

## LA DÉCISION DU MOIS

### Réservation de la vente en ligne à la tête d'un réseau de franchise : une modalité de distribution duale potentiellement constitutive d'une restriction par objet.

A la suite d'une enquête conduite par la brigade interrégionale d'enquêtes et de concurrence Grand Est, Bourgogne-Franche-Comté, dénonçant des pratiques d'interdiction et de restriction de vente sur internet, susceptibles de relever de l'article L. 420-1 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence s'est auto-saisie des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de chocolats d'une certaine marque, commercialisés dans le cadre d'un réseau de franchise. A l'issue de son instruction de l'affaire, l'Autorité a notifié deux griefs à la tête de réseau : le premier concerne la restriction de la vente en ligne des chocolats de la marque par les franchisés ; le second, la restriction des ventes à destination de la clientèle professionnelle.

Afin d'apprécier la réalité et la licéité des restrictions de concurrence dénoncées, il y a lieu d'établir, tout d'abord, si elles procèdent d'un accord de volontés entre le franchiseur et ses franchisés. En l'occurrence, conformément aux règles classiques applicables en matière d'ententes verticales, l'Autorité relève que l'accord de volontés établissant l'entente résulte de preuves directes - les contrats de franchise et les manuels opératoires communiqués par le franchiseur -, qui traduisent la sollicitation de ce dernier, et de l'acquiescement des franchisés aux clauses restrictives en cause par la signature de ces contrats.

S'agissant en particulier de l'interdiction de vente en ligne faite aux membres du réseau, elle résulte des dispositions expresses du contrat de franchise applicable entre 2006 et

2014, qui envisage des dérogations possibles sans expliciter les conditions de celles-ci, puis a survécu implicitement entre 2014 et juin 2019, au sein de l'extrait des règles déontologiques hors boutique contenues dans le manuel opératoire annexé au contrat de franchise. De fait, avant 2014, le contrat stipulait que « [l]e Franchiseur possède l'exclusivité de la vente de ses produits et services pour ce qui concerne : [...] la vente par [...] internet. Le Franchisé s'engage à respecter la clientèle réservée au Franchiseur dans les domaines précités, ce qui implique une absence totale d'activité, de prospection et de services, sauf accord préalable par écrit du Franchiseur qui peut autoriser une dérogation limitée dans l'espace et le temps ».

*L'Autorité de la concurrence a manqué sa première occasion de définir avec clarté le régime de la distribution duale au regard du nouveau règlement restrictions verticales.*

Dans les versions postérieures à 2014, la clause réservant explicitement au franchiseur l'exclusivité de la vente en ligne a été supprimée, mais l'interdiction se retrouve, de manière implicite dans d'autres dispositions, notamment le manuel opératoire, qui prévoit : « Rappel des circuits de distribution contractuellement réservés au franchiseur [...]. VPC / Internet » et que le site marchand autorisé à titre dérogatoire doit se limiter à zone d'exclusivité territoriale des franchisés « en interdisant toute sollicitation active auprès des clients situés en dehors de cette zone, et en imposant d'orienter des clients hors zone les sollicitant direc-

tement, vers un autre point de vente sous enseigne ». L'Autorité estime que la combinaison des stipulations du contrat de franchise et du manuel opératoire a conduit à segmenter artificiellement le marché concernant le canal de distribution en ligne, à la fois entre les franchisés, au niveau de leur zone d'exclusivité territoriale respective, et entre les franchisés et le franchiseur, limitant ainsi la concurrence dans la commercialisation des produits de la marque.

S'agissant du caractère nécessaire et proportionné de ces clauses, l'Autorité commence par admettre que le choix de la tête de réseau d'accorder à ses franchisés une exclusivité territoriale pour la commercialisation des produits contractuels en point de vente physique, et d'intervenir directement sur le marché de détail pour commercialiser ses produits par l'intermédiaire de ses succursales et de son site internet, relève du principe de libre organisation du réseau et n'est pas, en soi, contraire au droit de la concurrence. Cependant, une telle organisation n'implique pas nécessairement, selon elle, une restriction de la vente en ligne de produits par les franchisés. L'Autorité rejette également l'argument tiré de l'importance des investissements réalisés pour la création du site internet du franchiseur et du souci de maintenir l'image de marque du réseau : le réseau en cause n'est pas un réseau de distribution sélective, et la restriction des ventes n'est ni nécessaire ni proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, notamment au regard de l'absence de limitation de leur champ d'application dans le temps.

La réservation de la vente en ligne



au franchiseur a, de l'avis de l'Autorité, restreint la concurrence intra-marque. En s'appuyant sur sa double qualité de fournisseur et de concurrent des franchisés sur le marché de détail, le franchiseur a, selon elle, pu piloter, au travers de son système centralisé de vente en ligne, leurs débouchés commerciaux tout en conservant un avantage concurrentiel sur ces derniers. Une telle pratique constitue, par sa nocivité, une restriction de concurrence par objet au sens des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du Code de commerce.

Il est intéressant de constater que l'Autorité de la concurrence n'appréhende à aucun moment cette pratique au regard du régime de la distribution duale récemment réformé par le nouveau règlement restrictions verticales 2022/720 du 10 mai 2022. De fait, l'organisation en cause relève clairement de ce schéma, qui consiste, pour un fournisseur, à vendre ses produits ou services à la fois à des distributeurs et directement aux clients finals, en concurrence avec ses distributeurs. Son exemption par catégorie est fondée sur le fait qu'en l'absence de restrictions caractérisées, et pour

autant que l'acheteur ne soit pas en concurrence avec le fournisseur en amont, l'incidence négative potentielle de l'accord vertical sur la relation concurrentielle entre le fournisseur et l'acheteur en aval est moins importante que l'incidence positive potentielle de l'accord vertical sur la concurrence de manière générale en amont ou en aval. L'article 2, paragraphe 4, du nouveau règlement exempté toujours la distribution duale, mais sous la réserve, prévue au paragraphe 5, et développée par les lignes directrices de la Commission, qu'elle ne donne pas lieu à certains types d'échanges d'informations. Le silence de l'Autorité de la concurrence s'explique certainement par le fait que l'exemption ne vaut qu'en l'absence de restrictions caractérisées. Or, l'interdiction de la vente en ligne constitue bien une restriction caractérisée. L'Autorité écarte dès lors le bénéfice de l'exemption par catégorie, de même que celui de l'exemption individuelle, le franchiseur n'ayant ni démontré, ni même allégué, que la pratique en cause contribuerait à améliorer la production ou la distribution de ses produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique.

Le second grief concernait les règles relatives à la prospection commerciale des clients professionnels, qui se traduisaient par une répartition de ces clients entre les franchisés, et, par conséquent, par une limitation des ventes passives et actives des membres du réseau en dehors de leur zone de chalandise. L'Autorité les considère également constitutives d'une restriction de concurrence par objet.

Les deux griefs étant établis, le franchiseur se voit infliger, en l'absence de circonstances atténuantes et de preuve d'une affectation de ses capacités contributives qui ne lui soit pas imputable, une amende de 4 millions d'euro.

#### FRANCHISE

Autorité de la concurrence

6 février 2024

n° 24-D-02



## L'ACTUALITÉ

### Appréciation de la durée de préavis accordé : absence de prise en considération de tout événement postérieur à la notification de la rupture.

Depuis de longues années, la jurisprudence refuse catégoriquement de tenir compte du comportement des parties après la notification de la rupture pour déterminer le caractère raisonnable du préavis accordé.

Du côté du partenaire évincé, cette posture conduit le juge à faire abstraction de l'éventuelle rapidité de sa reconversion et par conséquent, à lui accorder une indemnisation même en l'absence de tout préjudice (V. not. Cass. com., 17 mai 2023, n° 21-24.809 ; Paris, 24 sept. 2020, n° 17/21056 ; 28 nov. 2018, n° 16/20790 ; Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-14.201 ; 6 nov. 2012, n° 11-24.570). C'est la raison pour laquelle nous avons souvent dénoncé cette indemnité forfaitaire dans ces colonnes. La solution s'applique d'ailleurs même dans l'hypothèse où la prétendue victime n'a effectué aucune démarche en vue de sa reconversion (Cass. com., 4 oct. 2016, n°

15-14.025), ou a totalement cessé ses activités (Paris, 7 mars 2019, n° 17/02520). L'arrêt commenté se situe dans le prolongement de ce courant. Selon la Cour d'appel de Paris, le fait que le partenaire résilié ait refusé de participer à l'appel d'offres ultérieurement lancé par son client n'exerce aucune influence sur la durée du préavis qu'il aurait fallu lui accorder.

Du côté de l'auteur de la rupture, la jurisprudence se place également à la date de la notification de sa décision et ne tient que rarement compte (V. cep. T. com. Paris, 11 oct. 2021, n° 2017066596 ; 6 nov. 2019, n° 17/17847) de la magnanimité de celui, qui, se ravisant, prolonge la durée du préavis initialement accordé (Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-19.822 ; Paris, 7 juin 2023, n° 22/00962 ; 13 sept. 2023, n° 21/07514 ; 26 juin 2020, n° 17/16437 ; 28 juin 2000, n°

2000/06092). Plus la modification proposée est proche de l'expiration du préavis initial, plus la proposition est envisagée avec suspicion, et jugée inapte à remédier au grief tiré de son insuffisante durée (Paris, 29 nov. 2023, n° 22/03166 ; 20 sept. 2023, n° 21/09438 ; 15 avr. 2021, n° 18/27963 ; 17 juin 2020, n° 17/19307). En l'occurrence, la cour adopte cette approche restrictive : selon elle, l'extension d'un mois du préavis accordée par l'auteur de la rupture, la veille de l'expiration du préavis initial, n'a pas à être prise en considération par le juge, dès lors qu'elle est dénuée d'effets sur les projections que le prestataire a pu réaliser en vue de sa reconversion.

En revanche, s'agissant de l'évaluation de la dépendance du prestataire évincé, la cour fait preuve de davantage de mesure. Elle estime en effet que la circonstance que celui-ci réalise la totalité de son chiffre d'affaires



avec son client ne peut, en l'absence d'exclusivité imposée par ce dernier, influencer sur la durée du préavis de rupture, dès lors que cette situation est choisie, et non subie (V. égal. Paris, 20 déc. 2023, n° 21/10329, pour un taux de dépendance de 43 % ; 26 oct. 2022, n° 20/17292, pour un taux de 70 % ; 10 févr. 2022, n° 19/03034, pour un taux de 50 %).

Enfin, l'auteur de la rupture se pré-

valait de la conformité du préavis octroyé aux usages professionnels du secteur, en l'espèce celui de la location de véhicule avec conducteur. Après avoir rappelé que l'existence d'usages professionnels ne dispense pas le juge de vérifier l'adéquation du préavis prévu par ces derniers à la situation en cause, la cour retient que le préavis de six mois accordé, soit le double du préavis de trois mois pré-

vu par les usages applicables, revêtait un caractère suffisant.

#### RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Cour d'appel de Paris  
17 janvier 2024  
n° 21/12898



## Un va-et-vient préjudiciable à la sécurité juridique des entreprises visitées de la jurisprudence relative aux communications « spontanées » de messageries électroniques après la conduite des opérations.

Trois arrêts récents du premier président de la Cour d'appel de Douai, rendus sur recours contre le déroulement d'opérations de visite et saisie, illustrent la position délicate dans laquelle se trouvent les entreprises face à une nouvelle pratique des agents de l'Administration. Celle-ci consiste, en cas de difficulté technique à prendre rapidement copie ou à faire le tri dans les messageries ou dossiers informatiques des entreprises visitées, à obtenir de ces dernières un engagement de réaliser elles-mêmes l'extraction de ces données et à les transmettre aux agents enquêteurs après les opérations de visite.

Comme dans d'autres affaires relativement contemporaines, les entreprises visitées faisaient valoir que de telles modalités d'enquête les avaient privées des garanties procédurales offertes par l'article L. 450-4 du Code de commerce, et notamment de la pratique des scellés provisoires. La Cour d'appel de Paris, confrontée à cet argument, a récemment estimé qu'une telle pratique s'apparentait à un détournement de procédure par l'Administration, et lui a imposé de restituer les messageries communiquées à l'entreprise (Paris, 6 déc. 2023, n° 22/16777). Dans une autre affaire, elle a considéré que la remise « volontaire » de fichiers de messagerie après les opérations de visite et saisie devait être annulée, dès lors qu'elle paraissait avoir été obtenue sous la contrainte au cours de l'inspection et qu'elle ne permettait pas de garantir les droits de la défense grâce à la vérification préalable que les documents en cause

entraient dans le champ de l'ordonnance et à la mise sous scellés éventuelle de ceux couverts par le secret des correspondances avocats-clients (Paris, 5 avr. 2023, n° 22/11616). Cependant, la Cour d'appel de Douai avait déjà retenu que l'entreprise, qui, postérieurement à une opération de visite et saisie, met volontairement à disposition des messageries enregistrées sur une clé USB via courrier recommandé adressé aux enquêteurs, ne peut demander l'annulation de leur saisie et leur restitution pour absence d'inventaire et de mise sous scellés par ces derniers (Douai, 12 janv. 2023, n° 21/04779 et n° 21/05301). En l'occurrence, le juge douaisien ne se départit pas de cette appréciation et refuse d'accéder à la demande de restitution de documents qui n'ont pas été saisis, mais volontairement communiqués par l'entreprise (affaire n° 23/00755). La portée de la règle est en outre poussée à l'extrême car le juge estime qu'elle s'applique également aux correspondances échangées par l'entreprise avec son avocat : dès lors qu'elles ont été volontairement communiquées, elles n'auraient pas à être restituées. Enfin, l'argument selon lequel les documents en cause étaient hébergés sur un serveur localisé à l'étranger est également jugé inopérant. Encore une fois, ces documents ont été volontairement remis et, selon le juge, l'Administration était en droit de les obtenir dès lors qu'il s'agissait de messages échangés par des salariés de l'entreprise depuis leurs messageries professionnelles auxquelles ils avaient accès en France.

Ces divergences d'appréciation quant à la licéité de cette pratique des enquêteurs est source d'insécurité juridique. Si les enquêteurs la justifient par la nécessité de ne pas paralyser l'entreprise pendant de longues périodes, elle les prive corrélativement d'un semblant de contrôle préalable des documents saisis. Il serait opportun que la Cour de cassation se prononce rapidement sur le sujet et fasse prévaloir les droits de la défense.

Ces affaires apportent également des précisions intéressantes sur deux autres questions. D'une part, le juge souligne que des opérations de visite peuvent être diligentées au domicile personnel d'un « country manager » lorsque celui-ci exerce ses fonctions exclusivement en télétravail, en l'absence de locaux ouverts aux employés par l'entreprise (affaire n° 23/00750). D'autre part, il retient que le représentant de l'entreprise peut temporairement déléguer à un tiers la tâche d'assister aux opérations, sans que l'entreprise puisse prétendre que celles-ci n'ont pas été intégralement menées en présence de l'occupant des lieux (affaire n° 23/00755).

#### ENQUÊTE LOURDE

Cour d'appel de Douai  
1er et 5 février 2024 (3 arrêts)  
n°s 23/00755, 23/00750 et 23/00756







## L'AdIC autorise le rachat d'OCS et Orange Studio par Groupe Canal Plus, mais le conditionne à des engagements.

Le 11 juillet 2023, Groupe Canal Plus a notifié à l'Autorité de la concurrence le projet de prise de contrôle exclusif des sociétés OCS et Orange Studio. Groupe Canal Plus est un groupe de télévision, qui exerce en France et à l'international des activités d'édition de chaînes payantes et gratuites, de distribution vidéo à la demande, d'agrégation et de distribution d'offres de télévision et de services de vidéo à la demande par abonnement payants, ainsi que de production, d'acquisition et de distribution de films de cinéma et de séries télévisées. Groupe Canal Plus est actif aussi bien en France métropolitaine que dans les territoires ultra-marins, via une de ses filiales, qui distribue des bouquets de chaînes de télévision payante. OCS, société jusqu'alors contrôlée conjointement par Orange SA et Groupe Canal Plus, est active dans l'édition de chaînes payantes et opère un service de vidéo à la demande par abonnement et de télévision de rattrapage. En outre, OCS produit des créations originales à travers deux labels (OCS Signature et OCS Originals). OCS est distribuée en métropole, en auto-distribution ou par l'intermédiaire de distributeurs tiers, et dans les territoires ultra-marins, toutefois uniquement par l'intermédiaire de distributeurs. Orange Studio, intégralement détenue avant l'opération par Orange SA, exerce une activité de co-production, d'acquisition, de distribution et de vente d'œuvres cinématographiques et de séries.

L'Autorité a mené son analyse sur les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion, les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes de télévision ainsi que les marchés aval de la distribution de services de télévision. Lors de la phase d'instruction, l'Autorité a procédé à une large consultation de marché, par le biais d'auditions des parties et de questionnaires adressés aux opérateurs actifs dans les secteurs cinématographiques, télévisuels et des services de vidéo à la demande. Elle a ainsi pu procéder à un réexamen de sa pratique décisionnelle s'agissant de ces marchés.

En ce qui concerne les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion d'œuvres cinématographiques, la partie notifiante avait avancé qu'en regard de la convergence entre les contenus linéaires et non-linéaires, et le développement des services de vidéo à la demande par

abonnement en France, les services de télévision payante de cinéma et les plateformes de vidéo à la demande par abonnement étaient désormais rivaux pour l'acquisition des droits de diffusion des films récents. Les services d'instruction ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de remettre en cause la segmentation des marchés amont opérée en fonction du type de contenu, plus spécifiquement les segmentations opérées en fonction de l'origine et du caractère récent ou de « catalogue » des films. Par ailleurs, l'Autorité a conclu qu'en dépit des évolutions importantes qu'a connues la chronologie des médias ces dernières années, il n'y avait pas lieu de remettre en cause la segmentation des marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion des films récents en fonction des fenêtres de diffusion.

En revanche, les services d'instruction ont conclu qu'au regard des dernières évolutions réglementaires sur la chronologie des médias ayant conduit à aligner les fenêtres des chaînes de télévision payante de cinéma et celles des services de vidéo à la demande par abonnement, la distinction habituellement retenue selon le mode de diffusion (linéaire et non-linéaire) n'était plus justifiée au sein des fenêtres concernées.

S'agissant des marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision, l'Autorité a considéré que dans le cas d'espèce, les chaînes éditées pouvaient être intégrées au sein d'une thématique regroupant à la fois le cinéma et les séries.

S'agissant des marchés aval de la distribution des services de diffusion, l'Autorité s'est cantonnée aux segmentations habituellement retenues par la pratique décisionnelle, en effectuant une distinction entre la télévision payante et la télévision en clair. Au sein des services de la télévision payante, l'Autorité a distingué les services à destination des particuliers et ceux à destination des professionnels, ainsi que les offres de télévision payante de premier niveau et de second niveau, et enfin les services linéaires et non-linéaires de télévision payante. Au sein des services non-linéaires, les services d'instruction ont considéré qu'il était pertinent de distinguer la distribution des services de vidéo à la demande des services de vidéo à la demande par abonnement.

Sur la base de cette délimitation des marchés, et à l'issue de la phase

d'instruction, l'Autorité a conclu à l'existence de plusieurs risques anti-concurrentiels.

En premier lieu, l'Autorité a relevé que l'opération aurait placé Groupe Canal Plus en position de monopsonne, dès lors que celui-ci aurait constitué l'unique pré-acheteur de films français récents pour une diffusion en première fenêtre payante (c'est-à-dire la diffusion des films par certaines chaînes de télévision payante de cinéma ainsi que certaines plateformes de vidéo à la demande, à compter des 6 mois après leur sortie en salle.) En effet, Groupe Canal Plus et OCS sont à ce jour les deux seuls guichets de première fenêtre de diffusion payante, auxquels peuvent s'adresser les producteurs de cinéma français cherchant à obtenir les préfinancements de leurs projets de films. En acquérant OCS, Groupe Canal Plus renforcerait son pouvoir de négociation face aux producteurs, qui ne disposeraient désormais d'aucune alternative. En effet, l'Autorité considère que les plateformes de vidéo à la demande par abonnement ne constituent pas des alternatives réelles et potentielles suffisantes à la nouvelle entité. Groupe Canal Plus deviendrait ainsi le seul investisseur vers lequel pourraient se tourner les producteurs de cinéma français. Selon l'Autorité, ceci entraînerait un risque de détérioration de la diversité du cinéma français. Sur ce point, la partie notifiante souligne que le volume des préachats de droits de diffusion de films récents auprès de distributeurs français indépendants réalisé par OCS est sans commune mesure avec ceux réalisés par Groupe Canal Plus, et sollicitait ainsi l'application de l'exception de l'entreprise défaillante. L'Autorité a considéré à cet égard que les critères d'applicabilité de cette exception n'étaient pas réunis, à savoir le risque de disparition rapide des sociétés cibles en l'absence de l'opération ou de l'absence d'offre alternative moins dommageable et caractère moins dommageable de l'opération par rapport à un scénario de disparition de l'activité cible.

En second lieu, l'Autorité a relevé que l'opération aurait conduit à d'éventuelles limitations de la disponibilité des films français de catalogue d'Orange Studio sur les services de télévision de rattrapage des chaînes en clair ainsi qu'un possible appauvrissement des bouquets de chaînes proposés par certains fournisseurs d'accès à internet aux



consommateurs des départements et régions d'outre-mer, ces opérateurs ne disposant pas de substituts suffisants aux chaînes OCS.

Au regard de ces risques d'atteinte à la concurrence, l'acquéreur d'Orange Studio et d'OCS a dû souscrire à plusieurs engagements comportementaux afin de voir l'opération autorisée. Pour préserver la diversité du cinéma français, Groupe Canal Plus s'est engagé à maintenir une équipe d'acquisition Ciné +/OCS dédiée au préachat de films français de première fenêtre payante séparée de celle de Canal +. La séparation effective et la viabilité de cette équipe seront assurées par une série de mécanismes, dont la garantie d'un budget dédié à la hauteur du budget actuel d'OCS dans le préachat et la séparation de la comptabilité analy-

tique. Afin de préserver la diversité du cinéma français, Groupe Canal Plus s'est également engagé à ce que l'équipe Ciné+/OCS fasse une proposition de préachat sur un certain nombre de projets de films qui auront été refusés par Canal+ en première fenêtre payante (un minimum de quatre projets de films français par an, dont un par an d'un devis inférieur à quatre millions d'euros, et au moins 25 sur une période de 5 ans).

Par ailleurs, pour répondre aux autres risques identifiés par l'Autorité, l'acquéreur a pris divers engagements : d'une part, de ne pas s'opposer à la cession des droits de diffusion sur un service de télévision de rattrapage d'un diffuseur en clair pour les films français de catalogue dont Orange Studio est, avant l'opération,

coproducteur et ne détient pas de mandat de distribution ; d'autre part, de proposer l'accès à l'offre Ciné+/OCS à tous les distributeurs qui en feraient la demande dans les territoires des départements et régions d'outre-mer dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires. Ces engagements, d'une durée de cinq ans, pourront faire l'objet d'un réexamen.

## CONCENTRATIONS

Autorité de la concurrence

12 janvier 2024

24-DCC-04



## Revirement de jurisprudence en matière de confirmation tacite des contrats conclus hors établissement.

A rebours d'une jurisprudence qui commençait tout juste à se cristalliser, la première chambre civile juge, dans un arrêt du 24 janvier 2024 (n° 22-16.115), que la reproduction même lisible des dispositions du Code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à un contrat conclu hors établissement ne permet pas au consommateur d'avoir une connaissance effective du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions et de caractériser la confirmation tacite du contrat. Les juges du fond peuvent cependant déduire cette connaissance d'autres circonstances, qu'il leur appartient de relever.

Les faits qui ont amené la Cour de cassation à consacrer cette solution sont assez classiques : un contrat conclu hors établissement portant sur la fourniture et la pose de panneaux photovoltaïques était affecté d'irrégularités, faute de contenir certaines mentions obligatoires. L'acquéreur a demandé son annulation. Le vendeur a fait valoir, en défense, la confirmation tacite du contrat par l'acquéreur, l'empêchant de ce fait d'invoquer sa nullité. Il soutenait à ce titre que l'acquéreur avait exécuté le contrat en connaissance du vice, connaissance devant être déduite de la reproduction dans le contrat des dispositions du Code de la consommation violées. En appel, les juges ont écarté ce moyen et ont fait droit à la demande de l'acquéreur.

La question posée dans le pourvoi soumis à la Cour de cassation portait sur le point de savoir si la reproduc-

tion des dispositions du Code de la consommation violées suffit à caractériser la connaissance par l'acheteur du vice qui affectait son contrat. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui juge que « la confirmation de l'acte entaché de nullité n'était pas caractérisée » au motif que « le seul fait que les conditions générales figurant au verso sur le bon de commande reprenaient les dispositions (...) du code de la consommation, dans des caractères de petite taille mais parfaitement lisibles, était insuffisant en lui-même à révéler à l'acquéreur les vices affectant ce bon » et qui a « constaté souverainement qu'il ne ressortait d'aucun des éléments aux débats qu'il ait eu conscience de ceux-ci au moment de la souscription du contrat ou de son exécution ».

Le formalisme des contrats conclus hors établissement est très lourd et les informations qui doivent figurer sur le contrat à peine de nullité se multiplient. L'absence d'une mention ou son caractère incomplet ont été l'occasion pour des acquéreurs de se dédire à bon compte de leur contrat, arguant de la nullité de celui-ci. Cela a contribué à fragiliser ces contrats et suscité un contentieux important à l'initiative d'acheteurs mécontents.

Face à l'afflux massif de contentieux, certains vendeurs ont opposé la confirmation tacite du contrat par les consommateurs, de sorte que ces derniers ne pouvaient plus se prévaloir des causes de nullité l'affectant. En effet, dès lors que la nullité est relative, il est possible pour la partie protégée par la règle violée de renoncer à s'en prévaloir, dès lors qu'elle

manifeste sa volonté de confirmer le contrat malgré les vices qui l'affectent. L'article 1338 ancien du Code civil, disposait déjà que cette confirmation peut n'être que tacite et se caractériser par l'exécution volontaire du contrat « après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée » et que « la confirmation (...) ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers ». La réforme du droit des contrats de 2016 entérine cette règle et son interprétation jurisprudentielle et dispose, à l'article 1182, alinéa 3, du Code civil que « l'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation ». Ainsi, la confirmation tacite suppose la réunion de deux conditions cumulatives : la connaissance des vices affectant le contrat et l'exécution volontaire du contrat, en dépit de cette connaissance.

La Cour de cassation, devant le contentieux important que suscitaient les demandes de nullité des contrats conclus hors établissement, avait retenu une interprétation souple de l'exigence de connaissance des vices. Elle jugeait ainsi que « la reproduction lisible, dans un contrat conclu hors établissement, des dispositions du Code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à ce type de contrat, permet au souscripteur de prendre connaissance du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions » (Cass. 1re civ., 31 août



2022, n° 21-12.968). Ainsi, la seule reproduction sur le contrat des dispositions du Code de la consommation n'ayant pas été respectées suffisait à caractériser cette condition de connaissance du vice affectant le contrat. Encore récemment, cette position était réitérée avec force par la Cour de cassation (Cass. civ. 1re, 1er mars 2023, n° 22-10.361).

Aux termes de cette jurisprudence, peu importe que les consommateurs n'aient pas eu effectivement connaissance du vice, dès lors qu'ils pouvaient théoriquement s'en rendre compte en lisant les dispositions du Code de la consommation prescrites à peine de nullité figurant sur le contrat, et ainsi vérifier que celui-ci était bien conforme à la loi.

La solution était critiquée par une partie de la doctrine qui estimait tout d'abord que la confirmation tacite présuppose une volonté implicite de la partie protégée de continuer à

exécuter un contrat vicié et donc une connaissance effective de la cause de nullité. D'autre part, elle faisait remarquer que la position de la Cour conduisait à priver les règles de protection du consommateur d'une grande partie de leur substance. Par ailleurs, si la solution de la Cour s'imposait parfois en opportunité face aux demandes intempestives de nullité de nombreux consommateurs, sa généralité inquiétait. Elle risquait en effet de porter une atteinte excessive à toutes les règles de formation du contrat sanctionnées par une nullité relative. Pour autant, la Cour de cassation ne laisse pas totalement démunis ces vendeurs qui voient leurs contrats viciés exposés à des actions en nullité. Ainsi, elle leur suggère de recourir à l'action interrogatoire de l'article 1183 du Code civil. En vertu de ce texte, « *une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de*

*confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ». Cette disposition est applicable aux contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi et permettrait de caractériser la connaissance du vice par l'acheteur insatisfait, qui ne pourrait plus se prévaloir de cette cause de nullité.

#### CONTRAT HORS ÉTABLISSEMENT

Cour de cassation  
1re Chambre civile  
24 janvier 2024  
22-16.115



## LE CONSEIL DU MOIS

### La participation des entreprises aux organisations professionnelles Quels risques ? Quelles solutions ?

Plusieurs affaires récentes amènent à analyser à nouveau les risques liés à la participation des entreprises à des organisations professionnelles au regard du droit de la concurrence et à envisager les mesures concrètes propres à les limiter. L'affaire du Bisphénol A ou BPA vient immédiatement à l'esprit. Elle a suscité beaucoup d'inquiétudes au sein des organisations professionnelles et de leurs membres. Les services d'instruction avaient en effet notifié des griefs à pas moins de 14 organisations professionnelles et 101 entreprises, conduisant à un procès de masse ayant nécessité de réunir les entités poursuivies dans un amphithéâtre habituellement consacré à de activités plus réjouissantes. La montagne a finalement accouché d'une souris. Au final, seules 4 organisations professionnelles et 11 entreprises ont été condamnées, pour un montant certes significatif (19,5 millions d'euro) mais très éloigné des objectifs des services d'instruction. L'absence de fondement des griefs reconnue assez largement mais pas complètement par la décision ainsi que l'acquisition de la prescription décennale (entre

les faits et la décision de l'ADLC) au profit de nombreuses entreprises expliquent le décalage substantiel entre les attentes de l'autorité de poursuite et la décision.

La décision BPA ne doit cependant pas conduire à sous-évaluer les risques mais au contraire inciter à mieux les identifier et à prendre des mesures pour les limiter. En effet, elle traduit un intérêt certain de l'Autorité de la concurrence pour le fonctionnement des organisations professionnelles de nature à lui permettre de sanctionner un nombre très important d'intervenants d'un secteur et de maximiser le montant des amendes potentielles. L'étude thématique d'une centaine de pages en date du 27 janvier 2021 qu'elle a consacrée à l'application du droit de la concurrence aux organisations professionnelles témoignait déjà de cet intérêt. Ce risque est encore accru par le nouveau régime des amendes applicable aux organisations professionnelles qui concerne au fur et à mesure de l'écoulement du temps depuis son entrée en vigueur un nombre de dossiers de plus en plus importants.

#### I. Quels risques ?

##### 1. Le nouveau régime de sanctions applicable.

Les organisations professionnelles et leurs membres encourent de nouveaux risques depuis la transposition en droit français de la directive 2019/1 du 11 décembre 2018, dite ECN+, par l'ordonnance 2021-649 du 26 mars 2021. Le plafond de l'amende encourue est en forte hausse. Il passe d'une amende maximale de 3 millions d'euro pour les organisations professionnelles, à une amende susceptible d'atteindre 10 % du chiffre d'affaires mondial HT de leurs membres.

##### 2. Une nouvelle procédure de recouvrement dans le cadre de la réforme.

Le recouvrement des amendes peut se faire à l'encontre des entreprises membres de l'organisation par l'effet d'une solidarité renforcée. En cas d'insolvabilité de l'organisation, l'AdlC peut lui enjoindre de lancer un appel à contribution. En cas de défaut de paiement persistant, le paiement de l'amende peut être exigé directement de toute entreprise dont les représentants étaient



membres des organes décisionnels de l'organisation. Enfin, à défaut de paiement intégral, l'AdIC peut se retourner contre tout membre de l'organisation qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise, sauf preuve de non-participation à l'infraction.

### **3. Le nouveau communiqué Sanctions et son application rétroactive par l'ADLC.**

Le nouveau communiqué Sanctions de 2021 a revu à la hausse quasiment tous les critères de calcul de l'amende : prise en compte du chiffre d'affaires indirect dans le calcul du montant de base, augmentation du taux de gravité liée à la fin de la prise en compte du dommage à l'économie (souvent inexistant) résultant de la directive ECN+, prise en considération, surtout, de chaque année d'infraction avec un coefficient 1 au lieu de 0,5, ce qui aboutit à un quasi doublement automatique du montant de l'amende, etc.

### **4. L'augmentation de la probabilité du risque.**

Celle-ci est accrue par la multiplication des moyens d'action dont dispose l'AdIC et l'augmentation de ses pouvoirs (enquêtes simples qui ont tendance à s'alourdir, enquêtes lourdes difficiles à contester, recours aux enquêtes pénales en vue d'éviter les garde-fous du Code de commerce, clémence, etc.).

## **II. Quelles solutions ?**

Les organisations professionnelles jouent un rôle extrêmement utile pour les entreprises, en termes d'information, de défense des intérêts de la profession auprès des pouvoirs publics, d'actions contre des tiers qui ont des comportements fautifs contraires à l'intérêt du secteur ou encore en termes de lobbying. Le fait de ne pas participer à leurs travaux serait très dommageable. En revanche, il est impératif de bien encadrer cette participation.

### **5. Auditer la participation des membres de l'entreprise aux organisations.**

Il est impératif que le service juridique contrôle la nature des organisations auxquelles des membres de l'entreprise prennent part et s'assure de la mise en place au sein de l'entreprise et de ces organisations d'une procédure de conformité. De même, le service juridique devra s'assurer que les salariés qui participent à ces organisations aient suivi une formation spécialement consacrée au respect du droit de la concurrence au sein de ces organisations.

### **6. La mise en place d'un programme de conformité au sein de l'organisation professionnelle et de ses membres.**

Un tel programme passe par un engagement public de respect des règles, la désignation d'un respon-

sable conformité, l'information, la formation et la sensibilisation des salariés et des membres de l'organisation, la rédaction d'une charte concurrence et conformité, la mise en place de règles de tenue des réunions avec convocation, organisation, do's and don'ts, compte-rendu, mise en place de mécanismes de contrôle et d'alerte ainsi que d'un dispositif de suivi.

### **7. La mise en œuvre d'une formation.**

Celle-ci doit porter à la fois sur la conduite à tenir en cas de constatation d'une infraction (nécessité de distanciation immédiate) et sur les principaux risques d'ententes au sein des organisations professionnelles sur lesquels il convient d'alerter les salariés afin qu'ils renoncent à y participer, en particulier pour éviter les risques de cartels, les consignes tarifaires, d'orientation de prix ou de remises, les échanges d'informations anticoncurrentiels, les stratégies d'éviction (boycott, refus d'adhésion discriminatoire alors que l'appartenance à l'organisation présente un avantage concurrentiel) ainsi que l'usage dévoyé du rôle d'une organisation professionnelle.