



SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS



LA LETTRE DES RESEAUX

NOVEMBRE - DÉCEMBRE
2019

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - PERPIGNAN

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - LYON
MARSEILLE - METZ - ROUEN
SAINT-DENIS (La Réunion)
SAINT-ETIENNE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHREÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
COREE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - KAZAKSTHAN
KOWEÏT - LUXEMBOURG
MADAGASCAR - MALTE
MAROC - MEXIQUE
NICARAGUA - OMAN
PANAMA - PARAGUAY
PÉROU - PORTUGAL - QATAR
RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredesreseaux.com



DISTRIBUTION	
La faute séparable du dirigeant dans les réseaux de distribution Etude et Prospective	p. 2
Le seuil de revente à perte Etude	p. 8
Opposabilité des avis clients négatifs au franchisé Trib. arbitral, 16 décembre 2019, inédit	p. 18
Absence d'état du marché local et nullité du contrat de franchise Trib. arbitral, 20 décembre 2019, inédit	p. 19
Rupture des pourparlers et prescription de l'action Trib. Com. Lille-Métropole, 28 novembre 2019, n°2018018505	p. 20
Effets néfastes de la loi EGALIM : les mesures proposées par le Sénat Communiqué de presse du Sénat – 5 novembre 2019	p. 21
Interview de Laurent KRUCH (Territoires & Marketing)	p. 22
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Pourquoi la franchise ne doit pas être visée par le nouveau règlement d'exemption à venir ? Réflexions	p. 25
La clause limitant le droit à réparation du préjudice du consommateur est présumée abusive Cass. civ. 1 ^{ère} , 11 décembre 2019, n°18-21.164	p. 26
Etendue géographique de la clause de non-concurrence post-contractuelle CA Paris, 13 décembre 2019, n°19/02615	p. 27
Confirmation de l'amende de 20 millions d'euros infligée à FNAC-DARTY CE, sect. 3 ^{ème} et 8 ^{ème} , 7 novembre 2019, n°424702	p. 29
Vigilance sur les allégations d'économies d'énergie dans les objets domotiques Communiqué de presse de la DGCCRF – 18 novembre 2019	p. 29
3,7 millions d'euros d'amende pour non-respect des délais de paiement légaux Décision du 18 novembre 2019	p. 30
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
La faculté conventionnelle de rétractation de l'acquéreur professionnel Cass. civ. 3 ^{ème} , 5 décembre 2019, n°18-24.152, Publié au Bulletin	p. 31
Vente immobilière : DPE erroné et perte de chance de négocier une réduction du prix Cass. civ. 3 ^{ème} , 21 novembre 2019, n° 18-23.251, Publié au bulletin	p. 32
Clause abusive et personne morale « non-professionnelle » Cass. civ. 3 ^{ème} , 7 novembre 2019, n°18-23.259, Publié au Bulletin	p. 33
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Référencement d'un réseau concurrent de pharmacies et Pratiques commerciales trompeuses CA Versailles, 14 ^{ème} ch., 7 novembre 2019, Pharmarket / Elsie groupe, Pharmacie Chabrol, et autres	p. 34
Comment prospecter légalement par courrier ou téléphone ? Communication de la CNIL du 6 décembre 2019	p. 36
Pratiques illégales de démarchage téléphonique : la CNIL prononce une sanction de 500 000 euros à l'encontre d'une société Délibération n°SAN-2019-010 du 21 novembre 2019	p. 37
INTERNATIONAL	
Réparation du préjudice causé à la victime indirecte d'une entente CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-435/18, Otis GmbH et a. c/ Land Oberösterreich	p. 38
Chine : Règlement concernant l'application de la loi relative aux Investissements Directs Etrangers Règlement adopté le 12 décembre 2019 lors d'une réunion exécutive du Conseil des Affaires d'Etat	p. 40
Europe - Afrique - Asie Flash actualités	p. 40
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 42

DISTRIBUTION

La faute séparable du dirigeant dans les réseaux de distribution

Etude et Prospective

Ce qu'il faut retenir :

Engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers le dirigeant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

Pour approfondir :

1. – Introduction : Le plaideur envisage rarement la notion de « faute séparable » ou « faute détachable » – les deux termes sont synonymes –, notion qui semble pourtant revenir peu à peu sur le devant de la scène, en témoigne une jurisprudence grandissante ces dernières années dans la vie des affaires en général, et dans le domaine du droit de la distribution en particulier, ce que confirment certaines décisions récentes (v. par ex., Cass. com., 18 septembre 2019, n°16-26.962, Publié au Bulletin ; CA Paris, Pôle 5 - chambre 4, 13 novembre 2019, n°19/00499 ; CA Grenoble, 26 novembre 2019, n°15/04343) si besoin était.

L'analyse des critères qui caractérisent la notion de « faute séparable » au regard du droit positif (I) permet de mieux comprendre l'application qu'en fait actuellement la jurisprudence rendue dans le domaine du droit de la distribution, et de mieux anticiper ses évolutions probables dans les années à venir (II).

I/ Identification des critères caractéristiques de la faute séparable

2. – Enoncé des critères : Il est usuel de rappeler que la jurisprudence de la Cour de cassation a établi les contours de la notion de faute séparable dans son arrêt Sati (Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17.092 : JurisData n°2003-019081 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 84 ; D. 2003, p. 1502, obs. A. Lienhard ; ibid., p. 2623, note B. Dondero : « Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social » ; Rev. sociétés 2003, p. 479, note J.-F. Barbière ; BJS 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; JCP E 2003, 1203, n° 2, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; ibid., 1398, note S. Hadji-Artinian ; Dr. sociétés 2003, comm. 148, note J. Monnet ; RTD civ. 2003, p.

509, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; ibid., p. 741, obs. C. Champaud et D. Danet), qui fait office d'arrêt de référence, pour avoir défini le premier la notion de faute séparable.

La formule issue de cette décision fondatrice – selon laquelle la faute séparable est constituée « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » – est régulièrement reprise, selon une formulation identique ou similaire, dans un grand nombre d'arrêts récents de la Haute juridiction (v. par ex., Cass. com., 8 novembre 2017, n°16-10.626).

En réalité, la jurisprudence s'exprime dans un corpus de décisions relativement homogènes, dont l'arrêt Sati constitue le socle, et qui s'est même enrichi depuis lors, au gré des situations mises en évidence par différents contentieux. Ce faisant, les critères de la « faute séparable » sont aujourd'hui définis par la jurisprudence qui, dans son effort lent et patient de construction, distingue quatre conditions cumulatives ; en effet, la faute doit être :

- personnelle,
- intentionnelle,
- grave,
- incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales de son auteur (pour un dirigeant) ou des prérogatives attachées à la qualité d'associé (pour un associé).

L'intérêt des développements qui vont suivre ne tient pas tant au rappel de ces conditions – que chacun aura déjà identifiées – mais dans la tentative de détermination de leur contenu, que seul l'examen attentif de la jurisprudence et le recul du temps permettent d'entreprendre de réaliser.

3. – Faute personnelle précise : Il faut dire que la formulation « faute personnelle précise » n'est pas fréquemment visée par la Cour de cassation, tant il est vrai que le rappel de cette condition va le plus souvent de soi. La responsabilité personnelle du dirigeant ou de l'associé à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions, qui lui soit imputable personnellement ; cette exigence est ancienne (Cass. com., 28 avril 1998, n°96-10.253, Bull. civ. IV, n° 139 ; Bull. Joly 1998, p. 808, note P. Le Cannu ; D. 1998, IR p. 136 ; RTD com. 1998, p. 623, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; JCP éd. E 1998, p. 1258, note Y. Guyon ; ibid. 1998, II, n° 10177, note D. Ohl ; ibid. 1999, I, n° 147,

n° 18, obs. G. Viney : « *Attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* »). Lorsque le contexte s'y prête, certaines décisions l'évoquent donc (Cass. com., 7 octobre 2004, 02-14.399, Publié au bulletin : « *Mais attendu que la responsabilité personnelle des administrateurs d'une association n'est engagée que s'ils ont commis une faute détachable de leurs fonctions ; Et attendu que l'arrêt retient qu'aucune faute personnelle précise n'est démontrée à l'égard des administrateurs qui ont agi dans le cadre des statuts des associations ; Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a déduit à bon droit que les dirigeants des associations n'étaient pas responsables personnellement envers la société* » ; v. aussi, Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2010, 09-66.404 (cf. troisième moyen) : « *Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rentrer dans le détail de l'argumentation des demandeurs, a pu déduire qu'aucune faute personnelle, inspirée par une intention de nuire ou pour satisfaire un intérêt personnel étranger au service public ou présentant un caractère d'une extrême gravité, n'était imputable à M^{me} C...* » ; v. aussi, Cass. com., 17 décembre 2002, n°00-13.484 : « *Vu les articles 1165 et 1842 du Code civil ; (...) Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de franchise comportant l'obligation arguée de violation avait été conclu entre la société Holdini et la société Formaholt, et sans caractériser la faute personnelle de M. X..., la cour d'appel a violé les textes susvisés* »).

Ce faisant, cette faute suppose donc une part d'implication personnelle (Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1997, n°95-11.959, Publié au Bulletin : « *Mais attendu que l'arrêt retient que M. Y... ne justifie pas des conditions dans lesquelles il a été sollicité pour la fourniture des billets litigieux et les a fournis, ni ne prouve que M. Z... ait personnellement joué un rôle ayant pu l'amener à contracter avec une association à laquelle, sans une telle intervention, il n'aurait accordé aucun crédit ; Que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire qu'aucune faute, détachable de ses fonctions, n'était établie à l'encontre de M. Z... et a décidé à bon droit que la responsabilité personnelle de M. Z... n'était pas engagée* »). A l'inverse, la faute « générale » ou « diffuse » – consacrant une attitude d'ensemble – ne serait logiquement pas admise. Par l'exigence de son caractère de précision, l'examen de la faute peut-il alors porter sur les autres conditions requises.

4. – Faute intentionnelle : La faute doit être intentionnelle (Cass. com., 4 juillet 2006, n°05-13.930, Bull. 2006, IV, n° 166 ; Cass. com., 20 mai 2003, Bull. IV, n° 84).

Plusieurs situations peuvent permettre de démontrer le caractère intentionnel de la faute commise par le dirigeant, qui peut ainsi notamment résulter :

- de la conscience du caractère obligatoire de l'obligation violée (Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-66.255, Bulletin 2010, IV, n° 146 : [à propos de l'obligation de souscrire une assurance obligatoire de dommages et de responsabilité] « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que Mme Y ... avait sciemment accepté d'ouvrir le chantier litigieux sans que la société STS fût couverte par une assurance garantissant la responsabilité décennale des constructeurs, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ») ;
- des actes positifs commis par l'auteur de la faute (Cass. com., 7 juillet 2004, n°02-17.729 : « *Attendu que la cour d'appel a constaté (...) que celui-ci avait participé de façon active et personnelle aux actes dénoncés dont il a revendiqué la qualité d'initiateur ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'il avait intentionnellement commis des actes de contrefaçon, la cour d'appel (...) en a exactement déduit que M. X ... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle* ») ;
- ou encore de la caractérisation d'une infraction pénale intentionnelle, la condition tenant au caractère intentionnel de la faute civile étant alors nécessairement remplie, ainsi que le rappelle la Cour de cassation (Cass. com., 18 septembre 2019, n° 16-26.962, Publié au Bulletin : approuvant une cour d'appel d'avoir énoncé que « *la faute pénale intentionnelle du dirigeant est par essence détachable des fonctions* » ; v. aussi, Cass. com., 27 mai 2015, n°13-23.772 : « *Attendu que le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice* » ; Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-66.255, Bull. 2010, IV, n° 146) ; dans ce cas, la responsabilité de son auteur est engagée pour autant que les autres conditions soient bien

vérifiées (Cass. civ. 3^{ème}, 4 janvier 2006, n°04-14.731, Bulletin 2006 III, n° 7, p. 6).

A l'inverse, la simple négligence ne saurait suffire à caractériser une telle faute.

5. – Faute d'une particulière gravité : La faute doit présenter un caractère de gravité ; depuis l'arrêt Sati (Cass. com., 20 mai 2003, Bull. IV, n° 84), la Cour de cassation évoque régulièrement la « *faute d'une particulière gravité* » (Cass. com., 4 juillet 2006, n°05-13.930, Bull. 2006, IV, n° 166). D'autres décisions, plus rares, évoquent la « *faute d'une extrême gravité* » (Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} juillet 2010, n°09-66.404), ce qui revient au même (v. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2003, n°00-22.564, Bulletin 2003, I, n° 231 : « *La cour d'appel, qui n'a pas recherché si cette faute ne présentait pas une gravité telle que ce caractère puisse lui être reconnu, n'a pas donné de base légale à sa décision* »).

La nature même de la faute est indifférente : elle peut consister en un manquement à une obligation de source légale ou contractuelle ; il peut s'agir encore d'un manquement à des obligations d'ordre professionnel et déontologique (Cass. crim., 18 juin 2013, n°12-87.538, Bull. 2013, n° 142).

Se pose la question de savoir si le caractère de « gravité » concerne la nature même de la faute ou les conséquences qu'elle emporte. La Cour de cassation n'a pas répondu à cette question, qu'aucun pourvoi n'a formulé à ce jour.

Lorsque la faute civile est de nature à caractériser une faute pénale, il est difficile de nier toute corrélation entre cette qualification pénale et la gravité de la faute au plan civil ; ainsi, certains juges du fond semblent considérer que le comportement pouvant simplement être qualifié de contravention ne peut caractériser la faute séparable (v. par ex., Cass. civ. 3^{ème}, 30 janvier 2013, n°11-27.792, Bulletin 2013, III, n°15 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que l'exploitant n'avait, en l'état de la réglementation, qu'une simple obligation d'information de l'administration lorsqu'il cessait son activité et que l'omission de cette déclaration n'était passible que de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, la cour d'appel a pu en déduire que M. A... n'avait commis aucune faute intentionnelle et d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales* »). Cette solution de principe nous paraît

critiquable, la commission d'une contravention pouvant évidemment être volontaire.

En tout état de cause, l'appréciation de l'intensité de la faute relève du pouvoir souverain d'appréciation des juridictions du fond.

6. – Incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions sociales du dirigeant ou des prérogatives attachées à la qualité d'associé : Cette condition est systématiquement rappelée par la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'il s'agisse :

- de l'associé (Cass. com., 18 février 2014, n°12-29752, Bull. 2014, IV, n° 40 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la décision de M. X... de réunir l'assemblée générale extraordinaire des associés afin que la règle de l'unanimité fût convertie en une règle de majorité simple, dont résultait la violation par la société de la convention dite Mag3, constituait de la part de celui-ci une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ») ;
- ou du dirigeant (Cass. com., 4 juillet 2006, n°05-13.930, Bull. 2006, IV, n° 166 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que M. Y... (...) s'était délibérément abstenu de payer la prime d'assurance, que malgré plusieurs relances de la compagnie d'assurance et la résiliation du contrat à compter du 17 mars 1997, il avait permis au salarié de la société d'utiliser, le 20 mars 1997, ce véhicule dépourvu d'assurance sans l'en informer, la cour d'appel a suffisamment caractérisé une faute intentionnelle du gérant d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales du dirigeant* » ; Cass. com., 20 mai 2003, Bull. IV, n° 84 : « *Mais attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »).

7. – Eléments indifférents : En premier lieu, la faute peut résulter soit d'un acte positif, soit d'une simple abstention.

Dans cette seconde hypothèse, l'abstention constitue une faute détachable lorsqu'elle s'analyse en une faute pénale intentionnelle ; ainsi, par exemple, le fait de ne pas souscrire une assurance, abstention constitutive d'un délit pénal, peut caractériser une faute détachable (CA Grenoble, 26 novembre 2019, n°15/04343 (statuant sur renvoi après cassation de : Cass. com., 27 mai 2015, n°13-23.772) : « Si la responsabilité personnelle de M. X ne peut donc être recherché de ce chef, celui-ci a cependant effectivement commis une faute détachable de ses fonctions de gérant de la société M ... en ne souscrivant pas une assurance de responsabilité couvrant l'activité d'enseignement du parapente pour sa société, alors que cette assurance était obligatoire et que l'absence de souscription d'une telle assurance constitue une infraction pénale, faute détachable de ses fonctions et donc de nature à entraîner sa responsabilité personnelle »).

En second lieu, la condition tenant à l'incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions sociales du dirigeant (ou avec des prérogatives attachées à la qualité d'associé) peut être remplie, quand bien même l'auteur de la faute agit dans les limites de ses attributions ; cette solution va de soi.

8. – Charge de la preuve : Il appartient à la partie qui l'invoque d'en rapporter la preuve.

Cette solution pour le moins classique est évidemment consacrée par :

- les différentes chambres de la Cour de cassation (Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2013, n°12-13.840, Publié au bulletin : « Attendu que la cour d'appel a relevé, par motifs adoptés, qu'il n'était pas démontré que M. Z... avait commis une faute détachable de ses fonctions » ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, n°02-14.399, Publié au bulletin : « Et attendu que l'arrêt retient qu'aucune faute personnelle précise n'est démontrée à l'égard des administrateurs qui ont agi dans le cadre des statuts des associations » ; Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n° 02-11.687 : « (...) la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions invoquées, a pu, alors que la preuve d'une **faute séparable** de leurs fonctions de dirigeants n'était pas rapportée contre MM. Z... et Y..., statuer comme elle a fait ; que le moyen pris en ses deux branches, n'est pas fondé ») ;

- et les juridictions du fond (CA Paris, Pôle 2 - chambre 2, 19 décembre 2019, n°18/05436 : « En tout état de cause, la société TAM ne démontre pas que M. Z ait commis une faute détachable de ses fonctions et qu'il ait agi à titre personnel » – CA Montpellier, 26 mars 2008, n° 07/06719 : « Attendu que la commune reconnaît implicitement par là qu'elle ne rapporte pas la preuve d'une faute détachable des fonctions qu'exerçaient les personnes concernées au sein de ces associations »).

II/ Casuistiques de la faute séparable dans les réseaux de distribution et de franchise

II.A.) Application au dirigeant de la société distributeur (ou franchisé)

II.A.1.) Cas d'application

9. – Exercice d'une activité concurrente à celle de l'activité franchisée : Commet une faute séparable le dirigeant de la société franchisée ayant créé une société concurrente de la société franchisée (CA Paris, Pôle 5 - chambre 4, 13 novembre 2019, n°19/00499 : « en créant une société concurrente de la société franchisée F G qu'il dirigeait, en utilisant le concept H I pour mieux le concurrencer, alors qu'il était tenu de protéger le réseau des concurrents, M X a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales. Cette faute, séparable des fonctions de M X, a causé un préjudice né du trouble concurrentiel, notamment au regard du détournement de la clientèle, à la société H I, victime des actes de concurrence déloyale retenus contre la société Val Trappeur (...) »).

Cette décision appelle deux remarques au moins.

Primo, la portée de cette décision est importante, tant les faits de l'espèce ne présentaient manifestement aucune singularité : la société franchisée était débitrice d'une obligation de non-concurrence pendant la durée du contrat, et le dirigeant de cette société avait réalisé un ensemble d'actes positifs (dépôts de marque, création d'une société nouvelle, exploitation d'éléments du concept) traduisant à eux seuls l'existence d'une faute personnelle et intentionnelle. *Secundo*, l'apport majeur de l'arrêt tient selon nous à la considération (de portée générale) selon laquelle la violation de l'obligation de non-concurrence constitue un exemple pertinent de faute « d'une particulière gravité » ou « d'une extrême gravité » au sens de la jurisprudence précitée (cf. *supra*, n°5).

La portée de cette solution est d'autant plus générale que, dans l'espèce considérée, le contrat ne comportait en réalité aucune clause de non-concurrence.

La solution ne va pas de soi ; la jurisprudence a pu considérer par le passé que la violation d'un engagement de non-concurrence ne pouvait caractériser par lui-même une faute détachable (CA Limoges, 5 novembre 2015, n°13/01241 (à propos d'un engagement de non-concurrence visé par un contrat de réservation) : « *Attendu qu'aux termes du contrat de réservation conclu entre elles le 12 octobre 2011, la société Royal kids a consenti à la société Parc Limoges Nord une option sur un territoire défini pour l'implantation d'un parc de jeux pendant une durée d'un an à compter de la date précitée ; que l'article 7 de ce contrat stipule que dans l'hypothèse où l'option ne serait pas levée, la société Parc Limoges Nord s'interdit expressément et d'ores et déjà d'exploiter, à titre personnel ou non, et de quelque façon que ce soit, toute activité identique ou similaire sur l'ensemble du territoire français pendant une durée de deux ans à compter de la cessation du présent contrat ; que cette clause, dont la validité n'est pas contestée pas plus que celle du contrat dans lequel elle est insérée, doit recevoir application. Attendu que la société Royal kids reproche à la société Parc Limoges Nord d'avoir, en violation de l'interdiction précitée qui expirait, selon ses propres écritures, le 12 octobre 2013, ouvert dès octobre 2012 un parc de jeux au no 8 rue de Buxerolles à Limoges, ainsi que cela résulte du procès-verbal de constat dressé le 25 octobre 2012 par SCP Hyvernaud, huissier de justice. Attendu que, même si le défaut de levée de l'option prévue dans le contrat de réservation apparaît imputable aux carences de la société Royal kids dans l'exécution de ses obligations de franchiseur, la société Parc Limoges Nord ne pouvait, sans méconnaître l'interdiction précitée, ouvrir en octobre 2012 son parc de jeux sous l'enseigne " Toboggan et Cie " ; que, la violation de cette interdiction s'étant prolongée sur une période d'une année, le préjudice en résultant pour la société Royal Kids sera réparé par l'allocation de dommages-intérêts d'un montant de 5 000 euros à la charge de la seule société Parc Limoges Nord, en l'absence de toute démonstration d'une faute imputable à MM. X...et Y...qui soit détachable de leurs fonctions de gérants »).*

10. – Octroi de garanties non autorisées : Cette situation est connue car relativement ancienne (Cass.

com., 20 octobre 1998, n°96-15.418, Bull. civ. IV, n°254 : considérant qu'une cour d'appel retient à bon droit que si le directeur général d'une société anonyme a commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée).

11. – Présentation fautive de la solvabilité de l'entreprise : Commet une faute séparable le dirigeant ayant trompé un fournisseur sur la solvabilité de l'entreprise qu'il dirige à dessein de pouvoir s'approvisionner en marchandises auprès de ce dernier (Cass. com., 20 mai 2003, Bull. IV, n°84 : « *Attendu qu'ayant constaté que Mme X ... avait volontairement trompé la société SATI sur la solvabilité de la société SBTR qu'elle dirigeait, ce qui lui a permis de bénéficier de livraisons que sans de telles manœuvres elle n'aurait pu obtenir, la cour d'appel en a exactement déduit que Mme X ... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle »).*

II.A.2.) Cas d'exclusion

12. – La jurisprudence comprend un grand nombre de décisions rendues en droit de la distribution ayant écarté la notion de faute séparable. L'analyse de ces décisions présente peu d'intérêt tant il est vrai qu'elles se fondent sur des circonstances purement factuelles.

II.B.) Application au dirigeant de la société tête de réseau (ou franchiseur)

II.B.1.) Cas d'application

13. – Dissimulation des pertes réalisées par la société contractante : La jurisprudence considère que la dissimulation de pertes comptables est susceptible de caractériser une faute séparable lorsque celle-ci est « volontaire » (Trib. com. Marseille, ch. 7, 1^{er} septembre 2015 (a contrario) : « *Attendu que dans le cadre de la mise en délibéré, à la demande du Tribunal, les bilans du franchiseur pour les exercices 2007, 2008 et 2009 ont été produits ; qu'aucun élément ne permet de démontrer que Monsieur ZY était l'auteur volontaire des dissimulations des pertes comptables pour lesdits exercices »).*

Cette décision appelle deux remarques. *Primo*, on retrouve ici l'exigence d'une faute intentionnelle. *Secundo*, la jurisprudence n'est pas particulièrement claire sur le ou les sous-critère(s) lié(s) au critère de l'intention. Qu'en serait-il par exemple s'il était reproché à une tête de réseau de n'avoir pas publié ses bilans ? Il ne s'agit pas d'une faute sanctionnée par une infraction pénale intentionnelle..., observation qui peut conduire à penser que le seul constat de l'absence de publication des comptes ne suffit pas à caractériser l'intention de son auteur.

14. – Dissimulation des pertes réalisées par les membres du réseau : La jurisprudence considère que la dissimulation par le dirigeant de la société franchiseur des pertes comptables réalisées par les franchisés d'un réseau peut caractériser une faute séparable (CA Douai, 28 mai 2015, n°13/07229).

Il convient de reproduire la motivation de cette décision pour mieux en mesurer la portée : « *Attendu qu'en l'espèce, premièrement, c'est bien M. X qui, agissant en sa qualité de gérant de la société FCF, a délibérément délivré à M. A et à M^{me} Z des données comptables dont il connaissait le caractère non sérieux dès lors que, se trouvant à la tête du réseau de franchisés, il connaissait les résultats réels de ces derniers ; Que, deuxièmement, cette attitude dolosive revêt une gravité certaine dans la mesure où elle visait à forcer le consentement de candidats totalement inexpérimentés, afin de les engager dans les liens contractuels litigieux, alors que M. X ne pouvait méconnaître les conséquences financières graves que générerait l'insuccès de l'entreprise commerciale dans laquelle investissaient M^{me} Z et M. A ; Que, troisièmement, une telle attitude n'est, à l'évidence, pas compatible avec l'exercice normal des fonctions de gérant, dès lors que ce mensonge, étayé par la production de pièces comptables dont M. A et M^{me} Z, non avertis, ne pouvaient douter de la fiabilité, est contraire à la loyauté et à la bonne foi qui doivent présider aux relations contractuelles, ainsi que le rappelle l'article 1134 du code civil* ».

Cette décision appelle deux remarques. *Primo*, la décision commentée vise l'hypothèse où des actes positifs – la transmission de données comptables « dont il connaissait le caractère non sérieux » – ont été réalisés à dessein de tromper le candidat franchisé. *Secundo*, la décision commentée ne répond pas à la question de savoir si une solution comparable eût été retenue en l'absence d'actes positifs.

II.B.2.) Cas d'exclusion

15. – Insuffisances du document d'information précontractuel DIP : Pour ce qui concerne la question de savoir si les insuffisances d'un DIP sont de nature à caractériser une faute séparable, deux solutions ont été envisagées.

En premier lieu, la jurisprudence semble parfois considérer que la transmission par le franchiseur d'un DIP ne respectant pas les dispositions des articles R. 330-3 du Code de commerce n'est pas susceptible de caractériser une faute séparable (Trib. com. Marseille, ch. 7, 1^{er} septembre 2015 : « *Attendu que le DIP transmis par Monsieur Z Y pour le bénéfice de la société MACH ELECTRONIC SARL, ayant conduit à la condamnation susdite de cette dernière, n'est du fait de son caractère pas séparable des fonctions sociales du gérant* »).

Cette décision appelle trois remarques. *Primo*, la motivation de la décision citée n'apparaît pas. *Secundo*, cette solution est sans doute liée à la nature contraventionnelle de l'infraction prévue à l'article R.330-2 du Code de commerce (« *est puni des peines d'amende prévues par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe le fait de mettre à la disposition d'une personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article L. 330-3.* »). *Tertio*, pour autant, nous considérons que certaines carences du DIP devraient caractériser une faute séparable : par exemple, si le DIP comporte des renseignements faux, portant sur des points de nature à emporter la conviction du candidat, il nous semble qu'une faute séparable devrait être caractérisée.

En second lieu, à l'inverse de la solution que nous venons d'examiner, la jurisprudence semble parfois considérer que la transmission par un franchiseur d'un DIP ne respectant pas les dispositions de l'article R. 330-3 du Code de commerce peut, sous certaines conditions, caractériser une faute séparable (CA Lyon, 3^{ème} ch., 14 février 2019, n°16/02636 : « *Les manœuvres dolosives caractérisées en première instance, tenant à l'absence d'une réelle étude de marché local et d'information de la liquidation judiciaire du précédent adhérent sur le même secteur, mais également à l'inexistence d'un concept susceptible*

d'être franchisé, ne concrétisent pas nécessairement une intention de nuire imputable personnellement au dirigeant de droit. En l'état de la direction de fait retenue par les premiers juges comme exercée par M. R. dont les appelantes se prévalent, il leur appartient de rapporter la preuve des agissements personnels et intentionnels de M. B., dirigeant de droit. Aucune des pièces versées aux débats par les appelantes n'établit que M. B. avait connaissance du parcours professionnel antérieur de M. R., comme de l'interdiction de gérer qu'il a subie, et que ce dirigeant de droit a participé personnellement aux négociations ayant conduit à la signature des contrats d'adhésion, le document d'information précontractuelle ayant par exemple été envoyé par Mme C., pour la société CIO, à M. C. le 8 avril 2011, seul M. R. en étant un autre destinataire copie carbone. L'absence de mention dans ce document d'information précontractuelle de la liquidation judiciaire de la société Cardinal jardin dirigée par M. R. dans le cadre du précédent réseau de franchise Cardinal jardin alors fournie par la société Gardeo, ne caractérise pas plus une intention personnelle de M. B. de tromper les potentiels adhérents. Les sociétés JB C. et Stéphane R. ne démontrent ainsi pas que M. B. est personnellement à l'origine d'agissements séparables de ses fonctions et d'une particulière gravité qui les ont conduites à adhérer au réseau Cardinal jardin. Le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu'elles ont été déboutées de leurs demandes contre M. B. ».

Le seuil de revente à perte Etude

Ce qu'il faut retenir :

La réglementation sur la revente à perte a été établie par la loi du 2 juillet 1963 et a ensuite été modifiée à différentes reprises (l'interdiction a été maintenue mais la méthode de calcul du seuil de revente à perte a beaucoup évolué au fil des réformes).

Pour approfondir :

I/ LA REVENTE A PERTE

La réglementation sur la revente à perte a été établie par la loi du 2 juillet 1963 et a ensuite été modifiée à

¹ Notamment par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 relative à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales, dite loi Galland, par la loi n°2005-882, en faveur des petites et des moyennes entreprises, du 2 août 2005, par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence

différentes reprises¹ (l'interdiction a été maintenue mais la méthode de calcul du seuil de revente à perte a beaucoup évolué au fil des réformes).

A. Fondement

L'article L.442-5 du Code de commerce (rédaction issue de l'**ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2**) prévoit :

« I.- Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 € d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L.121-3 du code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est considérée comme indépendante toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

II.- Les dispositions du I ne sont pas applicables :

1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ;

2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;

au soutien des consommateurs, dite loi « Chatel », et récemment par l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

3° Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

4° Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

5° Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

6° A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ;

7° Aux produits soldés mentionnés à l'article L.310-3².

Ces exceptions ne font pas obstacle à l'application du 2° de l'article L. 653-5³ et du 1° de l'article L. 654-2⁴.

III.- Les personnes morales déclarées pénalement responsables de l'infraction prévue au I encourent la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du code pénal⁵.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation⁶. »

A noter : la revente à perte était, avant l'ordonnance du 24 avril 2019, prévue et sanctionnée par l'article L.442-2 du Code de commerce. L'article L.442-2 du Code de commerce (dans sa rédaction issue de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008) prévoyait :

« Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende.

² L'article L.310-3 du Code de commerce prévoit : « I.-Sont considérées comme soldes les ventes qui sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock. Les soldes ont lieu, pour l'année civile, durant deux périodes d'une durée minimale de trois semaines et d'une durée maximale de six semaines chacune, dont les dates et les heures de début et de fin sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie. Cet arrêté peut prévoir, pour ces deux périodes, et pour les ventes autres que celles mentionnées à l'article L.221-1 du code de la consommation, des dates différentes dans certains départements pour tenir compte d'une forte saisonnalité des ventes ou d'opérations commerciales menées dans des régions frontalières.

Les produits annoncés comme soldés doivent avoir été proposés à la vente et payés depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée.

II.-Dans toute publicité, enseigne, dénomination sociale ou nom commercial, l'emploi du mot : solde (s) ou de ses dérivés est interdit pour désigner toute activité, dénomination sociale ou nom commercial, enseigne ou qualité qui ne se rapporte pas à une opération de soldes telle que définie au I ci-dessus. ».

³ L'article L.653-5, 2° du Code de commerce prévoit : « Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article L.653-1 contre laquelle a été relevé l'un des faits ci-après : (...) 2° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds (...) ».

⁴ L'article L.654-2, 1° du Code de commerce prévoit : « En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L.654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-

dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ; (...) ».

⁵ L'article 131-39, 9° du Code pénal prévoit : « Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : (...) 9° L'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ; (...) ».

⁶ L'article L.121-3 du Code de la consommation prévoit : « Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens. Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ; 2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi. »

Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L.121-3 du code de la consommation.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste. »

B. Notion et conditions d'application de l'interdiction de la revente à perte

L'interdiction de la revente à perte est insérée dans le titre IV du livre IV du Code de commerce et est ainsi considérée comme une pratique restrictive de concurrence, c'est-à-dire qu'elle est prohibée et doit être sanctionnée indépendamment des impacts qu'elle entraîne sur le marché. Il s'agit d'une prohibition absolue ou infraction dite « *per se* ». Dès lors que les conditions d'application de la réglementation posées par l'article L.442-5 du Code de commerce sont remplies, le commerçant, lors de la revente de ses produits, doit respecter un certain montant, le « seuil de revente à perte » ; à défaut il encourt des sanctions.

⁷ Selon l'article L.121-1 du Code de commerce « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». La qualité de commerçant est également reconnue aux associés membres d'une société commerciale par la forme. L'article L.210-1 alinéa 2 du Code de commerce reconnaît la commercialité par la forme des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilités limitées et des sociétés par actions.

⁸ Les industriels, les fabricants, les producteurs, les agriculteurs, et les artisans sont donc exclus du champ d'application de l'article L.442-2

1) La qualité des parties

➤ Le revendeur

L'article L.442-5 du Code de commerce s'applique uniquement lorsque l'opération consistant à offrir des produits à la revente émane d'un professionnel ayant la qualité de « commerçant ».

Le respect de cette condition s'apprécie par référence à la définition économique donnée de la notion de commerçant, telle qu'énoncée à l'article L.121-1 du Code de commerce⁷.

Par ailleurs, seules les personnes proposant la « revente » d'un produit ne doivent pas proposer celui-ci à un prix inférieur au seuil minimal autorisé ; il faut donc distinguer les fabricants (non soumis au principe de l'interdiction) et les distributeurs (qui achètent les produits en vue de les revendre et qui sont quant à eux soumis au respect de la réglementation car ils réalisent une revente qui succède à l'achat initial de la marchandise).

Toute personne qui vend elle-même directement ses produits⁸ peut donc parfaitement les vendre à un prix aussi minime soit-il, sans crainte d'être sanctionnée par l'interdiction de la revente à perte⁹.

➤ L'acheteur

Le texte législatif prohibant la revente à perte ne pose aucune exigence particulière concernant la qualité de l'acheteur. L'interdiction s'applique donc aux ventes effectuées entre commerçant et consommateur final, ainsi qu'à celles effectuées entre professionnels.

Par ailleurs, dès lors qu'aucune distinction ne doit être faite entre les opérateurs, l'interdiction de la revente à perte s'applique, peu importe le fait que les deux opérateurs appartiennent à un même groupe.

du Code de commerce (Rép. Min., n°29136, 19 mai 1976, JOAN CR, 24 juillet 1976, p. 5378, confirmée par : Rép. Min., n°387, 13 juillet 1981, JOAN Q, 14 septembre 1981, p. 2662 et Rép. Min., n°29340, 21 mars 1983, JOAN Q, 31 octobre 1983, p. 4715). De même, les dépositaires, les représentants, les agents, les mandataires, ou encore les consignataires ne sont pas visés par ce texte.

⁹ Un producteur qui vend à bas prix peut cependant être sanctionné par référence au droit de la concurrence (CA Paris, 19 octobre 1999, BOCCRF, 20 novembre 1999, n°19, p. 655). La vente à prix bas peut par exemple constituer une concurrence déloyale.

Il en va notamment ainsi lorsqu'une centrale d'achats revend les produits à ses filiales¹⁰.

La société-mère et la filiale sont effectivement considérées comme des personnes morales distinctes et les relations susceptibles de se nouer entre elles doivent être qualifiées de contrat de vente ; le fait pour l'une d'elles de s'adresser ensuite au public en proposant les articles acquis auprès de son cocontractant constitue donc une seconde opération de vente.

2) Une « revente de produit en l'état »

➤ Une opération de « revente »

Le texte impose une « revente », ce qui suppose une opération d'achat, puis une revente du produit ; cela nécessite donc une double opération juridique d'achat suivi d'une vente.

Du fait de l'exigence d'une opération de « revente », sont donc exclus du respect de la réglementation les industriels et les artisans, qui ne font pas d'opération d'achat préalable à la vente.

➤ Un « produit »

Le texte vise expressément la revente de « produits » ; les prestations de services se trouvent donc *de facto* exclues du champ d'application de la disposition et peuvent ainsi être proposées à très bas prix sans risquer de tomber sous le coup de la réglementation portant sur la revente à perte¹¹ (sous réserve néanmoins de l'application d'autres dispositions légales, notamment celles issues du droit de la concurrence).

S'agissant des prestations de services entourant l'achat d'un produit, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si l'opérateur qui propose à la clientèle effectuant des achats à hauteur d'un montant minimum, l'accomplissement d'une prestation de service supplémentaire et accessoire à l'achat du produit principal pour un montant très intéressant, peut être condamné en raison des bas prix qu'il propose. La réponse est à nuancer et dépend de la qualification juridique donnée à l'opération. Il convient de déterminer si la prestation est fournie seule ou vendue de manière indivisible avec un produit :

- si la prestation est fournie seule, l'interdiction de la revente à perte ne s'applique pas ;
- si la prestation est vendue de manière indivisible avec un produit : la réglementation s'applique et il faut, pour apprécier le prix, prendre en considération l'économie globale de l'opération¹².

3) Une revente « en l'état »

L'article L.442-5 du Code de commerce possède également un champ d'application limité puisque seuls sont concernés les produits revendus « en l'état », c'est-à-dire les reventes portant sur des articles n'ayant subi aucune modification.

Aucun critère n'a été posé pour déterminer si le produit doit ou non être considéré comme ayant subi une transformation ; l'appréciation s'effectue au cas par cas, selon les données de l'espèce.

Dans la mesure où le produit n'est pas *a priori* revendu dans l'état similaire à celui dans lequel il a été précédemment acquis, et selon une stricte application des termes de la loi, la réglementation de la revente à perte ne devrait en principe pas s'appliquer.

Selon cette analyse, il est donc tentant pour les distributeurs de modifier, même de manière non substantielle, les biens achetés auprès des fabricants afin d'échapper au respect de cette réglementation.

4) A un « prix inférieur à son prix d'achat effectif »

L'article L.442-5 du Code de commerce définit le prix d'achat effectif comme : « le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ».

L'Autorité de la concurrence parle de seuil de revente à perte « triple net » : c'est-à-dire que le prix d'achat effectif est net : (i) des réductions de prix figurant sur la facture d'achat, (ii) des ristournes hors factures, (iii) et de la rémunération de la coopération commerciale

¹⁰ Cass. crim., 21 juin 1993, n°92-80.538. - Cass. crim., 22 novembre 2006, n°06-83.008.

¹¹ A noter toutefois que certaines d'entre elles font l'objet d'une réglementation spécifique, le gouvernement étant effectivement

habilité, dans certaines situations particulières, à intervenir afin de les réglementer.

¹² Cass. crim., 7 mai 2002, n°01-83.412, Juris-Data n°2002-014476.

(mais n'intègre pas les « nouveaux instruments promotionnels » et « les avantages perçus au titre des alliances internationales ») (ADLC, 23 novembre 2018, avis n°18-A-14, point 23).

➤ **« le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat »**

Le « prix unitaire net figurant sur la facture d'achat » correspond au prix tarif, ou prix de base du vendeur initial (prix par référence de produit) auquel doivent s'ajouter et être retranchées différentes sommes.

Sont prises en compte les réductions de prix portées sur la facture.

L'article L.441-9 du Code de commerce précise en effet que doit figurer sur la facture « toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ». La réduction de prix (remise, rabais ou ristourne) qui apparaît sur la facture doit remplir deux conditions : elle doit être acquise au moment de la vente (c'est-à-dire soumise à aucune condition ou à une condition déjà réalisée au jour de la vente) et être directement liée à l'opération (c'est-à-dire que la remise doit s'expliquer par les conditions mêmes de la vente, telles que la nature, la quantité, la périodicité ou encore le conditionnement des achats) ; les remises calculées en fonction du chiffre d'affaires ou d'un volume d'achat déjà atteint peuvent ainsi être prises en compte.

➤ (...) **« minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit »**

Selon l'article L.442-5 du Code de commerce « l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire

net du produit » peuvent minorer le prix unitaire d'un produit figurant sur la facture d'achat de celui-ci. Le revendeur peut ainsi se prévaloir de toutes les remises qui lui ont été accordées par son fournisseur et qui n'ont pas été portées sur la facture.

La notion d'« ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit », qui n'est pas précisément définie, permet de viser 3 types d'« avantages financiers » :

- les réductions de prix qui ne sont pas encore acquises au jour de la vente car soumises à des conditions non encore réalisées (elles ne figurent donc pas sur la facture¹³), il s'agit des remises conditionnelles¹⁴ ; tel est le cas par exemple des ristournes de progression qui ne sont octroyées que si le chiffre d'affaires est supérieur à celui de l'année précédente ou les ristournes d'objectif dont le bénéfice suppose que le chiffre d'affaires excède un certain seuil. Il appartiendra au revendeur de justifier *a posteriori* de la légitimité de ce choix d'avoir tenu compte de ces réductions de prix ;
- les avantages qui ne sont pas en rapport direct avec la vente facturée, c'est-à-dire les remises dues à des prestations détachables de la vente proprement dite ; par exemple les rémunérations versées en contrepartie de l'exécution de prestations de coopération commerciale ou encore les ristournes liées au maintien d'une certaine surface d'exposition des produits du fournisseur en magasin¹⁵, ou des ristournes consenties au titre de sa participation au budget publicitaire du distributeur¹⁶ ;
- les escomptes pour paiement comptant.

A noter, la référence à « l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé

¹³ L'article L.441-9, I du Code de commerce précise que : « Sous réserve du c du II de l'article 242 nonies A de l'annexe II au code général des impôts, dans sa version en vigueur au 26 avril 2013, la facture mentionne le nom des parties ainsi que leur adresse et leur adresse de facturation si elle est différente, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture. » (nous surlignons).

¹⁴ D. Ferrier et D. Ferré, *La réforme des pratiques commerciales : loi n° 2005-882 du 2 août 2005*, JCP éd. E, 2005, n°1530, p. 1812. Par opposition, les avantages soumis à la condition de l'exécution d'un engagement par le distributeur ne peuvent quant à eux être pris en compte dans la détermination du seuil de revente à perte, qu'au moment de réalisation de la condition, en application de l'article 1182 alinéa 2 du Code civil. Il ne s'agit pas d'un avantage financier mais d'une simple réduction de prix acquise.

¹⁵ CA Paris, 5 novembre 1996, D. aff., 1997, p. 111.

¹⁶ Cass. crim., 4 février 1991, n°90-81.467.

en pourcentage du prix unitaire net du produit » pose plusieurs difficultés :

- ces avantages ne sont pas toujours exprimés en pourcentage du prix unitaire ;
- le décalage dans le temps entre l'octroi de certaines remises conditionnelles et la revente des produits aux consommateurs : au moment de la revente le distributeur peut être dans l'incapacité effective de calculer le seuil de revente à perte ;
- aucune définition claire de la notion.

➤ (...) « **majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport** »

Le prix unitaire doit être majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente, et du montant du prix du transport dont s'est acquitté le distributeur.

Il convient en réalité davantage de parler de « prix d'achat » que de « prix de revient ». Cette seconde notion suppose en effet que soient pris en considération tous les frais généraux exposés pour la distribution et la commercialisation des différents produits, mais dont il n'est pas tenu compte lors de la détermination du seuil de revente à perte. Ainsi, le coût des services annexes, comme le crédit gratuit, les frais de commercialisation et de distribution exposés par le revendeur ne peuvent pas être incorporés au prix d'achat et restent donc étrangers à la détermination du seuil de revente à perte.

A noter : l'article L.442-5 du Code de commerce vise notamment le « prix du transport » : en faisant référence à la notion de « prix », cela sous-entend qu'une transaction doit être réalisée entre le distributeur qui acquiert les produits pour les revendre, et un prestataire de transport. Lorsque le distributeur recourt aux services d'une entreprise extérieure pour effectuer la prestation de transport, le prix qui lui est facturé peut donc venir en déduction du seuil de revente à perte ; en revanche, s'il choisit d'effectuer lui-

même cette prestation, ce qui représente alors un coût, ce montant ne peut pas être pris en compte¹⁷.

Par ailleurs, dès lors qu'on parle de « prix du transport », cela sous-entend le transport jusqu'au site géré par le distributeur (et non le transport entre le distributeur et le consommateur qui s'analyse comme un coût de distribution).

5) L'affectation d'un coefficient de 0,9% pour les grossistes

L'article L.442-5 du Code de commerce prévoit que le prix d'achat effectif est affecté d'un coefficient de 0,9% pour le grossiste qui distribue ses produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de vente au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de tout lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste. Cette disposition est destinée à permettre aux petits détaillants de résister à la concurrence de la grande distribution puisque les grossistes qui les approvisionnent bénéficient d'un seuil de revente à perte inférieur à celui qui prévaut d'ordinaire.

6) La détermination du « prix de revente »

La notion de « prix de revente » n'est pas définie. Il convient cependant d'appliquer les mêmes règles que celles qui s'appliquent lors de la fixation du prix d'achat.

Il convient en conséquence de considérer les différents rabais, remises ou avantages octroyés par le revendeur à l'acheteur.

7) Le fait de « revendre ou d'annoncer la revente »

L'interdiction vise la revente à perte ou l'annonce de la revente à perte. Il n'est pas nécessaire que la revente à perte ait effectivement été conclue.

Le simple fait de proposer la revente d'un produit à un prix inférieur au montant autorisé est par ailleurs susceptible d'être sanctionné sur différents fondements.

¹⁷ J.-J. Mousseron et V. Sélinisky, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Litec, 1987, n°109, p. 93 ; C. Pecnard-Azria, *Facturation et revente à perte (un an de pratique des articles 31 et 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986)*, Gaz. Pal., 1987, 2, doct. p. 810 ; F. Delbarre, *La coopération commerciale après la décision* «

appareils électroménagers » du Conseil de la concurrence, RJDA, 1992, chron. p. 91. L'auteur relève « le léger avantage qui résulte pour un producteur à disposer d'une flotte de moyens de transports qui lui appartient ». - CA Douai, 28 septembre 1993, RJDA, 1994, n°1043 ; Lettre distrib., 1994, n°7-8.

En effet, l'annonce d'un prix fixé à un faible montant vise, soit à revendre effectivement le produit à perte et dans ce cas l'article L.442-5 du Code de commerce a vocation à s'appliquer, soit à chercher à attirer la clientèle, sans préciser par exemple que ces tarifs supposent l'achat d'un montant minimal de marchandises, et le professionnel peut dans ce cas être poursuivi pour pratique commerciale trompeuse.

Le simple fait d'annoncer ou de proposer une revente de produits à perte suffit donc à condamner la pratique, sans qu'il soit nécessaire de constater une infraction « entièrement consommée ».

C. Les exceptions à l'interdiction de la revente à perte

L'article L.442-5 II du Code de commerce prévoit que l'interdiction de la revente à perte ne s'applique pas :

« 1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ;

2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué¹⁸, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente¹⁹ ;

3° Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques²⁰ ;

4° Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat²¹ ;

5° Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué

¹⁸ La jurisprudence est peu précise quant à l'admission du caractère saisonnier.

¹⁹ Il faut que la revente ait lieu à un moment où le produit est potentiellement déprécié.

²⁰ Cette exception vise les produits obsolètes, les produits ne répondant plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques.

²¹ Cette exception vise à permettre au commerçant d'adapter son prix de vente à l'évolution du prix du marché. Cette exception suppose d'une part, que le réapprovisionnement se soit effectué à la baisse, à un tarif plus avantageux et, d'autre part, que les différentes marchandises possèdent les mêmes caractéristiques.

²² Cette exception d'alignement vise à permettre à un commerçant de revendre les produits à perte lorsqu'il s'agit de faire jouer de

pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité²² ;

6° A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide²³ ;

7° Aux produits soldés mentionnés à l'article L.310-3²⁴. »

Ces exceptions ne font pas obstacle à l'application du 2° de l'article L.653-5 et du 1° de l'article L.654-2.

D. Les sanctions de la revente à perte

Les personnes morales encourent une peine d'amende de 375.000 euros et les personnes physiques encourent une peine d'amende de 75.000 euros.

L'article L.442-5 du Code de commerce prévoit par ailleurs que les personnes morales déclarées pénalement responsables d'une revente à perte encourent la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du code pénal (affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci par la presse écrite, ou par tout moyen de communication au public par voie électronique).

La peine peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix constituant une revente à perte.

Le montant des peines d'amende peut être porté doublé en cas de récidive pour les personnes morales et pour les personnes physiques.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.

manière loyale la concurrence (permettre de s'aligner sur un prix légalement pratiqué, pour les mêmes produits, par un autre commerçant situé dans la même zone d'activité). Seuls les petits commerçants peuvent se prévaloir de cette exception. Il doit par ailleurs s'agir d'un concurrent « direct », vendant les produits dans la même zone d'activité. L'alignement doit intervenir postérieurement à l'affichage de son prix par le concurrent. Il n'est pas nécessaire que l'alignement soit égal au prix de référence.

²³ Il faut d'une part, que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente et, d'autre part, que la revente intervienne à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide.

²⁴ Il s'agit des ventes en soldes.

E. Recherche et poursuite de l'infraction

Pour la recherche, la poursuite et le jugement de la revente à perte : un régime dérogatoire est prévu par les articles L.450-1 et suivants du Code de commerce, incluant notamment une compétence particulière pour les fonctionnaires spécialement habilités par le Ministre chargé de l'Economie pour constater l'infraction dans les conditions qu'ils déterminent.

L'action civile peut être exercée :

- par les victimes de l'infraction : toute personne lésée par le délit, si elle se prévaut d'un dommage direct et personnel (par ex. : concurrents du distributeur ou du détaillant qui revend à perte²⁵), peut agir ;
- par les personnes défendant un intérêt collectif.

En cas d'infraction commise par une personne morale, c'est le responsable légal qui est présumé responsable des faits ; il peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires.

F. Conformité de l'interdiction au regard du droit communautaire

La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs a posé une définition générale de la pratique déloyale : il s'agit d'une pratique qui est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen (art. 5).

L'annexe I de la Directive énonce la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toute

circonstances. Cette liste d'applique dans tous les Etats et ne peut être révisée qu'au travers d'une révision de cette directive.

La Cour de justice a précisé que les pratiques qui ne figuraient pas dans l'annexe I n'étaient pas interdites en soi mais devaient faire l'objet d'une interprétation au cas par cas²⁶.

Une ordonnance rendue par la CJUE le 7 mars 2013 a remis en cause le régime de la revente à perte en jugeant que la Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales s'opposait à une disposition nationale prévoyant une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuive des finalités tenant à la protection des consommateurs²⁷.

La CJUE a ainsi déclaré incompatibles la législation belge²⁸ et la législation espagnole²⁹ interdisant la revente à perte.

La question de la conventionnalité de l'article L.442-2 (devenu L.442-5) du Code de commerce a été posée à la Cour de cassation.

La Cour de cassation a déclaré que les pratiques commerciales en cause dans l'affaire ne relevaient pas du champ d'application de la Directive : elle a considéré que les transactions entre professionnels ne relevaient pas du champ d'application de la Directive de 2005 car elles ne portaient pas directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs³⁰.

La Cour de cassation s'est encore prononcée expressément en faveur de la conformité de l'article L.442-2 (nouv. art. L.442-5) du Code de commerce à la Directive, au motif qu'il n'aurait pas pour finalité de protéger les consommateurs³¹.

²⁵ A noter : le plus souvent le concurrent n'agit pas sur un fondement pénal mais devant les juridictions civiles, en concurrence déloyale.

²⁶ CJUE, 23 avril 2009, aff. C-261/07 et C-299/07.

²⁷ CJUE, 7 mars 2013, aff. C-343/12, § 29 : la CJUE indique que la revente à perte ayant pour finalité la protection des consommateurs entre dans le champ de la directive n°2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et affirme que cette pratique « ne saurait être interdite » en toutes circonstances, mais seulement à l'issue d'une analyse spécifique permettant d'en établir le caractère déloyal.

²⁸ CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-421/12.

²⁹ CJUE, 19 octobre 2017, aff. C-295/16 § 43 : « la directive CE n°2005/29 (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui contient une interdiction générale de proposer à la vente ou de vendre

des biens à perte et qui prévoit des motifs de dérogation à cette interdiction fondée sur des critères ne figurant pas dans cette directive ».

³⁰ Cass. com., 22 novembre 2017, n°16-18.028 et 16.18.124, Juris-data n°2017-023575 : « aux termes de l'article 3 de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005, celle-ci s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt et des écritures des parties que le litige porte sur des pratiques commerciales entre une centrale d'achat et des détaillants, soit des transactions entre professionnels ; qu'elles ne relèvent donc pas du champ d'application de la directive ; que le moyen, en ce qu'il invoque l'incompatibilité de la législation française avec une directive inapplicable en l'espèce, est inopérant. »

³¹ Cass. crim., 16 janvier 2018, n°16-83.457, Juris-data n°2018-000266.

II/ LA LOI EGALIM

La réforme de la revente à perte prévue par la loi EGALIM (loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous) a été complétée par l'ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018³² relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

Ces dispositions ont encore été complétées par le décret n°2018-1304 du 28 décembre 2018.

La loi EGALIM a habilité le pouvoir exécutif à adopter une ordonnance destinée notamment à relever le seuil de revente à perte en affectant le prix d'achat effectif d'un coefficient.

L'ordonnance du 12 décembre 2018 (modifiée par l'**ordonnance n°2019-698 du 3 juillet 2019**) a ainsi été prise en application de la loi EGALIM.

A. Entrée en vigueur du dispositif et champ d'application

L'article 7 de l'ordonnance du 12 décembre 2018 prévoit que pour le relèvement du seuil de revente à perte, l'entrée en vigueur sera fixée par décret et interviendra au plus tard le 1^{er} juin 2019.

Le dispositif est entré en vigueur le 1^{er} février 2019 (décret n°2018-1304 du 28 décembre 2018).

L'article 6 de l'ordonnance exclut les départements, régions et collectivités d'Outre-Mer du dispositif de relèvement du seuil de revente à perte.

Ces mesures sont également inapplicables aux grossistes.

B. Caractère expérimental – Remise d'un rapport avant le 01/10/20 et possibilité de suspension

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 12 décembre 2018 prévoit que les mesures prévues par l'ordonnance sont

applicables pendant une période de test de 2 ans à compter de leur entrée en vigueur. Le dispositif est donc expérimental et s'inscrit dans un nouveau système de gouvernance. Les entreprises comme l'Etat sont incités à ne plus planifier à l'avance les objectifs souhaités.

L'article 4 de l'ordonnance prévoit l'établissement d'un rapport par le Gouvernement, qui sera remis au Parlement avant le 1^{er} octobre 2020, sur la base notamment des éléments d'analyse que devront fournir les acteurs de la filière alimentaire.

En outre, l'article 5 de l'ordonnance prévoit la possibilité de suspendre par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Autorité de la Concurrence, l'application du relèvement du seuil de revente à perte, pour tout ou partie des produits concernés et pour une période pouvant aller jusqu'au terme de la période de deux ans prévue par l'ordonnance, lorsque le comportement d'un nombre significatif d'acheteurs de denrées et produits alimentaires, lors de la négociation ou de l'exécution des contrats d'achat, est de nature à compromettre sensiblement l'atteinte de l'un des objectifs tenant notamment au rétablissement de conditions de négociation plus favorables pour les fournisseurs.

C. Relèvement du seuil

L'article 2 de l'ordonnance prévoit un relèvement de 10% du seuil de revente à perte pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie, revendus en l'état au consommateur, en affectant un coefficient de 1,10 au prix d'achat effectif.

Le texte prévoit ainsi :

« Le prix d'achat effectif défini au deuxième alinéa du 1 de l'article L. 442-5 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 1,10 pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur. »³³

Il convient de souligner que :

- sont visés uniquement les « *denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des*

des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires : JO 13 décembre 2018.

³² JO du 13 décembre 2018.

³³ Article 2 de l'ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement

animaux de compagnie revendus en l'état au consommateur » : les relations entre professionnels ne sont donc pas concernées (aucune définition n'est cependant donnée par le texte sur les denrées et les produits concernés) ;

- l'interdiction ne porte que sur les produits « revendus en l'état », c'est-à-dire qui n'ont pas fait l'objet d'une modification par rapport à leur état initial. Seules les opérations de revente sont visées, les produits qui ne sont pas achetés par le distributeur mais qui sont fabriqués à sa demande (MDD) sont donc exclus.

D. Pas d'autres modifications concernant la réglementation sur la revente à perte

En dehors de la majoration de 10% du seuil, l'ordonnance ne modifie pas le dispositif de l'article L.442-5 du Code de commerce.

E. Objectifs du dispositif

Le relèvement du seuil de revente à perte a pour objectif d'aboutir à une modification du comportement des distributeurs :

- qu'ils achètent des produits à un prix qui permette aux agriculteurs de tirer une rémunération de leur activité (« ruissellement ») ;
- qu'après avoir augmenté les prix des produits actuellement vendus à perte, ils acceptent de diminuer ceux des produits à forte valeur ajoutée sur lesquels les marges sont plus importantes.

Le relèvement du seuil de revente à perte permet d'intégrer dans le calcul du seuil de revente à perte une partie des frais d'acheminement des produits de l'entrepôt de stockage au magasin, de mise en rayon et de commercialisation, qui sont supportés par le distributeur.

Selon le Gouvernement, les producteurs de produits alimentaires devraient profiter de la réforme, car les « marges ainsi retrouvées » dans la grande distribution grâce au relèvement du seuil de revente à perte devraient « ruisseler » vers les agriculteurs et les industriels de l'agroalimentaire (théorie du ruissellement). Néanmoins, le relèvement du seuil de revente à perte suscite de vifs débats.

L'ordonnance ne prévoit en effet pas de mécanisme garantissant aux agriculteurs une remontée de la marge dégagée par les distributeurs. Le risque est donc que les distributeurs conservent ces marges sans en faire profiter les agriculteurs ou, pour éviter que les prix aux consommateurs augmentent de 10%, qu'une pression soit exercée sur les agriculteurs pour baisser leurs prix de vente.

F. Un dispositif controversé

La réforme est approuvée par l'Association Nationale des Industries Alimentaires (ANIA), la FNSEA et Coop de France.

La Fédération du Commerce et de la Distribution (FCD) qui rassemble Auchan, Carrefour, Géant Casino et U est plus prudente et demande à ce que les nouvelles mesures liées aux promotions soient mises en place de manière progressive.

L'UFC Que Choisir et Leclerc critiquent en revanche violemment la réforme. Selon Leclerc, cette réforme augmentera le prix des grandes marques mais n'améliorera ni le revenu des agriculteurs ni le pouvoir d'achat des consommateurs, profiterait uniquement aux industries de l'agroalimentaire étrangères, et nuirait aux consommateurs.

L'Autorité de la Concurrence, saisie pour avis avant la publication de l'ordonnance, est également critique envers cette réforme (ADLC, avis n°18-A-14, 23 novembre 2018 relatif au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires). L'Autorité souligne que même si ces mesures « *n'impactent directement que les produits revendus en l'état avec une marge triple nette inférieure à 10% et les produits faisant l'objet de fortes promotions, les hausses de prix aux consommateurs engendrées par les deux dispositifs peuvent être d'ampleur importante et avoir potentiellement des effets anti-redistributifs, alors que l'effet positif attendu vis-à-vis des producteurs les moins armés face à la grande distribution ne sera qu'indirect et donc très incertain* ». L'Autorité souligne donc le risque lié à l'effet inflationniste résultant de la hausse des prix de vente aux consommateurs des produits directement concernés par cette mesure et note que le relèvement du seuil de revente à perte pourrait en réalité dégrader la situation économique des fournisseurs directement concernés par le dispositif, sans qu'aucun mécanisme contraignant

n'assure que les distributeurs transfèrent un éventuel gain de profit résultant du dispositif. Elle attire par ailleurs l'attention sur les possibles effets indirects négatifs sur la concurrence entre fournisseurs et distributeurs.

L'avenir du texte est donc incertain mais dépendra de la bonne volonté des acteurs de la distribution. Il appartient à chaque distributeur (ou centrale) d'accepter que les hausses de prix (par le relèvement du seuil de revente à perte et la limitation des promotions) bénéficient aux agriculteurs. L'avenir du texte dépendra aussi de la réaction des industriels, qui devront répercuter l'augmentation des prix consentie par les distributeurs sur leurs propres fournisseurs (agriculteurs et éleveurs) ou absorber la hausse.

Opposabilité des avis clients négatifs au franchisé

Trib. arbitral, 16 décembre 2019, inédit

Ce qu'il faut retenir :

L'existence d'avis clients nombreux et convergents formulés sur internet, mettant en évidence des fautes imputables au franchisé – en l'espèce au regard de l'accueil, du service et de l'attente –, peut permettre de justifier (i) la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé et (ii) la discordance pouvant exister entre les CA prévisionnels et les CA réels du franchisé.

Pour approfondir :

On le sait, la seule discordance entre les **chiffres d'affaires prévisionnels** et les chiffres d'affaires effectivement réalisés par le distributeur ne saurait suffire à démontrer que des chiffres prévisionnels sont irréalistes, ce caractère irréaliste devant résulter de la justification d'éléments probants, ainsi que le souligne la jurisprudence avec justesse (CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812 : « *Les appelants déduisent de la seule discordance entre les chiffres d'affaires prévisionnels et les chiffres d'affaires qu'ils ont réalisés, une erreur déterminante de leur engagement sur la rentabilité du concept. Or, comme l'ont considéré à juste titre les premiers juges, ils ne démontrent, par la production d'aucune pièce, que les chiffres d'affaires prévisionnels fournis par le franchiseur étaient manifestement disproportionnés, irréalistes et non adaptés, les premiers juges relevant notamment qu'il*

n'était produit aucun élément susceptible, à cette époque, de remettre en cause la pérennité et la rentabilité du réseau de franchisés et que, de surcroît, les époux PICARD pouvaient être considérés comme suffisamment avertis en raison de leur expérience antérieure en leur qualité d'exploitants d'un fonds de commerce à usage de tabac-presse pendant dix ans »).

Dans ce contexte, le franchiseur peut ne pas se contenter de l'avantage probatoire ainsi conféré par cette jurisprudence, en versant aux débats des éléments probants à l'effet d'expliquer la différence observée entre les comptes prévisionnels et les chiffres effectivement réalisés par le franchisé ; il en va ainsi lorsque notamment :

- le franchisé ne respecte pas le concept et/ou les conseils prodigués par le franchiseur (tel que notamment le budget devant être alloué à la publicité locale, l'effectif requis, l'agencement et la tenue du point de vente, etc.) ; le contrat de franchise contient souvent des dispositions sur lesquelles le franchiseur peut s'appuyer pour démontrer l'existence et/ou l'importance des fautes commises par le franchisé (Trib. arbitral, 21 décembre 2017, inédit) ;
- le franchisé n'est pas présent dans son point de vente, et/ou fait preuve de désorganisation dans l'exercice de son activité, et/ou a commis des **erreurs de gestion impactant son activité** (CA Montpellier, 3 mai 2018, n°16/06747 ; Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-11.624, JurisData n° 2016-000042).

En l'espèce, un Tribunal arbitral a été saisi d'un litige opposant un franchisé à un franchiseur, exerçant son activité dans le domaine de la restauration rapide ; le franchisé reprochait au franchiseur de lui avoir transmis des comptes d'exploitations prévisionnels comportant des CA prévisionnels sans réel rapport avec les CA effectivement réalisés par le franchisé au cours des trois premières années d'exploitation (l'écart observé en l'espèce était de l'ordre de 55%) ; de son côté, le franchiseur avait résilié le contrat de franchise en raison d'un certain nombre de fautes imputables au franchisé.

Le franchisé sollicitait du Tribunal arbitral le prononcé de la nullité du contrat de franchise, subsidiairement, la mise en cause de la responsabilité du franchiseur et, en tout état de cause, la résiliation du contrat de franchise aux torts du franchiseur.

Même si la jurisprudence ne l'obligeait pas à justifier de l'écart ainsi observé (CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812, préc.), le franchiseur avait décidé au cas présent de démontrer que le CA réel n'avait pas atteint le CA prévisionnel en raison de fautes de gestion imputables au franchisé.

La preuve de ces fautes résultait des avis clients formulés sur un site internet bien connu, concernant en particulier la piètre qualité de l'accueil, du service et de l'attente.

L'importance du nombre de ces avis clients – une vingtaine –, par ailleurs convergents quant aux actions critiquables du franchisé (ces avis visant précisément et de manière récurrente l'accueil, le service et l'attente), permettait de stigmatiser les fautes imputables au franchisé.

Ces fautes étaient d'autant plus critiquables que le franchiseur avait fait précéder la résiliation du contrat de franchise d'une mise en demeure préalable circonstanciée, demeurée vaine.

A rapprocher : CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812 ; CA Montpellier, 3 mai 2018, n°16/06747

Absence d'état du marché local et nullité du contrat de franchise

Trib. arbitral, 20 décembre 2019, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Le manquement du franchiseur à une obligation précontractuelle d'information ne peut par elle-même suffire à caractériser le dol par rétention d'information emportant nullité du contrat de franchise si ne s'y ajoutent deux conditions cumulatives : la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et l'existence d'une erreur déterminante du consentement du franchisé ainsi provoquée par le franchiseur.

Pour approfondir :

En l'espèce, un Tribunal arbitral a été saisi d'un litige opposant un franchisé à un franchiseur, exerçant son activité dans le domaine de la distribution alimentaire ; le franchisé avait reçu un DIP ne comportant pas d'**état local du marché** et faisait valoir que la fourniture de cet

élément essentiel l'aurait dissuadé de signer le contrat de franchise.

Il saisissait en conséquence le Tribunal arbitral d'une demande de nullité du contrat.

On le sait, l'état local du marché est l'un des nombreux documents que doit contenir le DIP visé à l'article L. 330-3 du Code de commerce. Il s'agit d'un document, prévu à l'article R.330-1, 4° du code de commerce, qui énonce notamment : « *Le document prévu au premier alinéa de l'article L. 330-3 (du code de commerce) contient les informations suivantes : 4° (...) une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché* ».

L'état local du marché est un ensemble de données brutes ne comportant aucune part d'analyse. Ces données mettent en évidence les caractéristiques géographiques et économiques principales de la zone sur laquelle un franchisé envisage d'exercer une activité donnée sous une enseigne déterminée. Il comporte ainsi la structuration de la clientèle (Age, Sexe, CSP), le nombre de prospects, la concurrence (nombre, adresse des points de vente, chiffre d'affaires, etc.). L'état local du marché ne doit pas être confondu avec l'étude de marché (que le franchisé a le devoir de réaliser une fois le DIP remis).

Lorsque le franchiseur est défaillant dans l'exécution de son obligation de délivrance d'un état local du marché (que l'état local du marché soit incomplet et/ou erroné, ou encore qu'il n'ait pas été remis par le franchiseur au franchisé), la jurisprudence retient qu'un tel manquement à une obligation précontractuelle d'information ne peut par elle-même suffire à caractériser le dol par rétention d'information emportant nullité du contrat de franchise, si ne s'y ajoute deux conditions cumulatives :

- d'une part, la constatation du caractère intentionnel de ce manquement (CA Paris, 7 octobre 2015, n°13/09827 : soulignant « *qu'il ne ressort d'aucun élément que le franchiseur ait sciemment omis d'établir un état du marché local* ») ;
- d'autre part, d'une erreur déterminante du consentement du franchisé provoquée par le franchiseur, une telle erreur ne pouvant se déduire de la seule absence des résultats escomptés par le franchisé ((CA Paris, 7 octobre

2015, n°13/09827 : soulignant le franchisé « ne justifie pas que cette omission ait provoqué une erreur sur l'état de ce marché qui aurait été déterminante de son consentement ») ; v. aussi, CA Paris, 20 novembre 2013, n°12/10268, Juris-Data n°2013-026812).

La preuve que ces deux conditions cumulatives sont vérifiées incombe au franchisé, créancier de l'obligation d'information précontractuelle (CA Paris, 16 décembre 2015, n°13/20186, Juris-Data n°2015-028463 ; CA Paris, 7 oct. 2015, n°13/09827 ; CA Paris, 17 décembre 2014, n°13/08615).

A ce titre, le Tribunal arbitral fait l'application de ces deux conditions tout en soulignant qu'il incombe au franchisé d'en rapporter la preuve.

Le Tribunal arbitral rappelle en effet que selon l'article 1116 du code civil, le dol est constitué « lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». Il ajoute qu'il appartient à celui qui s'en prévaut de démontrer son existence : « le franchisé doit rapporter la preuve de manœuvres (ou d'une abstention fautive volontaire) imputable au franchiseur, dans le but de l'inciter à contracter, et sans lesquelles le franchisé n'aurait pas conclu ».

A rapprocher : Pour ce qui concerne la validité du contrat de franchise en cas d'absence d'état local du marché : **CA Paris, 7 oct. 2015, RG n°13/09827 ; Cass. com., 28 mai 2013, pourvoi n°11-27.256** – Pour ce qui concerne la validité du contrat de franchise en cas d'imperfection de l'état local du marché : **CA Paris, 17 décembre 2014, RG n°13/08615**

Rupture des pourparlers et prescription de l'action

Trib. Com. Lille-Métropole, 28 novembre 2019, n°2018018505

Ce qu'il faut retenir :

Le délai de prescription applicable à l'action en rupture abusive des pourparlers court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, c'est-à-dire à la date laquelle les pourparlers ont cessé.

Pour approfondir :

En l'espèce, les faits sont très simples, notamment quant au déroulement des faits relatifs à la rupture des **pourparlers**, ce qui donne à la décision commentée une portée significative.

La société L... est une société spécialisée dans la vente de pâtisserie, qui a développé à travers le monde un réseau de points de vente de pâtisserie sous la forme de licences. Le 11 mars 2013, Monsieur C ... est entré en contact avec la société L ... par l'envoi de deux emails à l'effet d'obtenir des informations concernant l'ouverture d'une franchise L ... au Canada et plus particulièrement au Québec. Le 13 mars 2013, la société L ... a indiqué à Monsieur C ... la typologie des emplacements requis pour un tel projet, le montant du droit d'entrée pour disposer d'une exclusivité territoriale, ainsi que les différentes étapes du dossier de présentation de candidature, à savoir : Transmission d'un PowerPoint reprenant une présentation globale du projet, l'emplacement, un descriptif du quartier, une étude de marché ; Etude du projet par le service des licences ; En cas d'avis favorable du service des licences, rendez-vous avec le Président de la société L ... ; En cas d'avis favorable du Président de la société L ..., rencontre avec le CEO, le Directeur International des Licences et le contrôleur financier, notamment afin d'étudier plus en détail le business plan.

Le 11 avril 2013, Monsieur C ... a transmis un PowerPoint censé correspondre à la première étape du dossier de candidature. Ce PowerPoint comprend une brève présentation des demandeurs, une présentation du lieu d'implantation convoité, ainsi qu'une analyse sommaire du marché.

Le projet des demandeurs a très rapidement été écarté, la transmission du PowerPoint n'ayant pas convaincu la société L ... de l'opportunité de poursuivre les discussions. C'est ainsi que, dès le 22 avril 2013, la société L ... a clairement indiqué à Monsieur C ... ne pas donner suite à son projet : « *Cher Monsieur C..., Nous avons lu avec beaucoup d'attention votre proposition et vous remercions de l'intérêt que vous portez à notre enseigne L Malheureusement, nous avons le regret de ne pas pouvoir répondre favorablement à votre projet. Merci de votre attention* ». Postérieurement au 22 avril 2013, les parties ont échangé différents courriers, la tête de réseau continuant à refuser de répondre favorablement au projet de Monsieur C

L'enseigne L... se développant au Canada des années plus tard, courant 2016, Monsieur C... a cru devoir assigner le 7 novembre 2018 en rupture abusive des pourparlers notamment (l'autre volet de la procédure concerne une action en « concurrence déloyale », dénuée de tout intérêt dans la mesure où, contrairement à ce qui était soutenu par le demandeur, le PowerPoint susvisée ne contenait manifestement aucune information confidentielle).

Sur le terrain de la rupture abusive des pourparlers, se posait donc (notamment) la question de la prescription de l'action ainsi intentée fin 2018.

A ce titre, le jugement commenté retient que « *le point de départ de la prescription court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime c'est-à-dire le 22 avril 2013* ».

Cette solution ne peut être qu'approuvée : le point de départ de cette prescription court à compter du jour où l'auteur de la rupture a indiqué ne pas donner suite au projet (Cass. com., 9 janvier 2001, n°98-14260 ; v. aussi, CA Caen, 19 janv. 2017, n° 15/01510 : « *La SARL P. soutient subsidiairement que le crédit agricole a commis une faute en rompant abusivement les négociations relatives à ce prêt et lui réclame 150.000 € à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice financier qu'elle aurait subi. La banque soulève la prescription de cette dernière demande en faisant valoir que plus de cinq ans s'étaient écoulés depuis le mois d'avril 2010, date de rupture des pourparlers, lorsque la SARL P. a formé pour la première fois cette demande de dommages et intérêts dans des conclusions du 13 septembre 2016. La SARL P. ne conteste ni le fait que les pourparlers ont été rompus durant le mois d'avril 2010 ni qu'elle a présenté sa demande de dommages et intérêts subsidiaire pour la première fois dans ses conclusions signifiées le 13 septembre 2016, ce que confirme le dossier de la procédure. Plus de cinq ans s'étant écoulés entre ces deux dates cette dernière demande doit être déclarée irrecevable parce que prescrite* »).

A rapprocher : Cass. com., 9 janvier 2001, n°98-14260 ; v. aussi, CA Caen, 19 janv. 2017, n° 15/01510 ; F.L. Simon, *De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé – Réforme du droit des contrats*, LDR novembre-décembre 2017

Effets néfastes de la loi EGALIM : les mesures proposées par le Sénat

Communiqué de presse du Sénat – 5 novembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le bilan de la loi dite « EGALIM » un an après son adoption révèle sa relative inefficacité à atteindre son premier objectif, à savoir une meilleure rémunération des agriculteurs, qui s'est par ailleurs accompagnée d'une inflation pour le consommateur.

Pour approfondir :

Malgré les espoirs suscités par la loi EGALIM, notamment au sein des professions agricoles qui devaient – du point de vue des rédacteurs de la loi – bénéficier d'un rehaussement des prix, tel n'a pas été le cas.

Le relèvement du seuil de revente à perte et la limitation des promotions sur les denrées alimentaires en valeur et en volume n'ont vraisemblablement pas eu l'effet escompté.

Le Sénat note qu'après un an d'application, les consommateurs ont subi une inflation des prix, qui n'a pas été retranscrite dans la rémunération des agriculteurs.

Le Sénat relève que les entreprises fabriquant ou distribuant des produits saisonniers souffrent particulièrement de la limitation des promotions, laquelle restreint leurs capacités de vente.

Ces entreprises accusent, selon le Sénat, un recul des ventes de plus de 50% depuis le mois de janvier 2019. Bien plus, le Sénat évoque un « dévoiement de l'esprit de la loi », notamment par la création de nouveaux types de promotions destinés à contourner l'interdiction du « BOGOF » (un acheté = un gratuit) : désormais, se multiplient les promotions dans lesquelles le produit « gratuit » est différent du produit acheté, ce qui est possible (puisque la loi interdit les promotions de ce type sur un même produit).

Une proposition de loi sera déposée au Sénat, afin de mettre en place trois mesures d'urgence, avec pour objectif de limiter le risque que des entreprises alimentaires ne soient contraintes de fermer avant fin 2020.

Le rapport rendu au Sénat fait état des différentes orientations des mesures qui seront proposées. Elles devraient tendre à :

- sortir de l'encadrement des promotions en volume les produits les plus saisonniers, tout en les soumettant toujours à l'encadrement en valeur ;
- sécuriser juridiquement la possibilité pour la DGCCRF d'exonérer certaines entreprises, compte tenu de critères définis par le législateur, de l'application de l'ordonnance sur l'encadrement des promotions ;
- expérimenter une clause de révision automatique des prix, à la hausse comme à la baisse, pour les filières où cela est le plus nécessaire (ex : filière du porc) ;
- revenir à la volonté initiale du législateur concernant l'ordonnance sur les coopératives agricoles en supprimant la possibilité pour le juge de sanctionner financièrement les coopératives ayant pratiqué une rémunération des apports abusivement basse.

A rapprocher : Communiqué de presse du Sénat du 5 novembre 2019

Interview de Laurent KRUCH Territoires & Marketing

La rentrée 2020 est une bonne occasion pour Laurent KRUCH de faire le bilan sur les évolutions du géomarketing et des études de marché pour les franchises et les réseaux commerciaux. La Lettre des Réseaux lui a posé quelques questions en ce sens. Il nous a entre autres parlé de sa toute récente actualité avec la cession à 100% de son institut d'études de marché et de géomarketing - Territoires & Marketing - pour devenir une filiale de Ciril GROUP.

LDR : vous avez créé votre société il y a plus de 20 ans. Quels souvenirs avez-vous de votre activité à cette époque ?

J'ai créé Territoires & Marketing il y a 22 ans, à un moment où, en franchise particulièrement et dans le monde du Retail en général, les études de marché et le

géomarketing étaient des spécialités méconnues pour l'une et très peu utilisée pour l'autre. La Grande Distribution était quant à elle grosse consommatrice de ces prestations, d'une part parce que s'inspirant partiellement des tendances anglo-saxonnes et d'autres part parce que ce secteur bénéficiait de plus gros budgets pour faire des études. Il m'a donc fallu inventer tout un système économique et des méthodologies adaptées pour permettre au monde des « petits commerce en réseau » (le Retail et la Franchise par exemple) de pouvoir accéder aux mêmes dispositifs d'intelligence marketing que les gros succursalistes ou grands distributeurs alimentaires ou spécialisés.

LDR : vous souvenez-vous de vos premiers clients ?

Mes premiers clients sont en quelque sorte des pionniers ou des précurseurs des réseaux d'aujourd'hui : comme le réseau Class'crouste (créé en 1987, environ 150 unités aujourd'hui) que j'accompagne depuis 1999, ainsi que Domino's Pizza (environ 400 unités aujourd'hui) avec qui nous avons travaillé depuis 2002 dès leur 12^{ème} unité, Daniel Moquet signe vos allées en 2004 depuis son lancement en franchise ou Celio depuis 2007. Aujourd'hui, nous travaillons avec plus de 300 réseaux de toute taille (1 unité à 32 000 points de vente) et dans tous les secteurs d'activités du monde du commerce, mais également avec des réseaux d'assurances, le secteur pharmaceutique, l'industrie automobile et de grands groupes internationaux.

LDR : justement, quels ont été les premières demandes d'études de ces réseaux et sont-elles les mêmes actuellement ?

Mon tout premier réseau de franchise client avait moins de 50 unités et tentait d'atteindre une dimension nationale. A l'ouverture de leur 31^{ème} unité, ça ne s'est pas passé comme prévu. Et les conséquences pour le franchisé et le réseau ont été fâcheuses. Certains franchisés risquaient même de douter de la viabilité du système. Ils nous ont donc demandé de les aider à ce que cet accident ne se reproduise pas et qu'on puisse prévoir le niveau d'activité avant ouverture : l'étude de marché d'implantation avec prévision de chiffre d'affaires à vitesse de croisière était née.

Un autre réseau souhaitait concéder des villes et agglomérations, chacune au même franchisé, afin de leur permettre de choisir la meilleure première

implantation tout en connaissant les futures ouvertures. L'idée étant de permettre de maximiser le nombre d'unités à planter sur la même commune tout en garantissant la viabilité de chacune d'entre elles.

Enfin, un autre réseau nous a demandé de construire leur plan de développement sur le territoire français, afin de connaître leur nombre d'ouvertures potentielles à terme. Cela a donné naissance à la méthodologie de l'étude de zonification. Elle allait permettre au fil des années d'accompagner plus de 200 réseaux et leurs candidats franchisés en estimant sur le territoire national (ou d'autres pays) et pour chaque ville le nombre d'unités à prévoir et les lieux idéaux d'implantation. 20 ans après, ces prestations sont encore plus d'actualité !

LDR : le géomarketing « en franchise » et en distribution d'une manière générale est utilisé pour quels types de prestations ?

Son usage est encore principalement réservé au développement. C'est-à-dire qu'il sert par exemple à réaliser les états locaux de marché bien connus des réseaux, qui respectent les dispositions de la loi Doubin (Art L.330-1 et décret R.330-1 du code de commerce). Le géomarketing est utile comme je l'ai déjà évoqué aux études de marché d'implantation et aux études de zonification.

Il est également utilisé pour prédire statistiquement les chiffres d'affaires (c'est-à-dire grâce aux formules mathématiques et sans déplacement sur le futur local). C'est un des enjeux majeurs des années à venir parce que cette approche a toujours été réservée aux (très) gros réseaux. C'est une approche très peu concluante, voire dangereuse pour les réseaux petits (moins de 100 unités) et envisageable avec précaution pour les réseaux moyens (100 à 400 unités). Leur nombre d'unités étant trop faible pour assurer une bonne représentation statistique des échantillons pour chaque typologie d'emplacement.

Enfin, le géomarketing est parfois utilisé en publicité pour optimiser la couverture publicitaire d'une campagne (par exemple en affichage urbain 4x3).

LDR : quelles sont les évolutions que vous anticipez dans l'usage des études de marché et du géomarketing ?

On rentre dans l'ère de l'utilisateur libre de ses mouvements d'une part, mais surtout libre de ses choix géomarketing, donc d'implantation. On va peu à peu quitter la logique du géomarketing (et même des études de marché) piloté par des experts qui peinent à faire comprendre leur méthodologie pour passer à un géomarketing directement fait par les utilisateurs.

Le risque est bien entendu celui de jouer à « l'apprenti-sorcier », mais n'est-ce pas la tendance de notre époque (qu'on y adhère ou non) ? Le réseau averti privilégiera un accompagnement dans la mise en place de sa solution de géomarketing, plutôt que l'acquisition d'un « outil miracle » qui ne tiendra pas ses promesses. A quoi reconnaît-on cet outil finalement décevant ? Très souvent au fait qu'en plus d'être présenté comme unique et miraculeux, il se présente comme étant parmi les moins chers du marché... et rappelez-vous l'adage : ce qui coûte peu... ne vaut finalement pas grand-chose ... Les techniques informatiques permettent désormais la mise à disposition via internet d'outils très équipés en données et comportant un bon nombre de méthodes d'analyses. C'est le cas de notre outil EasyRetail.

LDR : quelles sont les grandes révolutions de votre secteur ?

Aucune révolution réelle, mais on peut distinguer deux tendances fortes : l'une d'elles est que la data prend (ENFIN !) une place prépondérante dans le géomarketing, jusqu'à même parfois occulter la force de l'analyse. Attention : il faut être prudent avec toutes les données récentes (flux mobile, data sur les cessions immobilières, données du gouvernement en libre accès, annonces immobilières, etc...). Elles sont attirantes, mais leur fiabilité est parfois contestable.

On voit poindre depuis 2-3 ans toute une série de sociétés qui font usage du géomarketing pour commercialiser un outil avec ce type de données. C'est intéressant bien évidemment, mais il ne faut pas perdre de vue qu'une donnée, même très attendue par le marché, ne pourra jamais vous permettre de prendre de bonnes décisions si elle n'est pas prise en compte dans un ensemble plus complexe d'un grand nombre d'autres paramètres. Il est impératif qu'il y ait une démarche sérieuse d'études mises en place pour les encadrer.

J'y vois donc en point positif l'arrivée de nouvelles données sur le marché, mais j'y vois aussi comme point

néatif l'approche mercantile de certaines sociétés, souvent sur-prometteuses : le cocktail d'une donnée un peu trop récente (donc sans réel retour d'usage), couplé à un outil géomarketing « à tout faire » peut conduire à de très mauvaises décisions. Le problème est qu'en matière de commerce, les sanctions sont lourdes mais elles mettent parfois du temps avant de tomber. On a donc le temps, malheureusement, de prendre beaucoup de mauvaises décisions, mais sans s'en rendre compte tout de suite. L'exigence majeure d'un bon prestataire en géomarketing est justement de ne pas se jeter sur une donnée et la commercialiser sans prendre le recul nécessaire.

La seconde tendance, très forte, est (ENFIN !) l'usage du géomarketing au-delà du cadre du développement du réseau : on s'en sert désormais également pour piloter la vie de ses magasins, pour effectuer les tournées d'animation de réseau, pour suivre les performances des points de vente et les comparer, pour comprendre la performance des concurrents sur un territoire, pour communiquer localement, pour stocker des documents juridiques sur les points de vente, etc...

LDR : quelques conseils et un mot pour la fin ?

Quand on se développe en réseau, le géomarketing et les études de marché ne sont pas des options. Elles sont indispensables.

J'ai donc trois conseils à donner à suivre de près :

1. Les premiers succès grisent la tête des (jeunes) réseaux qui voient le géomarketing comme un coût et une contrainte d'un ancien temps et pensent pouvoir s'en passer : cette erreur d'appréciation leur coûtera forcément cher.
2. Quand on est un réseau plus mature, il arrive qu'on n'ait pas eu besoin de faire appel au géomarketing (ou du moins la tête de réseau ne s'en rappelle plus). On pourrait donc s'interroger sur l'utilité d'y faire appel maintenant que le réseau est bien lancé. Là aussi, cette erreur d'appréciation peut coûter cher, car les temps ont changé, les secteurs d'implantation aussi, et les performances promises par les espaces commerciaux ne sont plus au rendez-vous. Entre développement et animation commerciale, pas d'issue sans le géomarketing !

3. Quand vous choisissez un prestataire en géomarketing pour vous accompagner, dirigez-vous vers le plus expérimenté : faire des cartes et manipuler des données, tout le monde dit pouvoir le faire, mais il faut au moins avoir fait 100 études de marché ou de zonification et avoir trouvé les bons emplacements pour être sûr de bien le faire aussi pour vous. J'aime dire qu'il faut avoir tourné 7 fois son géomarketing dans sa tête avant de pouvoir parler. Donc, attention aux jeunes sociétés pleines d'ambition et de belles paroles ! Le géomarketing, c'est comme le commerce : c'est une activité scientifique complexe qui demande de l'expérience et une remise en cause permanente.

Bien pratiquée, la science géomarketing peut tout de même paraître onéreuse au premier abord : c'est le prix de la rigueur et de l'expertise qui rendent ses résultats d'une rare efficacité.

L'intelligence du géomarketeur est tout sauf artificielle : elle est concrète, puissante et pragmatique. Il ne faut donc pas croire qu'elle peut s'ubériser.

*Laurent KRUCH est le fondateur de **Territoires & Marketing**, filiale depuis novembre 2019 de Ciril GROUP. Il est membre du Collège des experts de la Fédération Française de la Franchise depuis 2012. Il est à l'origine de nombreuses méthodologies d'études de marché et de géomarketing utilisées en Franchise. Le service et l'accompagnement des réseaux et de leurs partenaires franchisés, affiliés, concessionnaires, licenciés de marque, etc... est au cœur de son action dans le monde du commerce depuis plus de 20 ans. La signature de Territoires & Marketing est dont tout naturellement : Géomarketing... et tellement plus !*

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Pourquoi la franchise ne doit pas être visée par le nouveau règlement d'exemption à venir ?

Réflexions

Ce qu'il faut retenir :

Dans la perspective de l'adoption d'un nouveau règlement d'exemption, il est important de garder à l'idée que la franchise n'a pas besoin d'exemption...

Pour approfondir :

1. L'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prohibe les accords entre entreprises qui restreignent la concurrence (§1), à moins qu'ils ne contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte (§3).

Le Règlement (UE) n° 330/2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées* a déclaré « inapplicable aux accords verticaux » (art. 2) l'interdiction énoncée à l'article 101§1 car il est probable que les gains d'efficacité procurés par de tels accords l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels qui s'en évincent. Des Lignes directrices *sur les restrictions verticales* explicitent l'interprétation de ce règlement par la Commission.

Le Règlement 330/2010 arrivant à expiration le 31 mai 2022, la Commission a lancé une consultation à la fin de l'année 2018 en vue de son évaluation et de celles des Lignes directrices qui l'accompagnent.

2. Il est question de viser la franchise dans le nouveau Règlement d'exemption. Or, à ce jour, quoique les

³⁴ CJCE, 17 déc. 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84. En droit français de la concurrence, le Conseil de la concurrence, dans sa décision *Zannier* (Cons. conc., 28 mai 1996, déc. n° 96-D-36), reprendra la substance de l'arrêt *Pronuptia*.

³⁵ Sur celles-ci, v. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, n° 2004/C 101/08, 27 avr. 2004, pt. 28 et s. L'idée générale est la suivante : chaque fois qu'une opération *principale* n'est pas restrictive de concurrence, mais

Lignes directrices y fassent parfois référence, la franchise n'est pas visée par le Règlement 330/2010. Ce silence ne signifie pas que la franchise ne « mérite pas » le bénéfice d'une exemption par catégorie. Si la franchise n'est pas visée par le règlement d'exemption, c'est au contraire, car elle n'est pas en elle-même restrictive de concurrence : point n'est besoin de se demander si les conditions prévues à l'article 101§3 TFUE sont remplies, si l'opération ne relève pas même de l'article 101§1 TFUE.

C'est ce qu'avait considéré avec raison la Cour de justice dans la célèbre affaire *Pronuptia*³⁴ : la franchise, « qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence » proclamait alors la Cour (pt 15). Selon elle, d'ailleurs, la franchise, « plutôt qu'un mode de distribution », est « une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances » (pt 15).

3. Il reste que la distribution en franchise est souvent couplée à des restrictions de concurrence : exclusivité d'approvisionnement, exclusivité d'activité, exclusivité territoriale, obligation de non-concurrence post-contractuelle. Ce qu'avait au demeurant parfaitement relevé l'arrêt *Pronuptia*.

Ces restrictions spéciales de concurrence pourraient certes bénéficier de l'*exemption par catégorie*. Mais cela suppose qu'elles en respectent les conditions. Pour ne prendre qu'un exemple, une obligation d'approvisionnement exclusif (que le Règlement 330/2010 nomme « obligation de non-concurrence ») ne bénéficiera de l'exemption que si elle n'est pas d'une durée supérieure à 5 ans (art. 5).

C'est pourquoi les restrictions de concurrence conclues dans les contrats de franchise sont et doivent être examinées avant tout à l'aune de l'article 101§1 TFUE, en tant que *restrictions accessoires*³⁵ à l'opération de franchise. Si elles reçoivent une telle qualification, elles seront donc valables, en vertu du principe général suivant lequel « l'accessoire suit le principal ». C'est bien à cet examen que l'arrêt *Pronuptia* invitait déjà en

qu'*accessoirement*, elle comporte des clauses restrictives, ces dernières ne relèvent pas de l'article 101, § 1, du TFUE dès lors que « la restriction est *objectivement nécessaire à la mise en œuvre de ladite opération ou de ladite activité et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre* » (CJUE, 23 janv. 2018, n° C-179/16, Roche et Novartis, pt. 68 ; CJUE, 11 sept. 2014, n° C-382/12 P, MasterCard, pt. 89).

1986. La Cour y relevait que pour fonctionner, la franchise suppose que le franchiseur transmette aux franchisés savoir-faire et assistance sans risquer qu'ils profitent aux concurrents³⁶ (telles les clauses de non-concurrence) et prenne des mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne³⁷ (telles les clauses d'application du savoir-faire, d'aménagement des locaux, d'approvisionnement). Dès lors, les clauses « indispensables » à la protection du savoir-faire et de l'assistance, de même que les clauses qui organisent le contrôle « indispensable » à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau ne constituent pas des restrictions de concurrence³⁸. Et si l'on reprend l'exemple mentionné plus haut de la clause d'approvisionnement exclusif, on observera que celle-ci pourra être d'une durée supérieure à cinq ans (plafond fixé par le Règlement d'exemption) dès lors qu'elle est considérée comme une restriction accessoire à l'opération de franchise³⁹.

4. Si demain la franchise était visée par le futur Règlement d'exemption, il y aurait un risque important à ce que l'on voit là, à tort, la reconnaissance de ce qu'elle est désormais considérée comme une opération restrictive de concurrence et que les différentes et réelles restrictions de concurrence qu'elle pourrait comporter (clause d'approvisionnement exclusif, clause de non-concurrence, etc.) ne peuvent plus être appréciées en tant que restrictions accessoires. Il conviendrait alors de respecter les conditions rigides posées par le règlement d'exemption, sauf à parier sur une hypothétique exemption individuelle ...

De tout cela il ressort que toutes les forces de vives de la franchise doivent se mobiliser pour ne pas laisser à penser que la franchise soit devenue une opération restrictive de concurrence !

A rapprocher : Pronuptia, trente ans après ... Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20.500 et 16-20.501 (deux arrêts), LDR janvier-février 2018

³⁶ pt. 16.

³⁷ pt. 17.

³⁸ pt. 16 et s.

La clause limitant le droit à réparation du préjudice du consommateur est présumée abusive

Cass. civ. 1^{ère}, 11 décembre 2019, n°18-21.164

Ce qu'il faut retenir :

Une clause limitative de responsabilité stipulée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur est présumée abusive de manière irréfragable, de sorte que la clause déterminant unilatéralement le montant de l'indemnisation en cas de manquement ne s'impose pas aux parties.

Pour approfondir :

L'article R. 212-1 du code de la consommation liste les **clauses abusives** qui sont interdites au sens de l'article L. 212-1 du même code, dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur, en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif au détriment du consommateur.

Parmi ces clauses figure celle ayant pour objet ou pour effet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* » (Art. R. 212-1, 6° c. conso).

Dans l'arrêt commenté, il s'agissait d'un contrat de déménagement conclu entre une société de déménagement et un particulier, prévoyant la fixation du montant de l'indemnisation éventuelle pour les meubles non listés, à hauteur de 152 euros chacun, cette somme ayant été fixée unilatéralement, sans intervention de l'entreprise de déménagement qui l'avait acceptée.

Lors de la livraison, deux biens meubles ont été endommagés. Le particulier a en conséquence recherché la responsabilité de la société de déménagement en réparation du préjudice subi du fait du manquement à ses obligations.

La société de déménagement n'a pas contesté sa responsabilité – les réserves étaient portées sur la lettre de voiture – mais a cherché à la limiter. Pour ce faire, elle a invoqué l'usage qui consiste à appliquer un coefficient de vétusté pour l'évaluation de l'indemnité compensatrice en matière de déménagement et de l'indemnité fixée dans la déclaration de valeur.

³⁹ Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-20500 et Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-20501.

Le particulier invoquait, quant à lui, le caractère abusif de la clause prévoyant la limitation de son droit à indemnisation, en d'autres termes la **clause limitative de responsabilité**.

Bien que les juges du fond aient considéré que l'accord de volonté s'était formé entre les parties de sorte que la clause de limitation de valeur n'avait pas un caractère abusif et s'imposait aux parties – la société de déménagement a été condamnée en première instance à payer au particulier la somme limitée à 304 euros.

Toutefois la Cour de cassation en a décidé autrement au visa des articles R. 132-1, 6°, devenu R. 212-1 du code de la consommation. En effet, dans un arrêt du 11 décembre 2019, la Cour de cassation a cassé en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal d'instance de Coutances. Selon la Haute juridiction, « *la clause ayant pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est présumée abusive de manière irréfragable* ». En d'autres termes, la clause de limitation de valeur en cas de manquement du professionnel à l'une de ses obligations est irréfragablement présumée abusive et donc interdite.

Les parties ont été renvoyées devant le tribunal d'instance d'Avranches, et la société de déménagement a été condamnée à payer au particulier la somme de 2.500 euros au visa de l'article 700 du code de procédure civile.

A rapprocher : CA Paris, 5 septembre 2019, RG n°17/02353

Etendue géographique de la clause de non-concurrence post-contractuelle

CA Paris, 13 décembre 2019, n°19/02615

Ce qu'il faut retenir :

L'interdiction d'exercer une activité similaire ou identique à celle exercée par le franchisé dans un rayon de 150 km fait apparaître le caractère disproportionné de la clause de non-concurrence post-contractuelle au regard de la protection des intérêts légitimes du franchiseur et apporte une restriction excessive à la liberté d'exercice de la profession exercée par le franchisé.

Pour approfondir :

Le 17 mars 2009, la société Educinvest, franchiseur du réseau d'enseignement supérieur privé Supinfo ayant pour objet la formation d'ingénieurs informaticiens, a conclu avec la société Sud-Ouest Campus deux contrats de franchise pour la gestion et l'exploitation de deux établissements à l'enseigne Supinfo, dont un à Bordeaux et un à Toulouse, ces contrats d'une durée de dix ans prenant effet au 1^{er} juillet 2009.

Par courrier recommandé du 6 novembre 2009, la société Educinvest a demandé à la société Sud-Ouest Campus le paiement des redevances, de l'occupation des locaux, et par courrier du 26 novembre 2009 l'a mise en demeure d'exécuter diverses obligations contractuelles dans un délai de huit jours sous peine de résiliation des contrats.

Par lettre recommandée du 18 décembre 2009 la société Educinvest a notifié la résiliation immédiate des contrats de franchise puis a fait délivrer assignation à bref délai devant le tribunal de commerce de Paris le 11 janvier 2010.

S'y opposant, la société Sud-Ouest Campus a demandé, au fond ; à titre principal : le maintien sans résiliation, sous astreinte, des contrats de franchise ; à titre subsidiaire : la résiliation des contrats aux torts exclusifs de la société Educinvest.

Par jugement assorti de l'exécution provisoire en date du 19 décembre 2012, le tribunal de commerce de Paris a notamment débouté la société Sud-Ouest Campus de ses demandes tendant à la requalification des contrats de franchise, la nullité des contrats de franchise, la nullité de la clause résolutoire.

Par arrêt du 3 mai 2017 la cour d'appel de Paris a notamment confirmé le jugement du 19 décembre 2012 en ce qu'il a débouté la société Sud-Ouest Campus de sa demande de nullité des contrats de franchise pour dol.

Par arrêt 28 novembre 2018, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt du 3 mai 2017 mais seulement en ce qu'il :

- dit que « la société Educinvest était fondée à prononcer la résiliation des deux contrats de franchise par courrier du 18 décembre 2009,
- rejette la demande de la société Sud-Ouest Campus en résolution judiciaire aux torts de la

société Educinvest et les demandes en paiement formées contre celle-ci au titre des droits d'entrée et de la perte de marge brute,

- condamne la société Sud-Ouest Campus au paiement de sommes au titre de la clause pénale, de la clause de non-concurrence, et de la perte de chance de bénéficier d'un franchisé ».

S'agissant de la question spécifique de la clause de non-concurrence, la Cour de cassation retient que sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'interdiction d'exercer, directement ou indirectement, en quelque qualité que ce soit, une activité d'enseignement similaire ou identique à celle exercée par le franchisé à la date de conclusion du contrat, de s'affilier à un autre réseau de franchisés concurrent ou de commercialiser sous la forme de franchise ou autrement des enseignements identiques ou semblables, dans un rayon de 150 kilomètres autour de l'école visée au contrat, n'apportait pas une restriction excessive à la liberté d'exercice de la profession de son débiteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Devant la cour d'appel de renvoi, la société Sud-Ouest Campus conteste la validité de la clause de non concurrence post-contractuelle sur le fondement juridique du principe de liberté du commerce et de l'industrie, rappelant qu'une clause de non-concurrence n'est valable que si elle est limitée dans son objet, dans le temps et dans l'espace et si elle est proportionnée par rapport à l'objet du contrat et nécessaire à la protection des intérêts légitimes de son bénéficiaire.

En l'espèce, le franchisé soutient que la société Educinvest ne justifie pas d'un savoir-faire suffisamment original pour justifier l'étendue territoriale de 150 km, soit un quart du territoire français, et que le savoir-faire en cause ne répond pas aux critères de protection. Elle ajoute que la résiliation fautive des contrats prive la société Educinvest du bénéfice de la clause.

Dans sa décision commentée ici, la cour d'appel de Paris rappelle que, pour être valable, une clause de non-concurrence doit être non seulement limitée dans le temps et dans l'espace, mais aussi proportionnée par rapport à l'objet du contrat et nécessaire à la protection des intérêts légitimes de son bénéficiaire.

Il appartient au franchiseur de faire la preuve d'intérêts légitimes à protéger justifiant qu'il soit apporté légitimement une limitation à la liberté du commerce

et de l'industrie, en l'espèce la protection d'un savoir-faire.

En l'espèce, le moyen d'un savoir-faire du franchiseur dépourvu de caractère original est écarté.

En outre, pour justifier du caractère proportionné de l'obligation de non-concurrence, le franchiseur soutient qu'il justifie de cette limitation géographique par son expérience, ce qui permettait au franchisé de pouvoir créer une nouvelle école informatique mais dans une autre région laissant la possibilité pour le franchiseur d'exploiter en propre ou de conférer une nouvelle franchise à Bordeaux et à Toulouse.

En effet, pour ce qui concerne les contrats résiliés ou arrivés à terme avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce – ce texte ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 6 août 2015 ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016 –, l'appréciation du caractère excessif (ou non) de la limitation dans l'espace est effectuée *in concreto*.

En l'espèce, la durée de la clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans le contrat de franchise est limitée à douze mois et le périmètre géographique de cette clause est déterminé par un rayon de 150 kilomètres autour de l'Ecole.

Toutefois, l'interdiction d'exercer une activité d'enseignement similaire ou identique à celle exercée par le franchisé dans un rayon de 150 km se traduit en réalité par une interdiction d'exercer dans un nombre important de départements se situant à une distance de 150 km des deux villes de Toulouse et Bordeaux, comprenant un bassin important de population évalué par l'appelante elle-même à 5 millions de personnes, dont un nombre élevé d'étudiants intéressés par la formation dispensée, en sorte que le rayon de 150 km convenu fait apparaître le caractère disproportionné de la clause au regard de la protection des intérêts légitimes de la société Educinvest et apporte une restriction excessive à la liberté d'exercice de la profession exercée par le franchisé.

Pour la cour d'appel, il en résulte le caractère illicite de la clause de non-concurrence stipulée aux contrats de franchise.

On regrettera que la sanction de la clause de non-concurrence post-contractuelle jugée excessive en ce qu'elle ne serait pas suffisamment limitée dans l'espace

ne soit pas la réduction de la limitation territoriale qu'elle stipule.

A rapprocher : La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution

Confirmation de l'amende de 20 millions d'euros infligée à FNAC-DARTY

CE, sect. 3^{ème} et 8^{ème}, 7 novembre 2019, n°424702

Ce qu'il faut retenir :

Le Conseil d'Etat a confirmé la condamnation de FNAC-DARTY à une amende de 20 millions d'euros pour ne pas avoir appliqué les engagements auxquels était soumis leur rapprochement.

Pour approfondir :

En juillet 2016, l'Autorité de la concurrence avait autorisé la FNAC à prendre le contrôle exclusif de DARTY, sous réserve du respect de différents engagements.

L'Autorité de la concurrence avait notamment conditionné la possibilité de réaliser l'opération de concentration à la cession de 6 magasins parisiens, dans un délai déterminé.

Malgré les démarches et efforts de FNAC-DARTY pour procéder à ces cessions – efforts dont l'Autorité avait tenu compte dans le prononcé de la sanction – seule la moitié des magasins avait été cédée au terme du délai, constituant ainsi une violation des engagements pris par les parties devant l'Autorité de la concurrence.

Prenant en compte le fait que la concurrence pouvait être préservée par des mesures moins coercitives que le retrait pur et simple de l'autorisation de concentration, l'Autorité de la concurrence avait opté pour une sanction composée d'une amende de 20 millions d'euros (l'amende encourue s'élevait à 286,6 millions d'euros), et d'injonctions en substitution des engagements inexécutés.

FNAC-DARTY avait introduit un recours devant le Conseil d'Etat pour obtenir l'annulation, ou à tout le moins la réformation de la décision de condamnation.

Le 7 novembre 2019, le Conseil d'Etat a rejeté les demandes de FNAC-DARTY, qui portaient en grande

partie sur la contestation des sanctions et du process ayant mené à leur fixation.

En particulier, le Conseil d'Etat rappelle que bien qu'élevée, la sanction représentait 0,3 % du chiffre d'affaires de l'entreprise pour l'année concernée (2017) et 7 % de l'amende encourue, et n'était donc pas disproportionnée. Il fait également état du fait que FNAC-DARTY aurait proposé des cessionnaires à l'agrément de l'Autorité de la concurrence qui ne pouvaient pas remplir les critères posés, et aurait donc dû anticiper son refus et solliciter plus tôt qu'elle l'a fait un report de la date d'exécution des engagements.

A rapprocher : CE, sect. 3^{ème} et 8^{ème}, 7 novembre 2019, n°424702

Vigilance sur les allégations d'économies d'énergie dans les objets domotiques

Communiqué de presse de la DGCCRF – 18 novembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

La DGCCRF souhaite renforcer la protection des consommateurs en régulant les affirmations faites par les fabricants et vendeurs de thermostats connectés en matière d'économies d'énergie.

Pour approfondir :

Constatant la multiplication des objets connectés dans le secteur de la domotique (pour la sécurité ou encore les économies d'énergie dans la maison), la DGCCRF a mené une enquête pour s'assurer de la loyauté des allégations faites auprès des consommateurs, en matière d'économie d'énergie.

En effet, les déclarations des fabricants et vendeurs de ces matériels en matière d'économie d'énergie sont déterminantes de la décision d'achat des consommateurs, et ne doivent donc pas être trompeuses.

La DGCCRF rappelle à juste titre que les « distributeurs d'objets connectés domotiques alléguant des économies d'énergie doivent informer les consommateurs en toute transparence du fondement de l'allégation, des conditions dans lesquelles les économies constatées ont été réalisées et de la

possibilité effective pour l'acheteur potentiel de bénéficier du même avantage dans ses propres conditions d'usage. »

La DGCCRF a procédé à des investigations notamment quant aux résultats attendus de ces appareils, qui sont en pratique difficilement vérifiables par les consommateurs en raison de la technicité du produit.

Au total, dix distributeurs de thermostats connectés ont été contrôlés, avec des résultats de 60% de taux d'anomalie, qui ont conduit la DGCCRF à émettre cinq injonctions administratives et à dresser un procès-verbal. La DGCCRF indique avoir vérifié :

- si l'origine des allégations était explicitée,
- la référence bibliographique associée pertinente,
- le caractère rigoureux de la méthode de calcul employée pour les mesures,
- la loyauté de la présentation,
- s'il existait des anomalies relatives aux conditions de compatibilité des appareils avec les systèmes de chauffage ainsi qu'aux simulateurs d'économie d'énergie en ligne.

En dehors d'affirmations frauduleuses sur une certification ne pouvant pas exister, la DGCCRF condamne principalement le fait que les études servant de base au calcul d'économie d'énergie présenté au consommateur pour le convaincre d'acquiescer un thermostat contenaient des résultats calculés par rapport à une situation qu'elle qualifie d'irréaliste.

En la matière, les opérateurs sont donc tenus de présenter des études basées sur des situations réelles, prenant en considérant différentes situations d'installation, afin que l'échantillon sur lequel le produit est testé soit considéré comme représentatif et réaliste.

L'ensemble des études servant de base aux allégations devront bien entendu être conservées, afin de pouvoir être produites en cas de contrôle ou de litige ultérieur avec un consommateur par exemple.

A rapprocher : Communiqué de presse de la DGCCRF du 18 novembre 2019

3,7 millions d'euros d'amende pour non-respect des délais de paiement légaux
Décision du 18 novembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

La DGCCRF a condamné à une lourde amende un opérateur de téléphonie pour avoir violé, de manière répétée, les délais de paiement légaux.

Pour approfondir :

En cette fin d'année 2019, la DGCCRF a rendu de nombreuses décisions de condamnation d'entreprises en raison du non-respect des délais légaux maximums.

Pour mémoire, les délais de droit commun sont fixés à 60 jours à compter de la date d'émission de la facture, ou 45 jours fin de mois.

Les décisions de sanctions pour non-respect de ces délais étant désormais systématiquement publiées, a été rendue publique la récente condamnation d'une entreprise à une amende de 3,7 millions d'euros.

Un opérateur de téléphonie (en l'espèce, SFR), a été contrôlé à plusieurs reprises pour le dépassement des délais de paiement légaux. La CCRF de la DIRECCTE d'Île-de-France a procédé à un nouveau contrôle fin 2017, visant à s'assurer que l'entreprise avait pris les mesures nécessaires pour régulariser les pratiques de délais de paiement.

Les agents ont cependant constaté, à l'inverse, des retards que la DGCCRF qualifie de particulièrement graves, du fait non seulement de leur nombre (près d'un tiers des factures contrôlées était réglé en retard), mais également du montant des arriérés (470 millions d'euros), générant une rétention de trésorerie supérieure à 72 millions d'euros, et de l'importance du retard (le retard moyen pondéré relevé par la CCRF étant de 28 jours).

Malgré une relative amélioration quant au pourcentage de factures payées en retard (32 % en 2017 contre 62 % lors du contrôle ayant déjà donné lieu à une sanction en 2015), la DGCCRF a considéré que la gravité (du fait notamment que la rétention de trésorerie relevée par la DGCCRF est la plus importante relevée à ce jour dans une telle procédure) et le caractère réitéré des pratiques justifiait une sanction élevée.

SFR encourait une amende de 4 millions d'euros (la sanction encourue s'élevait à 2 millions d'euros, doublée en cas de réitération, ce qui était le cas en l'espèce).

L'article L.441-16 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, prévoit en effet une amende administrative d'un montant de 75 000 euros pour les personnes physiques et 2 millions d'euros pour les personnes morales, en cas – notamment – de non-respect des délais de paiement légaux.

En application du dernier alinéa de ce même article, les peines d'amendes encourues sont doublées en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.

Compte tenu de la sanction intervenue pour le même motif en octobre 2015, SFR est alors sanctionnée à hauteur de 3,7 millions d'euros. Par ailleurs, la sanction fait l'objet d'une publication pendant 3 mois, non seulement sur le site de la DGCCRF, mais également sur le site de SFR.

A rapprocher : La DGCCRF sanctionne SFR à hauteur de 3,7 millions d'euros pour manquements réitérés aux délais de paiement légaux, 18 novembre 2019

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

La faculté conventionnelle de rétractation de l'acquéreur professionnel

Cass. civ. 3^{ème}, 5 décembre 2019, n°18-24.152,
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

L'arrêt commenté retient que la faculté conventionnelle de rétractation de l'acquéreur professionnel est parfaitement valable. Ainsi, la Cour de cassation précise-t-elle, pour la première fois, que les parties peuvent conférer *contractuellement* à un acquéreur professionnel la faculté de rétractation prévue par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Pour approfondir :

Un bien immobilier est vendu à une société, qui décide finalement d'exercer la faculté de rétractation prévue au contrat, ainsi rédigée :

« *Faculté de rétractation de l'acquéreur :*

Conformément aux dispositions de l'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acquéreur, non professionnel de l'immobilier, pourra se rétracter à son seul gré, et sans avoir à fournir de justification, dans un délai de 7 jours à compter du lendemain de la notification du présent acte. Les parties mandatent expressément Maître F G à l'effet d'effectuer cette notification. En cas de rétractation dans ce délai, les présentes seront caduques et ne pourront recevoir aucune exécution, même partielle, et le dépositaire des fonds versés par l'acquéreur devra les restituer dans un délai de 21 jours à compter du lendemain de la date de rétractation. En cas de pluralité d'acquéreurs [...] La rétractation devra être adressée dans les formes prévues par l'article L 271-1 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation à Maître F G ».

Les vendeurs assignent la société acquéreur en paiement de la **clause pénale**, au motif que cet acquéreur ne pouvait valablement se rétracter compte tenu de sa qualité de « professionnel ».

Cet argument ne fonctionne, ni devant les juges du fond, ni devant la Cour de cassation.

En effet, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, Pôle 4 – chambre 1, 12 octobre 2018, n°16/22505) approuve les premiers juges d'avoir rejeté cette demande au motif que, malgré la qualité de professionnel de l'immobilier de l'acheteur, les vendeurs avaient sciemment accepté la clause négociée par laquelle ils avaient donné, ensemble avec l'acquéreur, mandat exprès au notaire de notifier le droit de rétractation de l'article L. 271-1 précité à la société acquéreur :

« Si l'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation institue un droit de rétractation au profit du seul acquéreur non professionnel d'un immeuble, et si l'extrait K bis de la société M... révèle un objet social caractéristique d'un professionnel de l'immobilier, ce qui aurait effectivement pu conduire les parties à écarter l'application à la SARL M... des dispositions en cause, il n'en demeure pas moins que les vendeurs

ont sciemment accepté la clause négociée du contrat litigieux par laquelle elles ont donné, ensemble avec l'acquéreur, mandat exprès au notaire dépositaire pour notifier à la SARL M... le droit de rétractation de l'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation. Les vendeurs (...) ne justifient pas davantage de conditions de négociation et de signature propres à établir qu'ils n'auraient pas négocié les termes du contrat ».

Puis, le pourvoi formé contre cet arrêt confirmatif ne porte pas davantage. La Cour de cassation retient, par l'arrêt commenté, publié au Bulletin, que « (...) les parties peuvent conférer contractuellement à un acquéreur professionnel la faculté de rétractation prévue par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation ».

La généralité des termes de cet attendu confère valeur de principe à la règle qu'il énonce.

A rapprocher : Article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation ; v. aussi, A. PINÇON, Promesse de vente et rétractation : l'agent immobilier doit vérifier la signature sur le recommandé (Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2019, n°18-10.772)

Vente immobilière : DPE erroné et perte de chance de négocier une réduction du prix

Cass. civ. 3^{ème}, 21 novembre 2019, n°18-23.251, Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Un diagnostic de performance énergétique erroné entraîne, pour les acquéreurs d'un bien immobilier, un préjudice s'analysant en une perte de chance de négocier une réduction du prix de vente.

Pour approfondir :

En l'espèce, une maison d'habitation a été vendue. Consécutivement à cette vente, une expertise a révélé que le **diagnostic de performance énergétique (DPE)** était erroné.

Les acquéreurs ont assigné les vendeurs, le diagnostiqueur et son assureur en résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés

ou encore en indemnisation de leurs préjudices à raison du coût des travaux rendus nécessaires pour atteindre la performance énergétique visée au DPE erroné.

Ces derniers font grief à la cour d'appel de déclarer le diagnostiqueur responsable de la seule perte de chance tandis qu'elle relève qu'il a commis une faute dans l'accomplissement de sa mission à l'origine d'une mauvaise appréciation de la qualité énergétique du bien.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en retenant que selon l'article L.271-4, II du Code de la construction et de l'habitation, le DPE n'ayant qu'une valeur informative à la différence des autres documents constituant le dossier de diagnostic technique. Il prévoit que « L'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique qui n'a qu'une valeur informative ».

La Haute juridiction estime dès lors que c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le préjudice subi par les acquéreurs du fait de cette information erronée consistait en une perte de chance de négocier une réduction du prix de vente et non dans le coût des travaux utiles pour l'isolation.

Cette décision peut surprendre car la troisième chambre civile a pour habitude de condamner le diagnostiqueur fautif à supporter le coût des travaux. Notamment, elle a jugé le 21 mai 2014 de la certitude du préjudice résultant de la faute du diagnostiqueur dans l'accomplissement de sa mission, impliquant que le préjudice de l'acquéreur corresponde au coût des travaux de désamiantage.

D'ailleurs, cette position a été appuyée par un arrêt de chambre mixte du 8 juillet 2015 où il a été jugé que les préjudices causés par la faute d'un diagnostiqueur étaient certains et que donc, les acquéreurs devaient être indemnisés du coût des travaux de réparation des dégâts causés. En l'occurrence, il s'agissait d'un état parasitaire incomplet et la présence de termites non détectée.

Néanmoins, ici, le choix de la perte de chance semble logique à raison de l'inopposabilité (d'origine légale) du diagnostic.

Si le préjudice égal à la perte de chance de négocier une réduction du prix de vente s'apprécie logiquement vis-à-vis du montant des travaux à prévoir pour obtenir

l'isolation promise, il ne peut y être égal dans la mesure où l'impact de la faute du diagnostiqueur sur la négociation ne peut être mesuré aussi précisément.

Sur le fondement de l'article L.271-4 du code précité, la jurisprudence a donc élaboré un régime de réparations qui distingue le DPE des autres diagnostics techniques.

Néanmoins, cette décision ne sera probablement plus d'actualité à raison de la réforme issue de la loi Elan du 23 novembre 2018 puisqu'à partir du 1^{er} janvier 2021, l'article L.271-4 du Code de la construction et de l'habitation disposera que « *L'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des recommandations accompagnant le diagnostic de performance énergétique qui n'ont qu'une valeur informative* » et rendrait dès lors le reste du contenu du DPE opposable.

Enfin, le plan de rénovation énergétique des bâtiments envisagé par le législateur participera (et c'est heureux) à l'augmentation de la fiabilité des diagnostics notamment par la mise à jour et l'unification de la méthode de calcul utilisée, ainsi que par le renforcement de la formation et du contrôle des diagnostiqueurs.

Le sujet nous donnera donc encore l'occasion de rédiger des commentaires de jurisprudence.

A rapprocher : CA Grenoble, 1^{ère} chambre civile, 12 juin 2018, n°16/01395 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 Mai 2014, n°13-14.891 ; Ch. mixte, 8 juillet 2015, n°13-26.686 ; L.271-4 du Code de la construction et de l'habitation ; Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique

Clause abusive et personne morale « non-professionnelle »

Cass. civ. 3^{ème}, 7 novembre 2019, n°18-23.259,
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Selon les articles L.212-1 et L.212-2 du Code de la consommation, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du

non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. A cet égard, la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité, appréhendée *in concreto*.

Pour approfondir :

Selon l'espèce commentée (CA Dijon, 26 juin 2018, n°16/01677), une SCI confiée à un architecte, par contrat, la maîtrise d'œuvre complète de la construction d'un bâtiment à usage professionnel, ce contrat prévoyant que les honoraires seraient dus et réglés en totalité au maître d'œuvre, même en cas d'abandon du projet, pour quelque raison que ce soit. Voilà que la SCI abandonne son projet, et que l'architecte l'assigne alors en paiement de l'intégralité des honoraires prévus au contrat.

Se posait la question de savoir si une telle clause relevant ou non du champ d'application de l'article L.132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (applicable aux faits litigieux).

Or, une personne morale est un non-professionnel, au sens de ce texte, lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle (v. encore réc., sur ce point : Cass. civ. 3^{ème}, 17 octobre 2019, n°18-18.469 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que la qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »).

L'intérêt de l'arrêt commenté réside en réalité dans le traitement des critères distinctifs de la notion de « non-professionnel » au sens du texte précité. La Haute juridiction retient en effet « *qu'ayant relevé que la SCI avait pour objet social l'investissement et la gestion immobiliers, et notamment la mise en location d'immeubles dont elle avait fait l'acquisition, qu'elle était donc un professionnel de l'immobilier, mais que cette constatation ne suffisait pas à lui conférer la qualité de professionnel de la construction, qui seule serait de nature à la faire considérer comme étant intervenue à titre professionnel à l'occasion du contrat de maîtrise d'œuvre litigieux dès lors que le domaine de la construction faisait appel à des connaissances ainsi qu'à des compétences techniques spécifiques distinctes de celles exigées par la seule gestion immobilière, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que la SCI n'était intervenue au contrat litigieux qu'en qualité de maître*

de l'ouvrage non professionnel, de sorte qu'elle pouvait prétendre au bénéfice des dispositions de l'article L.132-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016 ».

Deux observations s'imposent alors selon nous.

Un critère « négatif » : l'objet social ne constitue pas en soi un critère suffisant ; tout au plus, serait-il possible d'y voir un premier indice.

Un critère « positif » : seule une appréciation *in concreto* permet de répondre à la question de savoir si – oui ou non – le cocontractant est un « non-professionnel ». Ainsi, au cas présent, est-il considéré que « *le domaine de la construction fais[ant] appel à des connaissances ainsi qu'à des compétences techniques spécifiques distinctes de celles exigées par la seule gestion immobilière* », la seule connaissance de « *l'investissement et la gestion immobiliers* » ne peut suffire. Dit autrement, un professionnel de l'immobilier – et non de la construction – doit être considéré comme un « non-professionnel » vis-à-vis du maître d'œuvre.

Ainsi, la Cour de cassation rejette le pourvoi et retient que l'arrêt critiqué a pu retenir à bon droit qu'une telle clause constituait une clause abusive (cf. sur ce point : « *Après avoir relevé que la clause litigieuse avait pour conséquence de garantir au maître d'œuvre, par le seul effet de la signature du contrat, le paiement des honoraires prévus pour sa prestation intégrale, et ce quel que fût le volume des travaux qu'il aurait effectivement réalisés, sans qu'il n'en résultât aucune contrepartie réelle pour le maître de l'ouvrage, qui, s'il pouvait mettre fin au contrat, serait néanmoins tenu de régler au maître d'œuvre des honoraires identiques à ceux dont il aurait été redevable si le contrat s'était poursuivi jusqu'à son terme (...)* »).

Enfin, et pour mettre les choses en perspective, force est de constater que la clause litigieuse aurait pu relever, sous l'empire du droit positif, de l'article R.212-1 du Code de la consommation issu du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, visant 12 clauses « noires » interdites (cf. cas n°5 : est interdite la clause qui « *contraint le consommateur à exécuter ses obligations alors que le professionnel n'exécute pas les siennes* »), aux côtés des 10 clauses « grises » présumées abusives en application de l'article R.212-1 du même code).

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 17 octobre 2019, n°18-18.469 ; v. aussi, Cass. com., 4 juillet 2019, n°18-10.077, LDR 10 septembre 2019 ; décret n°2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Référencement d'un réseau concurrent de pharmacies et Pratiques commerciales trompeuses
CA Versailles, 14^{ème} ch., 7 novembre 2019, *Pharmarket / Elsie groupe, Pharmacie Chabrol, et autres*

Ce qu'il faut retenir :

La cour d'appel de Versailles a confirmé l'ordonnance de référé condamnant la société Pharmarket en raison de pratiques commerciales trompeuses. En référençant des pharmacies concurrentes dans son annuaire, Pharmarket a créé une confusion dans l'esprit du consommateur qui pouvait penser que toutes les pharmacies référencées appartenaient au réseau Pharmarket.

Pour approfondir :

La société Pharmarket édite le site internet www.pharmarket.com, qui se présente comme le premier réseau de pharmacies et de parapharmacies en ligne. Ce site – qui référence, dans son « annuaire des pharmacies françaises », près de 22 000 officines – permet aux internautes de commander des produits directement auprès d'officines partenaires.

La société Elsie Groupe et les pharmacies de son réseau ont constaté apparaître dans l'annuaire du site de Pharmarket alors qu'elles n'y ont jamais consenti. Elles ont alors notamment reproché à Pharmarket d'entretenir à travers cet annuaire une confusion dans l'esprit du consommateur qui pourrait penser que toutes les officines référencées appartiennent au réseau Pharmarket.

Après avoir mis en demeure la société Pharmarket de cesser de les référencer sur son site www.pharmarket.com, la société Elsie Groupe et les

pharmacies de son réseau concernées l'ont assignée en référé afin d'obtenir leur déréféré.

Les pratiques de Pharmarket ont été considérées comme caractérisant un trouble manifestement illicite par le juge des référés. Elle a alors été condamnée par le président du tribunal de commerce de Nanterre, sous astreinte de 250 euros par jour de retard, à retirer de son site internet toute référence ou mention à la société Elsie Groupe et aux pharmacies de de son réseau.

Pharmarket a alors interjeté appel de l'ordonnance de référé estimant que le trouble manifestement illicite et les pratiques prétendument déloyales qui lui ont été reprochés n'étaient pas établis.

Elle a alors notamment soutenu devant la cour d'appel de Versailles que son site internet et plus particulièrement son annuaire n'étaient pas susceptibles d'induire le consommateur en erreur dans la mesure où celui-ci est systématiquement informé et mis en mesure d'effectuer la distinction entre les pharmacies partenaires de Pharmarket et celles qui ne le sont pas.

Suivant constat d'huissier, la cour a retenu que le site internet de Pharmarket présentait l'annuaire comme celui « des pharmacies Pharmarket ». Dès lors, il n'était pas contestable pour la cour que le consommateur est trompé quant à l'appartenance au réseau Pharmarket de toutes les pharmacies figurant dans son annuaire et qu'il est incité à poursuivre sa recherche pour procéder à un achat en ligne puisqu'il peut penser que toutes les officines figurant dans l'annuaire offrent le service de vente en ligne.

De plus, toujours selon constat d'huissier, la cour a relevé qu'une recherche sur le moteur Google à partir de mots clés se rapportant à l'enseigne d'une des pharmacies du réseau Elsie Santé donnait pour premier résultat l'annuaire du site « Pharmarket ».

Lorsqu'un consommateur clique sur ce lien, il a accès au catalogue des produits vendus. Ce n'est qu'en fin de recherche qu'il est informé que la vente en ligne n'est pas disponible pour ladite pharmacie via le message d'alerte suivant : « *La Pharmacie est présente dans notre annuaire des pharmacies françaises mais n'est pas partenaire de Pharmarket. Il n'est donc pas possible de passer commande en ligne auprès de cette pharmacie. Tous les produits affichés dans le catalogue*

de produits Pharmarket sont proposés et vendus par d'autres pharmacies françaises partenaires ».

La cour d'appel de Versailles en a alors déduit que grâce à son annuaire incluant des pharmacies concurrentes à celles de son réseau, Pharmarket capte les recherches des internautes vers son site internet puisque la présentation qui en est faite (y compris via l'utilisation de logos et icônes) laissent à penser que la pharmacie recherchée par l'internaute appartient au réseau de vente en ligne Pharmarket.

En outre, même si le consommateur est finalement informé en fin de recherche, la cour d'appel a considéré qu'en référant sur son annuaire des pharmacies concurrentes, Pharmarket « *a favorisé le renvoi des consommateurs vers son propre site marchand à partir des moteurs de recherche, les trompant par les premières mentions figurant sur son site sur l'appartenance desdites officines à son propre réseau pour ensuite les inciter à s'orienter vers des pharmacies partenaires grâce notamment aux annonces publicitaires de produits et aux liens vers son catalogue de vente en ligne qui figurent sur les pages de son annuaire ».*

En application des articles L.121-1 et L.121-2 du Code de la consommation, ces procédés constituent des pratiques commerciales trompeuses et déloyales dès lors que Pharmarket « *crée une confusion entre son réseau de pharmacies en ligne et celui du groupe Elsie et induit ainsi en erreur le consommateur moyen tout en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, en l'incitant à finalement procéder à son achat auprès de ses pharmacies partenaires dont elle présente les produits ».*

En conséquence, la cour d'appel a confirmé l'ordonnance de référé en raison de l'existence d'un trouble manifestement illicite caractérisé.

A rapprocher : Articles L.121-1 et L.121-2 du Code de la consommation

Comment prospecter légalement par courrier ou téléphone ?

Communication de la CNIL du 6 décembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le 6 décembre dernier, la CNIL a publié un rappel des règles à suivre pour les entreprises ayant recours à la prospection par courrier (postal) ou encore par appels téléphoniques.

Pour approfondir :

Sans doute pour faire suite à l'amende de 500.000 euros prononcée le 21 novembre dernier à l'encontre d'une entreprise se livrant à du démarchage téléphonique illégal, la CNIL a publié le 6 décembre un récapitulatif des règles applicables en la matière (hors automates d'appel et SMS), ainsi que pour la prospection par courrier postal.

Si ces deux canaux de prospection diffèrent de la prospection par voie électronique, certaines règles sont communes, notamment eu égard aux règles issues du RGPD et de la Loi Informatique et Libertés récemment réformée.

Prospection par l'organisation initiale

Les personnes destinataires de la prospection devront impérativement avoir été informées, au moment de la collecte de leurs coordonnées postales et/ou de leur numéro de téléphone, de l'utilisation de ces coordonnées à des fins de prospection par la société avec laquelle elles sont en relation.

Elles devront également avoir été mises en mesure de refuser cette prospection, par un moyen simple (case à cocher indiquant le refus de la prospection).

Prospection par des tiers

1) Obligation d'information

Dans l'hypothèse où la prospection n'a pas lieu avec la société initialement en relation avec le destinataire de la prospection, mais par des tiers (souvent identifiés comme des « partenaires » dans les formulaires de collecte des données), y compris si les coordonnées sont accessibles au public (ex : sur les réseaux sociaux), les règles suivantes s'appliquent :

Lorsque les données ne sont pas recueillies directement auprès de la personne (par exemple : données récupérées auprès de partenaires commerciaux, de data brokers, de sources accessibles au public ou d'autres personnes), une information complète doit être faite par l'organisation ayant récupéré les données, au plus tard lors du premier contact avec la personne concernée.

Cette information est relativement dense dans la mesure où elle doit notamment comprendre :

- l'identité de l'organisation les utilisant,
- la finalité de cette utilisation,
- la manière dont le destinataire de la prospection peut exercer ses droits,
- la source depuis laquelle ses données ont été collectées.

2) Modalités de transmission des données par l'organisation initiale

La CNIL rappelle que lorsqu'une organisation détient des coordonnées et souhaite les mettre à la disposition d'autres organisations pour leur permettre de réaliser de la prospection par voie postale ou par téléphone, l'organisation initiale doit, au préalable :

- informer les personnes concernées de cette transmission, de sa finalité et, au moins, des catégories de partenaires destinataires des données ;
- permettre à ces personnes de s'opposer facilement et gratuitement à une telle transmission, par exemple par une case à cocher, prévoyant l'opposition à la prospection par les partenaires de l'organisation initiale.

Le destinataire de la prospection doit aisément pouvoir exercer ses droits, notamment son droit d'opposition à de nouvelles sollicitations, lequel doit bien entendu être formellement respecté. L'organisation auprès de laquelle le droit d'opposition a été exercé est par ailleurs tenue d'informer sans délai de cette opposition toute autre organisation qu'elle a rendue destinataire des données personnelles concernées.

A rapprocher : Communication de la CNIL du 6 décembre 2019

Pratiques illégales de démarchage téléphonique : la CNIL prononce une sanction de 500 000 euros à l'encontre d'une société
Délibération n°SAN-2019-010 du 21 novembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

La CNIL prononce une sanction s'élevant à 2,5 % du chiffre d'affaires annuel de la société en cause après avoir constaté la réalisation d'opérations illégales de démarchage téléphonique. L'autorité de contrôle met en exergue la pluralité, la persistance et la gravité des manquements constatés, et souligne la coopération lacunaire de la société.

Pour approfondir :

Par une délibération en date du 21 novembre 2019, la formation restreinte de la CNIL a prononcé une amende administrative d'un montant de 500 000 euros à l'encontre de la société Futura Internationale, montant s'élevant à près de 2,5 % de son chiffre d'affaires annuel.

Spécialisée dans l'isolation thermique des domiciles de particuliers, Futura Internationale met en œuvre dans le cadre de ses activités des opérations de prospection téléphonique par le biais d'opérateurs principalement situés en dehors de l'Union Européenne.

Au titre des manquements soulevés, l'autorité de contrôle a découvert la présence de commentaires excessifs, injurieux et/ou relatifs à l'état de santé des personnes concernées au sein du logiciel de gestion des clients de la société. Force est de constater dans ce contexte la nécessité d'implémenter des procédures automatisées destinées à contrôler les zones de saisie libre et à empêcher le traitement de toute information excessive, non adéquates et non pertinente.

La CNIL constate également un manquement à l'obligation d'information des personnes et plus précisément à l'article 13 du Règlement Européen sur la Protection des Données (ci-après « RGPD »). En effet, les clients et prospects n'étaient pas avertis de l'enregistrement de leur conversation téléphonique et des traitements de données personnelles opérés.

Dans ce cadre, la CNIL rappelle qu'une « *information, même sommaire, doit lui être communiquée par l'intermédiaire du service vocal ou du téléopérateur, en lui offrant la possibilité d'obtenir communication d'une information complète soit grâce à l'activation d'une*

touche sur son clavier téléphonique, soit par l'envoi d'un courriel ».

Outre le défaut d'information des personnes concernées, il a été relevé une absence d'effectivité de leur droit d'opposition. Conformément à l'article 21 du RGPD, les personnes concernées disposent du droit de s'opposer à tout moment au traitement des données à caractère personnel les concernant à des fins de prospection et y compris au profilage lorsque celui-ci est lié à une opération de prospection.

En l'espèce, la société ne garantissait pas l'effectivité des oppositions exprimées par les personnes contactées qui se voyaient faire l'objet de démarchages par d'autres centres d'appels, sous-traitants de Futura Internationale, et non avertis desdites oppositions. La CNIL estime dans ce contexte que « *seul un mécanisme automatisé présente un caractère suffisamment efficace pour garantir que l'opposition exprimée par les personnes concernées soit respectée* ».

Aux termes de sa sanction, la CNIL met en exergue l'existence de transferts de données en dehors du territoire européen et non encadrés par un instrument contractuel répondant aux exigences de l'article 44 du RGPD. En effet, les clauses contractuelles mises en place prévoyait l'application du droit de l'état importateur (Côte d'Ivoire, Maroc, Tunisie) alors qu'il est exigé par la Commission Européenne que les clauses soient soumises au droit de l'Etat membre exportateur.

Aussi, une forte vigilance doit être observée dans l'encadrement des flux transfrontières et dans l'utilisation des clauses contractuelles types dont le respect partiel ne s'avère pas efficient.

Enfin, au titre des manquements constatés, l'autorité de contrôle pointe une nouvelle fois un défaut de coopération caractérisée de l'entité concernée. La CNIL relève un comportement réticent de la société à prendre en considération la réglementation relative à la protection des données et un manque d'application à remédier aux manquements soulevés.

Les responsables de traitement sont en effet invités à répondre avec diligence aux demandes de la CNIL et à rendre compte du respect du RGPD.

Pour justifier le montant de cette sanction, la CNIL rappelle que la plupart des manquements portent sur des obligations issues de la loi Informatique et Libertés, et non sur des obligations nouvelles.

En outre, la gravité des manquements et le plafond offert par le RGPD, à hauteur de 20 millions d'euros, sont soulignés par la CNIL.

En publiant cette sanction, la CNIL invite ainsi l'ensemble des responsables de traitements à la plus forte vigilance concernant les droits des personnes concernées, à l'encadrement des pratiques de démarchage téléphonique et plus largement de prospection commerciale, ainsi qu'à l'encadrement des flux transfrontières de données. L'autorité de contrôle rappelle également le caractère impératif et indispensable de l'obligation de coopération des responsables de traitement.

A rapprocher : Délibération de la formation restreinte n°SAN-2019-010 du 21 novembre 2019 concernant la société FUTURA INTERNATIONALE, Légifrance ; FUTURA INTERNATIONALE : sanction de 500 000 euros pour démarchage téléphonique illégal, CNIL – 26 novembre 2019

INTERNATIONAL

Réparation du préjudice causé à la victime indirecte d'une entente

CJUE, 12 décembre 2019, aff. C-435/18, *Otis GmbH et a. c/ Land Oberösterreich*

Ce qu'il faut retenir :

La CJUE retient que tant la garantie de la pleine efficacité et de l'effet utile de l'article 101 TFUE que la protection efficace contre les conséquences préjudiciables d'une violation du droit de la concurrence seraient gravement compromises si la possibilité de demander réparation du préjudice causé par une entente était limitée aux fournisseurs et aux acheteurs du marché concerné par l'entente.

En conséquence, la jurisprudence de la CJUE considère que l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'un prêteur ayant accordé des prêts incitatifs aux acheteurs de produits, objets d'une entente, peut réclamer réparation du préjudice que cette entente lui a indirectement mais nécessairement causé.

Pour approfondir :

Le requérant, un prêteur étatique (Land Oberösterreich), avait initié une action en réparation à l'encontre de plusieurs sociétés intervenant sur le marché de l'installation et de l'entretien d'ascenseurs et d'escaliers roulants, dont la participation à des comportements anticoncurrentiels caractéristiques d'une entente avait été établie.

Ce requérant étatique, qui n'avait pas subi de dommage en tant qu'acheteur des produits concernés par l'entente (ascenseurs, escaliers roulants, etc.), faisait néanmoins valoir que l'entente lui avait causé un véritable préjudice, compte tenu de l'augmentation des coûts de construction l'ayant conduit à accorder des subventions d'un montant plus élevé qu'il ne l'aurait été en l'absence d'entente.

Les instances nationales autrichiennes saisies de la question divergeaient sur le point de savoir si le droit national donnait effectivement la possibilité d'accorder des dommages et intérêts aux victimes indirectes ; il est vrai que la limitation prévue par le droit autrichien semblait avoir pour effet d'exclure la réparation du préjudice allégué par le requérant, faute pour lui d'avoir la qualité de fournisseur ou d'acheteur.

C'est dans ces conditions que la Cour suprême autrichienne avait décidé de surseoir à statuer et de poser à la CJUE la question préjudicielle rédigée comme suit (Arrêt commenté, §. 19) :

« Faut-il interpréter les articles 85 du traité CEE, 81 CE et 101 TFUE en ce sens que, pour préserver la pleine effectivité de ces dispositions et l'effectivité pratique de l'interdiction qui en découle, les membres de l'entente doivent pouvoir aussi faire l'objet d'une action en responsabilité introduite par des personnes n'opérant pas comme fournisseur ni comme acheteur sur le marché matériellement et géographiquement pertinent concerné par une entente, mais qui accordent des subventions dans un cadre légal sous la forme de prêts bonifiés à des acheteurs de produits offerts sur le marché concerné par l'entente et dont le préjudice consiste en ce que la somme prêtée a été plus élevée, à concurrence d'un pourcentage des coûts du produit, que celle qu'elle aurait été en l'absence d'accord collusif, dès lors qu'elles n'ont pas pu placer ces montants avec bénéfice ? »

La CJUE considère que l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens que les personnes n'opérant pas comme fournisseur ou comme acheteur sur le marché concerné par une entente, mais qui ont accordé des subventions, sous la forme de prêts incitatifs, à des acheteurs de produits offerts sur ce marché, peuvent demander la condamnation des entreprises ayant participé à cette entente à la réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait que, le montant de ces subventions ayant été plus élevé qu'il ne l'aurait été en l'absence de ladite entente, ces personnes n'ont pas pu utiliser ce différentiel à d'autres fins plus lucratives [Arrêt commenté, Point 35].

Concrètement, il appartient donc à la juridiction de renvoi de déterminer si, en l'occurrence, le Land Oberösterreich a subi concrètement un tel préjudice, en vérifiant, notamment, si cette autorité disposait ou non de la possibilité d'effectuer des placements plus lucratifs, et, dans l'affirmative, si cette autorité apporte les preuves nécessaires de l'existence d'un lien de causalité entre ce préjudice et l'entente en cause.

Cette solution est pleinement justifiée selon nous ; la qualité de la motivation de cette décision éclaire sur son bien-fondé et augure de l'importance de la portée que l'avenir lui réserve désormais. En effet, il ressort de sa motivation que tout préjudice ayant un lien de causalité avec une infraction à l'article 101 TFUE doit être susceptible de donner lieu à réparation afin d'assurer l'application effective de l'article 101 TFUE et de préserver l'effet utile de cette disposition car, ainsi que le souligne l'arrêt commenté :

- La pleine efficacité de l'article 101 TFUE et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (arrêts du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, point 26, ainsi que du 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions e.a., C-724/17, EU:C:2019:204, point 25 ainsi que jurisprudence citée). Ainsi, toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique interdite par l'article 101 TFUE (arrêts du 13 juillet 2006, Manfredi e.a., C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 61, ainsi que du 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions e.a., C-724/17,

EU:C:2019:204, point 26 et jurisprudence citée). Le droit de toute personne de demander réparation d'un tel dommage renforce, en effet, le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et il est de nature à décourager les accords ou pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, en contribuant ainsi au maintien d'une concurrence effective dans l'Union européenne (arrêt du 5 juin 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, point 23 ainsi que jurisprudence citée) ; ce faisant, les règles nationales portant sur les modalités d'exercice du droit de demander réparation du préjudice résultant d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 101 TFUE ne doivent pas porter atteinte à l'application effective de cette disposition (voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, point 26 ainsi que jurisprudence citée) [Arrêt commenté, Points 22 à 25] ;

- Partant, le droit des États membres doit, en particulier, tenir compte de l'objectif poursuivi par l'article 101 TFUE, visant à garantir le maintien d'une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur et, ainsi, des prix fixés en fonction du jeu de la libre concurrence. C'est pour assurer cette effectivité du droit de l'Union que la Cour a jugé que les règles nationales doivent reconnaître à toute personne le droit de demander réparation du préjudice subi (voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2014, Kone e.a., C-557/12, EU:C:2014:1317, point 32 ainsi que jurisprudence citée) [Arrêt commenté, Point 26] ;
- Il importe encore de souligner que tant la garantie de la pleine efficacité et de l'effet utile de l'article 101 TFUE que la protection efficace contre les conséquences préjudiciables d'une violation du droit de la concurrence seraient gravement compromises si la possibilité de demander réparation du préjudice causé par une entente était limitée aux fournisseurs et aux acheteurs du marché concerné par l'entente. En effet, cela priverait d'emblée et de manière systématique des victimes potentielles de la possibilité de demander réparation [Arrêt commenté, Point 27].

A rapprocher : Arrêts du 20 septembre 2001, Courage et Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465, point 26, ainsi que du 14 mars 2019, Skanska Industrial Solutions e.a., C-724/17, EU:C:2019:204, point 25.

Chine : Règlement concernant l'application de la loi relative aux Investissements Directs Etrangers
Règlement adopté le 12 décembre 2019 lors d'une réunion exécutive du Conseil des Affaires d'Etat

Ce qu'il faut retenir :

Le règlement concernant l'application de la loi relative aux Investissements Directs Etrangers (« IDE ») (外商投资法实施条例) (le « Règlement ») a été adopté lors d'une réunion exécutive du Conseil des Affaires d'Etat (gouvernement chinois) en date du 12 décembre 2019, présidée par le Premier ministre Li Keqiang.

Contenant des mesures détaillées sur la protection de l'investissement étranger, le Règlement entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020, en même temps que la loi relative aux Investissements Directs Etrangers.

Pour mémoire :

La 2^{ème} session de la 13^{ème} Assemblée populaire national en date du 15 mars 2019 a approuvé la loi relative aux Investissements Directs Etrangers (中华人民共和国外商投资法) (la « Loi ») dans l'objectif (i) d'assouplir les règles encadrant les investissements directs étrangers en Chine ; (ii) de traiter de manière « quasi égale » les IDE en Chine avec les acteurs locaux.

La Loi entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 et constituera un cadre uniformisé pour les IDE en Chine pour favoriser davantage les droits des investisseurs étrangers en Chine.

Pour approfondir :

Le cadre juridique majeur établi par la Loi devait être étoffé avec des règles fonctionnelles détaillées afin d'assurer sa mise en œuvre et celle de la Loi.

Le Règlement précise des mesures sur la facilitation et la protection des investissements étrangers, afin de mieux répondre aux préoccupations des investisseurs étrangers et de promouvoir l'ouverture à un niveau plus élevé.

Il requiert un traitement équitable des entreprises chinoises et étrangères en matière de financement gouvernemental, d'offre de terrains et de réduction d'impôts et de frais.

Selon le Règlement, les entreprises étrangères ont un droit égal de participation à l'élaboration et à la révision

des normes locales, industrielles et nationales, conformément à la Loi. Elles peuvent faire des recommandations concernant les normes et assumer des tâches telles que l'établissement des normes.

Le Règlement s'engage à renforcer la protection des investissements étrangers et stipule clairement que les investissements étrangers ne seront pas réquisitionnés par l'Etat chinois. Dans les cas spéciaux où la réquisition est nécessaire pour l'intérêt public, les procédures et dispositions juridiques doivent être respectées, et la compensation doit être calculée en fonction de la valeur du marché.

Il est également interdit de forcer, que ce soit par l'autorisation ou la sanction administrative ou sous des formes déguisées, les entreprises et investisseurs étrangers à transférer des technologies, indique le Règlement.

Le Règlement vise à renforcer davantage l'environnement commercial axé sur le marché gouverné par un cadre juridique solide et à rassurer les entreprises et investisseurs étrangers concernant la compétition équitable.

Cette initiative vise à permettre de créer un environnement commercial prévisible et transparent pour les investisseurs mondiaux et de protéger leurs intérêts et leurs droits, tout en leur assurant un traitement national et des conditions de marché équitables.

A rapprocher : Règlement sur l'application de la loi relative aux Investissements Directs Etrangers

Europe - Afrique - Asie
Flash actualités

L'UE - Bordereau de Détaxe - extension du délai d'émission : Le dispositif fiscal de la détaxe, prévu à l'article 147 de la directive communautaire 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 et transposé à l'article 262 du Code général des impôts, permet à un voyageur résidant dans un pays tiers à l'Union Européenne d'obtenir le remboursement partiel ou total de la TVA sur ses achats réalisés lors de son séjour sur le territoire communautaire.

L'obtention du remboursement est conditionnée par la production d'un BVE (bordereau de vente à l'exportation) présenté par le voyageur pour validation à la borne ou auprès d'un agent des douanes afin d'attester de la sortie effective du territoire de l'UE de la marchandise.

A partir du **1^{er} janvier 2020**, date d'entrée en vigueur de l'**Arrêté du 10 octobre 2019 relatif à l'extension du délai d'émission du bordereau de vente à l'exportation (« Arrêté »)**, le délai d'émission du BVE par le vendeur pourra s'effectuer jusqu'à 3 jours calendaires après la date du premier achat par le touriste.

SUISSE - La liste des paradis fiscaux : La Suisse ne fait plus partie, depuis le 10 octobre 2019, de la liste « grise » des paradis fiscaux établie par l'UE (communiqué de l'UE : « **L'UE raye la Suisse de sa liste de surveillance** »).

La Suisse faisait partie de cette liste qui regroupe tous les mauvais élèves en matière fiscale ayant pris des engagements non encore concrétisés, depuis le début de son établissement par l'UE le 5 décembre 2017. La Suisse a adopté une réforme fiscale en octobre 2018, applicable à partir du 1^{er} janvier 2020.

Outre la Suisse, quatre pays ont également quitté cette liste grise : l'Albanie, le Costa Rica, l'Île Maurice et la Serbie. Les Emirats Arabes Unis et les îles Marshall ont pour leur part quitté la liste noire des paradis fiscaux, qui regroupe les pays ou territoires considérés comme « non coopératifs », c'est-à-dire n'ayant pas pris d'engagement de bonne conduite en matière fiscale.

Figurant sur la liste noire de l'UE : les Samoa américaines, le Belize, les Fidji, Guam, Oman, le Samoa, Trinité-et-Tobago, les Îles Vierges américaines et le Vanuatu.

L'UE - Autoliquidation TVA – Nouvelles conditions à partir du 1^{er} janvier 2020 : L'article 193, II, 9^o de la loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, modifiée à la marge, à compter du 1^{er} janvier 2020, les conditions pour bénéficier de l'autoliquidation de la TVA due à l'importation, lesquelles ont été assouplies sur le nombre d'opérations.

Seules les entreprises qui ont au moins 12 mois d'existence (sans volume d'activité minimum) pourront bénéficier de cet avantage.

Les entreprises ayant moins d'un an d'existence devront justifier de la réalisation de 4 importations au moment de leur demande.

SINGAPOUR - L'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour : Cet accord signé à Bruxelles le 19 octobre 2018 est entré en vigueur le 21 novembre 2019 (**publication au JOUE L294 du 14 novembre 2019**). Cet accord prévoit l'élimination des droits de douane ainsi que la liste tarifaire import dans l'UE et la liste tarifaire import à Singapour.

AFRIQUE DU SUD – Zone économique spéciale relative aux composants automobiles : le 12 novembre 2019, le Président sud-africain Cyril Ramaphosa a officiellement donné le coup d'envoi de la construction de la Zone économique spéciale automobile de Tshwane (ZES).

Ce projet de développement de 3,5 milliards de rands (environ 216 M€), financé par le gouvernement sud-africain, sera situé à côté de l'usine de la Ford Motor Company of Southern Africa (FMCSA), à Silverton. Elle fera office de parc industriel d'équipementiers automobiles. La ZES, partenariat public-privé, a vocation à soutenir l'ambition de FMCSA de devenir la plus grande usine de camionnettes Ford Ranger du monde. La ZES est ouverte à tous les fournisseurs de composants, et pas seulement à ceux qui fournissent des composants à Ford.

COTE D'IVOIRE ET KENYA - « étoiles montantes » du commerce mondial : Premier dans l'indice du commerce de Standard Chartered publié en date du 23 septembre 2019, la Côte d'Ivoire apparaît comme le pays au plus fort potentiel de croissance commerciale future au monde. Le Kenya arrive 3^{ème} du **Trade20 Index**, derrière l'Inde et devant la Chine. Le potentiel de croissance du commerce dans chacune de ces économies a été déterminé sur la base de trois critères :

- le dynamisme économique ;
- la disposition des assises solides pour soutenir la croissance commerciale future ;
- la diversification des exportations.

De plus, l'entrée en vigueur de l'accord de zone de libre-échange pourrait davantage booster les performances commerciales des pays les mieux préparés, dont la Côte d'Ivoire et le Kenya.

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

ÉVÉNEMENTS

Réseaux de distribution : comment se développer en s'adaptant aux changements et en les anticipant ?
Aspects juridiques, opérationnels et stratégiques

Matinale organisée par SIMON ASSOCIÉS et FRANCHISE MANAGEMENT

30 janvier 2020 (à Lyon) & 31 janvier 2020 (à Paris)

[En savoir plus et s'inscrire](#)

IPEM

Participation de SIMON ASSOCIÉS au Salon professionnel annuel
28-30 janvier 2020 – Cannes | Palais des Festivals

[En savoir plus](#)

Actualités des baux commerciaux

Matinale organisée par SIMON ASSOCIÉS
4 février 2020 à Paris

[En savoir plus et s'inscrire](#)

Convention Des Réseaux Commerciaux

Palais Brongniart
18 juin 2020

[En savoir plus](#)

FORMATION

DU Droit et Grande Distribution

*Une formation conçue pour les professionnels du droit de la grande distribution
et soutenue par les acteurs majeurs du secteur*

Inscriptions jusqu'au 9 janvier 2020 – Formation de janvier à juin 2020

[En savoir plus et s'inscrire](#)

■ Paris - Nantes - Montpellier - Perpignan ■ Aix-en-Provence - Bordeaux - Caen - Clermont-Ferrand - Le Havre - Lyon - Marseille - Metz - Rouen - Saint-Denis (La Réunion)
Saint-Etienne ■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Bangladesh - Belgique - Birmanie - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun
Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras
Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Kazakhstan - Koweït - Luxembourg - Madagascar - Malte - Maroc - Mexique
Nicaragua - Oman - Panama - Paraguay - Pérou - Portugal - Qatar - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay
Venezuela - Vietnam ■