

Bastien Masson

Avocat associé

Spécialiste en droit de la propriété
intellectuelle**Cabinet FIDAL**1, rue Claude Bloch - BP 15093
14078 Caen Cedex 05

Tél : 02 31 46 31 24

Fax : 02 31 46 31 32

LETTRE D'INFORMATION

DISTRIBUTION - CONCURRENCE**N° 54 – Mai 2011**

DOSSIER

Le recours à l'appel d'offres ne justifie pas toujours une rupture brutale de relations

*Cour d'appel de Versailles, 10 mars 2011, RG n°09/09875**Cour d'appel de Paris, 24 mars 2011, RG n°07/07337*

Les décisions rendues en matière de rupture de relations commerciales relèvent que la brutalité ne peut être invoquée lorsque la relation n'est pas stable et donc « établie » au sens de l'article L. 441-6, I, 5°. Il peut s'agir d'une relation correspondant à une opération unique parfaitement circonscrite (exemple de la réalisation d'une commande audiovisuelle : Cass. 18 mai 2010) ou d'une relation susceptible d'être remise en cause à tout moment ou à échéance prédéterminée.

Un argument de précarité largement reconnu par la jurisprudence, et donc de plus en plus utilisé par les entreprises comme le montrent de récentes décisions, est le recours périodique à l'appel d'offres qui rend incertain le maintien ou le renouvellement de la relation en les subordonnant à la condition de l'absence de « mieux disant ».

Encore faut-il que l'éventualité de l'appel d'offres et de la fin corrélative de la relation ait été clairement convenue.

Cette exigence est illustrée par la décision de la Cour d'appel de Versailles qui estime justifiée la fin d'une relation du fait d'un appel d'offres auquel la société victime de la rupture n'avait pas été invitée à concourir. Les juges relèvent d'une part que cette société qui avait été retenue à l'occasion d'un appel d'offres antérieur savait qu'au terme du contrat qui en était résulté, un nouvel appel d'offres serait opéré, d'autre part que l'auteur de l'appel d'offres n'avait aucune obligation d'y faire participer la société avec laquelle il était jusque là en relation.

L'exigence est également illustrée par la décision de la Cour d'appel de Paris qui estime brutale la fin de la relation provoquée par le rejet de l'offre émise par la société, victime de cette rupture, à l'occasion d'un appel d'offres. Les juges relèvent que cette société avait bien été invitée à concourir à l'appel d'offres mais estiment que les termes de l'appel d'offres n'excluaient pas la possibilité d'une poursuite de la relation avec elle, même dans l'hypothèse où un autre candidat serait retenu. En conséquence elle aurait dû, en raison de cette ambiguïté, bénéficier d'un préavis courant à compter de la notification du rejet de son offre.

Les stipulations aménageant les modalités d'appel d'offres doivent donc être très claires sur l'éventualité d'une remise en cause de la relation du fait de cet appel d'offres ou de son issue.



EN BREF

Charge de la preuve de l'obligation de conseil de l'intermédiaire financier

Cour de cassation, chambre commerciale, 22 mars 2011, pourvoi n°10-13.727

Un particulier reprochait à la société de bourse avec laquelle il avait conclu une convention ayant pour objet la transmission d'ordres de bourse ainsi qu'un contrat de conseil en investissement d'avoir manqué à son obligation d'information et de mise en garde. La Cour de cassation conforte son action en précisant que « *c'est à celui qui est contractuellement tenu d'une obligation particulière de conseil de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ».

Critères de sélection en matière de distribution automobile sélective quantitative

Cour de cassation, chambre commerciale, 29 mars 2011, pourvoi n° 10-12.734

« *Dans le silence du règlement CE n° 1400/2002 et en présence d'interprétations divergentes* », la Cour de cassation demande à la CJUE ce qu'il « *faut entendre par les termes de « critères définis » figurant à l'article 1^{er}, point 1, f) du règlement s'agissant d'une distribution sélective quantitative* ».

ACTUALITES

Possibilité pour le juge des référés d'allouer une provision en application d'une clause pénale quand la dette n'est pas sérieusement contestable

Cour d'appel de Paris, 18 mars 2011, RG n° 10/12635

Un concédant dont l'ancien concessionnaire continuait à utiliser les signes distinctifs postérieurement à l'extinction du contrat de concession demandait en référé l'application de la clause pénale destinée à sanctionner une telle utilisation.

Désapprouvant le rejet de sa demande par le juge des référés, les juges d'appel estiment que « *le pouvoir des juges du fond de modifier les indemnités conventionnelles n'exclut pas celui du juge des référés d'allouer une provision quand la dette n'est pas sérieusement contestable* ».

Infraction continue et prescription concurrentielle

Cour de cassation, chambre commerciale, 15 mars 2011, pourvoi n° 09-17.055

Des fabricants qui s'étaient concertés à l'occasion de plusieurs réunions annuelles de leur syndicat professionnel de 1995 à 2004 avaient été condamnés par le Conseil de la concurrence pour entente sur les prix. Devant la cour d'appel, ils invoquaient le bénéfice de la prescription de l'article L. 462-7 du Code de commerce en soutenant que les faits qui leur étaient reprochés devaient s'analyser comme des infractions instantanées.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir, pour confirmer la décision du Conseil, relevé « *qu'une pratique anticoncurrentielle revêt un caractère instantané lorsqu'elle est réalisée en un trait de temps, dès la commission des faits qui la constituent et qu'elle revêt au contraire un caractère continu lorsque l'état délictueux se prolonge dans le temps par la répétition constante ou par la persistance de la volonté anticoncurrentielle après l'acte initial sans qu'un acte matériel ait nécessairement à la renouveler dans le temps* », et « *exactement retenu* », s'agissant de « *concertations qui procédaient d'une volonté commune persistante des membres de l'organisation professionnelle de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* », que « *la prescription ne commençait à courir qu'à compter de la cessation de la pratique* ». La Cour de cassation approuve également la cour d'appel d'avoir retenu, aux fins de l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie, le marché français comme marché pertinent, au motif que ce n'est pas parce que des opérateurs étrangers approvisionnent le marché français que le marché de référence affecté par les pratiques est de dimension mondiale.

Précisions sur la procédure de sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles

Cour de cassation, chambre commerciale, 29 mars 2011, pourvois n° 10-12.913 et 10-13.686

La Cour de cassation rejette l'ensemble des moyens que soulevaient certains leaders mondiaux du secteur du travail temporaire condamnés pour entente par la Cour d'appel de Paris aux motifs que :

- Sur le déclassement de certains fichiers des messageries électroniques : le défaut d'accès des sociétés aux messageries pour y trouver éventuellement des preuves à décharge ne constitue « *pas une atteinte au principe d'égalité des armes* » dès lors qu'elles « *n'ont pas usé de la faculté, équivalente à celle qui est ouverte au rapporteur, [d'en] demander le déclassement en arguant de ce que ces documents étaient nécessaires à l'exercice de leurs droits* » (article R.463-15 C. Com).

EN BREF

Prêts à la consommation : redéfinition du mode de calcul de l'usure

Arrêtés du 22 mars 2011 (JO 23 p. 5199 et JO 23 p. 5201)

A compter du 1^{er} avril 2011, le taux effectif global d'un prêt à la consommation ne pourra pas dépasser un taux d'usure, qui dépendra du montant du prêt. Une période transitoire de 2 ans est prévue.

Décision de transaction en matière d'entente

Comm. UE, communiqué IP/11/473, 13 avril 2011

Pour la troisième fois en l'espace d'un an, la Commission européenne adopte en matière d'entente une décision de transaction réduisant une amende de 10%, et rappelle par ailleurs que des dommages et intérêts peuvent être accordés aux entreprises lésées sans que le montant soit réduit en raison de l'amende payée par l'entreprise.

Sur la procédure de non-contestation des griefs : dès lors que certaines sociétés « n'avaient pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'avaient ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique au regard du droit de la concurrence, ni leur imputabilité [...], seule la question de la participation des [autres destinataires des griefs] aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée [devant le Conseil de la concurrence] ».

- Sur le calcul du montant de la sanction : « seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte », et non les « difficultés du secteur concerné par la pratique ».
- Sur la réitération des pratiques : lorsque le Conseil de la concurrence constate que des pratiques constituent la réitération de pratiques antérieures (pratiques « identiques par leur nature et leur objet aux précédentes »), il « n'a pas à procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les pratiques précédemment sanctionnées avaient été mises en œuvre ».

État des QPC

Cour de cassation, chambre commerciale, 5 avril 2011, pourvoi n° 10-25.323
Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, décision n° 2011-120 QPC

La Cour de cassation refuse de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la constitutionnalité de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, au motif que cet article « énonce des conditions d'incrimination dénuées d'ambiguïté, claires et précises, lesquelles bénéficient d'une application jurisprudentielle élaborée sous l'empire de l'article 36, alinéa 5, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dont la disposition attaquée n'est que la transposition », que « l'application des critères qu'[il] fixe dépend des situations particulières de chaque cas d'espèce et n'est nullement livrée à l'arbitraire des juges du fond », et qu'il « ne fait que fixer une borne à la liberté de rompre une relation contractuelle, constituée par le préjudice causé à autrui par l'abus de cette liberté ».

Saisi d'une QPC portant sur la constitutionnalité de la combinaison de plusieurs dispositions législatives et de l'interprétation qui en avait été donnée par la Cour nationale du droit d'asile, le Conseil constitutionnel décide que, dans la mesure où « la jurisprudence dégagée n'a pas été soumise au Conseil d'État, elle ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées ».

Document d'information précontractuelle : informations trompeuses ou lacunaires

Cour d'appel de Paris, 19 janvier 2011, RG n° 09/13977

Cour de cassation, chambre commerciale, 15 mars 2011, pourvoi n° 10-11.871

Dans la première affaire, un franchisé dénonçait l'étude du marché local que son franchiseur s'était engagé à réaliser pour lui. La cour d'appel annule le contrat de franchise pour dol, relevant que « les prévisionnels n'étaient pas seulement « optimistes » mais véritablement irréalistes et dépourvus de toute plausibilité « économique » » et que le franchiseur « avait volontairement déformé la réalité du réseau existant en cachant les difficultés de certains franchisés de province ».

Dans la seconde affaire, le document d'information précontractuelle était silencieux quant au coût de la « maison-témoin » que les franchisés devaient construire dans les trois ans de la conclusion du contrat. La Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir conclu au non-respect de l'article L. 330-3 du Code de commerce, « faute [pour le franchiseur] d'attirer spécialement l'attention sur cette charge importante, qui est un élément essentiel dont les franchisés ne peuvent se dispenser durablement, tous les prévisionnels fournis sont nécessairement faussés et trompeurs sur les capacités financières à prévoir en début d'exploitation ».

Accords de coopération commerciale : services fictifs

Cour d'appel de Paris, 24 mars 2011, RG n° 10/02616

Cour d'appel de Nîmes, 10 mars 2011, RG n° 08/04995

Dans la première affaire, un fournisseur demandait la restitution par une entreprise de grande distribution des sommes versées au titre d'accords de coopération commerciale qu'il estimait dénués de cause. La cour d'appel accueille sa demande, relevant que les factures de coopération commerciale produites ne permettent pas d'identifier les services rendus avec précision, que la rémunération de ces derniers apparaît « *totalelement disproportionné[e]* » et que « *l'absence de production [des] contrats par [le distributeur] aboutit à sa défaillance à rapporter la preuve de l'effectivité des services rendus* ».

Dans la seconde affaire, l'action ayant été introduite par le Ministre de l'économie sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, la cour d'appel estime une telle action conforme à l'article 6§1 de la CEDH car il s'agit d'une « *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence, qui n'est pas soumise au consentement et à la présence des fournisseurs dans le procès* », ces derniers n'étant « *nullement privés de la faculté d'intervenir volontairement dans le procès* » et de développer leurs propres prétentions. Les juges relèvent que la facturation de prestations « tête de gondole » ou d'aménagement « stop rayon » qui n'étaient pas réalisés « *établit une pratique dite de « marge arrière », permettant [à l'enseigne] de percevoir de la part de ses fournisseurs un rabais occulte sur le prix d'achat en leur facturant des prestations fictives, dont le groupement d'achat qui les a négociées ne vérifie pas l'effectivité mais perçoit néanmoins le prix convenu, avant de le redistribuer à chaque magasin, sans aucun contrôle* ». L'amende infligée correspond au double des sommes indûment perçues, son montant n'ayant pas à être proportionné au trouble subi par les fournisseurs dès lors qu'elle sanctionne une atteinte à l'ordre public.

Retrouvez la lettre d'information Distribution - Concurrence sur notre site www.fidal.fr

FIDAL – société d'avocats
Société d'exercice libéral à forme
anonyme à directoire et conseil de
surveillance

Capital : 2 658 000 Euros
RCS 775726433 Nanterre
TVA Union Européenne
FR 28 775 726 433 – APE 6910 Z

Siège social : 12, bd du Général Leclerc
92200 Neuilly-sur-Seine France
Tél : 01 47 38 54 00 – www.fidal.fr
Barreau des Hauts-de-Seine

© FIDAL 2011

