

A LA UNE

110k1 Juridictions spécialisées : un revirement de jurisprudence très attendu

- Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24241, PB - Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17659, PB - Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-15337, D

La Cour de cassation revient sur une solution non seulement contraire à la lettre des textes, mais qui avait également pour effet de conférer un caractère définitif à des décisions rendues par des juridictions incompétentes.

Pris en application de la loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008, le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009 a désigné huit tribunaux spécialisés pour connaître des litiges fondés sur l'article L. 442-6 du Code de commerce. La cour d'appel de Paris a été chargée de statuer sur les recours formés contre les décisions rendues par « ces » juridictions. Pourtant claires, ces règles n'ont pas empêché que des tribunaux incompétents soient saisis et se prononcent en vertu de l'article L. 442-6. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation déclarait la cour d'appel de Paris « seule investie du pouvoir de statuer » sur les recours contre de telles décisions. La méconnaissance de ce pouvoir juridictionnel exclusif encourait une fin de non-recevoir, que le juge devait relever d'office (Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10016 : Bull. civ. IV, n° 59) et qui entraînait l'irrecevabilité de l'appel formé devant une autre cour (Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21089 : Bull. civ. IV, n° 138). Toutefois, contrairement à l'exception d'incompétence, la fin de non-recevoir ne permet pas au juge de transmettre le dossier à la juridiction compétente. Or, à la date où celui-ci statue, le délai de recours devant la cour d'appel de Paris peut avoir expiré, et priver ainsi le défendeur à l'action, à tort poursuivi et le cas échéant condamné par un tribunal incompétent, du double degré de juridiction.

Alertée de ces difficultés, la Cour de cassation revient aujourd'hui sur sa position. Elle reconnaît en effet la contrariété de sa jurisprudence à la lettre du décret, dès lors qu'elle substituait un critère de compétence matériel, tiré de l'application de l'article L. 442-6 par les premiers juges, au critère organique posé par le texte, qui réserve la compétence de la cour d'appel de Paris aux recours formés contre les décisions rendues par les seules juridictions spécialisées. Par ailleurs, elle conduisait au maintien, critiquable, de jugements rendus par des juges non spécialisés.

Pour garantir l'objectif de spécialisation des juridictions, la Cour édicte une ligne de conduite précise à l'intention des juges. La cour d'appel de Paris ne pourra connaître que des recours formés contre les jugements rendus par des juridictions spécialisées : les autres cours d'appel seront compétentes pour juger des appels exercés contre les décisions rendues par des juridictions non spécialisées situées dans leur ressort. Si ces dernières ont statué à tort sur l'application de l'article L. 442-6, l'excès de pouvoir devra être relevé d'office. Ainsi, la cour d'appel territorialement compétente déclarera l'appel du jugement rendu par le tribunal non spécialisé recevable, dès lors qu'il relève de son ressort (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-15337), et examinera la recevabilité des demandes présentées devant ce tribunal (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17659). Si elles sont fondées sur l'article L. 442-6, elle relèvera d'office leur irrecevabilité (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24241) et annulera le jugement qui a fait application de ce texte. Si des demandes distinctes ont été présentées sur d'autres fondements, elle pourra statuer sur celles-ci dans les limites de son pouvoir juridictionnel (Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-17659).

Si le recadrage effectué par la haute juridiction restaure le droit à un recours effectif au profit des défendeurs à l'action, on peut en revanche regretter l'éparpillement du contentieux qui en résultera en cas de demandes multiples.

Louis Vogel, professeur agrégé de l'université Panthéon-Assas (Paris 2)
Joseph Vogel, avocat au barreau de Paris, Vogel & Vogel

Directeur scientifique : Cyril Grimaldi

Directeur de la publication : Emmanuelle Filiberti

Responsable de rédaction : Angélique Farache

Conseil scientifique : Michel Debroux,
Serge Méresse, François-Luc Simon

SOMMAIRE

► TRANSPARENCE TARIFAIRE

- Précisions sur l'obligation de communication des CGV catégorielles 2

► PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

- La cessation des relations entre la coopérative et ses membres échappe à l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce 2
- Précisions concernant l'appréciation de la dépendance économique de l'entreprise victime de la rupture d'une relation commerciale appartenant à un groupe 3

► ENTENTES

- Restrictions par l'objet : une prise en compte différenciée du contexte en fonction de la gravité de la pratique 3
- Illustration d'une action en indemnisation d'une victime de pratique anticoncurrentielle 4

► ABUS DE DOMINATION

- Abus de position dominante : condamnation d'une entreprise pour l'utilisation de son propre fichier clients 4

► CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

- Prise de contrôle de SFR : Altice et Numericable condamnées à 15 millions d'euros pour non-respect d'engagement 5

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- L'instance de dialogue social propre aux réseaux de franchise 5
- Du formalisme de la demande d'indemnité de cessation de contrat de l'agent commercial 6
- La distribution sélective discrétionnaire ? 6
- L'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel erroné peut justifier la résiliation du contrat aux torts du franchiseur 7

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- Agence commerciale et lois auto-limitatives 7

► TRANSPARENCE TARIFAIRE

110m0 Précisions sur l'obligation de communication des CGV catégorielles

- Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-27811, *Pyxis et a. c/ Cooper, PB (3^e moyen)*

La Cour de cassation admet que la charge de la preuve que l'acheteur auquel il refuse l'envoi de CGV catégorielles n'appartient pas à la catégorie dont s'agit pèse sur le fournisseur, et que les catégories sont déterminées unilatéralement par le fournisseur, mais qu'elles doivent reposer sur des critères objectifs qu'il choisit, et qui doivent dès lors être contrôlés, en cas de refus de communication.

La société Pyxis est un regroupement à l'achat (SRA) négociant auprès des fournisseurs les conditions d'achat de produits pour ses adhérents pharmaciens. La société Sagitta est une centrale d'achat pharmaceutique (CAP) intervenant en qualité de prestataire logistique. Or, la société Cooper, spécialisée dans la fourniture de médicaments, a refusé de leur communiquer ses CGV catégorielles applicables aux officines et groupement d'officines, les considérant comme des grossistes. Pyxis et Sagitta ont saisi les tribunaux.

La Cour précise ici que la charge de la preuve de la non-appartenance de l'acheteur à la catégorie concernée repose sur le fournisseur. Mais comment définir cette catégorie, légalement ou par rapport aux critères du fournisseur ?

S'agissant des catégories légales, les CAP sont des entreprises « se livrant, soit en [leur] nom et pour [leur] compte, soit d'ordre et pour le compte de pharmaciens titulaires d'officine (...), à l'achat et au stockage des médicaments (non remboursables) (...) en vue de leur distribution en gros et en l'état à des pharmaciens (...) » (CSP, art. R. 5124-2, 15°). Les SRA sont des structures constituées « en vue de l'achat, d'ordre et pour le compte de [leurs] associés (...), de médicaments (...) » (CSP, art. D. 5125-24-1, anc.).

Or, l'arrêt ne recherche pas à quelle catégorie légale correspondent les SRA et CPA. Il ne recherche pas si ce sont des grossistes, car les CGV catégorielles ne reposent pas sur des qualifications légales. Les catégories sont définies unilatéralement par le fournisseur, puisque la cour d'appel aurait dû préciser « les critères appliqués par la société Cooper pour définir ses catégories d'acheteurs ». Mais cette définition unilatérale de « ses » catégories d'acheteurs doit reposer sur des « critères objectifs » que la cour d'appel de renvoi devra contrôler pour ne pas priver d'efficacité l'obligation de communication des CGV.

N'oublions pas en outre que parallèlement, Pyxis et Sagitta se sont plaintes devant l'Autorité d'une entente fondée sur un parallélisme de comportements des laboratoires pour les assimiler à des grossistes répartiteurs. Leur saisine a certes été rejetée pour insuffisance d'éléments probants (Aut. conc., déc. n° 16-D-01, 20 janv. 2016), mais il est probable qu'elles resteront vigilantes pour trouver le cas échéant à l'avenir de tels éléments.

*Martine Behar-Touchais, professeure à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1),
co-directrice de l'Institut de la recherche juridique de la Sorbonne (IRJS-Institut Tunc)*

► PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

110k2 La cessation des relations entre la coopérative et ses membres échappe à l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce

- Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-23050, *PB*

Les statuts des coopératives fixant, aux termes de l'article 7 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés, et les conditions dans lesquelles les liens unissant une coopérative et un associé peuvent cesser, échappent à l'application de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce.

Une société coopérative d'entreprises de transport routier de marchandises ayant décidé en 2012 d'exclure un coopérateur, ce dernier invoqua une rupture brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce. Dans un arrêt de cassation, la Cour tient ladite disposition pour inapplicable : en vertu de la loi, les statuts des sociétés coopératives fixent « les conditions d'adhésion, le cas échéant d'agrément, de retrait, de radiation et d'exclusion des associés » [L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 7], de sorte que « les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière et échappent à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° ».

Si « les coopératives sont caractérisées par la qualité des personnes qui se lient entre elles dans un double engagement de sociétariat et d'activité (...) en vue de profiter des résultats de l'action commune au prorata de leur engagement d'activité » (Mestre J. (dir.), *Le Lamy sociétés commerciales*, 2016, Wolters Kluwer, n° 5323) et donc que l'exclusion d'un associé emporte rupture de ce double engagement, la *relation institutionnelle* entre le coopérateur et la coopérative prend le pas sur le *partenariat commercial* qui les unit, puisque l'article L. 442-6, I, 5°, nous dit la Cour de cassation, est sans application (v. auparavant *contre* l'application de C. com., art. L. 442-6, I, 5°, CA Paris, 5-4, 3 févr. 2016, n° 13/15768, Intersport ; mais *pour*, outre l'arrêt ici attaqué, v. CA Paris, 1-2, 26 janv. 2017, n° 15/18120, Système U).

La décision, dont la portée semble générale, intéressera particulièrement les sociétés coopératives de commerçants détaillants qui « ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale » (C. com., art. L. 124-1 et s.). On y verra volontiers un nouveau signe de la singularité du commerce associé (v. déjà C. com., art. L. 341-1, relatif à l'échéance commune et à l'interdépendance de certains contrats conclus entre la tête de réseau et le distributeur, non applicable « au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative »).

Cyril Grimaldi, professeur à l'université Paris 13

110k3 Précisions concernant l'appréciation de la dépendance économique de l'entreprise victime de la rupture d'une relation commerciale appartenant à un groupe

• Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-23078, D

Entrée en relation avec les Établissements Lenormant en 1975 pour la distribution de ses matériels de manutention dans l'Oise, la société Fenwick Linde avait poursuivi cette relation, étendue en dernier lieu à l'ensemble de la Picardie, avec la société Lenormant Manutention créée en 1984 et entièrement dédiée à cette seule activité, précédemment assurée par les Établissements Lenormant parallèlement à la distribution de véhicules industriels par les Établissements Lenormant.

En décembre 2008, la société Fenwick Linde a dénoncé la relation avec un préavis d'1 an considéré comme insuffisant par la société Lenormant Manutention. La procédure, engagée avant novembre 2009, a été tranchée en appel par la cour d'Amiens qui a condamné la société Fenwick Linde à 9 millions d'euros de dommages et intérêts (1 an de marge brute) en considérant que le préavis aurait dû être de 2 ans, compte tenu de l'ancienneté de la relation et de la situation de dépendance de la société Lenormant Manutention.

La société Fenwick Linde faisait grief à l'arrêt d'appel de ne pas avoir tenu compte du fait que la société Lenormant Manutention appartenait à un groupe pour apprécier son état de dépendance économique. Suivre cet argument aurait conduit la Cour de cassation à retenir, pour déterminer la situation de dépendance d'une entreprise victime d'une rupture de relation commerciale, une approche peu cohérente avec celle retenue dans le cas où des entreprises appartenant à un même groupe, rompent simultanément leurs relations commerciales avec un même partenaire. Dans ce cas, la Cour de cassation estime en effet que « bien qu'appartenant à un même groupe et ayant la même activité », les entreprises, auteurs de la rupture, n'en sont pas moins « deux sociétés autonomes » ayant entretenu avec la victime de la rupture des « relations commerciales distinctes » (Cass. com., 6 oct. 2015, n° 14-19499, PB).

Dans son arrêt du 26 avril 2017, la chambre commerciale ne répond que de manière implicite à la question soulevée par le pourvoi. Elle rappelle tout d'abord un principe qu'elle a déjà posé selon lequel « la dépendance économique résulte notamment de la difficulté pour le concessionnaire d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents dans des conditions économiquement comparables » (Cass. com., 4 oct. 2016, n° 15-14025).

Elle rapproche ensuite ce principe des points relevés en l'espèce par l'arrêt d'appel ; notamment l'obligation de non-concurrence à laquelle la société Lenormant Manutention était tenue depuis de longues années, qui faisait de la société Fenwick Linde son fournisseur quasi exclusif, ainsi que l'importance de la part de marché détenue par cette dernière, accentuant la difficulté pour la société Lenormant Manutention d'organiser sa reconversion.

La chambre commerciale en conclut qu'« ayant par ces constatations et appréciations caractérisé l'état de dépendance économique de la société Lenormant Manutention, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder aux recherches [autres] devenues inopérantes invoquées (par le pourvoi) a légalement justifié ses décisions ».

Christian Bourgeon, avocat au barreau de Paris, associé, SCP Bourgeon, Méresse, Guillin, Bellet et associés

► ENTENTES

110k4 Restrictions par l'objet : une prise en compte différenciée du contexte en fonction de la gravité de la pratique

• CJUE, 27 avr. 2017, n° C-469/15 P, FSL Holdings

La Cour de justice persiste et signe : pour les violations particulièrement graves de concurrence, l'analyse du contexte qui permet de caractériser l'objet anticoncurrentiel d'un accord peut se limiter au strict nécessaire.

Quatre décennies après l'arrêt *United Brands*, la Cour de justice se prononce à nouveau sur une pratique mise en œuvre dans le secteur des bananes. Il s'agit cette fois d'un cartel sur les prix. Le principal acteur (Chiquita) obtient le bénéfice d'une exonération totale d'amende, profitant d'une clémence de rang I.

Mettons de côté les moyens purement procéduraux par lesquels les requérants ont contesté la recevabilité de certaines pièces et le contrôle exercé par le Tribunal de l'Union. Le dernier moyen a davantage attiré notre attention : les requérants ont contesté la qualification d'« accord ayant un objet anticoncurrentiel », estimant que le contexte dans lequel l'accord s'était noué n'avait pas été pris en compte. En l'espèce, la démonstration des requérants n'était guère convaincante : ils se fondaient sur l'existence d'une organisation commune des marchés qui aurait rendu le marché transparent pour affirmer que cela avait favorisé une entente sur les prix... Reprenant une formule initiée dans l'arrêt *Toshiba Corp.* (CJUE, 20 janv. 2016, n° C-373/14 P), la Cour de justice rappelle que « pour de tels accords, qui constituent des violations particulièrement graves de la concurrence, l'analyse du contexte économique et juridique dans lequel la pratique s'insère peut, dès lors, se limiter à ce qui s'avère strictement nécessaire en vue de conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence par objet ».

S'il s'agit de confirmer que la prise en compte du contexte ne doit pas aboutir à confondre la caractérisation de l'objet anticoncurrentiel avec la recherche d'effets anticoncurrentiels, alors on s'en réjouira tant il est important de continuer à distinguer les deux types de restrictions par souci de cohérence. S'il s'agit en revanche d'instaurer une notion d'« objet anticoncurrentiel » à deux vitesses, certains accords étant considérés, plus que d'autres, comme nuisibles à la concurrence, ce qui justifierait une analyse « allégée » du contexte, alors on le déplore. Les choses sont assez compliquées ainsi, sans que l'on ait besoin de ce nouveau raffinement.

Anne-Sophie Choné-Grimaldi, professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre

110k5 Illustration d'une action en indemnisation d'une victime de pratique anticoncurrentielle

- *TA Caen, 6 avr. 2017, n° 1500227, Département de l'Orne - TA Caen, 6 avr. 2017, n° 1500352, Département de la Manche - TA Caen, 6 avr. 2017, n° 1500353, Département de la Manche*

Par trois décisions du 6 avril 2017, le tribunal administratif de Caen indemnise les départements de la Manche et de l'Orne pour le préjudice qu'ils ont subi du fait d'une entente anticoncurrentielle.

Le jour même où était transposée en France la directive européenne sur les actions en réparation de victimes de pratiques anticoncurrentielles (V. LEDICO avr. 2017, n° 110f6, p. 1, note Debroux M.), une audience du tribunal administratif de Caen avait pour objet l'action de deux départements normands victimes de pratiques anticoncurrentielles, et qui demandaient à être indemnisés du surcoût payé de ce fait. Les entreprises soumissionnaires à des marchés de fourniture de panneaux de signalisations routières pour lesquels ils avaient lancé des appels d'offres s'étaient en effet entendues pour se les répartir, ce pour quoi elles avaient été ultérieurement condamnées par l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., déc. n° 10-D-39, 22 déc. 2010).

Sur la caractérisation de la faute, on retiendra que le tribunal a directement inféré la participation des entreprises à des concertations en vue de répartir les marchés, et donc l'engagement de leur responsabilité quasi délictuelle, de la décision de l'Autorité. Peu importe à cet égard que l'une de ces entreprises n'ait pas contracté avec le département et qu'elle n'ait même pas soumissionné à l'un des marchés en cause, dès lors que « si le préjudice (...) est bien né à l'occasion de la passation de trois marchés, la cause de ce préjudice est l'organisation d'une entente ».

Sur la quantification du préjudice, le tribunal a validé l'utilisation d'une méthode contrefactuelle d'appréciation, en estimant que « le préjudice ainsi évalué a pour cause l'absence de mise en concurrence des intervenants sur le marché et l'impossibilité de contracter au prix résultant du libre jeu de la concurrence ; que le département (...) n'a donc pas perdu une chance de contracter à un moindre prix, mais a effectivement subi un préjudice égal à la différence entre le prix qui aurait été celui du marché si son libre fonctionnement n'avait été empêché, et celui qu'il a indûment payé ». Le tribunal estime également que le point de savoir si les surpris ont été répercutés sur les administrés n'est pas pertinent s'agissant d'un acheteur public, puisqu'« aucune répercussion ne pourrait être prise en compte autre que celle pesant sur les contribuables ».

Emmanuel Dieny, avocat au barreau de Paris, cabinet Prêreus

▶ ABUS DE DOMINATION

110k6 Abus de position dominante : condamnation d'une entreprise pour l'utilisation de son propre fichier clients

- *Aut. conc., 21 mars 2017, n° 17-D-06, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture du gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques*

L'Autorité de la concurrence sanctionne Engie, à hauteur de 100 millions d'euros, pour avoir utilisé sa base de données constituée lorsqu'il était l'opérateur monopolistique sur le marché du gaz, dans l'objectif d'accroître son volume de ventes sur le marché concurrentiel du gaz et de l'électricité à prix de marché.

Engie, en tant qu'opérateur historique sur le marché du gaz, dispose d'une base de données rassemblant la quasi-totalité des clients français équipés en gaz. Depuis l'ouverture du secteur de l'énergie à la concurrence, Engie propose une offre de gaz au tarif réglementé (son activité historique) ainsi que des offres en gaz et électricité, à prix de marché, c'est-à-dire non réglementé.

Saisie par Direct Énergie et UFC Que choisir, l'Autorité de la concurrence vient de sanctionner Engie pour abus de position dominante, lui reprochant d'avoir utilisé son fichier de clients constitué lorsqu'il détenait son monopole historique pour favoriser la commercialisation de ses offres à prix de marché couplées en gaz et en électricité.

L'intérêt de cette décision réside dans la définition donnée de l'abus de position dominante. On sait – et l'Autorité le rappelle – que l'abus suppose « le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale », comme le sont les « moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ». En l'espèce, l'Autorité estime que ne relève pas d'une compétition normale le fait d'exploiter « des moyens qui ne sont pas reproductibles par les nouveaux entrants sur le marché ouvert à la concurrence à un coût raisonnable et selon des délais acceptables » (pt. 128). C'est ce qui explique que, dès le stade des mesures conservatoires, il a été imposé à Engie de partager une partie de sa base de données avec ses concurrents.

En réalité, cette fermeté peut difficilement être comprise si l'on omet de lire le paragraphe de la décision dans lequel l'Autorité remarque que « les avantages concurrentiels liés au statut d'ancien monopole, et qui ne procèdent donc pas d'une concurrence par les mérites [ne doivent pas être] utilisés d'une manière qui pourrait obérer le fonctionnement concurrentiel du marché ». Un avantage concurrentiel tel qu'un fichier clients doit donc faire l'objet d'un traitement différencié selon qu'il a été acquis ou non par les mérites de l'entreprise. Il en va de même de toutes infrastructures ou facilités essentielles.

Anne-Sophie Choné-Grimaldi, professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre

► CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

110k8 Prise de contrôle de SFR : Altice et Numericable condamnées à 15 millions d'euros pour non-respect d'engagement

• CE, 31 mars 2017, n° 401059

Tout engagement comportemental inexécuté mérite sanction, même s'il est lié à un engagement de cession.

Fin 2014, l'Autorité de la concurrence autorise la prise de contrôle exclusif de SFR par Numericable, filiale d'Altice, en contrepartie de la réalisation de divers engagements, dont celui de céder les activités de téléphonie mobile d'OMT, une autre filiale du groupe, à La Réunion et à Mayotte. Pour ce faire, Altice et Numericable ont pris l'engagement de préserver « la viabilité économique, la valeur marchande et la compétitivité de l'activité cédée » et d'accomplir « leurs meilleurs efforts pour éviter tout risque de perte de compétitivité » (engagement 2.1.3.1). Alors que la mise en œuvre de cet engagement supposait de « ne pas mener d'actions (...) qui pourraient altérer la nature et le périmètre (...) ou la stratégie commerciale de l'Activité cédée Outre-mer », le prix des forfaits mobiles d'OMT, à La Réunion et à Mayotte, a fortement augmenté entre fin 2014 et début 2015.

Ayant constaté l'inexécution de l'engagement 2.1.3.1, l'Autorité a prononcé une amende de 15 millions d'euros à l'encontre d'Altice et Numericable par une décision n° 16-D-07 du 19 avril 2016 dont les requérantes ont demandé l'annulation devant le Conseil d'État.

En l'espèce, leur recours est rejeté. Selon la haute juridiction administrative, l'engagement en cause qui requiert l'exécution d'obligations de faire et ne pas faire, constitue en soi un engagement autonome. En vertu de l'article L. 430-8, IV, du Code de commerce, son inexécution peut être sanctionnée, et ce quand bien même l'engagement serait lié au principe de la cession des activités d'OMT. En l'occurrence, malgré l'engagement 2.1.3.1, les requérantes ont procédé à des hausses tarifaires injustifiées comprises entre 17 et 60 % selon les forfaits. Ces augmentations ont affecté tous les clients et se sont traduites par une baisse des ventes, un nombre considérable d'abonnements résiliés et une dégradation de l'image d'OMT, opérateur réputé peu cher. Enfin, ces hausses tarifaires survenues 3 semaines après l'autorisation de la concentration ont produit les effets que l'engagement litigieux, au centre du dispositif correctif, visait précisément à prévenir.

*Louis Vogel, professeur agrégé de l'université Panthéon-Assas (Paris 2)
Joseph Vogel, avocat au barreau de Paris, Vogel & Vogel*

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

110k9 L'instance de dialogue social propre aux réseaux de franchise

• D. n° 2017-773, 4 mai 2017, relatif à l'instance de dialogue social mise en place dans les réseaux d'exploitants d'au moins trois cents salariés en France liés par un contrat de franchise : JO, 6 mai 2017

Pris pour l'application de l'article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (dite « loi Travail »), ce décret suscite déjà une critique unanime.

Une instance de dialogue social *doit* être mise en place lorsque quatre conditions sont réunies : le dispositif vise les seuls réseaux de franchise ; les franchisés du réseau doivent regrouper au moins 300 salariés en France ; le contrat de franchise doit contenir des clauses ayant un effet sur l'organisation du travail et les conditions de travail dans les entreprises franchisées ; la demande de mise en place de l'instance doit émaner d'une organisation syndicale représentative au sein de la branche ou de l'une des branches dont relèvent les franchisés du réseau ou ayant constitué une section syndicale au sein d'une entreprise du réseau.

La mise en place de l'instance se déroule comme suit : l'organisation syndicale adresse la demande au franchiseur, qui interroge alors les franchisés pour recenser le nombre de salariés situés en France ; lorsque les conditions de mise en place de l'instance sont réunies, le franchiseur sollicite les organisations syndicales et l'ensemble des franchisés afin de réunir un groupe de négociation, qui s'efforce de déterminer les règles de composition et de fonctionnement de l'instance ; des règles supplétives sont prévues en l'absence d'accord ; le franchiseur procède à la convocation de la première réunion de l'instance à la suite du dépôt de l'accord ou, le cas échéant, de l'établissement du constat de désaccord ; l'instance adopte alors un règlement intérieur fixant ses modalités de fonctionnement.

L'instance est informée des décisions du franchiseur de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle des salariés des franchisés. Elle formule, à son initiative, et examine, à la demande du franchiseur ou de représentants des franchisés, toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés du réseau.

Les contestations relatives à la mise en place et au fonctionnement de l'instance relèvent de la compétence du tribunal d'instance du siège du franchiseur et, lorsqu'il est situé à l'étranger, de celui du 15^e arrondissement de Paris. Le tribunal d'instance statue en dernier ressort.

François-Luc Simon, avocat au barreau de Paris, associé-gérant, Simon Associés, docteur en droit

110m1 Du formalisme de la demande d'indemnité de cessation de contrat de l'agent commercial

• Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-20115, D

La saisine d'une juridiction étrangère peut constituer une manifestation non équivoque de l'agent commercial de faire valoir ses droits à indemnisation au sens de l'article L. 134-12 du Code de commerce.

À la suite de la résiliation de son contrat par son mandant français à effet du 31 décembre 2005, un agent commercial italien saisit, le 14 juin 2006, la commission de conciliation des litiges individuels et collectifs du travail de Pise d'une demande fondée sur « le défaut de paiement de commissions, la résiliation irrégulière du contrat et la réparation des préjudices en résultant ».

Plus d'un an après la cessation de son contrat, l'agent assigne son mandant devant les juridictions françaises afin d'obtenir, notamment, le paiement d'une indemnité compensatrice. Pour déclarer irrecevable la demande de l'agent, la cour d'appel considère qu'à l'instar des demandes présentées en France « devant le conseil de prud'hommes fondées sur l'existence d'un prétendu contrat de travail », la saisine de la juridiction italienne ne vaut pas notification d'une demande de paiement d'indemnité compensatrice.

La chambre commerciale casse l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai au motif qu'il appartenait aux juges du fond de rechercher si la saisine par l'agent commercial de la juridiction italienne du travail ne constituait pas une manifestation non équivoque de son intention de faire valoir ses droits à réparation.

Cette décision ne peut être qu'approuvée.

En effet, s'il a déjà été jugé que les demandes présentées devant le conseil de prud'hommes tendant à faire reconnaître l'existence d'un contrat de travail ne valent pas notification d'une demande d'indemnisation de l'agent (Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-17611 : Bull. civ. IV, n° 114), en l'espèce, l'agent avait saisi les juridictions italiennes du travail afin de faire constater la résiliation irrégulière de son contrat d'agent et obtenir la réparation des préjudices en résultant.

De surcroît, il convient de préciser qu'en Italie, les litiges relatifs aux contrats d'agence commerciale conclus par des agents commerciaux exerçant en tant que personnes physiques relèvent des juridictions du travail et non des tribunaux civils comme en France.

Arnaud Joubert, avocat au barreau de Dijon, Légi Conseils Bourgogne

110m2 La distribution sélective discrétionnaire ?

• CA Paris, 5-10, 27 févr. 2017, n° 15/12029

La décision de la cour d'appel de Paris suscite des réserves dans la mesure où elle admet que la liberté contractuelle autorise le refus d'agréer un distributeur remplissant les critères d'agrément.

L'adoption de nouvelles règles européennes en matière de concurrence ayant conduit à la réorganisation d'un réseau automobile, un concessionnaire avait notifié la résiliation des contrats le liant à ses « agents » (commerçants indépendants non-mandataires du concessionnaire ou du constructeur), avant d'opposer à l'un d'entre eux un refus d'agrément dans le nouveau réseau. Celui-ci s'en plaignit notamment sur le fondement de la prohibition des ententes, dès lors qu'il remplissait les critères d'agrément d'un système de distribution sélective purement qualitative. La cour d'appel lui répondit que le refus d'agréer « ne peut en lui-même constituer une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors qu'il n'existait aucune obligation pour [le concessionnaire] d'agréer un candidat remplissant les critères de sélection en raison du principe de liberté contractuelle et que ce refus d'agrément ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. » C'est court, et c'est peu dire.

La distribution sélective est un « système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels (...) qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de *critères* définis (...) » (Rég. (UE) n° 330/2010, 20 avr. 2010, art. 1, 1°, e). On sait que la distribution sélective qualitative ne relève pas de l'article 101 TFUE si elle repose sur des critères qui sont en substance légitimes, objectifs et proportionnés (CJCE, 25 oct. 1977, n° C-26/76, Metro ; *adde* Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 175). Par ailleurs, lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %, les lignes directrices prévoient que « [l]a distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie (...) » et que « [l]'exemption par catégorie s'applique à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection », même si « en cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré » (pt. 176). On voit donc que, *en toute hypothèse*, la distribution sélective (ici qualitative) doit reposer sur des critères (ici qualitatifs). Or, des critères n'en sont de véritables que si, remplis, ils donnent droit à l'agrément. Énoncer le contraire, comme le fait la cour d'appel, en invoquant « le principe de liberté contractuelle » (v. déjà CA Paris, 5-4, 19 oct. 2016, n° 14/07956), n'a pas de sens, car les règles sur les restrictions verticales constituent (à tort ou à raison, ce n'est pas la question), justement, des atteintes à la liberté contractuelle !

Cyril Grimaldi, professeur à l'université Paris 13

110m3 L'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel erroné peut justifier la résiliation du contrat aux torts du franchiseur

• *CA Bordeaux, ch. civ., 6 mars 2017, n° 14/05901, SAS Distribution Casino France c/ M. D.*

Si la seule constatation de l'écart de plus de 60 % avec le chiffre d'affaires prévisionnel et la non-réalisation de la marge prévue ne permettent pas de caractériser le dol, elles suffisent cependant à établir que le franchiseur n'a pas réalisé son prévisionnel sur des bases sérieuses, sans prise en compte des spécificités locales et notamment, de la ruralité de l'implantation, et justifier la résiliation du contrat à ses torts.

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux est intéressant à plus d'un titre.

Ainsi, si la cour rappelle, comme la jurisprudence antérieure, que la loi n'oblige pas le franchiseur à établir et à transmettre à son futur franchisé un compte d'exploitation prévisionnel mais que lorsqu'il prend cette initiative, il doit le faire avec sérieux et loyauté, elle considère que l'écart flagrant entre le chiffre d'affaires prévisionnel et le réel ainsi que la non-atteinte de la marge prévisionnelle suffisent à caractériser la faute du franchiseur, peu important qu'elle soit intentionnelle ou non. Pour la cour, le fait que le franchisé ait eu le prévisionnel en mains 1 mois avant la signature, et qu'il ne l'ait jamais remis en cause avant l'assignation « ne constituent pas non plus des arguments opérants compte tenu des circonstances et de la brièveté des relations contractuelles », en l'espèce, 2 ans.

La cour considère également que le franchiseur ne peut pas sérieusement soutenir qu'il appartenait au futur franchisé « de se renseigner sur le marché au sein duquel il souhaitait s'implanter alors que compte tenu de son activité antérieure et de son inexpérience manifeste (il) ne disposait pas, contrairement (au franchiseur) d'une connaissance suffisante du marché ». La cour en déduit que le franchiseur a manqué à son obligation précontractuelle d'information sincère et loyale et, de ce fait, a engagé sa responsabilité. Les relations entre les parties avaient cessé avant le contentieux judiciaire à l'initiative du franchiseur suite aux impayés du franchisé, la cour a prononcé cette rupture aux torts du franchiseur et l'a condamné aux dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par le franchisé.

Pour la juridiction bordelaise, que nous saluons, le caractère exagérément optimiste des comptes prévisionnels emporte la faute du franchiseur, qui ne peut pas rester sans conséquence. Quant à l'étude du marché, il n'est que du bon sens de constater qu'un franchisé novice et profane n'est pas en mesure de l'établir, alors que le franchiseur professionnel et expérimenté a tous les moyens et éléments pour la réaliser afin que le franchisé s'engage en toute connaissance de cause.

Olga Zakharova-Renaud, avocate au barreau de Paris, associé, SCP Bourgeon, Méresse, Guillin, Bellet et associés

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

110m4 Agence commerciale et lois auto-limitatives

• *CJUE, 16 févr. 2017, n° C-507/15, Agro Foreign Trade c/ Petersimme*

La directive du 18 décembre 1986 sur la protection des agents commerciaux et les règles organisant l'association entre la CEE et la Turquie ne s'opposent pas à la loi belge de transposition de cette directive qui exclut de son champ d'application les contrats impliquant des agents commerciaux établis hors de Belgique, notamment en Turquie, même lorsque les parties ont expressément choisi de soumettre leurs relations au droit belge.

La meilleure manière de ne pas obtenir une bonne réponse, c'est encore de ne pas poser la bonne question, comme l'illustre à merveille la décision rendue le 16 février 2017 par la Cour de justice dans l'affaire *Agro*. Un commettant établi en Belgique conclut avec un agent établi et exerçant en Turquie, donc hors de l'Union, un contrat d'agence commerciale, expressément soumis au droit belge lequel, transposant la directive n° 86/653 du 18 décembre 1986, prévoit une indemnité de fin de contrat pour l'agent et précise que « toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge ». Après rupture, l'agent commercial demande l'octroi de l'indemnité prévue par le droit belge expressément choisi pour régir le contrat. Le juge belge, croyant déduire des dispositions précitées de la loi belge que celle-ci serait auto-limitative et s'appliquerait donc uniquement aux activités d'agence commerciale développées en Belgique (alors que rien ne le suggère), décide de poser à la Cour de justice la seule question ici totalement dépourvue d'intérêt : la directive harmonisant les règles protectrices des agents commerciaux exerçant dans l'Union s'oppose-t-elle à ce qu'une loi de transposition limite ses effets aux agents commerciaux exerçant dans l'Union, c'est-à-dire au seul domaine impérativement harmonisé par la directive ?

Puisque la directive n'est clairement pas une directive d'harmonisation maximum, la réponse que donne ici la Cour de justice est *évidemment négative*. Non, la directive ne s'oppose pas à ce qu'un État membre limite son champ d'application à celui qui résulte naturellement de ladite directive : c'est-à-dire aux activités déployées à l'intérieur de l'Union et, donc, aux agents commerciaux établis dans l'Union. Les règles d'association avec la Turquie ne changent évidemment rien à cet égard.

Une autre question, complètement occultée, aurait en revanche pu, et dû, être posée : celle de savoir si le règlement *Rome I* n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, qui fixe les règles de conflits de lois en matière de contrats, autorise une telle auto-limitation ? Et, à cette question, la réponse est, de l'avis du soussigné, vraisemblablement négative dès lors que ledit règlement, d'une part, prévoit que le contrat est régi par la loi choisie par les parties (art. 3), d'autre part ne prévoit aucune exception assimilable aux lois auto-limitatives (alors que le contraire – c'est-à-dire les lois de police – est prévu) et, de troisième part, précise que le choix d'une loi s'entend uniquement de ses dispositions substantielles et non de ses dispositions de droit international privé, c'est-à-dire précisément celles qui ont pour vocation de limiter spatialement son application. Mais, pour avoir cette réponse, encore aurait-il fallu poser la question...

Bernard Haftel, professeur à l'université Paris 13 - USPC, membre de l'IRDA

▶ VEILLE

Rapport final de la Commission concernant l'enquête sectorielle sur le commerce électronique

La Commission européenne a publié, le 10 mai 2017, le rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique. Elle reprend, pour l'essentiel, les conclusions qui ressortaient de son rapport préliminaire publié en septembre 2016 (v. LEDICO janv. 2017, n° 110b3, p. 4, note Choné-Grimaldi A.-S.).

- *Commission européenne, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017*

Aides d'État : élargissement du champ d'application du règlement général d'exemption par catégorie

Afin d'exempter de son examen préalable certains investissements publics, la Commission européenne a approuvé le 17 mai 2017 un règlement modifiant le règlement (UE) n° 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du TFUE. Ces mesures visent à permettre à la Commission de se montrer « visible sur les grands enjeux mais discrète sur les questions de moindre importance »

(Margrethe Vestager, commissaire chargée de la politique de concurrence). Parmi celles-ci, notons :

- en ce qui concerne les aéroports, le règlement introduit une exemption de l'obligation de notifier les mesures d'aide d'État à la Commission pour autorisation avant leur mise en œuvre, pour les aides à l'investissement en faveur des aéroports accueillant jusqu'à 3 millions de passagers par an ;

- quant aux ports, le règlement introduit une exemption de l'obligation de notifier les mesures d'aide d'État à la Commission pour autorisation avant leur mise en œuvre, pour les ports maritimes et les ports intérieurs. Les aides ne peuvent excéder un certain plafond absolu (entre 40 millions et 150 millions d'euros), selon que le projet concerne un port maritime ou un port intérieur et selon que le port est inclus ou non dans un corridor de réseau central en vertu du règlement RTE-T ;

- le règlement introduit également de nouveaux assouplissements dans d'autres domaines, fondés sur la pratique décisionnelle de la Commission depuis l'adoption du règlement général d'exemption par catégorie en 2014.

Le règlement modificatif entrera en vigueur 20 jours après sa publication au JOUE.

- *Commission européenne, communiqué, 17 mai 2017*

▶ INFO PRATIQUE

Nomination à l'Autorité de la concurrence

Sarah Subrémon a été nommée rapporteure générale adjointe de l'Autorité de la concurrence, à compter du 18 avril 2017, par décision du rapporteur général, Stanislas Martin. Elle dirigera le service « concurrence 5 » en remplacement d'Éric Cuziat, arrivé au terme des deux mandats qu'il pouvait exercer à ce poste.

- *Aut. conc., communiqué, 25 avr. 2017*

▶ CALENDRIER

Colloque ARAFER – Concurrence et régulation : quelles perspectives pour le transport ferroviaire ?

L'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) organise le 29 juin 2017 un colloque relatif à l'ouverture du marché ferroviaire domestique, articulé autour de trois sessions : « Retours d'expérience sur l'ouverture à la concurrence dans le secteur ferroviaire », « La concurrence sur le marché : modalités d'ouverture des services non conventionnés », et « La concurrence pour le marché : modalités d'ouverture des services conventionnés ».

- *Renseignements et inscriptions : 01 44 18 64 60 ; secretariat@mmconseil.com*

NOUVEAU
KIOSQUE
Lextenso

GRATUIT
AVEC VOTRE
ABONNEMENT

Feuilletez votre mensuel L'ESSENTIEL sur tous vos écrans !

Pour accéder à la version numérique feuilletable de votre revue :

- sur **ordinateur** (PC ou MAC), rendez-vous sur www.kiosque-lextenso.fr
- sur **tablette ou mobile**, téléchargez L'APPLICATION **KIOSQUE Lextenso**

KIOSQUE Lextenso Téléchargez dans l'App Store DISPONIBLE SUR Google Play



OFFRE DE LANCEMENT

3 MOIS OFFERTS

● 11 NUMÉROS 116,37 € HT au lieu de 160 € HT*



+ VERSION NUMÉRIQUE feuilletable

(sur smartphones, tablettes et ordinateurs)
incluse dans l'abonnement



* Tarif France 2017

Oui, je profite de l'offre de lancement de L'ESSENTIEL DROIT DE LA DISTRIBUTION ET DE LA CONCURRENCE

1 AN D'ABONNEMENT / 11 numéros – 3 MOIS OFFERTS + version numérique feuilletable
(sur smartphones, tablettes et ordinateurs)

→ Tarif France 116,37 € HT (118,81 € TTC) au lieu de 160 € HT

→ Tarif Étranger 130,91 € HT au lieu de 180 € HT

Je règle

par chèque
à l'ordre de Lextenso éditions

par virement
à Lextenso éditions
IBAN : FR76 3006 6106 5000 0110
0370 208
BIC : CMCIFRPP

SOCIÉTÉ

NOM

PRÉNOM

ADRESSE

CODE POSTAL VILLE

PAYS

TÉL. FAX

E-MAIL

BULLETIN À RETOURNER À Lextenso

70 rue du Gouverneur Général Eboué
92131 Issy-les-Moulineaux CEDEX

ou par fax au +33 (0)1 41 09 92 10

Relation clients : +33 (0)1 40 93 40 40 – abonnements@lextenso.fr