractérisé par le démarchage de la clientèle, l'orientation de son choix en fonction de ses besoins, sa fidélisation par des actions commerciales ».

Outre la question de la qualification des relations, cette décision s'intéresse aux fautes reprochées par l'agent à son mandant ainsi qu'aux répercussions et conséquences de la procédure judiciaire sur le lien contractuel.

Problème 1. Parmi les fautes reprochées au mandant, l'agent soutient notamment – et principalement – que ce dernier a violé l'exclusivité territoriale qui lui était concédée. Ce à quoi le mandant oppose la clause du contrat excluant au contraire toute exclusivité.

Solution. La Cour écarte la demande de l'agent dès lors que « l'exclusivité territoriale ne résulte pas du statut d'agent commercial, les parties pouvant prévoir des clauses contraaires [...] La zone de prospection du régisseur est sur le territoire de la REUNION [...] Le Régisseur n'est pas habilité à signer pour cette édition des ordres d'insertion avec des annonceurs dont le siège est situé en dehors de la REUNION sauf accord préalable de l'Editeur. Par ailleurs, des ordres de publicité, signés dans le cadre d'accords internationaux, nationaux ou extra-locaux, par une autre personne que le Régisseur pourront être insérés dans le guide par l'Editeur, sans que le Régisseur puisse prétendre à une quelconque rémunération sur ces ordres ». Cette rédaction « signifie qu'il ne bénéficie d'aucune exclusivité sur ce territoire. Cette absence d'exclusivité est confirmée par le fait que le Régisseur ne peut prétendre à une quelconque rémunération des ordres de publicité, signés dans le cadre d'accords internationaux, nationaux ou extra-locaux, par une autre personne ».

Observations. Cette solution est classique. Le statut légal ne fait nullement référence à l'exclusivité au bénéfice de l'agent et s'intéresse uniquement à la question du droit à rémunération (commissions directes et indirectes) lorsqu'un territoire ou une catégorie de clients est accordé (art. L 134-6 C.com) ; disposition légale supplétive de la volonté des parties. L'exclusivité, si elle est par ailleurs accordée, résulte donc de la volonté des parties et non de la loi. La sécurisation contractuelle du mandant impose de définir le périmètre – et donc les limites et exclusions – de ce monopole ; monopole qui interdit au mandant de prospecter le territoire de l'agent sauf à se mettre en faute et à devoir l'indemnité. Ici, l'agent reprochait principalement au mandant le non-respect de cette exclusivité territoriale dès lors qu'un autre agent collaborait avec Air Austral, compagnie aérienne réunionnaise. Mais c'était faire fi des exclusions prévues par le contrat.

Problème 2. Le mandant affirme de son côté que la procédure judiciaire a eu des répercussions négatives justifiant le non-renouvellement du contrat du fait de l'agent. Mais ce non-renouvellement du contrat d'agent commercial ouvre en principe droit à l'indemnité pour l'agent.

Solution. Pour la Cour « il y a [effectivement] lieu de constater que la procédure judiciaire a porté atteinte au mandat d'intérêt commun et a entraîné, à l'initiative de M. [N] une perte de confiance entre les cocontractants. Cette attitude caractérise une faute grave de l'agent commercial justifiant que le contrat ne soit pas renouvelé et exclut tout droit à indemnisation pour ce dernier ».

Observations. N'est donc pas reproché à l'agent le simple fait d'initier l'action en résiliation judiciaire du contrat aux torts du mandant mais son attitude pendant la durée de la procédure, alors même que le contrat était en cours. La Cour relève ainsi que l'agent a souhaité imposer ses vues contractuelles alors que le Tribunal saisi n'avait pas encore tranché le litige. Par exemple, s'adressant à l'autre agent qui intervenait sur un client qu'il considérait exclusif « je suis parfaitement habilité à vendre

des prestations à Air Austral, comme l'indique mon contrat, mais aussi les affirmations du conseil de JPL dans ses Conclusions en Défense [...] ce n'est alors certainement pas toi qui m'empêchera de le faire. Je te prie de cesser d'interférer dans ma prospection sur la zone géographique qui m'a été attribuée et me réserve le droit d'utiliser tous les moyens légaux pour mettre un terme à ce détournement de clientèle ». De même, vis-à-vis des salariés du mandant, l'agent refusait de remplir certaines tâches au motif qu'il ne ferait « plus aucun cadeau » voire confirmait qu'il n'avait « pas de meilleur choix que de récolter le maximum de faits et d'écrits démontrant les défaillances du Petit Futé me portant préjudice, afin de sauvegarder mes propres intérêts... » Solliciter la rupture du contrat en cours aux torts de l'autre partie est envisageable mais nécessite de poursuivre les relations comme si de rien n'était pour faire vivre l'intérêt commun. Et donc d'être un minimum « fûté ». Pas évident néanmoins...

A. Louvet

CA Nancy, 5 octobre 2022, n° 22/01549

Illécitité d'une clause de non-concurrence contenue dans un contrat de location-gérance

Faits. La société Carrefour Proximité France avait confié l'exploitation d'un fonds de commerce d'alimentation générale sous enseigne « Carrefour express » à un locataire-gérant. Ce dernier avait conclu trois contrats avec la société Carrefour Proximité France : (i) un contrat de location-gérance avec la stipulation expresse que le fonds devait être exploité sous enseigne Carrefour Express, (ii) un contrat de franchise mentionnant qu'en cas de résiliation de la location gérance, ce contrat serait également résilié de plein droit, (iii) un contrat d'approvisionnement avec le groupe Carrefour.

Le contrat de location-gérance comportait une clause de non-concurrence interdisant le preneur, à son expiration, d'exploiter un fonds de commerce de même nature pendant un délai de cinq années à compter de la résiliation, dans un rayon de 5 kilomètres à vol d'oiseau du fonds loué en milieu urbain et 15 km en milieu rural. Suite à la résiliation par la société Carrefour du contrat de location-gérance, l'ancien exploitant avait ouvert un fonds de commerce en violation de la clause. La société Carrefour l'a assigné devant le juge des référés afin de faire ordonner la fermeture du fonds litigieux. Le juge de première instance ayant fait droit à cette demande, l'ancien exploitant a formé appel arguant que le juge des référés ne pouvait se prononcer si la licéité de la clause n'apparaissait pas avec évidence.

La question posée à la Cour était de savoir si la clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de location-gérance conclu simultanément avec un contrat de franchise et d'approvisionnement exclusif pour l'exploitation du fonds devait respecter les dispositions d'ordre public visées aux articles L341-1 et L341-2 du Code de commerce ?

La solution posée par la Cour, statuant en référé, est « l'article L 341-1 s'applique à l'ensemble des contrats ayant pour but commun l'exploitation d'un magasin de commerce de détail. Par ailleurs, le texte exclut certains contrats de son champ d'application (bail commercial, contrat de société civile, commerciale ou coopérative), cette exclusion étant inutile si les dispositions sont applicables uniquement aux contrats de distribution et, en outre, le contrat de location-gérance n'est pas mentionné [...] la licéité de la clause, au regard des dispositions des articles L 341-1 et L 341-2 du code de commerce n'apparaît pas avec l'évidence requise devant le juge des référés. L'ordonnance entreprise sera en conséquence infirmée ».

Analyse. La loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « Loi Macron ») est venue insérer un Titre IV « des réseaux de distribution » instaurant, à travers les articles L 341-1 et L 341-2 du Code de commerce, un droit spécial des contrats de distribution dans le commerce de détail. Ce dispositif a été adopté afin de « renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes par les magasins indépendants » (Commission des affaires économiques, F. Brottes). Il instaure une nullité de principe des clauses de non-concurrence dans les contrats de distribution relatifs au commerce de détail, sauf si elles respectent les conditions cumulatives suivantes « 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat [...] ; 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat [...] ; 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat [...] ; 4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1. ». En l'espèce, la clause contenue dans le contrat de location-gérance, stipulée pour cinq ans et dans un rayon de 5 kilomètres ne respectait pas ces conditions.

Points de vue pratiques

Les contrats concernés sont « l'ensemble des contrats [...] ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale », à l'exclusion expresse du contrat de bail, du contrat d'association et du contrat de société civile, commercial ou coopérative (art. L 341-1). L'exigence d'un « but commun » des contrats renvoie à la notion d'ensemble contractuel ou de groupe de contrats, et par là-même à celle d'« indivisibilité » ou d'« interdépendance ». Si une approche subjective de l'indivisibilité, reposant sur la volonté contractuelle à long terme primée, la Cour de cassation est venue consacrer une approche objective de l'indivisibilité selon laquelle plusieurs contrats concourant à la même opération économique sont réputés indivisibles, nonobstant toute clause écrite contraire (Cass. Ch. Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.768 et 11-22.927). L'article L341-1 instaure une indivisibilité objective entre les contrats ayant pour but l'exploitation d'un magasin de commerce de détail. Or, les contrats de franchise et de location-gérance sont régulièrement considérés comme indivisibles (Paris, 5-4, 29 juin 2022, n°18/19812 ; Paris, 5-3, 12 janv. 2022, n° 19/19800). En outre, en l'espèce, cette indivisibilité relevait des conventions puisque l'arrêt précise que la résiliation du contrat de location-gérance entraînait de plein droit celle du contrat de franchise. Ainsi, en l'espèce, les contrats de franchise et de location-gérance ayant pour but commun l'exploitation d'un commerce de détail, la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de location-gérance devait répondre aux conditions posées par l'article L 341-2 pour être licite. Les juges du fond ne devraient pas adopter une solution contraire.

K. Biancone

CA Rennes, 4 octobre 2022, n° 19/06622

Franchise : fin de contrat chahuté

Faits. Le 11 décembre 2012, les sociétés CARON PISCINES (franchiseur) et BELLES PISCINES (franchisé) ont signé un contrat de franchise pour une durée de 5 ans tacitement reconductible sauf dénonciation avec un préavis de 6 mois. Le 2 juin 2017, le franchisé adressait au franchiseur un courrier de résiliation avec prise d'effet au 11 décembre 2017. Le 6 juin 2017, le franchiseur accusait réception au franchisé de son courrier de résiliation. En octobre 2017, le franchisé a assigné son franchiseur devant le Tribunal de commerce de Nantes aux fins de voir prononcer la résiliation du contrat de franchise à ses torts, de voir déclarer nulle la clause de non réaffiliation post-contractuelle et de voir le franchiseur condamné à lui payer des dommages et intérêts. La juridiction consulaire a, en substance, estimé que la clause de non-réaffiliation ne remplissait pas les conditions cumulatives de L. 341-2 C. com. et qu'en conséquence elle était nulle et de nul effet, condamné l'ancien franchisé à régler les redevances dues et débouté celui-ci de l'ensemble de ses autres demandes. Le franchisé a interjeté appel dudit jugement.

Premier problème. L'ancien franchisé souhaitait voir juger que la résiliation du contrat était intervenue aux torts et griefs exclusifs du franchiseur.

Solution. La Cour d'appel de Rennes rejette sèchement cette demande en les termes - au demeurant fort logiques - suivants : « Le contrat (...) conclu le 11 décembre 2012 arrivait à échéance le 11 décembre 2017. Il était dénonçable (...) 6 mois avant cette date. Par courrier (...) du 2 juin 2017, [le franchisé] a informé [le franchiseur] de "notre souhait de mettre un terme à notre contrat de franchise qui arrive à échéance au 11 décembre 2017". Par courrier du 6 juin 2017, [le franchiseur] a pris acte de "la résiliation du contrat". Les termes de ces échanges (...) ont fixé le cadre de la résiliation. [Le franchisé] n'a pas entendu résilier le contrat pour inexécution mais simplement ne pas le renouveler à sa date d'échéance, comme la convention le lui permettait du moment [qu'il] respectait un préavis de 6 mois. Dès lors, [il] doit être débouté de sa demande (...). Il en résulte deux conséquences : les redevances mensuelles d'assistance prévues par le contrat de franchise sont dues ; les éventuelles inexécutions par [le franchiseur] de ses obligations contractuelles ne peuvent donner lieu qu'à l'octroi de dommages et intérêts ».

Deuxième problème. L'ancien franchisé souhaitait voir juger que le franchiseur avait engagé sa responsabilité contractuelle en violant son obligation d'assistance, manquement ouvrant droit à réparation.

Solution. La Cour commence par observer que si le contrat prévoit « classiquement que le franchisé est tenu de se fournir auprès [du franchiseur] ou de fournisseurs que cette dernière aura agréé », en revanche, « plus étonnamment, il ne prévoit pas d'assistance technique spécifique, alors même qu'il contient plusieurs clauses sur l'existence d'un savoir-faire "substantiel" et original, contenu dans un manuel allant être, selon la convention, remis au franchisé ». Avant d'en déduire que « Pour autant, compte tenu de la matière, le contrat de franchise impliquait nécessairement l'existence d'une assistance technique ». Elle se livre ensuite à un examen détaillé de chacun des manquements

prétendus à l'obligation d'assistance (absence de prise en charge d'électrolyseurs défaillants, absence de prise en charge de liners défaillants, retards de livraison, mise en place d'un logiciel défaillant de gestion du site internet). Au terme d'une analyse établissant les manquements du franchiseur, elle conclut qu'« en l'absence de toute certitude sur l'origine de certains désordres invoqués dans les factures (les liners par exemple), sur l'existence de délais de livraison contractuellement fixés, de toute production des comptes annuels 2017 et 2018, qui auraient pu permettre éventuellement de déterminer les conséquences des manquements allégués (perte de marge, baisse du chiffre d'affaires ...), ces factures ne peuvent être retenues comme la preuve incontestable du préjudice subi par [le franchisé] du fait des manquements contractuels relevés contre [le franchiseur]. Ces manquements sont en effet certains mais ont été limités. Il est toutefois incontestable qu'ils ont causé un préjudice tout à la fois matériel, d'organisation et d'image, les futurs marchés d'un pisciniste trouvant leur source dans la satisfaction de ses clients antérieurs et un certain nombre d'entre eux s'étant trouvés mécontents, ainsi qu'il en a été justifié ».

Troisième problème. La rédaction de l'arrêt étant assez trouble sur ce point, il semble que le franchisé souhaitait voir juger « nulle la clause de non-réaffiliation » et ce, alors même que le Tribunal lui avait donné raison.

Solution. La Cour confirme la solution des premiers juges. Elle observe d'abord que « la clause de non-réaffiliation contractuelle est limitée dans le temps (une année) et dans l'espace (les trois départements sur lesquels portaient le contrat de franchise). Toutefois, les dispositions de l'article L. 341-1 (sic) du code de commerce prévoient qu'une telle clause doit être indispensable à la protection d'un savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat de franchise ». Puis, confrontant la disposition précitée à l'espèce, estime que « certes, [le franchisé], en signant le contrat de franchise, a reconnu l'existence de ce savoir-faire. Pour autant, il a été relevé plus haut que celui-ci se transmettait par la simple remise d'un manuel, sans assistance technique, et les motifs précédents ont révélé que les éléments de piscine mis en œuvre par les franchisés étaient commandés par le franchiseur auprès de différents fournisseurs présents sur le marché. D'autre part, [le franchiseur] justifie que son savoir-faire spécifique est protégé par sept brevets, interdisant dès lors l'appropriation de ses recherches par un tiers ». Avant d'en conclure qu'« il n'est donc pas démontré que la clause de non réaffiliation incluse au contrat de franchise soit indispensable à la protection de son savoir-faire substantiel, spécifique et secret et le jugement est confirmé en ce qu'il a prononcé la nullité de cette clause ». La motivation peine à convaincre, ne serait-ce que parce que la référence à l'article L. 341-2 C. com. ne s'imposait pas en l'espèce, faute d'applicabilité temporelle (en ce sens, voir Com., 16 févr. 2022, n° 20-20.429).

S. Destours

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-16.169

Contrat de distribution conclu par le cédant du fonds de commerce : responsabilité du cessionnaire ?

Les faits. La société B conclue en 2016 un accord de distribution exclusive avec la société Bv. En 2018, elle cède son fonds de commerce à la société de droit belge B international. Au cours des mois suivants l'acquisition du fonds, le distributeur Bv passe commande de produits auprès du cessionnaire qui les lui livre et les facture et des négociations sont engagées des négociations en vue de la conclusion d'un nouveau contrat de distribution. Puis la société B international informe la société Bv qu'elle ne signera pas de contrat de distribution et ne pourra donc plus recevoir de commande de sa part. N'ayant pas obtenu la reprise des livraisons, la société Bv assigne en indemnisation la société B cédante du fonds de commerce avec laquelle elle avait contracté ainsi que l'acquéreur du fonds B international. La société B cédante est par la suite placée en liquidation judiciaire. Le cessionnaire B international est mis hors de cause par la Cour d'appel (Paris 3 mars 2021), décision ici attaquée par l'ancien distributeur.

Le problème. Le cessionnaire du fonds engage-t-il sa responsabilité du fait de la non-poursuite des contrats de distribution conclus par son vendeur ? L'ancien distributeur fonde son pourvoi sur deux moyens : une responsabilité directe de l'acquéreur du fonds et de la marque incluse dans la cession au titre de l'obligation qui serait la sienne de respecter les droits grevant cette marque ; une responsabilité par complicité de la faute commise par le vendeur du fonds ayant cessé l'exécution du contrat.

Discussion.

1.- L'acquéreur du fonds avait-il l'obligation de poursuivre les contrats de distributions conclus par son vendeur ?

Lors de la cession d'un fonds de commerce, les contrats ne sont pas

Points de vue pratiques

automatiquement transférés, à l'exception du droit au bail, des contrats d'assurance, des contrats d'édition et des contrats de travail. Constatant que la cession du fonds de commerce emportait également cession de la marque sous laquelle les produits étaient distribués, l'ancien distributeur avance un argument tenant au droit des marques au soutien de l'existence d'une telle obligation légale de poursuite par l'acquéreur du fonds de commerce du contrat de distribution dès lors que celui-ci incluait, comme c'est souvent le cas, une licence de marque. De fait, l'article L714-1 C. propr. intell. pose le principe de la transmissibilité des droits attachés à une marque. La Cour apporte une réponse clairement négative sur ce point : « *La cession d'un fonds de commerce comprenant la cession de la propriété des droits sur des marques n'emporte pas cession du contrat de distribution exclusive des produits revêtus de ces marques* ».

Parallèlement à l'absence d'obligation légale, la Cour de cassation confirme l'absence d'engagement contractuel à la poursuite du contrat de distribution auquel serait tenu l'acquéreur du fonds de commerce. La cour d'appel avait en effet constaté que l'acte de cession du fonds de commerce ne mentionnait pas le contrat de distribution litigieux et qu'après la cession du fonds, des négociations avaient eu lieu avec la société BV en vue de conclure un nouveau contrat de distribution mais que l'acquéreur du fonds avait ensuite indiqué à la société Bv qu'elle ne pouvait s'engager à signer un contrat de distribution avec elle. « *En l'état de ces constatations et appréciations, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que le contrat de distribution signé le 10 octobre 2016 n'était pas inclus dans la cession du fonds de commerce intervenue au profit de la société B international.* ».

La voie de l'obligation de poursuite du contrat étant fermée, le distributeur évincé se tourne vers la complicité.

2.- La responsabilité de l'acquéreur du fonds complice de l'inexécution par le cédant de ses engagements contractuel ?

L'ancien distributeur faisait valoir « *qu'après lui avoir concédé pour une durée de cinq ans courant jusqu'en 2021 le droit exclusif de distribuer en France auprès des magasins "bio" les produits cosmétiques conçus et fabriqués sous ses propres marques, la société B avait cédé à la société de droit belge B international son fonds de commerce, incluant les droits de propriété sur ses marques et brevets et l'intégralité de son stock, de sorte que ces deux sociétés, agissant ainsi de concert, avaient sciemment fait en sorte d'empêcher l'exécution jusqu'à son terme du contrat de distribution exclusive convenu au bénéfice de la société Bv et de permettre à la société B international de commercialiser directement, au mépris de l'exclusivité contractée en faveur du distributeur, les produits concernés par ce contrat de distribution exclusive* ».

La Cour de cassation retient l'argument de la complicité dans l'inexécution du contrat et de la responsabilité délictuelle qui en découle : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* ». (Art 1200 du code civil), ce dont il résulte que « *le tiers à un contrat qui se rend complice de la violation par une partie de ses obligations contractuelles engage sa responsabilité délictuelle* ». Elle casse alors l'arrêt d'appel : « *En se déterminant ainsi, sans rechercher si la société B international n'avait pas connaissance, lors de l'acquisition du fonds de commerce, de l'accord de distribution exclusive conclu par la société B. et si elle ne s'était pas sciemment rendue complice de l'inexécution de cet accord par la société B., la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Convient-il de généraliser cette solution qui ferait porter sur les acquéreurs de fonds de commerce un risque conséquent, les obligeant, avant l'acquisition du fonds de commerce, à identifier les contrats conclus antérieurement par leur vendeur (les licences n'étant pas nécessairement inscrites au registre des marques), à s'assurer de leur sort et à prévoir dans l'acte des garanties spécifiques à cet égard ? La Cour de cassation invite la cour de renvoi à rechercher deux éléments : L'acquéreur avait-il eu connaissance de l'existence de l'accord de distribution ? Mais aussi s'était-il « *sciemment rendu complice* » de l'inexécution de cet accord par le cédant ? La simple connaissance de l'existence du contrat ne devrait donc pas suffire. L'acquéreur devrait-il donc s'assurer que le cédant sera en mesure de poursuivre l'exécution des contrats ou, dans la mesure où le cédant ne disposera plus des moyens de l'exécuter du fait de la cession, d'y mettre fin dans le respect des règles applicables ? Dans cette affaire, le distributeur évincé semble évoquer une manœuvre des parties, par la cession du fonds de commerce, en vue de l'évincer de la distribution. N'est-ce pas là une situation qui sera à apprécier la cour d'appel pour démontrer un comportement fautif de l'acquéreur qui se serait *sciemment rendu complice* de l'inexécution par le cédant du contrat de licence précédemment conclu ? Nous l'espérons.

M-P. Bonnet-Desplan

En bref...

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-17.653 (1^{er} arrêt) ; Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-14.880 (2^{ème} arrêt)

Faits (difficilement) justificatifs d'une rupture brutale

La baisse des commandes de près de 50 % auprès d'un partenaire sous-traitant n'étant pas principalement due à l'absence des importantes commandes espérées par le donneur d'ordre (10%), cette rupture partielle n'est pas justifiée par la baisse de sa propre activité mais est volontaire et brutale (1^{er} arrêt).

L'entreprise qui diminue de moitié le recours à son partenaire, un transporteur routier qui effectue les derniers kilomètres d'une ligne intermodale, en raison de grèves de la SNCF ne peut s'exonérer de la brutalité de la rupture en se prévalant d'un cas de force majeure, lequel doit présenter un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, et que ces critères s'apprécient « *à la date à laquelle la relation commerciale entre les parties avait débuté, puis lors de la renégociation annuelle des prix et de l'ajustement des tarifs aux spécificités du marché* ». Le défendeur s'étant par le passé prévalu de sa dépendance à l'égard de la SNCF dans « *le cadre de la négociation des tarifs annuels [...] et refusait, pour cette raison, de s'engager sur une période de plus de 21 jours de prestations par mois* », il s'en déduit qu'il « *avait anticipé la survenance d'un mouvement de grève de la SNCF dans le cadre de sa relation contractuelle [avec le transporteur routier] et que la survenance d'une telle grève, dont il n'est pas soutenu qu'elle était spécifique dans son ampleur et sa durée, ne revêtait pas à son égard le caractère de l'imprévisibilité* » (2^{ème} arrêt).

C. Mouly-Guillemaud

CA Bordeaux, 20 septembre 2022, n° 20/04288

Absence de concurrence déloyale entre distributeur et fournisseur

N'est pas victime d'actes de concurrence déloyale de la part du fournisseur le distributeur qui concourt concomitamment à un appel d'offres, chacun ayant participé en son nom et pour son compte. Ni la preuve de l'existence d'une obligation de loyauté à la charge du fournisseur, ni celle d'un manquement à cette obligation n'est rapportée. L'absence d'information par le fournisseur de l'existence et du contenu de son offre s'explique par le jeu normal de la concurrence.

M. Silly

CA Paris, 6 octobre 2022, n° 20/08582

Réformation partielle de la décision « Apple »

La Cour réforme en partie la décision 20-d-20 de l'Autorité de la concurrence (Lettre distrib. 01/2020, K. Biankone) en écartant notamment le grief d'imposition des prix de revente faute de preuve suffisante (tout en admettant que celle-ci ne se ramène pas nécessairement au faisceau usuel à trois branches). Sont en revanche confirmés, d'une part, l'entente constituée par la répartition de clientèle, mais sur une durée que la Cour juge moindre que celle retenue par l'Autorité ; d'autre part, l'abus de dépendance économique, à l'exception du profit des distributeurs dont il n'est pas démontré qu'elle aurait restreint anormalement l'activité de ces derniers.

N. Ferrier

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-20.681

Perte de l'indemnité de cessation du contrat d'agent commercial et engagement de la responsabilité de l'agent

A la suite d'une assignation en paiement d'une indemnité de cessation d'un contrat d'agence commerciale, le mandant qui souhaite se prévaloir de la commission d'une faute grave de l'agent, recherche à titre reconventionnel la responsabilité de celui-ci. L'agent reproche à la Cour d'appel de l'avoir condamné à des dommages-intérêts alors que son manquement avait déjà été sanctionné par la privation de l'indemnité de fin de contrat. La Cour de cassation précise néanmoins qu'en cas de cessation d'un contrat d'agent commercial, la perte par le mandataire, du fait de sa faute grave, de son droit à la réparation prévue par l'article L. 134-12 C. Com., ne prive pas le mandant de la possibilité d'agir en réparation du préjudice que cette faute lui a causé.

T. Leichnig

CJUE, 13 octobre 2022, aff. C-449/21

Applicabilité de l'art. 102 du TFUE aux opérations de concentration non contrôlées

L'avocate générale à la CJUE se prononce, dans l'affaire TowerCast, en faveur de l'applicabilité de l'art. 102 du TFUE aux opérations de concentration non contrôlées en avançant plusieurs arguments. En premier lieu, elle relève qu'« une norme de droit dérivé [le règlement 139/2004] n'est susceptible de limiter ni le champ d'application ni l'applicabilité directe d'une norme de droit primaire [l'art. 102 du TFUE] ». En deuxième lieu, elle souligne l'opportunité d'une applicabilité de l'art. 102 du TFUE et sa complémentarité avec le dispositif de contrôle *ex ante* lorsque les opérations ne sont pas contrôlées et constituent des « *killer acquisitions* ». En dernier lieu, elle considère que l'application de l'art. 102 du TFUE ne poserait aucun problème de sécurité juridique dans la mesure où il ne s'appliquerait qu'aux opérations non contrôlées et qu'il n'existe pas « *en règle générale [...] de risque d'annulation a posteriori de la concentration, mais seulement un risque de condamnation à une amende en cas d'infraction* ».

Y. Idani

Cass. com., 19 octobre 2022, n° 21-17.653 (1^{er} arrêt) ; Cass. com., 28 septembre 2022, n° 21-15.843 (2^{ème} arrêt)

Poursuite d'une relation commerciale établie

« La seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties ». Ne caractérise pas cette commune intention le seul fait que le partenaire original ait réalisé avec le cessionnaire des actifs de son cocontractant initial un volume d'affaires comparable « *suivant les mêmes volumes et la même nature des produits* » (1^{er} arrêt).

L'exploitant d'un fonds de commerce entame en 1978 une relation commerciale avec une société aux droits de laquelle vient la société demanderesse qui poursuit cette relation commerciale. Il crée ultérieurement une société dont il est gérant et avec laquelle il conclut un contrat de location-gérance du fonds et cette dernière société poursuit la relation avec la société demanderesse. De telles circonstances caractérisent l'existence d'une relation commerciale établie depuis 1978 (2^{ème} arrêt).

C. Mouly-Guillemaud

Publication des Règlements « DMA » et « DSA »

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=FR>

Viennent d'être publiés le règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques ou *Digital market act*) ; ainsi que le règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques ou *Digital service act*).

N. Ferrier

TC Paris, 12 octobre 2022, n° 2020033769

Rappel des contours des obligations du franchiseur

En l'absence de pression du franchiseur, le franchisé ne peut lui reprocher de lui avoir imposé l'emplacement de la boutique. Aucun manquement au devoir de conseil en matière de rentabilité n'est caractérisé lorsque le franchiseur émet de multiples avertissements quant à la lourdeur des investissements que le franchisé s'apprête à réaliser alors qu'un retard dans l'ouverture du point de vente, qui n'est du fait d'aucun des cocontractants, survient. Aucune concurrence déloyale relative à la vente directe ne saurait être caractérisée lorsqu'elle est prévue au contrat. La réactivité du franchiseur, informé des manquements de franchisés, montre le respect de son obligation d'assistance.

M. Silly

Cass. com., 28 septembre 2022, n° 21-17.269

Le juge ne peut apprécier la gravité du manquement visé par la clause résolutoire

Sauf stipulation contraire, « *il n'appartient pas au juge d'apprécier la gravité du manquement justifiant la mise en œuvre d'une clause prévoyant la résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties de l'une quelconque de ses obligations* ».

Y. Idani

Cass. com., 5 octobre 2022, n° 20-16.665

Modification du contrat d'agent commercial et indemnité forfaitaire

Un agent commercial se voit notifier la modification de son secteur de représentation et la reprise d'un client. Il bénéficie en contrepartie d'une indemnisation forfaitaire prévue par une clause du contrat. Ladite clause, qu'il considère comme une clause de résiliation dissimulée sous couvert du retrait d'un client, méconnaît selon lui la protection due à un agent dès lors qu'elle ne fixe pas l'indemnité de rupture en fonction du préjudice subi. La Cour de cassation approuve néanmoins la Cour d'appel qui constate qu'en l'espèce le périmètre du contrat n'a pas été modifié de façon conséquente, puisqu'un seul client a été retiré et que le contrat prévoit une indemnité forfaitaire non pas pour la rupture mais pour compenser la perte potentielle de rémunération subie par l'agent du fait de la modification de son secteur et de la clientèle concernée. Le mandant n'a pas souhaité mettre un terme au contrat mais seulement revoir le périmètre de la clientèle et, sauf à interdire toute évolution du portefeuille de l'agent commercial, la clause litigieuse ne dissimule pas une clause de résiliation.

T. Leichnig

Communiqué de la DGCCRF sur l'utilisation d'une place de marché ou d'un moteur de recherche

<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/vous-faites-appel-aux-services-dune-place-de-marche-ou-dun-moteur-de-recherche-pour-votre>

Le règlement n°2019/1150, dit règlement P2B, prévoit plusieurs droits protecteurs de l'utilisateur de la place de marché ou du moteur de recherche, ici présentés de façon non exhaustive. L'objectif de transparence introduit d'abord le « droit d'y voir clair » dans la relation avec la place de marché, ce qui implique, d'une part, des obligations d'informations du contenu du contrat et, d'autre part, des règles matérielles (interdiction de la rétroactivité) et processuelles (obligation de notification) en cas de changement des stipulations. Ensuite, les sanctions doivent être motivées. En outre, en cas de conflit, un système de traitement des plaintes doit exister, ainsi que la possibilité de saisir un médiateur. Enfin, des obligations d'informations relatives au classement sont prévues de manière distincte pour les places de marché et les moteurs de recherche.

M. Silly

CA Paris, 12 octobre 2022, n° 20/15570

Cession d'une filiale franchiseur et responsabilité de la société mère à l'égard des franchisés

À la suite de difficultés rencontrées par un réseau, les franchisés ont réclamé au franchiseur une redéfinition du concept. Le franchiseur était détenu par une société mère détenant plusieurs filiales exploitant différentes enseignes et a été cédé à un autre groupe. À la suite de cette cession, plusieurs adhérents reprochent à la société cédante des fautes dans les circonstances de la cession et à la société cessionnaire des fautes dans la gestion du réseau cédé.

Sur la responsabilité de la société cédante, la Cour retient que la cession n'est pas en elle-même fautive mais que ses circonstances le sont. La Cour relève que la société mère s'était engagée à redéfinir le concept du réseau et avait, quelques semaines avant la cession, annoncé des résultats encourageants « *laissant croire aux adhérents une situation optimiste de leur réseau* ». La Cour relève notamment le contexte du réseau dans lequel les adhérents avaient signé une charte mettant en avant le lien de confiance devant exister au sein du réseau. Au-delà, aucune faute ne peut lui être imputée car les franchisés avaient le choix entre maintenir leur affiliation au réseau cédé, en bénéficiant de ses mêmes avantages à l'égard des sociétés du groupe cédant, ou s'affilier au réseau reprenneur en étant exemptés du paiement du droit d'entrée différé.

Sur la responsabilité de la société cessionnaire, la Cour écarte toute faute. Il incombait à la société cédée, franchiseur, de faire respecter les normes du réseau et d'assurer la visibilité de l'enseigne et non à la société cessionnaire. Or, le franchiseur n'a pas été mis en cause par les franchisés qui affirment qu'il n'a pas commis de faute dans l'exécution de ses obligations. En outre, il n'est pas établi que la société cessionnaire a entravé sa filiale dans l'exercice de sa mission de tête de réseau.

Y. Idani