



SPEED RABBIT PIZZA
Société Anonyme au capital de 1.299.999 Euros
28 rue des Jardins
59000 Lille
R.C.S. Lille Métropole B 404 459 786

RAPPORT DE GESTION

EXERCICE CLOS LE 31/12/2018

Mesdames, Messieurs,

Nous vous avons réunis en Assemblée Générale Ordinaire annuelle, pour vous rendre compte de l'activité de votre Société durant l'exercice clos le 31/12/2018, et pour soumettre à votre approbation les états financiers annuels dudit exercice.

Votre Commissaire aux Comptes vous donnera lecture de :

- Son rapport sur les comptes annuels de la Société,
- Son rapport spécial sur les conventions relevant de l'article L225-38 du Code du Commerce.

Au présent rapport est annexé, conformément à l'article 148 du décret du 23 mars 1967, un tableau faisant apparaître les résultats financiers de la Société au cours des cinq derniers exercices, ainsi que le rapport sur la Gouvernance d'Entreprise pour l'exercice écoulé conformément à l'article L226-10-1 du Code de Commerce

INTEGRATION FISCALE

La société SPEED RABBIT PIZZA est en intégration fiscale avec la Société NEW YORK SPEED RABBIT.

SITUATION DE LA SOCIETE AU COURS DE L'EXERCICE ECOULE :

Au 31/12/2018, notre réseau totalisait 47 magasins sous enseigne. Nous dénombrions au 1^{er} avril 2019, 40 points de ventes sous enseigne et 2 concessions.

Nous poursuivons toutes les procédures en cours qui nous opposent à Domino's Pizza France.

Le pourvoi formé devant la Cour de cassation le 15 novembre 2017, est en cours d'instruction.

Nous joignons en annexe les deux mémoires de Speed Rabbit Pizza contre Domino's Pizza.

Concomitamment à la procédure devant la Cour de cassation d'autres procédures ont été intentées par Speed Rabbit Pizza à l'encontre de Domino's Pizza devant le tribunal de commerce de Nanterre.

Ces procédures ont pour objet la concurrence déloyale du fait de l'usage de la terminologie « pâte fraîche » par Domino's Pizza mais aussi du fait que Domino's Pizza livre les matières premières au réseau Domino's dans des camions réfrigérés à température positive alors que les matières premières livrées sont majoritairement des matières premières surgelées.

Speed Rabbit Pizza conteste devant le tribunal de commerce de Nanterre la méthodologie ainsi employée, méthodologie qui viole les dispositions de transport de marchandises surgelées.

Enfin, Speed Rabbit Pizza se plaint de la prise illégale d'intérêts de l'experte de Domino's Pizza dont le rapport produit devant la Cour d'appel de Paris a servi exclusivement à la Cour pour débouter Speed Rabbit Pizza de ses demandes indemnitaires (voir mémoires cour de cassation).

EXAMEN DES COMPTES – RESULTAT :

Au 31 décembre 2018, nous enregistrons un chiffre d'affaires net (composé en majorité des royalties et droits d'entrée) de 1 228 634 € pour 1 432 844€ en 2017. Il subit une baisse de 14.25 %.

Le total des produits d'exploitation s'établit à 2 128 384 € contre 2 096 319 € en 2017 et les charges sont de 1 286 979€ contre 1 504 755 € lors de l'exercice précédent.

Ainsi le résultat d'exploitation s'établit à 841 405 € pour 591 564 € lors de l'exercice précédent.

Le résultat financier, qui était de 47 259 € en 2017 s'élève à 1 984 € tandis que le résultat exceptionnel est passé de -1 623 541 € à - 840 764 € cette année.

En l'absence d'impôt sur le bénéfice (comme l'an passé), l'exercice clos le 31/12/2018 enregistre un bénéfice net comptable de 2 625€ contre une perte nette comptable de - 984 717 € en 2017.

FILIALES :

Vous trouverez dans le tableau annexé à notre bilan des informations relatives à l'activité et aux résultats de nos filiales et nos participations.

ANALYSE DE L'EVOLUTION DES RESULTATS ET DE LA SITUATION FINANCIERE DE LA SOCIETE

À titre indicatif, il est précisé, conformément aux dispositions de l'art. L.225-100 al.3, qu'au niveau de l'endettement de la Société, les comptes de l'exercice clos au 31 décembre 2018, par rapport à ceux de l'exercice clos le 31 décembre 2017, font ressortir les montants suivants :

Exercices	2017	2018
Passif circulant	1 043 752 €	743 653
Capitaux propres	5 845 760 €	5 848 385
Chiffre d'affaires net	1 432 844 €	1 228 634

AFFECTATION DU RESULTAT

Il vous est proposé d'affecter le résultat net comptable au 31/12/2018, soit un bénéfice de 2 625€, au compte report à nouveau qui passerait ainsi de 4 412 270€ à 4 414 895€.

Compte tenu de cette affectation, les capitaux propres s'élèveraient à 5 848 385 €.

PERSPECTIVES – EVOLUTION PREVISIBLE

Après ces 8 dernières années très difficiles pour rester sur le marché de la pizza livrée, SPEED RABBIT Pizza entame à nouveau cette année sans aucun espoir de voir les pouvoirs publics faire respecter les règles du jeu de la concurrence ; ce qui perturbe grandement le marché.

CAPITAL SOCIAL

Conformément aux dispositions légales, nous vous informons qu'au 31 décembre 2018, le capital était composé comme suit :

ACTIONNAIRES	Sur les 1 710 525 actions	Sur les 1 710 549 droits de vote
<i>Détenant plus des 2/3</i>	SAS A. HORECOL	SAS A. HORECOL

MANDAT DES ADMINISTRATEURS

Deux mandats ont été renouvelés et un nouvel administrateur a été nommé pour 6 ans lors de l'AG de 2017

MANDATS DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Les mandats des commissaires aux comptes, titulaire et suppléant, ont été renouvelés lors de l'AGO de 2015 pour une période de 6 années (renouvellements à prévoir à la clôture de l'exercice 2020).

DIVERS

I - Montant des dividendes des trois exercices précédents

Conformément aux dispositions de l'article 243 bis du CGI, nous vous informons qu'il a été procédé au cours des trois derniers exercices à des distributions de dividendes comme suit :

Exercice 2016	Néant
Exercice 2017	Néant
Exercice 2018	Néant

II - Dépenses non déductibles fiscalement

En application de l'article 223 quater du CGI, nous vous précisons qu'aucune dépense non déductible fiscalement n'a été effectuée au cours de l'exercice écoulé.

III – Activité en matière de recherche et de développement

En application de l'article 232-1 du Code du Commerce, nous vous informons que votre Société n'a pas eu d'activité en matière de recherche et de développement.

IV - Délais de paiement (art. L 441-6 du code de commerce)

TABLEAU DELAIS DE PAIEMENT

	0 jour (indicatif)	1 à 30 jours	31 à 60 jours	61 à 90 jours	91 jours et plus	total (1 jour et plus)
I - Article D. 441L-1 ° : Factures reçues non réglées à la date de clôture de l'exercice dont le terme est échu						
(A) Tranches de retard de paiement						
Nombre de factures concernées						5
Montant total des factures concernées		405	851		55	1 310
Pourcentage du montant total des achats h. t. de l'exercice		0.08 %	0.16 %		0.01 %	0.25 %
(B) Factures exclues du (A) relatives à des dettes et créances litigieuses ou non comptabilisées			(C) Délais de paiement de référence utilisés (contractuel ou délai légal -article L 441-6 ou article L. 443-1 du code de commerce)			
Nombre de factures exclues			Délais de paiement utilisés pour le calcul des retards de paiement		○ Délais contractuels :	
Montant total des factures exclues					○ Délais légaux : 30	
II - Article D. 441L-2 ° : Factures émises non réglées à la date de clôture de l'exercice dont le terme est échu						
(A) Tranches de retard de paiement						
Nombre de factures concernées	12					200
Montant total des factures concernées	13 251	13 526	30 461	22 607	185 850	252 444
Pourcentage du chiffre d'affaires h. t. de l'exercice	1.08 %	1.10 %	2.48 %	1.84 %	15.13 %	1.10 %
(B) Factures exclues du (A) relatives à des dettes et créances litigieuses ou non comptabilisées			(C) Délais de paiement de référence utilisés (contractuel ou délai légal -article L 441-6 ou article L. 443-1 du code de commerce)			
Nombre de factures exclues		99	Délais de paiement utilisés pour le calcul des retards de paiement		○ Délais contractuels :	
Montant total des factures exclues		250 631			○ Délais légaux : 30	

IV – Etat de la participation des salariés

Conformément aux dispositions de l'article L. 225-102 du Code de commerce, nous vous indiquons ci-après l'état de la participation des salariés au capital social au dernier jour de l'exercice, soit le 31 décembre 2018. La proportion du capital que représentent les actions détenues par le personnel selon la définition de l'article L. 225-102 du Code de commerce s'élevait au 31 décembre 2018 à 0 %.

RAPPORT SUR LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

ADMINISTRATION ET CONTROLE DE LA SOCIETE

Conformément à l'article R 225-102 du Code de commerce, nous vous indiquons que votre Conseil d'administration a procédé au choix de l'une des deux modalités d'exercice de la Direction Générale prévues à l'article L 225-51-1 du Code de commerce lors de son Conseil d'Administration du 28 mai 2004.

Cumul des fonctions de Président du Conseil d'administration et de Directeur général

Le Conseil avait confirmé le cumul des fonctions de Président du Conseil d'Administration et de Directeur Général de Monsieur Sommer pour la durée de son mandat d'administrateur.

CONVENTIONS CONCLUES PAR UN DIRIGEANT DE LA SOCIETE MERE AVEC UNE FILIALE

Conformément aux dispositions du décret n°2015-545 du 18/05/2015, l'examen des conventions a fait l'objet d'un Conseil d'Administration le 17 décembre 2018.

Aucune nouvelle convention n'est intervenue sur l'exercice 2018.

LISTE DES MANDATAIRES SOCIAUX

Conformément aux dispositions de l'article L 225-102-1alinéa 3 du Code de commerce, nous vous communiquons ci-après la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun des mandataires, sociaux de la Société.

Nom des personnes physiques Fonction au sein du conseil	Autres mandats exercés dans d'autres sociétés au 31/12/2018
M. Daniel SOMMER <i>Président et Directeur Général</i>	✓ P.D.G. de la SA NEW YORK SPEED RABBIT ✓ Président de la SAS A. HORECOL ✓ Président de la SA MANIA ✓ Gérant de la SARL D.S. INVEST ✓ Gérant de la SARL Speed BAT ✓ Gérant de la SARL SEBASTOPOL PASTA ✓ Gérant de la SARL LELYSSE
Mme Elisabeth BLUMENTHAL <i>Représentant permanent de l'administrateur SAS A HORECOL</i>	✓ Gérant de la Sarl ERA Location immobilier ventes estimations services

MONTANT DES REMUNERATIONS VERSEES AUX MANDATAIRES SOCIAUX AU COURS DE L'EXERCICE 2018

Conformément aux dispositions de l'article L 225-102-1 du Code de commerce, nous vous rendons compte qu'aucune rémunération, aucun avantage de quelque nature, aucun engagement de retraite et assimilé, aucun autre avantage viagers n'a été versé aux mandataires sociaux au cours de l'exercice 2018. De même, aucun engagement de quelque nature pris par la Société au bénéfice de ses mandataires sociaux n'a été concédé aux mandataires sociaux au cours de l'exercice 2018.

TABLEAU DES DELEGATIONS DE POUVOIRS ET DELEGATIONS DE COMPETENCE

Aucune délégation de pouvoirs ou délégation de compétence n'a été consentie aux mandataires sociaux au cours de l'exercice 2018.

Votre Conseil vous invite, après la lecture des rapports présentés par votre Commissaire aux Comptes, à adopter les résolutions qu'il soumet à votre vote en tenant compte de ses recommandations.

Le Conseil d'administration

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation
204 rue de Vaugirard
75015 PARIS

COUR DE CASSATION

CHAMBRES CIVILES

MÉMOIRE AMPLIATIF

POUR : **La société Speed Rabbit Pizza**

CONTRE : **La société Domino's Pizza France**
(SCP Spinosi et Sureau)

Observations à l'appui du pourvoi n° V 17-27.778

PRÉSENTATION :

- 1°) Concurrence – Concurrence déloyale – Franchiseur – Pratiques illicites – Délais de paiement excessifs – Prêts à titre habituel
- 2°) Concurrence – Concurrence déloyale – Franchiseur – Faute – Causalité
Désorganisation du marché – Marché pertinent
- 3°) Concurrence – Concurrence déloyale – Dénigrement – Diffamation – Distinction

FAITS :

1. Le marché de la pizza livrée ou à emporter est un marché d'envergure nationale, sur lequel interviennent des enseignes notoires, telles que celle exploitée par la société Speed Rabbit Pizza (SRP), **exposante**.

Compte tenu de la spécificité et de la convivialité de ce produit, très populaire auprès des jeunes, sa commercialisation s'effectue à un niveau local, le plus souvent par le biais de boutiques franchisées, qui sont donc en situation de concurrence sur une même zone de chalandise.

Cette concurrence s'exerce également, et même principalement, au plan national, entre les principaux franchiseurs. La carte des produits proposés, la publicité, le calendrier des offres promotionnelles ou encore la teneur de ces dernières, ainsi que les conditions d'exercice du commerce franchisé sont en effet définis au plan national par chaque franchiseur pour son réseau.

En France, outre la société Speed Rabbit Pizza, le marché de la pizza livrée ou à emporter compte les principaux acteurs suivants :

- la société Pizza Hut,
- la société Domino's Pizza France (DPF), qui dépend du n° 1 mondial américain Domino's Pizza, coté à la bourse de New York, groupe qui compte plus de 13.800 points de vente dans 80 pays ; la société DPF est implantée en France depuis 1989, où elle est n° 1 depuis 2008 avec aujourd'hui plus de 350 points de vente ;
- la société La Boîte à Pizza,
- et la société Pizza Sprint, dont le réseau de 90 points de vente a été acquis par la société DPF en 2016.

Depuis 2009, le marché français a été marqué par une très forte progression du réseau du franchiseur Domino's Pizza France, par une politique agressive, au détriment de ses concurrents. La société DPF est ainsi passée d'une part de marché, en volume, de 27,23% à 50,8%, et en valeur de 32,22% à 66,42%.

Corrélativement, les autres franchiseurs ont connu une baisse très sensible de

leur position sur le marché français. C'est notamment le cas de la société Speed Rabbit Pizza (SRP) qui, tandis qu'elle comptait 111 points de vente en 2009, n'en comptait plus que 58 à la fin de l'année 2017, avec une part de marché qui, en volume, est passée de 16,9% à 7,83%, et en valeur de 17,8% à 4%.

Ainsi, à l'inverse de la société DPF, tous les franchiseurs de vente de pizza livrée ou à emporter ont connu une baisse substantielle de leur chiffre d'affaires, mais également du nombre de leurs affiliés.

Cette situation n'est due ni au hasard ni aux conditions normales de la concurrence s'exerçant sur ce marché.

Elle est la conséquence d'un dévoiement du modèle économique de la société DPF, dénommé « *High Volume Mentality* » (HVM), qui privilégie le volume des ventes afin d'éliminer les concurrents.

Le principe de base consiste à donner la priorité à la conquête de parts de marché au détriment de la rentabilité. Le franchiseur DPF ouvre le maximum de points de vente, si possible situés à proximité immédiate d'un point de vente concurrent, en pratiquant une politique commerciale agressive contre ce dernier et en donnant à ses franchisés les moyens de ne pas se soucier de leurs difficultés de trésorerie, grâce au crédit fournisseur, à des apports en compte courant, à des prêts, etc., au moins le temps de conduire le concurrent à fermer.

Ce modèle mis en œuvre par le franchiseur DPF présente un danger pour le jeu normal de la concurrence, car les autres franchiseurs voient leurs affiliés peu à peu évincés du marché local sur lequel ils se sont implantés.

Il en résulte un cercle vicieux puisque la disparition de ces franchisés diminue l'attractivité des franchises auxquelles ils étaient affiliés, lesquelles perdent dès lors non seulement en chiffre d'affaires, mais encore en notoriété, ce qui les prive de la possibilité d'attirer de nouveaux candidats franchisés.

Il convient de préciser que la société Domino's Pizza France présente une spécificité par rapport aux enseignes concurrentes, puisque ses franchisés sont tenus de s'approvisionner, à titre quasi-exclusif, auprès d'elle. En d'autres termes, le coût d'approvisionnement pour chaque franchisé se traduit par des dettes envers le franchiseur, dont celui-ci module l'exigibilité et le règlement

pour assurer le développement de son réseau.

Les autres enseignes reposent sur un modèle différent, et notamment la société Speed Rabbit Pizza dont les affiliés peuvent s'approvisionner auprès de fournisseurs agréés par le franchiseur, qu'ils paient directement.

La société DPF consent à ses franchisés en difficulté, du fait de la faible rentabilité imposée, des délais de paiement dépassant très largement les *maxima* permis par la loi.

Ce faisant, elle leur permet de continuer leur activité sans se soucier d'avoir à payer leurs dettes de fourniture, étant observé qu'adossée à un groupe mondial, capitalisé à plusieurs dizaines de milliards de dollars, la société DPF dispose des moyens financiers de supporter ces impayés.

Le cas échéant, la société DPF procède à la conversion de ces créances en prêts à moyen ou long terme à ses franchisés.

Elle prend également des participations minoritaires chez certains franchisés pour effectuer des apports en compte courant d'associé et soutenir ainsi artificiellement leur trésorerie.

La société DPF consent aussi des abandons de créances à certains affiliés, ou même rachète des points de vente en difficulté pour le prix des créances impayées, avant de les revendre en dessous de cette valeur.

La société Speed Rabbit Pizza, victime de la concurrence déloyale ainsi mise en œuvre par la société Domino's Pizza France, a réagi comme suit.

Elle a tout d'abord saisi le Conseil de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires tendant à mettre fin à une pratique de prix abusivement bas. Mais le Conseil de la concurrence a rejeté cette demande, par une décision n°02-D-64 du 23 octobre 2002, considérant que, dans la zone de chalandise locale de franchisés en concurrence, il n'était pas établi que les prix pratiqués étaient de nature à avoir un effet d'éviction.

La société Speed Rabbit Pizza a ensuite informé la DGCCRF des

comportements illicites de la société DPF qui lui causaient un préjudice notamment en matière de dépassement des délais légaux de paiement. Plusieurs procès-verbaux ont été dressés constatant effectivement des délais très au-delà des *maxima* permis par la loi (cf prod. 1).

La société Speed Rabbit Pizza a aussi saisi la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) d'une demande d'avis, lequel a été rendu le 7 mai 2008 (cf prod. 2), constatant que « *les délais de paiement dont bénéficient les membres de ce réseau de franchise apparaissent dans l'ensemble élevés, compte tenu de l'activité exercée. Dans un tiers des cas, au moins, ils peuvent être considérés comme excessifs* », ajoutant que « *les délais de crédit fournisseurs anormalement élevés constatés pour certains franchisés sont de toute évidence, en grande partie, les effets de l'insuffisante rentabilité de ceux-ci depuis vraisemblablement plusieurs exercices consécutifs* ». La CEPC a néanmoins estimé qu'elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour connaître les montants des crédits accordés dans chacun des cas par la société Domino's Pizza France à ses franchisés, renvoyant aux services de la DGCCRF le soin de procéder à des vérifications plus approfondies, tout en observant que le franchiseur avait contribué de façon substantielle à la situation.

La société Speed Rabbit Pizza a, à ce propos, été confrontée à l'absence de transparence des comptes du groupe Domino's, ce qui l'a conduite à entreprendre des démarches administratives pour obtenir une copie des procès-verbaux dressés par la DGCCRF et à assigner des franchisés DPF pour qu'ils publient leurs comptes, afin de réunir suffisamment d'éléments comptables sur les effets délétères des pratiques mises en œuvre par la société DPF.

Dans la même perspective, la société Speed Rabbit Pizza a assigné la société Domino's Pizza France, en invoquant la concurrence déloyale, pour obtenir sa condamnation à déposer ses comptes annuels au greffe. L'exposante a obtenu gain de cause par un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 18 mars 2014, étant précisé que la société DPF s'est désistée de son pourvoi (n° H 14-23.936) formé contre cet arrêt.

La société Speed Rabbit Pizza a, parallèlement, missionné la société Sorgem, expert économique et financier, pour analyser les pratiques de la société DPF et leurs conséquences. La société Sorgem a rendu un rapport le 13 mars 2012, complété par deux études complémentaires le 3 septembre 2013 et le 21 décembre 2016 (cf prod. 3).

2. Par acte du 20 mars 2012, la société Speed Rabbit Pizza a assigné la société DPF devant le tribunal de commerce de Paris en réparation des préjudices subis par la concurrence déloyale mise en œuvre par cette dernière.

La société DPF s'est, reconventionnellement, prétendue victime d'actes de dénigrement et d'abus du droit d'agir en justice.

Par jugement du 7 juillet 2014, le tribunal de commerce de Paris a :

- déclaré irrecevables certaines des pièces produites par la société Speed Rabbit Pizza ;
- débouté la société Speed Rabbit Pizza de l'ensemble de ses demandes ;
- condamné la société Speed Rabbit Pizza à payer la somme de 2.300.000 € à la société DPF à titre de dommages-intérêts pour dénigrement, procédure abusive et désorganisation de réseau ;
- ordonné l'exécution provisoire et la publication du dispositif du jugement ;
- condamné la société Speed Rabbit Pizza à payer la somme de 487.852 € à la société DPF au titre de l'article 700 du code de procédure civile sur la base de prétendus « *justificatifs* » produits à l'audience par la société DPF et donc insusceptibles d'une réelle discussion contradictoire.

La société Speed Rabbit Pizza a interjeté appel.

Par arrêt du 25 octobre 2017, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement entrepris, sauf en ce qu'il avait déclaré irrecevables certaines pièces de l'exposante et en ce qu'il l'avait condamnée à payer la somme de 2.300.000 € à la société DPF pour dénigrement, procédure abusive et désorganisation de réseau.

Statuant à nouveau, la cour d'appel a :

- déclaré recevables les pièces de la société Speed Rabbit Pizza ;
- rejeté la demande de la société DPF pour procédure abusive ;
- condamné la société Speed Rabbit Pizza à payer la somme de 500.000 € à la société DPF en réparation des pratiques de dénigrement.

Y ajoutant, la cour d'appel a :

- rejeté la demande de publication de l'arrêt ;
- condamné la société Speed Rabbit Pizza à payer la somme de 50.000 € à la société DPF au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué.

DISCUSSION :

OBSERVATIONS PRÉALABLES :

3. Le présent litige oppose deux franchiseurs au plan national.

Le pourvoi conteste, d'une part, le rejet des demandes indemnitaires de la société Speed Rabbit Pizza contre la société Domino's Pizza France (1^{er} moyen), d'autre part, sa condamnation à indemniser cette dernière au titre de prétendus actes de dénigrement (2nd moyen).

S'agissant du premier moyen, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, considéré que ni les fautes reprochées à la société DPF, ni le lien de causalité entre ces fautes et le préjudice subi par l'exposante, n'étaient établis.

Mais elle a limité son analyse à un niveau local, en se bornant à examiner si les pratiques de tel point de vente DPF avaient causé un dommage concurrentiel à tel point de vente SRP situé dans la même zone de chalandise.

La société Speed Rabbit Pizza insistait pourtant sur la nécessité de procéder à une analyse intégrant la dimension nationale du marché de la pizza livrée ou à emporter, pour apprécier les effets anticoncurrentiels de la politique mise en œuvre par la société DPF.

S'agissant du second moyen, la cour d'appel a imputé une faute à la société Speed Rabbit Pizza pour des propos et écrits de M. Daniel Sommer, son dirigeant.

Ces propos ont cependant été tenus à titre personnel. De surcroît, la qualification de dénigrement ne pouvait être retenue, lesdits propos et écrits n'étant susceptibles d'être contestés que sur le fondement de la diffamation.

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt confirmatif attaqué **d'avoir** débouté la société Speed Rabbit Pizza (SRP) de ses demandes indemnitaires contre la société Domino's Pizza France (DPF) et **de l'avoir** condamnée à payer à celle-ci la somme de 50.000 € en appel et celle de 487.852 € en première instance au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

SUR LES FAUTES DE LA SOCIÉTÉ DOMINO'S PIZZA FRANCE :

I) AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE, sur les délais de paiement, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) allègue que la société Domino's Pizza France (DPF) accepterait de ne pas être réglée dans les délais légaux afin d'offrir artificiellement à ses franchisés un avantage concurrentiel indu sur leurs concurrents en vue de les évincer ; que l'avis du 7 mai 2008 du CEPC, sollicité par SRP, ne permet pas, sur la base des éléments comptables mis à la disposition de ses rapporteurs, d'établir cette allégation ; qu'il faudrait encore que preuve soit faite de dépassements significatifs et suffisamment fréquents et que seuls les services de la DGCCRF seraient en mesure de vérifier si le franchiseur a réellement fait preuve de laxisme vis-à-vis de ses franchisés ; que la note d'information de la DGCCRF du 23 juillet 2010 relative au respect des délais de paiement dans le secteur de la restauration livrée a porté sur plus de 300 établissements appartenant à de nombreux réseaux du secteur et a donné lieu, pour les chaînes de pizzas livrées, à 10 notifications d'information, 9 rappels à la réglementation et 4 procès-verbaux ; que SRP n'apporte aucune preuve de la poursuite de DPF sur la base des procès-verbaux transmis au parquet ; que pour prouver cette allégation SRP verse aux débats une simple consultation réalisée pour son compte par le cabinet Sorgem et intitulée « *Avis sur la valeur du préjudice subi par SRP du fait des pratiques de concurrence déloyale de DP* », qui e fait l'objet de deux livraisons du 13 mars 2012 (pièce 26) et du 3 septembre 2013 (pièce 60) au demeurant non signées et ne faisant aucune mention de leurs auteurs ; que ces analyses, qui ont évolué selon les deux versions présentées, reposent sur des agrégats comptables de sociétés qui ne distinguent pas toujours les dettes du fournisseur DPF des autres dettes de l'exploitation des sociétés concernées ou extrapolent à partir de données indéterminées les ratios qu'elles privilégient de façon arbitraire et non justifiée, introduisant un biais dans leurs résultats, dont il ne saurait être tiré de conclusions définitives, au surplus du fait de leur absence de caractère contradictoire, que, dès lors, SRP ne prouve pas que DPF a organisé une stratégie générale de délais de paiement illicites favorable à l'éviction de leurs

concurrents par ses franchisés (jugt, p. 6 et 7) ;

1°) ALORS QU' une concurrence déloyale peut résulter de la commission, par un professionnel, d'un fait illicite qui cause un dommage à l'un de ses concurrents ; que le délai de paiement des sommes dues ne peut, sauf convention contraire entre les parties, dépasser trente jours suivant la réception de la marchandise, et ne peut en toute hypothèse, en cas de dérogation contractuelle, excéder soixante jours à compter de l'émission de la facture ; qu'en l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir que la société Domino's Pizza France (DPF) pratiquait, avec ses franchisés, une politique de dépassement systématique des délais de paiement imposés par la loi (concl., p. 49) ; qu'elle se fondait sur trois preuves concordantes : un ratio de rotation des comptes clients qui faisait ressortir un délai moyen supérieur à deux mois, et pouvant atteindre près de sept mois, de 1999 à 2014, la restructuration de la dette de nombreux franchisés, par une conversion en prêts des dettes dont le délai de paiement avait été dépassé, et le non-recouvrement des créances par le franchiseur pour soutenir artificiellement ses franchisés en difficultés structurelles ; que pour affirmer néanmoins que la preuve du dépassement des délais légaux n'était pas établie, la cour d'appel a jugé, par motifs réputés adoptés, que la société DPF n'avait pas été poursuivie par la DGCCRF et que les deux études réalisées par la société Sorgem n'étaient pas suffisamment probantes (jugt, p. 6 § 10 à 12) ; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la preuve d'un dépassement fréquent des délais légaux de paiement résultait du troisième rapport établi par la société Sorgem, produit en cause d'appel, qui avait modifié sa méthodologie sur ce point (not. p. 12 et 17), des procès-verbaux établis par la DGCCRF et de l'ampleur des dettes accumulées par certains franchisés, qui ressortait notamment des pièces annexées aux conclusions d'appel de la société Speed Rabbit Pizza, peu important l'absence de poursuites par la DGCCRF, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 de ce code ;

II) AUX MOTIFS ADOPTÉS QUE, sur la violation des règles du monopole bancaire, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) fait valoir que la société Domino's Pizza France (DPF) accorde à ses franchisés des prêts en violation du monopole bancaire prévu par l'article L. 511.5 du code monétaire et financier, leur offrant ainsi un avantage concurrentiel indu sur leurs concurrents en vue de les évincer ; que SRP fait valoir que les comptes annuels de DPF révèlent l'octroi de prêts habituels à ses franchisés ; qu'elle allègue que ces prêts sont prohibés selon l'article L. 515-5 du code monétaire et financier, lequel dispose qu'il est interdit à toute personne autre qu'un

établissement de crédit d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel ; que, pour prouver cette allégation, SRP vise le tableau annuel des filiales et des participations de DPF qui est joint aux comptes annuels ; que celui-ci n'est pas révélateur de conventions « illicites », mais donne des informations sur les relations financières des entreprises ayant entre elles des liens en capital et dont l'article L 511-7 13° du code monétaire et financier autorise la pratique ; que par ailleurs, aux termes de l'article L 511-7 I 1° du code monétaire et financier, les interdictions prévues par l'article L 511-5 du même code ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse dans l'exercice de son activité professionnelle consentir des délais ou des avances de paiement dès lors que ceux-ci sont étroitement liés à son activité commerciale ; que cette position est conforme à l'avis de la Commission bancaire du 12 décembre 2000 et largement partagée par la jurisprudence ; que DPF est le fournisseur exclusif des denrées brutes incorporées dans les pizzas vendues par ses franchisés ; que ce modèle d'affaires est une spécificité de DPF par rapport à ses concurrents ; que ces derniers, indépendamment de la forme sous laquelle ils exercent, laissent aux franchisés la liberté de s'approvisionner auprès de l'un quelconque des fournisseurs agréés qu'ils désignent ; que SRP relève elle-même que les facilités financières en litige sont octroyées à titre onéreux ; que leur caractère supposément anormal n'est pas démontré ; que SRP, consciente de la faiblesse de son argumentation, complète celle-ci en citant notamment l'exemple de la société SERT, franchisée DPF exploitant deux fonds de commerce à Toulouse ; que cet exemple n'est toutefois pas pertinent dans la mesure où le litige entre les deux sociétés porte notamment, aux dires des parties, sur le règlement des dettes non financières du franchisé envers le franchiseur ; que le tribunal ne saurait se satisfaire d'affirmations telles que « *L'octroi de prêts aux franchisés relève de la politique générale de DPF à un niveau plus global* » pour suppléer à l'absence de preuves permettant de connaître précisément les points de vente concernés, les montants des crédits accordés ainsi que le nombre de cas litigieux ; que la violation du monopole bancaire n'est pas démontrée (jugt, p. 7 et 8) ;

2°) ALORS QU' il est interdit, sous peine de sanctions pénales, à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel ; que cette interdiction ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise puisse, dans l'exercice de son activité professionnelle, consentir à ses cocontractants des délais ou avances de paiement ; que cependant cette faculté suppose que les délais ou avances consentis respectent les prescriptions légales et réglementaires en la matière ; qu'en l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir que l'exception au monopole bancaire prévue en cas d'octroi de délais ou d'avances de paiement ne pouvait pas s'appliquer aux pratiques de la société Domino's Pizza France (DPF) qui constituaient de véritables prêts proscrits, ne pouvant être assimilés à des délais de paiement

(concl., p. 50 et 51) ; que pour débouter la société SRP, la cour d'appel a considéré, par motifs réputés adoptés, que les facilités financières octroyées par la société DPF à ses franchisés l'étaient à titre onéreux et que leur caractère anormal n'était pas démontré (jugt, p. 7 § 9) ; qu'en se prononçant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il s'agissait de véritables prêts, contrevenant par conséquent au monopole bancaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 511-5 et L. 511-7 I 1° du code monétaire et financier, et de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

3°) ALORS QU' il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel ; que cette interdiction ne fait pas obstacle à ce qu'une entreprise puisse procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ; qu'en l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir que la société Domino's Pizza France (DPF) prêtait habituellement des sommes d'argent à de nombreux franchisés, notamment par apports en compte courant d'associé, grâce à une participation très minoritaire dans le capital des franchisés concernés (concl., p. 52) ; qu'elle faisait valoir que cette participation n'était pas susceptible de traduire un contrôle sur le franchisé, au sens de l'article L. 511-7 I 3° du code monétaire et financier, autorisant le franchiseur à lui consentir des prêts à titre habituel ; que pour juger néanmoins le contraire, la cour d'appel s'est bornée à considérer, par motifs réputés adoptés, que le tableau annuel des filiales et des participations de DPF n'était pas révélateur de conventions illicites, mais donnait des informations sur les relations financières des entreprises ayant entre elles des liens de capital, l'article L. 511-7 I 3° du code monétaire et financier en autorisant la pratique (jugt, p. 7 § 6) ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si le lien en capital invoqué par la société DPF était de nature à lui conférer un contrôle sur ses franchisés, condition nécessaire à la dérogation qu'elle invoquait au monopole bancaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 511-5 et L. 511-7 I 1° du code monétaire et financier, et de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

III) AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur l'existence d'ententes anticoncurrentielles, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) estime que les accords verticaux de nature financière entre une tête de réseau et ses franchisés, en termes de délais de paiement, prêts, comptes d'associés, rachats

de fonds, sont constitutifs d'une entente au sens des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE s'ils ont pour objet ou pour effet d'évincer des concurrents ou d'édifier des barrières à l'entrée ; que la société Domino's Pizza France (DPF) rappelle cependant à juste titre que c'est dans le cadre du Règlement par catégorie n°330/2010 de la Commission européenne que doit être appréciée la relation verticale entre le franchiseur DPF et ses franchisés pour déterminer l'existence d'une entente ; qu'au titre de ce Règlement, les accords verticaux sont considérés comme licites dès lors que la part de marché de toutes les parties à ces accords ne dépasse pas 30% et hormis les cas de clauses dites « noires » ; qu'au-delà de ce seuil, les accords verticaux peuvent bénéficier d'une exemption individuelle au cas par cas selon l'article 101 § 3 du TFUE ; que la société SRP ne démontre pas que la société DPF dépasse le seuil de 30% d'un quelconque marché pertinent ; que par ailleurs, l'entente alléguée ne constitue pas un accord sur les prix, les quantités ou répartissant les zones territoriales de vente des franchisés, non exemptable (arrêt, p. 9 § 3 à 7) ;

4°) ALORS QUE sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; que le Règlement de la Commission européenne n°330/2010 du 20 avril 2010 prévoyant l'exemption de certaines pratiques d'entente ne s'applique qu'aux « accords verticaux », définis comme « *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* » ; que l'accord entre un franchiseur et ses franchisés par lequel le premier consent aux seconds des conditions financières telles qu'elles permettent de maintenir, de manière déloyale, le potentiel concurrentiel du réseau de franchise, ne constitue pas un accord vertical au sens de ce texte ; qu'en décidant le contraire, aux motifs impropres qu'il n'était pas démontré que la société Domino's Pizza France (DPF) dépassait le seuil de 30% d'un quelconque marché pertinent au sens du règlement et que l'entente alléguée ne constituait pas un accord sur les prix, les quantités ou répartissant les zones territoriales de vente des franchisés (arrêt, p. 9 § 6), sans rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 55), si les pratiques dénoncées constituaient un accord vertical au sens du Règlement et entraient dès lors dans son champ d'application, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code, et du Règlement n°330-2010 du 20 avril 2010 ;

IV) AUX MOTIFS PROPRES QUE, sur l'existence d'une pratique constitutive d'abus de position dominante, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) soutient que la stratégie de la société Domino's Pizza France (DPF) est précisément de créer des barrières à l'entrée sur le marché, en utilisant ses relations avec les membres de son réseau ; que la société SRP soutient que la société DPF est parvenue à limiter, à son profit et à celui de ses franchisés, l'expansion des réseaux concurrents, puis à réduire leur importance tandis que le réseau DPF croissait, que son réseau repose sur une marque notoire, et que la société DPF a construit une position dominante parvenant à 65% de parts de marché parmi les enseignes nationales de franchise ; que la société DPF réplique que la société SRP ne démontre à aucun moment qu'elle détiendrait une position dominante et que l'existence d'une multitude de concurrents et les spécificités du marché, caractérisé notamment par l'absence de barrières à l'entrée, excluent que la société DPF puisse détenir un pouvoir de marché significatif et pérenne sur ses zones de chalandise ; qu'en l'absence de définition du marché pertinent et de la caractérisation d'une position dominante de la société DPF, ce moyen sera également rejeté (arrêt, p. 9 § 8 à 11) ;

5°) ALORS QUE l'abus de position dominante constitue un acte de concurrence déloyale dès lors qu'il cause un dommage à un concurrent de son auteur ; qu'en l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir qu'il existait un marché national de la pizza livrée ou à emporter, sur lequel intervenaient des enseignes notoires, pour certaines mondiales, la plupart reposant sur le principe de la franchise, qu'il convenait de ne pas confondre avec les marchés locaux sur lesquels les différents franchisés se faisaient concurrence (concl., p. 16) ; qu'elle ajoutait que la société Domino's Pizza France (DPF) détenait en 2016 50,8% des parts de ce marché national en nombre de points de vente et 66% en valeur (concl., p. 17) ; qu'elle faisait également valoir que le développement du réseau DPF reposait sur une stratégie d'ensemble consistant à conquérir des parts de marché au détriment de la rentabilité, de nombreux points de vente Domino's Pizza ne parvenant pas à équilibrer leurs comptes, et ce afin de créer des barrières à l'entrée du marché, ce qui était même revendiqué par la société DPF pour attirer de nouveaux franchisés, ainsi qu'il résultait d'une plaquette de présentation produite aux débats (concl., p. 21) ; qu'en déboutant cependant la société SRP de ses demandes aux motifs de « *l'absence de définition du marché pertinent et de la caractérisation d'une position dominante de la société DPF* » (arrêt, p. 9 § 11), sans rechercher, comme elle y était invitée, si le marché pertinent devait s'apprécier de manière duale, la société DPF détenant une position dominante sur le marché national de la pizza livrée ou à emporter, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu

l'article 1240 du même code, et de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE, EN TOUTE HYPOTHÈSE, commet un acte de concurrence déloyale le professionnel qui, par des procédés déloyaux, désorganise le marché sur lequel il exerce son activité, peu important que ces procédés, pris isolément, apparaissent licites ; qu'en l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir qu'elle reprochait à la société Domino's Pizza France (DPF) l'exploitation abusive de son modèle économique, dit « *High Volume Mentality* » (HVM), qui reposait sur une stratégie de forclusion du marché, et non de concurrence par les mérites (concl., p. 19 dernier §) ; qu'elle exposait que, dans la mesure où la société DPF était le fournisseur quasi-exclusif de ses franchisés, elle avait perverti ce modèle en consentant à ses franchisés en difficulté des délais de paiement excessifs, puis en convertissant des dettes largement échues en prêt à court ou moyen terme, voire en consentant des abandons de créance, tout en octroyant des prêts à ses franchisés notamment par le biais de comptes courants d'associé (concl., p. 21 et 22 ; p. 23 et s.) ; qu'elle faisait valoir que la combinaison de ces différentes pratiques, qui faisait « système » selon le rapport Sorgem du 21 décembre 2016, avait à la fois pour objet et pour effet de désorganiser la concurrence tant au niveau local que national (concl., p. 60 à 64) ; qu'en se bornant, par motifs propres et adoptés, à affirmer que l'illicéité des pratiques dénoncées, analysées isolément, n'était pas établie, sans rechercher, comme elle y était invitée, si ces pratiques, prises ensemble, s'analysaient en un système permettant aux franchisés DPF de se maintenir sur les marchés locaux malgré de lourdes dettes de fourniture envers leur franchiseur, ce qui revenait à un soutien financier déloyal de nature à désorganiser le bon fonctionnement du marché de la pizza livrée ou à emporter, tant au niveau local que national, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

SUR LE LIEN DE CAUSALITÉ :

AUX MOTIFS QUE le bien-fondé d'une action en concurrence déloyale est subordonné à l'existence d'un fait fautif générateur d'un préjudice ; que peut ainsi constituer une faute la méconnaissance, par un commerçant, de la réglementation qui lui est applicable car, en se dispensant des contraintes imposées par les textes, il s'octroie un avantage par rapport à ses concurrents ; que la société Speed Rabbit Pizza (SRP), en se fondant sur la violation de la réglementation sur les délais de paiement et sur les prêts bancaires, grâce à

laquelle la société Domino's Pizza France (DPF) aurait maintenu artificiellement en activité des franchisés non rentables, estime que la société DPF s'est rendue responsable à son égard d'une pratique de concurrence déloyale ; que cette pratique aurait eu pour effet de contraindre ses franchisés SRP à abandonner leur activité ou encore aurait provoqué une baisse de leur chiffre d'affaires, ce qui l'aurait elle-même privée des redevances que ceux-ci lui versent ; que cette pratique aurait également eu pour effet d'entraver le développement du réseau SRP, en érigeant des barrières à l'entrée et provoquer un préjudice d'image ; que les pratiques illégales dont il est fait état se déroulent sur les marchés géographiques locaux sur lesquels les franchisés des deux réseaux vendent leurs prestations aux consommateurs et sur lesquels ils sont en concurrence ; que « les zones de chalandise couvertes par les magasins de livraison de pizza sont restreintes », ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a souligné dans une décision 02-D-64 du 23 octobre 2002 ; que la société SRP n'apporte pas la preuve que, sur une zone géographique identifiée, dans laquelle il existerait une concurrence frontale entre un point de vente DPF et un point de vente SRP :

- les franchisés DPF auraient effectivement bénéficié de délais de paiement plus souples ou d'octroi de prêts ;
- ces franchisés en auraient alors profité pour pratiquer une politique commerciale et tarifaire agressive ;
- ce qui aurait conduit à l'éviction effective ou potentielle des franchisés SRP ;

que, sur le premier point, l'étude Mapp versée aux débats par la société DPF souligne à juste titre, en amont, l'« absence de démonstration d'un lien entre la présence d'un point de vente SRP et la mise en œuvre de pratiques anormales de DPF » ; qu'il ressort en effet de cette étude (p. 75) que les délais de paiement des franchisés DPF sont déconnectés de la présence ou non d'un point de vente SRP dans la zone de concurrence, ce qui démontre que leur objet n'est pas de financer une politique d'éviction des franchisés SRP ; qu'en effet, si ces pratiques avaient visé à l'éviction des franchisés SRP, elles auraient été ciblées sur les zones de chalandise où un franchisé DPF est en concurrence avec un franchisé SRP ; qu'aucun lien n'est donc établi entre, d'une part, l'octroi allégué de délais de paiement et, d'autre part, la présence ou l'absence de la société SRP dans la zone de chalandise considérée ; que, sur le deuxième point, si la société SRP prétend que les aides diverses de la société DPF auraient permis à ses franchisés de pratiquer des prix agressifs, elle ne rapporte pas non plus la démonstration d'une corrélation entre ces aides (délais de paiement et prêts) alléguées et la politique commerciale et promotionnelle des franchisés DPF, la façon dont les pratiques illégales influaient sur les prix des franchisés DPF n'étant pas analysée ; qu'au surplus, les franchisés étant supposés fixer librement leurs prix, il n'est pas évident qu'ils profitent d'une aide du franchiseur pour pratiquer des prix bas ; qu'en définitive, la société Domino's Pizza souligne à juste titre « l'absence de démonstration (par la société SRP) d'un lien entre les pratiques prétendument anormales de DPF et la mise en œuvre par les franchisés DPF d'une politique commerciale et tarifaire prétendument agressive » ; que, sur le troisième

point, le lien de causalité n'est pas démontré entre les pratiques et les dommages prétendument subis par les franchisés SRP et, indirectement par SRP elle-même, au travers d'une baisse des redevances ; que si la société SRP verse aux débats une étude établie par le cabinet Sorgem, mettant en évidence (p. 24 de la pièce 131) que, sur un échantillon de 65 fermetures de points de vente SRP en concurrence avec les franchisés de DPF sur leur zone de chalandise, de 2003 et 2015, 59 fermetures sont consécutives à une pratique « anormale » du point de vente de DPF, cette « consécuitivité » ne démontre pas un lien de causalité, mais le présume alors que les difficultés que subissent les magasins SRP peuvent provenir de causes externes (événements conjoncturels, erreurs de management ou de stratégie, crise économique, structure des coûts mal maîtrisée : cf rapport Mapp, p. 32, pièce 33 de DPF) ; qu'il en est de même de l'étude de l'échantillon de 103 points de vente de la société SRP, concurrents des points de vente de DPF, sur la période 2003 et 2015 ; que si ces études établissent que 103 points de vente de SRP ont connu une baisse de chiffre d'affaires et que 66 sur ces 103 ont connu cette baisse à la suite d'une pratique anormale de DPF (p. 26), là encore, le lien de causalité est présumé ; qu'il n'est pas tenu compte de la concurrence exercée par d'autres points de vente que ceux de DPF ; qu'aucun lien de causalité entre les prétendues fautes et le préjudice invoqué n'est établi, les dommages allégués pouvant s'expliquer par des motifs autres que les pratiques de concurrence déloyale ; qu'au demeurant, les rapports Mapp produits par la société DPF démontrent clairement que toute stratégie d'exclusion, telle que celle soutenue par la société SRP, était vouée à l'échec sur un marché aussi concurrentiel que celui de la vente de pizzas ; que, sans qu'il soit besoin d'évaluer les pratiques prétendument illégales alléguées par la société SRP, il y a donc lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société SRP de ses demandes au titre de la concurrence déloyale (arrêt, p. 8) ;

7°) ALORS QUE le juge ne peut fonder exclusivement sa décision sur une expertise non contradictoire réalisée à la demande de l'une des parties, lorsque cette expertise n'est pas corroborée par des éléments extérieurs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a exclu tout lien de causalité entre les fautes reprochées à la société Domino's Pizza France (DPF) et le préjudice subi par la société Speed Rabbit Pizza (SRP) en considérant qu'il résultait de l'étude Mapp, versée aux débats par la société DPF, « l'absence de démonstration d'un lien entre la présence d'un point de vente SRP et la mise en œuvre de pratiques anormales de DPF » (arrêt, p. 8 § 4), que, selon cette étude, les fermetures de points de vente SRP pouvaient s'expliquer par d'autres causes que les comportements imputés à DPF (arrêt, p. 8 § 7) et que « les rapports Mapp produits par la société DPF démontrent clairement que toute stratégie d'exclusion telle que celle soutenue par la société SRP, était vouée à l'échec sur un marché aussi concurrentiel que celui de la vente de pizzas » (arrêt, p. 8

dernier §) ; qu'en se prononçant ainsi par la seule référence aux études Mapp, qui n'avaient pas été établies contradictoirement et qui étaient expressément contestées par la société SRP, sans relever d'éléments extérieurs les corroborant, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile et le principe d'égalité des armes tel qu'il résulte de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

8°) ALORS QUE le lien de causalité se prouve par tout moyen, notamment par des présomptions graves, précises et concordantes ; qu'en l'espèce, en jugeant que le lien de causalité allégué par la société Speed Rabbit Pizza (SRP) n'était pas démontré, mais seulement « *présumé* », au regard des éléments produits aux débats (arrêt, p. 8), la cour d'appel a considéré que la preuve du lien de causalité entre les fautes reprochées à la société Domino's Pizza France (DPF) et le préjudice subi par la société SRP ne pouvait pas être rapportée par le seul recours à des présomptions ; qu'en se prononçant ainsi, en méconnaissance de la liberté de la preuve du lien de causalité, la cour d'appel a violé les articles 1315 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenus les articles 1353 et 1382 du même code ;

9°) ALORS QUE l'acte de concurrence déloyale qui cause un préjudice à un concurrent expose son auteur à en réparer les conséquences ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les délais de paiement et les prêts octroyés par la société Domino's Pizza France (DPF) à ses franchisés et le préjudice subi par la société Speed Rabbit Pizza (SRP) en retenant que, selon l'étude Mapp, « *les délais de paiement des franchisés DPF sont déconnectés de la présence ou non d'un point de vente SRP dans la zone de concurrence, ce qui démontre que leur objet n'est pas de financer une politique d'éviction des franchisés SRP* », et que « *si ces pratiques avaient visé à l'éviction des franchisés SRP, elles auraient été ciblées sur les zones de chalandise où un franchisé DPF est en concurrence avec un franchisé SRP* », pour en conclure qu'« *aucun lien n'est établi entre, d'une part, l'octroi allégué de délais de paiement et d'autre part la présence ou l'absence de la société SRP dans la zone de chalandise considérée* » (arrêt, p. 8 § 5) ; qu'en se prononçant ainsi, par des considérations seulement relatives à la situation de concurrence locale entre un franchisé DPF et un franchisé SRP, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'octroi de délais de paiement illicites et de prêts en méconnaissance du monopole bancaire s'inscrivaient dans une stratégie globale et nationale d'éviction des concurrents de la société DPF, c'est-à-dire notamment des franchiseurs, en maintenant artificiellement en activité des franchisés DPF qui, si le jeu de la libre concurrence avait été respecté, auraient cessé leur exploitation ou auraient choisi un autre réseau, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du

code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

10°) ALORS QUE la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir que les pratiques de la société Domino's Pizza France (DPF), qui était le fournisseur quasi exclusif de ses franchisés, aboutissaient, en octroyant des délais de paiement et des prêts à ses franchisés, à leur permettre de maintenir leur activité artificiellement, ce qui nuisait au jeu normal de la concurrence entre les franchisés en allégeant les charges supportées par les franchisés DPF, par une compression volontaire de leurs marges aboutissant indirectement à une égale compression des marges des réseaux concurrents (concl., p. 56) ; qu'en considérant que la corrélation entre les aides apportées par la société DPF à ses franchisés et la politique commerciale et promotionnelle des franchisés DPF n'était pas établie dans la mesure où l'influence de ces pratiques sur les prix n'était pas analysée et où il n'était « *pas évident* » que les franchisés DPF profitent d'une aide du franchiseur pour pratiquer des prix bas, tandis que l'influence des pratiques dénoncées sur les prix pratiqués était indifférente, et qu'il lui appartenait de rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 58) si ces pratiques, en permettant de maintenir artificiellement en activité des franchisés DPF, avaient désorganisé le marché national des pizzas livrées ou à emporter en entraînant indirectement une compression des marges des réseaux concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

Sur la première branche du moyen :

4. La liberté du commerce et de l'industrie, constitutionnellement reconnue (Cons. constit., 16 janvier 1982, DC n°81-132), permet le libre exercice d'une entreprise et « a pour corollaire la règle de libre concurrence qui postule la licéité du préjudice concurrentiel : tout professionnel peut, en vertu de ce principe fondamental des rapports commerciaux, attirer à lui la clientèle de ses concurrents, sans que ceux-ci puissent le lui reprocher » (J-Cl. Concurrence - Consommation, Fasc. 240, *Domaine de l'action en concurrence déloyale*, par J. Passa et J. Lapousterie, n°1).

Toutefois, cette liberté « trouve sa limite dans l'usage excessif dont elle peut être l'objet, dans les comportements contraires aux règles de la probité professionnelle » (*op. cit.*), car :

« Le dévoiement de la liberté de concurrence ne doit pas perturber le jeu du marché. Il arrivera inévitablement que certains concurrents fassent un usage excessif de la liberté qui leur est ainsi reconnue dans la compétition économique en développant des pratiques anormales ou déloyales. L'intervention de la règle de droit s'avère, dès lors, indispensable pour aménager la liberté de la concurrence, intervention multiforme, mais qui, la plupart du temps, consiste à apporter des limitations aux composantes de la liberté de la concurrence ; ces limitations constituent une part importante du droit de la concurrence » (Rép. Dalloz Droit commercial, *Concurrence déloyale*, par Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, n°7).

L'une de ces limitations est la concurrence déloyale, systématisée en doctrine par le doyen Roubier (RTD com, 1948, p. 541) et que la jurisprudence sanctionne sur le fondement de la responsabilité civile (L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 2010, n°712).

Les faits susceptibles de caractériser une concurrence déloyale ont parfois été synthétisés en plusieurs catégories (L. Vogel, *ouvr. précit.*, n°725), qui ne sont cependant pas exhaustives puisque, s'agissant d'une responsabilité extracontractuelle, tout comportement fautif qui cause un dommage à un concurrent est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

À ce titre, constitue notamment un acte de concurrence déloyale tout fait de désorganisation de l'entreprise ou du marché.

Par exemple, la création d'une entreprise concurrente peut s'avérer déloyale si elle intervient dans des conditions de nature à porter atteinte à la libre concurrence (L. Vogel, *ouv. précit.*, n°730).

De même, la désorganisation peut résulter de la pratique du prix d'appel, qui consiste à revendre des produits à des prix tels que la marge bénéficiaire est extrêmement réduite, voire inexistante, le temps d'étouffer la concurrence (L. Vogel, *ouv. précit.*, n°736).

De même encore, et tout particulièrement, la désorganisation du marché et de l'entreprise peut résulter du non-respect d'une réglementation, car il est évident qu'une telle méconnaissance « *confère à celui qui se soustrait à la réglementation un avantage dans la concurrence* » (L. Vogel, *ouv. précit.*, n°738).

Ce n'est là que l'expression plus générale du principe selon lequel un acte illicite constitue une faute délictuelle, de sorte que la violation d'une règle édictée afin de protéger la concurrence ou les relations d'affaires caractérise une faute qui peut, le cas échéant, causer un préjudice à un concurrent.

Tel est par exemple le cas de la méconnaissance de l'interdiction de revente à perte édictée à l'article L. 442-2 du code de commerce (Com., 22 novembre 2017, n°16-18.028), ou de règles impératives de sécurité (Com., 28 septembre 2010, n°09-69.272), ou encore de l'obligation d'appliquer le taux de TVA en vigueur (Com., 9 mars 2010, n°08-16.752, Bull. civ. IV, n°46).

Dans le même ordre d'idée, la méconnaissance de la législation relative aux délais de paiement peut caractériser un acte de concurrence déloyale, lorsque les délais pratiqués entre un franchiseur et ses franchisés sont tel qu'ils aboutissent à dispenser ces derniers de payer leurs dettes envers le franchiseur dans le délai auquel un agent économique serait normalement tenu, leur permettant ainsi de se maintenir au niveau local tandis que le jeu normal de la concurrence ne leur aurait pas permis un tel maintien.

On rappellera à cet égard que l'article L. 441-6 I 8° du code de commerce, édicté au titre consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de

concurrence et autres pratiques prohibées, dispose qu'en principe, « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* », et que le 9° prévoit qu'en toute hypothèse le délai contractuellement prévu **ne peut excéder 60 jours à compter de l'émission de la facture.**

5. En l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) a fait valoir que la société Domino's Pizza France (DPF) pratiquait, avec ses franchisés, une politique de dépassement systématique des délais de paiement imposés par la loi (concl., p. 49).

Cette politique participe d'un dévoiement de la méthode dite « *High Volume Mentality* » (HVM), par laquelle le franchisé est incité à développer ses parts de marchés sans considération pour sa rentabilité.

Dans la mesure où la société DPF, qui est le fournisseur quasi-exclusif de ses affiliés, octroie des délais de paiement tels qu'en pratique de nombreux franchisés accumulent des dettes importantes sans avoir à les payer, en tout cas dans le délai auquel serait normalement soumis un agent économique dans ce secteur, il en résulte un avantage concurrentiel par rapport aux réseaux concurrents, dont les franchisés doivent payer, selon les délais légaux, leurs fournisseurs, tiers à la relation de franchise.

La société SRP se fondait sur trois preuves concordantes :

- un ratio de rotation des comptes clients de la société DPF faisant ressortir un délai moyen supérieur à deux mois, et pouvant atteindre près de sept mois, de 1999 à 2014 (concl., p. 25 et 26 et p. 33 et 34) ;
- la restructuration de la dette de nombreux franchisés, par une conversion des dettes dont le délai de paiement avait été dépassé en prêts, voire par l'octroi d'abandons de créances (concl., p. 27 à 32) ;
- et le fait que ces délais de paiement ne pouvaient s'expliquer que par les difficultés structurelles des franchisés DPF, dont l'activité était donc maintenue artificiellement par la pratique de leur franchiseur de ne pas leur réclamer le paiement de ses créances dans des délais normaux.

L'exposante en donnait plusieurs exemples, sur l'ensemble du territoire, tout à fait éclairants sur les pratiques de la société DPF (concl., p. 35 et s.) et produisait, en annexe de ses écritures, des tableaux récapitulatifs tout aussi éclairants (v. not. annexe 3, p. 94 et s.).

Elle dressait une liste de différents franchisés DPF en difficulté et précisait notamment leur dette fournisseur, c'est-à-dire envers la société DPF (concl., p. 42).

À titre d'exemple, on soulignera quelques situations particulièrement édifiantes :

- société Jessico à Annecy, ayant accumulé en quelques années 580.000 € de dette pour un chiffre d'affaires annuel de 765.000 € ;
- les sociétés Sert et T4 à Toulouse, qui ont cumulé une dette de plus d'un million d'euros envers leur franchiseur ;
- les sociétés Arse et Separs à Pau, qui ont accumulé une dette fournisseur de 493.000 € ;
- M. Boulhalid, franchisé multi-sites, notamment en région parisienne, qui a obtenu des prêts de son franchiseur pour plus d'un million d'euros selon ses propres affirmations ;
- les sociétés Eximius et Bacalan à Bordeaux, qui ont cumulé près de 600.000 € de dettes fournisseur, lesquelles ont finalement fait l'objet d'abandons de créances ;
- ou encore M. Bouanaka, franchisé multi-sites au sein de la métropole lilloise, qui a bénéficié d'abandons de créances.

Plusieurs de ces sociétés ont *in fine* déposé le bilan et, en toute logique, auraient dû libérer le marché local bien plus tôt si le jeu normal de la concurrence avait fonctionné, c'est-à-dire en l'absence du soutien anormal de la société DPF.

Ces différents éléments ont été notamment puisés par la société SRP dans les procès-verbaux établis par la DGCCRF (prod. 1) et dans l'étude de la société Sorgem du 21 décembre 2016, produite aux débats en cause d'appel (prod. 3), qui était nettement plus substantielle que les deux précédentes études de

cette société et, surtout, qui avait modifié sa méthodologie concernant le calcul des délais de paiement (v. not. p. 12 et 17).

L'exposante avait également produit en cause d'appel, en annexe de ses conclusions, des tableaux qui synthétisait les différents éléments de preuve recueillis.

La cour d'appel a pourtant jugé, par motifs réputés adoptés, que :

« L'avis du 7 mai 2008 du CEPC, sollicité par SRP, ne permet pas, sur la base des éléments comptables mis à la disposition de ses rapporteurs, d'établir cette allégation. Il faudrait encore que preuve soit faite de dépassements significatifs et suffisamment fréquents et que seuls les services de la DGCCRF seraient en mesure de vérifier si le franchiseur a réellement fait preuve de laxisme vis-à-vis de ses franchisés.

La note d'information de la DGCCRF du 23 juillet 2010 relative au respect des délais de paiement dans le secteur de la restauration livrée a porté sur plus de 300 établissements appartenant à de nombreux réseaux du secteur et a donné lieu, pour les chaînes de pizzas livrées, à 10 notifications d'information, 9 rappels à la réglementation et 4 procès-verbaux. SRP n'apporte aucune preuve de la poursuite de DPF sur la base des procès-verbaux transmis au parquet.

Pour prouver cette allégation, SRP verse aux débats une simple consultation réalisée pour son compte par le cabinet Sorgem et intitulée « Avis sur la valeur du préjudice subi par SRP du fait des pratiques de concurrence déloyale de DP », qui a fait l'objet de deux livraisons du 13 mars 2012 (pièce 26) et du 3 septembre 2013 (pièce 60) au demeurant non signées et ne faisant aucune mention de leurs auteurs. Ces analyses, qui ont évolué selon les deux versions présentées, reposent sur des agrégats comptables de sociétés qui ne distinguent pas toujours les dettes du fournisseur DPF des autres dettes de l'exploitation des sociétés concernées ou extrapolent à partir de données indéterminées les ratios qu'elles privilégient de façon arbitraire et non justifiée, introduisant un biais dans leurs résultats, dont il ne saurait être tiré de conclusions définitives, au surplus du fait de leur absence de caractère contradictoire.

Dès lors, SRP ne prouve pas que DPF a organisé une stratégie

générale de délais de paiement illicites favorable à l'éviction de leurs concurrents par ses franchisés, le tribunal déboutera SRP de ce chef de demande » (jugt, p. 6 et 7).

L'arrêt ne comporte aucun motif propre sur ce point.

Il s'ensuit que la cour d'appel, réputée avoir adopté les motifs du jugement à cet égard, n'a pas recherché, comme elle y était invitée par les conclusions d'appel de l'exposante, si la preuve d'un dépassement fréquent des délais légaux de paiement résultait du troisième rapport établi par la société Sorgem produit en cause d'appel, des procès-verbaux établis par la DGCCRF ou encore de l'ampleur des dettes accumulées par certains franchisés, telle qu'elle ressortait notamment des annexes aux conclusions d'appel de la société SRP.

Ce faisant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 de ce code.

Sur les deuxième et troisième branches du moyen réunies :

6. Dans la mesure où, comme on l'a rappelé, un acte de concurrence déloyale peut résulter de la méconnaissance d'une réglementation, il peut notamment procéder d'une violation des règles relatives au monopole bancaire.

Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier :

« Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel.

Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

Il résulte de ce texte, dont la méconnaissance est sanctionnée pénalement (art. L. 571-3 c. mon. et fin.), que seuls les établissements bancaires sont en principe admis à consentir des prêts à titre habituel.

Certes, ce principe du monopole bancaire connaît certaines exceptions.

Notamment, l'article L. 511-7 du même code prévoit que :

« 1. – Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

1. Dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ;

[...]

3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;

[...] ».

S'agissant d'exceptions, ces dispositions dérogatoires doivent être appréciées strictement et, en toute hypothèse, ne sauraient justifier la commission d'actes illicites, encore moins de concurrence déloyale.

Ainsi, l'autorisation de consentir des délais de paiement envisagée par l'article L. 511-7, I, 1^o, ne saurait jouer en présence de prêts « classiques » ne pouvant en aucun cas être assimilés à des délais de paiement. Dans cette hypothèse, le monopole bancaire s'impose.

De même, l'existence d'un réseau ou d'un groupe de sociétés ne saurait permettre de contourner l'article L. 511-5 du code monétaire et financier et permettre des prêts à titre habituel entre les différentes entreprises au sein de ce réseau.

À cet égard, l'exception prévue à l'article L. 511-7 I 3^o ne permet de prêts entre sociétés qu'à des conditions strictes. En effet, un tel prêt n'est

envisageable qu'à la double condition d'un lien en capital entre les entreprises liées et d'un contrôle effectif de l'entreprise prêteuse sur les entreprises emprunteuses, corollaire de ce lien en capital.

7. En l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza (SRP) faisait valoir que l'exception au monopole bancaire prévue en cas d'octroi de délais ou d'avances de paiement ne pouvait pas s'appliquer aux pratiques de la société DPF qui avait accordé à certains de ses franchisés de véritables prêts (concl., p. 50 et 51).

Or, pour débouter la société SRP de ses demandes, la cour d'appel a considéré, par motifs réputés adoptés, que les facilités financières octroyées par la société DPF à ses franchisés l'étaient à titre onéreux et que leur caractère anormal n'était pas démontré (jugt, p. 7 § 9).

Mais ces motifs sont insuffisants à établir la licéité des pratiques de prêts de la société DPF au bénéfice de ses franchisés, puisque de tels prêts ne peuvent être admis du fait de l'existence du monopole bancaire précité.

La cour d'appel n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si des prêts avaient été consentis par la société DPF à plusieurs de ses franchisés, c'est-à-dire si celle-ci avait commis des actes contrevenant au monopole bancaire.

La cour d'appel a donc privé sa décision de base légale au regard des articles L. 511-5 et L. 511-7 I 1° du code monétaire et financier, et de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

8. La société Speed Rabbit Pizza faisait encore valoir que la société DPF prêtait habituellement des sommes d'argent à de nombreux franchisés, notamment par des apports en compte courant d'associé, après avoir pris une participation très minoritaire dans le capital des franchisés concernés (concl., p. 52).

L'exposante faisait valoir que cette participation n'était pas susceptible de traduire un contrôle sur le franchisé autorisant le franchiseur à lui consentir des prêts à titre habituel, condition requise par la loi pour qu'une telle pratique

soit autorisée.

Pour juger le contraire, la cour d'appel s'est bornée à considérer, par motifs réputés adoptés, que le tableau annuel des filiales et des participations de DPF n'était pas révélateur de conventions illicites, mais donnait des informations sur les relations financières des entreprises ayant entre elles des liens de capital, l'article L. 511-7 I 3° du code monétaire et financier en autorisant la pratique (jugt, p. 7 § 6).

Ces motifs sont inopérants puisque la seule existence d'un lien en capital ne justifie pas la possibilité pour le franchiseur associé minoritaire d'octroyer des prêts à ses franchisés par ce biais.

La cour d'appel devait donc rechercher, comme elle y était invitée, si le lien en capital invoqué par la société DPF était de nature à lui conférer un contrôle sur les franchisés, condition nécessaire à la dérogation qu'elle invoquait au monopole bancaire.

En l'absence d'une telle recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 511-5 et L. 511-7 I 1° du code monétaire et financier, et de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

Sur la quatrième branche du moyen :

9. L'article L. 420-1 du code de commerce dispose que :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

Ce texte prohibe notamment les ententes par lesquelles un groupe d'entreprises s'accorde pour adopter un comportement de nature à limiter l'accès au marché ou, plus largement, l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises sur ce marché.

Cette prohibition se retrouve, en droit de l'Union, à l'article 101 du TFUE.

La forme de l'entente importe peu (Aut. conc., 8 déc. 2011, n°11-F-17). Elle n'a donc pas à revêtir la forme d'un accord écrit, encore moins une structure juridique particulière.

Elle peut, à ce titre, résulter de pratiques mises en place par un syndicat ou une association professionnelle (Aut. conc., 20 déc. 2012, n°12-D-26), sans qu'il soit nécessaire d'identifier l'ensemble des participants à l'entente, notamment lorsqu'il s'agit d'un réseau de distributeurs (Com., 11 juin 2013, n°12-13.961, Bull. civ. IV, n°98 ; Com., 7 octobre 2014, n°13-19.476).

Les mêmes principes s'appliquent aux réseaux franchisés, qui sont susceptibles de donner lieu à des accords verticaux ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, notamment en empêchant des franchisés ou affiliés d'adhérer au réseau ayant leur préférence (Com., 4 nov. 2014, n°12-25.419 ; Com., 23 sept. 2014, n°13-22.624 ; Com., 16 sept. 2014, n°13-18.710). Les pratiques en cause ne peuvent être justifiées qu'à condition d'être indispensables à l'identité et à la réputation du réseau (Com., 10 janv. 1995, n°92-17.892 et arrêts cités ci-dessus).

Certes, certains accords verticaux peuvent bénéficier d'une exemption, telle que celle prévue par le Règlement de la Commission européenne n°330/2010 du 20 avril 2010, à certaines conditions, notamment que le seuil atteint par les entreprises en réseaux n'excède pas 30% du marché considéré.

On précisera néanmoins que ce texte ne s'applique pas à tous les accords verticaux. L'article 1^{er} du Règlement dispose en son 1 a) que l'accord vertical entrant dans son champ d'application est l'« *accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* ».

Ainsi, par exemple, l'accord entre un franchiseur et ses franchisés par lequel le premier consent aux seconds des conditions financières telles qu'elles permettent de maintenir, de manière artificielle, le potentiel concurrentiel du réseau de franchise, ce qui a pour effet de porter atteinte aux réseaux concurrents, ne constitue pas un accord vertical au sens de ce texte, puisqu'il n'est pas relatif « *aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* ».

10. En l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza faisait valoir (concl., p. 54 et 55) que la société DPF avait conclu avec ses franchisés différents accords verticaux par lesquels elle leur a octroyé :

- des délais de paiement illicites,
- des prêts issus de la conversion de dettes largement échues ou d'un soutien financier de la société DPF par apport en compte courant, sous le prétexte de sa participation minoritaire dans le capital de nombreux franchisés,
- des abandons de créance consentis.

L'exposante ajoutait que la société DPF avait aussi effectué des rachats de fonds de commerce de certains de ses franchisés.

Elle soulignait que ces accords verticaux étaient de nature financière, et soutenait que :

« Les pratiques reprochées ne peuvent certainement pas entrer dans les prévisions du règlement 330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales, ce que suggère la société DPF, d'une part parce que les procédés mis en œuvre par DPF ne constituent pas

des restrictions liées aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre, ou revendre (article 1^{er}), mais constituent des conditions purement financières régies par d'autres règles que les règles de concurrence (délais de paiement, monopole bancaire), et, d'autre part, que les clauses du contrat de franchise DPF (qui comprend les clauses auxquelles s'applique le Règlement 330/2010) excluent expressément les délais de paiement constatés et n'envisagent ni les prêts, ni les comptes d'associés minoritaires » (concl., p. 54 dernier § et p. 55 § 1).

La cour d'appel a pourtant jugé que les accords verticaux dénoncés par l'exposante n'étaient pas constitutifs de concurrence déloyale :

« [...] la société DPF rappelle à juste titre que c'est dans le cadre du Règlement par catégorie n° 330/2010 de la Commission européenne que doit être appréciée la relation verticale entre le franchiseur DPF et ses franchisés pour déterminer l'existence d'une entente. Au titre de ce Règlement, les accords verticaux sont considérés comme licites dès lors que la part de marché de toutes les parties à ces accords ne dépasse pas 30% et hormis les cas de clauses dites « noires » ; au-delà de ce seuil, les accords verticaux peuvent bénéficier d'une exemption individuelle au cas par cas selon l'article 101 § 3 du TFUE.

La société SRP ne démontre pas que la société DPF dépasse le seuil de 30% d'un quelconque marché pertinent. Par ailleurs, l'entente alléguée ne constitue pas un accord sur les prix, les quantités ou répartissant les zones territoriales de vente des franchisés, non exemptable » (arrêt, p. 9 § 5 et 6).

Ces motifs sont impropres à exclure l'existence d'une entente prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

La cour d'appel ne s'est en effet prononcée sur le champ d'application du Règlement n° 330/2010 qu'en considération de deux éléments : l'absence de dépassement du seuil de 30% et l'absence d'allégation de stipulation, entre la société DPF et ses franchisés, de clauses dites « noires ».

Mais elle n'a pas recherché, comme elle y était pourtant invitée, si les pratiques dénoncées constituaient un accord vertical au sens du Règlement, et entraient dès lors dans son champ d'application, tandis que les pratiques dénoncées

concernaient les conditions financières de fonctionnement du réseau, non visées par le texte de droit de l'Union.

En ne procédant pas à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code, et du Règlement n° 330-2010 du 20 avril 2010.

Sur la cinquième branche du moyen :

11. L'article L. 420-2 du code de commerce dispose que :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

L'abus de position dominante prohibé par ce texte suppose la réunion de trois conditions cumulatives.

Il est d'abord préalablement requis la définition du marché pertinent, sur lequel s'exerce la domination. Classiquement, ce marché de référence est identifié par la nature des produits ou des services offerts, par la zone géographique sur laquelle il s'exerce et par la clientèle desservie (v. not. M.

Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 3^e édition, 2011, n°554 et s.).

On précisera que l'appréciation du marché pertinent peut s'avérer complexe, lorsque ce marché est lui-même composite.

Par exemple, la distribution de produits par le biais d'un réseau de magasins franchisés présente une dimension à la fois locale et nationale :

- locale puisque les points de vente sont exploités dans une zone de chalandise parfois très limitée géographiquement,
- nationale puisque les prix, les promotions, la publicité, voire les approvisionnements s'inscrivent dans un cadre national.

En ce cas, la concurrence s'exerce au niveau national, entre les franchiseurs, et au niveau local, entre les franchisés.

Dans son rapport d'activité pour l'année 2013, l'Autorité de la Concurrence a consacré son étude thématique aux marchés locaux, et souligné qu'une analyse des marchés locaux identifiés du point de vue des clients n'est pas toujours nécessaire, notamment « *lorsque les différents paramètres de l'offre sont décidés au niveau national plutôt que local* » (p. 73), et qu'une analyse « *duale* » s'impose alors, notamment « *lorsque le pouvoir de marché d'une entreprise donnée peut résulter non seulement de la faiblesse des concurrents sur certains marchés locaux, mais également de son positionnement sur le marché national* » (p. 74), par exemple sur le secteur de la distribution de détail de produits de grande consommation.

Ensuite, il est nécessaire d'établir l'existence d'une position dominante, laquelle peut être révélée de différentes façons (M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, précit., n°555), par exemple en contemplation d'un facteur quantitatif (part prépondérante sur le marché), de l'implantation sur plusieurs marchés (permettant par exemple de contrôler, en amont de la distribution, la chaîne d'approvisionnement), ou encore l'appartenance à un groupe puissant.

Enfin, l'abus de cette position dominante sur le marché pertinent doit être démontré, et peut par exemple résulter de comportement tendant à l'élimination d'un ou plusieurs concurrents, ou à ériger des barrières à l'entrée sur le marché.

Par exemple, il été jugé que la mise en place, par une entreprise verticalement intégrée détenant une position dominante sur le marché de gros, d'une politique de compression des marges était abusive dans la mesure où elle empêchait les concurrents d'opérer sur le marché de détail aux mêmes conditions que l'entreprise en position dominante, peu important que les prix pratiqués ne fussent pas en eux-mêmes abusifs (CJUE, 17 février 2011, Aff. C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*).

L'abus de position dominante peut ainsi résulter du comportement d'un opérateur national qui entretient au niveau local une concurrence artificiellement accrue afin de comprimer les marges des détaillants, ce qui a pour effet à la fois de faire disparaître *in fine* des concurrents locaux pourtant aussi efficaces et de dissuader les candidats à la création d'un point de vente local de rejoindre les réseaux concurrents.

Une telle stratégie permet alors, une fois la concurrence évincée, de capter l'essentiel de la clientèle locale, sans même avoir besoin de relever les prix, dans la mesure où, la concurrence étant éradiquée, il n'y a plus aucune compression sur les marges.

12. En l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza exposait qu'il existe un marché national de la pizza livrée ou à emporter, sur lequel interviennent des enseignes notoires, pour certaines mondiales, la plupart reposant sur le principe de la franchise, qu'il convient de ne pas confondre avec les marchés locaux sur lesquels les différents franchisés se font concurrence (concl., p. 16).

L'exposante en déduisait qu'il convenait de procéder à une analyse duale du marché pertinent (concl., p. 63 § H) :

« Plus de nombreux points de vente concurrents sont fragilisés, ou contraints à la fermeture, plus les réseaux concurrents sont eux aussi fragilisés, car ils deviennent moins attractifs pour les candidats franchisés. Une spirale négative s'engage inéluctablement : moins de points de vente = moindre attractivité = moins de redevances = moins de ressources financières = moins de publicité = diminution de l'attractivité de chaque point de vente locale = moindres chiffres d'affaires = diminution du

nombre de points de vente, etc. ».

L'exposante faisait valoir que la société DPF détenait, en 2016, 50,8% des parts du marché national de la pizza livrée ou à emporter en nombre de points de vente, et 66% en valeur (concl., p. 17).

Elle faisait également valoir que le développement du réseau DPF reposait sur une stratégie d'ensemble consistant à conquérir des parts de marché au détriment de la rentabilité, de nombreux points de vente Domino's Pizza ne parvenant pas à équilibrer leurs comptes, et ce afin de créer des barrières à l'entrée du marché.

Le modèle économique de Domino's Pizza repose en effet sur le « *High Volume Mentality* », où la rentabilité n'est pas présentée au franchisé comme l'objectif à atteindre, le franchisé devant se concentrer sur la conquête de parts de marché afin d'étouffer la concurrence.

Cette attitude est d'ailleurs revendiquée par la société DPF pour attirer de nouveaux franchisés, comme il résulte d'une plaquette de présentation produite aux débats (concl., p. 21), communiquée lors du rachat du réseau Pizza Sprint, et qui fait expressément état de l'objectif de « *créer des barrières à l'entrée pour la concurrence* ».

Les trois conditions de l'abus de position dominante étaient ainsi réunies :

- le marché pertinent, opposant les franchiseurs au niveau national, par le biais des franchisés locaux, était défini ;
- la position dominante de la société DPF était amplement démontrée, cette seule société franchisant plus de la moitié des commerces de pizza livrée ou à emporter en France ;
- l'abus était établi, comme résultant de pratiques destinées à épuiser la concurrence locale pour ensuite avoir un impact substantiel sur les concurrents nationaux.

La cour d'appel a pourtant écarté l'argumentation de la société SRP sur ce point en se bornant à énoncer que :

« En l'absence de définition du marché pertinent et de la caractérisation d'une position dominante de la société DPF, ce moyen sera rejeté » (arrêt, p. 9 § 11).

Ces motifs sont insuffisants à justifier le rejet des prétentions de la société SRP s'agissant de l'abus de position dominante.

La cour d'appel ne pouvait en effet énoncer que le marché pertinent n'avait pas été défini, ni la position dominante établie, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le marché pertinent devait s'apprécier de manière duale, la société DPF détenant une position dominante sur le marché national de la pizza livrée ou à emporter.

En ne procédant pas à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code, et de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Sur la sixième branche du moyen :

13. On a montré plus haut en quoi l'arrêt encourt la censure pour avoir énoncé, par motifs propres ou adoptés, que la preuve de l'illicéité des pratiques dénoncées par la société SRP, prises isolément, n'était pas rapportée.

Mais si ces différentes illicéités ne faisaient que confirmer le caractère déloyal du système mis en place par la société DPF, elles n'étaient pas nécessaires à la preuve du comportement fautif de cette dernière, puisqu'un procédé licite de concurrence peut être détourné pour commettre des actes de concurrence déloyale.

C'est précisément ce que faisait valoir la société Speed Rabbit Pizza, qui reprochait à la société DPF l'exploitation abusive de son modèle économique, dit « *High Volume Mentality* » (HVM).

On rappellera que ce modèle, dévoyé par la société DPF, repose sur une

stratégie de forclusion du marché, et non de concurrence par les mérites (concl., p. 19 dernier §).

La société SRP exposait à cet égard que, dans la mesure où la société DPF était le fournisseur quasi-exclusif de ses franchisés – ce qui la démarquait de ses concurrents, comme l’a relevé la cour d’appel – elle avait perverti ce modèle en consentant à ses franchisés en difficulté des délais de paiement excessifs, puis en convertissant des dettes largement échues en prêts à court ou moyen terme, voire en consentant des abandons de créance, tout en octroyant des prêts à ses franchisés notamment par des apports en compte courant d’associé, grâce à une prise de participation minoritaire (concl., p. 21 et 22 ; p. 23 et s.).

L’exposante faisait valoir que la combinaison de ces différentes pratiques, qui faisait « système » selon le rapport Sorgem du 21 décembre 2016 (cf prod. 3), avait à la fois pour objet et pour effet de désorganiser la concurrence tant au niveau local qu’au niveau national (concl., p. 60 à 64).

En d’autres termes, il ne suffisait pas d’examiner, pratique par pratique, leur seule licéité, mais il importait de vérifier également si ces pratiques, prises ensemble, traduisaient un procédé de concurrence déloyale visant à la désorganisation du marché au détriment des autres franchiseurs.

Or, la cour d’appel s’est bornée, par motifs propres et adoptés, à énoncer que l’illicéité des pratiques dénoncées, analysées isolément, n’était pas établie.

Elle n’a pas recherché, comme elle y était invitée, si ces pratiques, prises ensemble, s’analysaient en un système permettant à la société DPF de maintenir ses franchisés sur les marchés locaux malgré de lourdes dettes de fourniture envers leur franchiseur, ce qui revenait à un soutien financier déloyal, de nature à désorganiser le bon fonctionnement du marché de la pizza livrée ou à emporter, tant au niveau local que national.

En ne procédant pas à cette recherche, la cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard de l’article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016, devenu l’article 1240 du même code.

Sur les septième à dixième branches du moyen réunies :

14. S'il appartient au concurrent victime d'actes de concurrence déloyale d'apporter la preuve du lien de causalité entre les agissements en cause et le préjudice qu'il subit, cette preuve, s'agissant d'un fait, est libre.

Elle peut donc être rapportée par tout moyen, notamment par présomptions du fait de l'homme, définies à l'article 1353 ancien du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, dans les termes suivants :

« Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause ou de dol ».

L'article 1382 du code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, reprend cette règle de la liberté de la preuve sous une formulation très similaire.

Il s'en évince que le juge ne peut, lorsqu'il doit apprécier un fait dont la preuve est libre, ce qui est le cas du lien de causalité, restreindre l'objet de cette preuve, par exemple en se bornant à un raisonnement d'ordre général (Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n°05-20.317, Bull. civ. II, n°148).

C'est également pour cette raison que le juge du fond n'est pas admis à fonder sa conviction sur une expertise qui n'a pas été établie contradictoirement, sauf si les données de cette expertise sont corroborées par d'autres éléments dont la nature et la valeur ont été précisées (Civ. 3^e, 10 févr. 1976, n°74-14.320, Bull. civ. III, n°56

En effet, les rapports amiables, parce qu'ils sont établis à la demande de l'une des parties, ne présentent pas les mêmes garanties d'impartialité et d'objectivité que ceux établis par un expert judiciaire, ce qui explique qu'ils ne peuvent constituer, à eux seuls, un élément de preuve suffisant pour fonder la décision des juges.

Cette solution a été, depuis, rappelée à de nombreuses reprises (v. par ex. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n°05-14.333, Bull. civ. II, n°225 ; Civ. 3^e, 3 févr. 2010, n°09-10.631, Bull. civ. III, n°31), et réaffirmée en chambre mixte :

« Si un juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties » (Mixte, 28 sept. 2012, n°11-18.710 ; v. égal. : Civ. 2^e, 25 juin 2015, n°14-20.018, Bull. civ. II, n°138 ; Civ. 2^e, 5 mars 2015, n°14-10.861 ; Civ. 3^e, 11 juin 2014, n°12-29.738).

Sans doute quelques décisions ont-elles, par la suite, semblé restreindre la portée de cette solution en exigeant que l'opposabilité du rapport amiable ait été critiquée pour priver le juge du fond de la possibilité de se fonder exclusivement sur ce rapport (Com., 8 oct. 2013, n°12-22.952, Bull. civ. IV, n°148 ; Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n°12-15.246).

Mais la Cour de cassation a récemment rappelé qu'un rapport d'expertise judiciaire pouvait être opposé à un tiers dès lors qu'il avait été régulièrement produit aux débats et qu'il était corroboré par des éléments extérieurs (Civ. 2^e, 7 sept. 2017, n°16-15.531, publié au *Bulletin*). Cette solution, qui vaut a *fortiori* pour les rapports amiables, reprend la position retenue en chambre mixte et exclut donc que le juge puisse se fonder seulement sur un rapport amiable non contradictoire, notamment sur le terrain de la causalité.

15. En l'espèce, la cour d'appel a méconnu ces principes en décidant que la preuve du lien de causalité n'était pas établie par la société SRP.

Elle a d'abord méconnu deux principes bien établis gouvernant l'administration de la preuve.

En premier lieu, elle s'est fondée exclusivement sur l'étude Mapp produite par la société DPF, qui consistait en une étude privée réalisée sans contradiction, pour considérer que le lien de causalité n'était pas établi.

Elle a ainsi jugé, s'agissant plus particulièrement de l'octroi de délais ou de prêts, dénoncés par l'exposante comme illicite, que :

« L'étude Mapp versée aux débats par la société DPF souligne à juste titre, en amont, l'« absence de démonstration d'un lien entre la présence d'un point de vente SRP et la mise en œuvre de pratiques anormales de DPF ». Il ressort en effet de cette étude (p. 75) que les délais de paiement des franchisés DPF sont déconnectés de la présence ou non d'un point de vente SRP dans la zone de concurrence, ce qui démontre que leur objet n'est pas de financer une politique d'éviction des franchisés SRP. En effet, si ces pratiques avaient visé à l'éviction des franchisés SRP, elles auraient été ciblées sur les zones de chalandise où un franchisé DPF est en concurrence avec un franchisé SRP. Aucun lien n'est donc établi entre, d'une part, l'octroi allégué de délais de paiement et d'autre part, la présence ou l'absence de la société SRP dans la zone de chalandise considérée » (arrêt, p. 8 § 5 ; soulignement ajouté).

La cour d'appel a également retenu que, selon le rapport Mapp, les fermetures de nombreux points de vente SRP pouvaient s'expliquer par d'autres causes que les comportements reprochés à la société DPF (arrêt, p. 8 § 7).

Puis, plus généralement, elle a considéré que :

« Au demeurant, les rapports Mapp produits par la société DPF démontrent clairement que toute stratégie d'exclusion telle que celle soutenue par la société SRP, était vouée à l'échec sur un marché aussi concurrentiel que celui de la vente de pizzas » (arrêt, p. 8, dernier §).

L'analyse menée par la cour d'appel sur la causalité ne repose sur aucun autre élément produit par la société DPF qui aurait pu corroborer ce rapport d'expertise privée.

La cour d'appel s'est donc fondée exclusivement sur ce rapport non contradictoire, qui n'était pas étayé par des éléments externes, et dont l'objectivité pouvait être mise en doute.

La cour d'appel ne s'est, du reste, pas contentée de relever des éléments factuels pris en considération par l'expert Mapp, car elle s'est appropriée, sans la moindre analyse personnelle, les conclusions techniques de cet expert, s'agissant notamment de l'affirmation selon laquelle la stratégie d'exclusion décrite par l'exposante était « vouée à l'échec », contre l'évidence d'ailleurs.

La cour d'appel a dès lors violé l'article 16 du code de procédure civile et le principe d'égalité des armes tel qu'il résulte de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

16. En second lieu, la cour d'appel a restreint l'objet de la preuve de la causalité alléguée par l'exposante.

La cour d'appel a en effet jugé que :

« [...] le lien de causalité n'est pas démontré entre les pratiques et les dommages prétendument subis par les franchisés SRP et, indirectement par SRP elle-même, au travers d'une baisse des redevances. Si la société SRP verse aux débats une étude établie par le cabinet Sorgem, mettant en évidence (p. 24 de la pièce 131) que, sur un échantillon de 65 fermetures de points de vente SRP en concurrence avec les franchisés de DPF sur leur zone de chalandise, de 2003 et 2015, 59 fermetures sont consécutives à une pratique « anormale » du point de vente de DPF, cette « consécuitivité » ne démontre pas un lien de causalité, mais le présume alors que les difficultés que subissent les magasins SRP peuvent provenir de causes externes (événements conjoncturels, erreurs de management ou de stratégie, crise économique, structure des coûts mal maîtrisée : cf rapport Mapp, p. 32, pièce 33 de DPF). Il en est de même de l'étude de l'échantillon de 103 points de vente de la société SRP, concurrents des points de vente de DPF, sur la période 2003 et 2015. Si ces études établissent que 103 points de vente de SRP ont connu une baisse de chiffre d'affaires et que 66 sur ces 103 ont connu cette baisse à la suite d'une pratique anormale de DPF (p. 26), là encore, le lien de causalité est présumé. Il n'est pas tenu compte de la concurrence exercée par d'autres points de vente que ceux de DPF. Aucun lien de causalité entre les prétendues fautes et le préjudice invoqué n'est établi, les dommages allégués pouvant s'expliquer par des

motifs autres que les pratiques de concurrence déloyale » (arrêt, p. 8 § 7 ; soulignement ajouté).

La cour d'appel, qui a relevé un ensemble de faits résultant des pièces produites par la société Speed Rabbit Pizza, a mis en évidence de nombreuses fermetures de points de vente SRP, et, pour d'autres, une baisse substantielle de leurs chiffres d'affaires.

Mais elle a refusé de considérer que ces éléments étaient de nature à établir un lien de causalité avec les pratiques dénoncées par l'exposante, en observant à deux reprises que le lien de causalité qu'elle en déduisait n'était que « *présumé* ».

Or, précisément, la preuve du lien de causalité pouvait être établie par le biais de présomptions du fait de l'homme, graves, précises et concordantes.

On observera que la cour d'appel n'a pas jugé que la causalité alléguée était exclue : elle a considéré que le simple fait qu'elle soit présumée ne pouvait pas suffire à l'établir, écartant ainsi la preuve par présomptions.

En refusant d'admettre une telle modalité probatoire, ce qui revenait à limiter l'objet de la preuve de la causalité exigée de la société exposante, et même à rendre cette preuve impossible, la cour d'appel, qui a méconnu la liberté de la preuve, a violé les articles 1315 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenus les articles 1353 et 1382 du même code.

17. En toute hypothèse, la motivation de l'arrêt sur la causalité est insuffisante à le justifier légalement sur ce point.

La société Speed Rabbit Pizza faisait en effet valoir que l'octroi de délais de paiements illicites et de prêts en méconnaissance du monopole bancaire, s'inscrivaient dans une stratégie globale et nationale d'éviction des franchiseurs concurrents de la société DPF, en maintenant artificiellement en activité des franchisés DPF qui, si le jeu de la libre concurrence avait été respecté, auraient cessé leur exploitation ou auraient choisi un autre réseau (concl., p. 57 et 58).

L'exposante avait du reste souligné qu'elle n'était pas la seule victime des pratiques de la société DPF, rappelant que le réseau DPF était le seul à avoir progressé (concl., p. 17 et 18) et que le silence des autres réseaux n'impliquait pas leur désintéressement de la situation (concl., p. 64 § 1 et 2).

En d'autres termes, il ne suffisait pas de se placer au niveau local pour apprécier les effets des pratiques dénoncées, et la nocivité de ces pratiques ne pouvait pas s'apprécier au regard des seuls franchisés SRP, mais de celui de l'ensemble des concurrents du réseau DPF.

Or, la cour d'appel a considéré qu'il n'existait aucun lien de causalité entre les délais de paiement et les prêts octroyés par la société DPF à ses franchisés et le préjudice subi par la société SRP en retenant que, selon l'étude Mapp, « *les délais de paiement des franchisés DPF sont déconnectés de la présence ou non d'un point de vente SRP dans la zone de concurrence, ce qui démontre que leur objet n'est pas de financer une politique d'éviction des franchisés SRP* », et que « *si ces pratiques avaient visé à l'éviction des franchisés SRP, elles auraient été ciblées sur les zones de chalandise où un franchisé DPF est en concurrence avec un franchisé SRP* », pour en conclure qu'« *aucun lien n'est établi entre, d'une part, l'octroi allégué de délais de paiement et d'autre part la présence ou l'absence de la société SRP dans la zone de chalandise considérée* » (arrêt, p. 8 § 5).

La cour d'appel a ainsi jugé que la causalité ne pouvait résulter que de la preuve d'un ciblage des pratiques dénoncées sur une zone de chalandise opposant un franchisé DPF et un franchisé SRP.

Elle n'a donc pas recherché, comme elle y était invitée, si l'octroi de délais de paiement illicites et de prêts dans des conditions tout aussi illicites s'inscrivaient, au niveau national, dans une stratégie globale d'éviction qui visait l'ensemble des concurrents du réseau DPF, c'est-à-dire des autres franchiseurs, et qui se traduisait notamment, mais pas exclusivement, par une atteinte portée au réseau Speed Rabbit Pizza au niveau national.

En ne procédant pas à cette recherche, pourtant déterminante afin d'apprécier l'effet global des pratiques de la société DPF, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

18. En outre, la société Speed Rabbit Pizza faisait valoir que les pratiques de la société DPF, qui était le fournisseur quasi-exclusif de ses franchisés, aboutissaient, en octroyant des délais de paiement et des prêts à ses franchisés, à leur permettre de maintenir leur activité artificiellement, ce qui nuisait au jeu de la libre concurrence entre les franchisés en allégeant les charges supportées par les franchisés DPF (concl., p. 58).

Elle exposait ainsi que :

« Une accumulation comptable de dettes antérieures permet évidemment le maintien artificiel de points de vente. Ce maintien artificiel est d'abord un avantage certain pour un réseau qui repose sur le « High Volume », mais c'est aussi un préjudice pour les concurrents. Ces derniers demeurent face à des points de vente artificiellement actifs, sous perfusion financière de leur franchiseur, qui absorbent une « accumulation passée des dettes » qui n'existent finalement qu'en écritures comptables » (concl., p. 58 § 6).

L'exposante faisait en outre valoir que la stratégie de la société DPF n'impliquait pas une « *phase de récupération des marges* » (concl., p. 56), contrairement à ce que cette dernière prétendait, soulignant ainsi l'indifférence de la prise en compte des prix pratiqués pour apprécier le comportement prédateur de la société DPF.

La concurrence est en effet affectée par l'exclusion, peu important que, dans un second temps, les prix du concurrent fautif soient relevés. Dans le modèle DPF, ils n'ont d'ailleurs pas à l'être, puisque la rentabilité d'un point de vente est assise sur le volume et non sur la rentabilité par pizza.

C'est ainsi la compression des marges du réseau DPF, maintenu sous assistance financière par le franchiseur, lui-même adossé à un groupe mondial, qui aboutit à une compression des marges des réseaux concurrents.

Sur ce point, la cour d'appel a jugé que :

« [...] si la société SRP prétend que les aides diverses de la société DPF auraient permis à ses franchisés de pratiquer des prix agressifs, elle ne rapporte pas non plus la démonstration d'une corrélation entre ces aides (délais de paiement et prêts) alléguées et la politique commerciale et promotionnelle des franchisés DPF, la façon dont les pratiques illégales influaient sur les prix des franchisés DPF n'étant pas analysée. Au surplus, les franchisés étant supposés fixer librement leurs prix, il n'est pas évident qu'ils profitent d'une aide du franchiseur pour pratiquer des prix bas. En définitive, la société Domino's Pizza souligne à juste titre « l'absence de démonstration (par la société SRP) d'un lien entre les pratiques prétendument anormales de DPF et la mise en œuvre par les franchisés DPF d'une politique commerciale et tarifaire prétendument agressive » (arrêt, p. 8 § 6).

La cour d'appel s'est ainsi située sur le terrain des prix pratiqués au niveau local, en considérant qu'une analyse de ces prix était nécessaire pour apprécier le lien de causalité.

Une telle analyse n'était pourtant pas requise, dès lors qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher si les pratiques dénoncées, en permettant de maintenir artificiellement en activité plusieurs franchisés DPF par un soutien financier illicite, avaient désorganisé le marché national des pizzas livrées ou à emporter en entraînant indirectement une compression des marges des réseaux concurrents.

En ne procédant pas à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

La cassation est ainsi encourue à tous égards.

SECOND MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué **d'avoir** condamné la société Speed Rabbit Pizza (SRP) à payer la somme de 500.000 € à la société Domino's Pizza France (DPF) en réparation des pratiques de dénigrement et **de l'avoir** condamnée à payer à celle-ci la somme de 50.000 € en appel et celle de 487.852 € en première instance au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE la loyauté des affaires doit être conciliée avec le principe constitutionnel de la liberté d'expression et seuls les abus de ce droit peuvent être sanctionnés ; que le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié et se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier ; que, sur le quizz, la société SRP a diffusé lors du salon de la franchise, qui s'est tenu du 14 au 17 mars 2010, un questionnaire concernant quatre fabricants de pizzas, destiné aux visiteurs du salon, et exposé pendant trois jours, présenté sous la forme de quizz et comportant plusieurs questions, au regard desquelles il fallait cocher une case correspondant à un des quatre fabricants de pizza : Domino's Pizza, Speed Rabbit Pizza, Pizza Hut et Boîte à pizza ; que chaque réponse visait une des trois concurrentes de SRP ; que c'est ainsi par exemple que la question « qui octroie des délais de paiement très largement supérieurs à la loi, preuve de la faible rentabilité du concept » visait Domino's Pizza ; que la teneur même de l'ensemble des questions figurant sur ledit quizz conduisait à des réponses nécessairement péjoratives pour la ou les sociétés désignées par les candidats incités à répondre ; que les franchisés pouvaient aisément reconnaître derrière chacune des questions le concurrent visé et notamment Domino's Pizza ; qu'un tel procédé excède les limites de la communication à laquelle tout opérateur économique peut avoir légalement recours dès lors qu'il entraîne une dévalorisation obligée des produits, enseignes ou marque désignés par la personne répondant audit quizz ; que cette pratique, largement diffusée à tous les franchisés du salon, constitue une pratique dénigrante ; que, sur la diffusion de propos sur Twitter et sur la page « *commentaires clients* » d'Amazon par le président de Speed Rabbit Pizza (SRP) ; qu'il résulte des pièces versées au dossier qu'en réaction à un ouvrage de David Jones de la société Havas, le président de SRP a écrit, le 9 décembre 2012, deux tweet ainsi rédigés : « David Jones (Havas) + Domino's at Le Web 2012 = Soviet propaganda » et « Havas et Domino's presents sur le Web 2012, dès lors l'exemple tronqué que David Jones assène matin midi et soir, c propagande soviétique » ; que par ailleurs, sur la page « commentaires clients » de l'ouvrage de David Jones, sur Amazon, le président de SRP a écrit le 19 décembre 2012

: « la photo que vous décrivez dans votre livre comme authentique ne l'est pas dès lors qu'elle est couplée à un message qui annonce des produits frais qui ne le sont pas dans les faits : certains des produits sont en phase de décongélation (décongelés donc (...)). Si vous indiquez lors de vos shows une corrélation entre la hausse du cours en bourse (...) et l'authenticité des produits, c'est également une pure invention de votre part (...). Domino's Pizza est mon concurrent, je ne respecte pas leurs méthodes qui consistent à marketer la fraude, dont finalement vous vous faites complices et dont vous faites l'apologie » ; que ces propos, accessibles à un large public et donnant une image très dévalorisante de la société Domino's Pizza, constituent des pratiques de dénigrement ; que, sur les propos tenus par le président de SRP sur son blog Médiapart, se faisant l'écho d'un article paru dans Médiapart le 14 décembre 2013 intitulé « les curieuses recettes de Domino's Pizza », le président de SRP a créé un blog dans lequel il prétend que l'inertie des autorités face aux agissements répréhensibles de la société DPF s'expliquerait par le pouvoir de l'argent, de la politique, des médias et les conflits d'intérêts, prétendant par ailleurs avoir sauvé du suicide des franchisés Domino's Pizza ; qu'il y expose clairement que, selon lui, si les agissements répréhensibles de DPF ne sont pas sanctionnés, c'est à cause d'une collusion générale de la presse, de la justice et des avocats ; que ces propos, émanant du président d'une société connue, ont une portée notable, sont de nature dénigrante et sont accessibles à une large audience ; que, sur la diffusion sur le site Internet de SRP et dans les pages du nouvel économiste d'un article intitulé « l'ultime razzia : the killing », sous le nom de « Qubiq », qui vise de façon assez évidente la société Domino's Pizza, la société SRP reprend l'intégralité de ses griefs à son encontre ; qu'à travers ce nom d'emprunt, la société Domino's Pizza est aisément reconnaissable, puisqu'il est précisé qu'il s'agit du marché de la pizza ; que les propos contenus dans cet article constituent également des pratiques de dénigrement puisque le système Qubiq est décrit comme ayant pour objectif de « berner les actionnaires non dirigeants avec la complicité de banquiers (...), berner le candidat franchisé, futur soldat chargé de constituer au seul profit du franchiseur Qubiq le monopole absolu du marché de la pizza (...), berner la DGCCRF sur les conditions d'une concurrence loyale, (...) pervertir les relations fournisseurs-clients en fraudant ouvertement et continuellement, (...) minimiser (...) le montant de son imposition au titre de l'impôt sur les sociétés en France » ; que, sur les nouveaux actes de concurrence déloyale allégués par la société Domino's Pizza, [...] elle expose également que le président de SRP a posté une vidéo relatant les déclarations du procureur de l'État de New York le 24 mai 2016, sur Youtube, avec des commentaires à caractère dénigrant ; que le président de SRP y manifeste sa joie à l'annonce d'une enquête réalisée par le procureur de l'État de New York, mettant en cause le respect du droit social par le franchiseur américain de l'enseigne Dominos' Pizza ; qu'il remet en cause également l'impartialité des juges du tribunal de commerce en France qui ont rendu le jugement dont il est fait appel ; que par ailleurs, il a adressé des mails à plusieurs destinataires, dont un responsable d'un groupe de presse australien, des responsables de

Morgan Stanley et des autorités gouvernementales australiennes, stigmatisant « Domino's qui n'avance sur le territoire français que grâce à des fraudes », « Dominos' fraudeur », « Domino's Pizza France a fraudé et fraude pour se développer rapidement et créer une barrière à l'entrée », « je n'aurai de cesse de dénoncer Domino's Pizza comme étant une machine à frauder » ; que dans un autre mail du 7 novembre 2016, il écrit « suite au mail du 1er novembre, nous continuerons à vous fournir les preuves des 'actes de piraterie' commis par Domino's Pizza en France, en toute impunité » ; « la mise en lumière de ces 'actes de piraterie' sera permanente, rien ne nous arrêtera - ni les trois points de Domino's - ni ses influences, ni même les menaces physiques des complices de Domino's » ; que tous ces propos, qui dépassent la simple liberté d'expression, sont de caractère dénigrant ; que la société Speed Rabbit Pizza ne saurait s'en exonérer en soutenant que les propos imputés à son président étaient tenus à titre personnel et ne sauraient en tout état de cause engager sa responsabilité et que les pratiques relèveraient, à les supposer constituées, tout au plus de l'infraction de diffamation et non de dénigrement ; qu'en effet, le président s'exprime, en qualité de professionnel, sur l'exercice de la concurrence sur le marché des pizzas et, ce faisant, il engage la responsabilité de sa société ; que la diffusion de ces propos, par tweet, articles, blog et sur le site Amazon, ou encore par mails adressés à des personnes influentes dans le secteur, témoigne de sa volonté de répandre largement son appréciation sur le comportement commercial de la société Domino's, qu'il estime constitutif de nombreuses illégalités ; que l'infraction de diffamation suppose l'imputation de faits précis caractérisant une atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne physique ou morale, conformément à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 ; que les propos litigieux sont relatifs aux services de la société Domino's, à la façon dont ils sont rendus, à leur qualité, aux pratiques prétendument illicites qu'elle met en œuvre et aux diverses collusions que la société SRP lui impute ; que si la société Domino's Pizza demande l'allocation d'une somme complémentaire de 350 000 € pour les nouvelles pratiques signalées, venant s'ajouter au 1,3 million alloués par les premiers juges, et si un préjudice s'infère nécessairement de pratiques de concurrence déloyale, il y a lieu, en l'absence de toute étude de l'impact économique, sur la société Domino's, des propos dénigrants, de réduire à 500.000 € le montant des dommages-intérêts à allouer à cette société pour toutes les pratiques de dénigrement, sans qu'il soit besoin de statuer sur l'exception d'ultra petita du jugement (arrêt, p. 11 à 14) ;

ET AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QUE l'acte de concurrence déloyale par dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent pour en tirer profit ; que la teneur de l'ensemble des questions figurant dans le *quizz* SRP (pièce 32 du demandeur) diffusé lors du salon de la franchise de mars 2010 conduit, ainsi que l'a déjà jugé la cour d'appel de Paris, à des réponses nécessairement

péjoratives pour les sociétés, parmi lesquelles DPF, désignées par les candidats incités à répondre ; qu'à cet égard le *quizz* comporte en effet des questions telles que : « *qui décongèle des ingrédients avant livraison en points de vente et qui feint de vendre des pizzas fraîches aux consommateurs ?* », « *qui prétend être depuis 1986 président de la SAS gérante d'un réseau de franchises alors même qu'il a été interdit de gérer pendant cinq ans ?* », « *quel franchiseur côté en bourse ne publie pas ses bilans depuis 2002 alors que la loi l'y oblige ?* » ; qu'un tel procédé excède les limites de la communication à laquelle tout opérateur économique peut avoir légalement recours dès lors qu'il entraîne obligatoirement une dévalorisation des produits, enseigne ou marque désignés par la personne répondant audit *quizz* ; que le bruit de fond entretenu par M. Daniel Sommer, président de SRP, sur son blog, faisant écho à un article de presse et stigmatisant la prétendue inertie des autorités face aux agissements allégués de DPF, ou à travers son compte Twitter, par des messages des 9 et 19 décembre 2012, excède largement la critique confraternelle qu'un agent économique peut porter sur son concurrent ou la discussion constructive que l'on peut entretenir sur son modèle économique (jugt, p. 8 et 9) ;

1°) ALORS QUE le dirigeant d'une personne morale n'engage la responsabilité de cette dernière qu'au titre des actes fautifs qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ; que les propos qu'il tient à titre personnel, sans préciser sa qualité, ne peuvent être imputés à la personne morale qu'il dirige ; qu'en décidant néanmoins que les propos tenus à titre personnel par M. Sommer sur son compte Twitter, sur la page « *commentaires clients* » du site internet Amazon.fr consacrée à la commercialisation d'un ouvrage rédigé par M. David Jones, sur son blog Médiapart, dans une vidéo diffusée sur Youtube ou encore dans des courriels, engageaient la responsabilité de la société Speed Rabbit Pizza pour dénigrement, au motif que « *le président s'exprime, en qualité de professionnel, sur l'exercice de la concurrence sur le marché des pizzas et ce faisant il engage la responsabilité de sa société* » (arrêt, p. 13 § 9), la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

2°) ALORS QUE les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 ancien du code civil, devenu l'article 1240 du même code ; que les appréciations portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne physique ou morale qui exploite une entreprise industrielle et commerciale ne peuvent être qualifiées que de diffamation, et non de dénigrement, cette dernière qualification étant réservée aux appréciations touchant les produits, les services ou les prestations d'une telle entreprise ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré que les pratiques reprochées à la société Speed Rabbit

Pizza (SRP) constituaient un dénigrement, et non une diffamation, au motif que « *les propos litigieux sont bien relatifs aux services de la société Domino's, à la façon dont ils sont rendus, à leur qualité, aux pratiques prétendument illicites qu'elle met en œuvre et aux diverses collusions que la société SRP lui impute* » (arrêt, p. 14 § 1) ; qu'en se prononçant ainsi, tout en ayant seulement relevé des propos relatifs aux pratiques de concurrence déloyale que M. Sommer reprochait à la société Domino's Pizza France (DPF), notamment sur le recours à des délais de paiement illicites, à des méthodes créant des barrières à l'entrée sur le marché, ou à l'absence de réaction des autorités face à ces pratiques, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations d'où il résultait que les propos reprochés ne pouvaient être poursuivis que sur le fondement d'une éventuelle diffamation, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code, et l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 ;

3°) ALORS QUE, SUBSIDIAIREMENT, une pratique dénigrante n'est de nature à engager la responsabilité de son auteur qu'à condition qu'elle lui ait causé un préjudice ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à retenir que la société Speed Rabbit Pizza (SRP) avait dénigré la société DPF, pour allouer à celle-ci une somme de 500.000 € à titre de dommages-intérêts, au motif qu'un « *préjudice s'infère nécessairement de pratiques de concurrence déloyale* » après avoir relevé « *l'absence de toute étude de l'impact économique* » de ce dénigrement par la société DPF (arrêt, p. 14 § 2) et sans faire état d'un quelconque préjudice moral ; qu'en se prononçant ainsi, tandis qu'il résultait de ses propres constatations qu'il n'existait aucune preuve d'un quelconque préjudice causé par les écrits et propos allégués de dénigrement imputés à la société SRP, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code ;

4°) ALORS QUE, SUBSIDIAIREMENT, en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée (concl., p. 75 à 77 et p. 80), si les pratiques alléguées de dénigrement n'avaient causé aucun préjudice à la société DPF, dès lors que le quizz diffusé en 2010 n'avait conduit à aucune réaction de sa part pendant plusieurs années, que les propos imputés à M. Sommer avaient eu une diffusion très limitée et que, sur la période considérée, la société DPF avait affiché une croissance continue de son activité et de sa notoriété, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

Sur la première branche du moyen :

19. L'un des traits essentiels de la responsabilité civile est son caractère individuel, dont il s'évince que, sauf exception, une personne répond de son fait personnel (G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., n°15).

Certes, dans le cas particulier d'une personne morale, la Cour de cassation juge que « *la responsabilité sociale est la règle tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception* » (Soc., 10 mai 1973, n°71-12.690, Bull. civ. V, n°299), ce dont il résulte que la responsabilité personnelle du dirigeant ne peut, en principe, être engagée qu'à condition de caractériser une faute détachable de ses fonctions (Com., 30 mars 2016, n°14-19.063 ; Com., 31 janvier 2012, n°11-14.154 ; Civ. 3^e, 4 janv. 2006, n°04-14.731, Bull. civ. III, n°7 ; Com., 24 sept. 2012, n°01-03.906).

Mais encore faut-il, pour que la responsabilité de la personne morale soit engagée, que la faute imputée à son dirigeant l'ait été dans l'exercice de ses fonctions. A l'inverse, lorsque le dirigeant agit à titre personnel, la société n'est pas responsable de ses actes. Dès lors, si le dirigeant ne fait pas état de cette qualité lorsqu'il commet un acte prétendument dommageable, il n'engage pas la responsabilité de la personne morale.

20. En l'espèce, la cour d'appel a retenu la responsabilité de la société Speed Rabbit Pizza pour des faits qualifiés de dénigrement imputés à M. Daniel Sommer, son dirigeant, tandis que les propos en cause avaient été tenus par M. Sommer à titre personnel, et non en tant que dirigeant de cette société.

À titre d'exemple, le blog tenu par M. Sommer sur le site Mediapart ne comporte aucune indication sur le fait qu'il est dirigeant de la société SRP. Il ne s'est pas non plus présenté comme tel lors de son commentaire sur le site Amazon.fr, et, du reste, la cour d'appel, pas plus que le tribunal, n'a retenu que les propos incriminés auraient été tenus par M. Sommer dans l'exercice de ses fonctions sociales.

Il s'en évinçait que la responsabilité de la société SRP ne pouvait être recherchée de ce fait.

La cour d'appel a pourtant jugé le contraire au motif que « *le président s'exprime, en qualité de professionnel, sur l'exercice de la concurrence sur le marché des pizzas et, ce faisant, il engage la responsabilité de sa société* » (arrêt, p. 13 § 9).

En d'autres termes, la cour d'appel a considéré que le fait pour une personne exprimant des propos qualifiés de dénigrement d'être dirigeant d'une personne morale était de nature à engager la responsabilité de cette dernière.

En se prononçant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

Sur la deuxième branche du moyen :

21. Selon une jurisprudence bien établie, « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du code civil* » (Ass. plén., n°98-10.160 et 98-10.155, Bull. AP, n°8 ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n°13-15.850, Bull. civ. I, n°179 ; Civ. 3^e, 3 nov. 2016, n°15-17.150, publié au *Bulletin* ; Civ. 3^e, 1^{er} déc. 2016, n°15-26.559 ; Civ. 1^{re}, 7 déc. 2016, n°15-27.755 ; Crim., 7 février 2017, n°15-86.970, publié au *Bulletin* ; Civ. 1^{re}, 8 nov. 2017, n°16-23.779, publié au *Bulletin*).

La Cour de cassation a fixé la ligne de partage entre les notions de diffamation, exclusivement soumise à la loi du 29 juillet 1881, et de dénigrement, relevant de la responsabilité délictuelle de droit commun :

« *Les appréciations, même excessives, touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle et commerciale n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne physique ou morale qui l'exploite* » (Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n°02-18.995, Bull. civ. II, n°445 ; Civ. 2^e, 16 juin 2005, n°03-18.625, Bull. civ. II, n°156 ; Civ. 1^{re}, 8 avr. 2008, n°07-11.251, Bull. civ. I, n°104 ; Civ. 1^{re}, 20

sept. 2012, n°11-20.963 ; Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n°12-24.651, Bull. civ. I, n°232).

Lorsque les écrits ou propos incriminés ne sont pas relatifs à un produit, un service ou une prestation de l'entreprise concernée, ou, même en ce cas, lorsqu'ils portent atteinte à l'honneur ou à la considération de cette entreprise, **seule l'action prévue à l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 est recevable** (Civ. 1^{re}, 6 sept. 2017, n°16-26.459 ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 2014, n°13-27.038).

Comme le souligne un auteur, il en résulte un « *choix contraint entre deux voies de droit* » autonomes, qui impose au demandeur à l'indemnisation de choisir à bon escient le fondement de sa demande indemnitaire (J.-P. Gridel, *Le dénigrement en droit des affaires - La mesure d'une libre critique*, JCP G 2017, Etude, 543).

La Cour de cassation juge que :

« *L'imputation d'un comportement illicite à une personne morale porte nécessairement atteinte à sa considération* » (Crim., 30 mars 2016, n°15-80.719 ; v. égal. : Crim., 9 févr. 2016, n°14-86.939).

Dès lors, l'imputation de faits illicites à un concurrent, accusé d'être l'auteur de faits de concurrence déloyale, ne peut être poursuivie que sur le fondement de la diffamation, les produits, services ou prestations de ce concurrent n'étant pas en cause, mais seulement le recours, par ce concurrent, à des méthodes déloyales.

22. En l'espèce, la société Speed Rabbit Pizza faisait valoir que les propos reprochés à M. Sommer ou à elle-même concernaient des personnes et non des produits, de sorte que la demande indemnitaire présentée par la société DPF sur le fondement droit commun de la responsabilité délictuelle, sous le couvert d'un prétendu dénigrement, était irrecevable (concl., p. 78).

La cour d'appel a néanmoins considéré que les pratiques reprochées constituaient un dénigrement, et non une diffamation, au motif que :

« Les propos litigieux sont bien relatifs aux services de la société Domino's, à la façon dont ils sont rendus, à leur qualité, aux pratiques prétendument illicites qu'elle met en œuvre et aux diverses collusions que la société SRP lui impute » (arrêt, p. 14 § 1).

Pourtant, il ne résulte pas des motifs de l'arrêt ou du jugement que les écrits et propos en cause aient concerné un bien, un service ou une prestation proposés par la société DPF.

Ainsi, le quizz diffusé lors du salon de la franchise 2010, qui ne visait d'ailleurs pas la société DPF, posait la question du franchiseur octroyant des délais de paiements illicites. S'agissant de l'imputation d'un fait illicite, il ne pouvait être sanctionné que sous le couvert de l'action en diffamation.

De même, les propos tenus par M. Sommer sur son site Twitter, sur la page « *commentaires clients* » du site Amazon.fr, ou encore sur son blog présent sur le site Mediapart, ne sont relatifs qu'aux pratiques qualifiées d'illicites, d'illégales ou de frauduleuses de la société DPF afin de porter atteinte à ses concurrents.

La même observation vaut pour la diffusion sur le site internet de la société SRP et dans les pages du *Nouvel économiste* d'un article intitulé « *l'ultime razzia : the killing* », la cour d'appel ayant elle-même relevé qu'il y était question de constituer, pour le franchiseur désigné sous le vocable « *Qubiq* », « *le monopole absolu du marché de la pizza* » (arrêt, p. 13 § 2).

De même, les commentaires de M. Sommer en réaction aux déclarations du procureur de l'Etat de New York sont relatifs aux fraudes alléguées à l'encontre de la société DPF, tout comme les courriels qu'il a ensuite adressés à différents destinataires.

Et, comme l'a relevé la cour d'appel, « *la diffusion de ces propos, par tweet, articles, blog et sur le site Amazon, ou encore par mails adressés à des personnes influentes dans le secteur, témoigne de sa volonté de répandre largement son appréciation sur le comportement commercial de la société Domino's, qu'il estime constitutif de nombreuses illégalités* » (arrêt, p. 13 dernier §), faisant ainsi ressortir qu'il n'était pas question des produits, services ou prestations de la société DPF, mais d'un comportement concurrentiel illicite, ce qui ne pouvait être qualifié, le cas échéant, que de diffamation.

La cour d'appel, qui n'a dès lors pas tiré les conséquences légales de ses constatations en retenant la qualification de dénigrement, a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code, et l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881.

Sur les troisième et quatrième branches du moyen réunies (subsidiaries) :

23. À supposer que la responsabilité de la société Speed Rabbit Pizza pût être recherchée au titre des propos et écrits litigieux, elle ne pouvait être engagée qu'à condition que la société DPF rapporte la preuve d'un préjudice.

La Cour de cassation juge certes, en matière de concurrence déloyale, que la preuve du préjudice découle nécessairement de la commission d'actes de concurrence déloyale (Com., 9 févr. 1993, n°91-12.258, Bull. civ. IV, n°53 ; Com., 27 févr. 1996, n°94-16.885 ; Com., 27 janv. 2009, n°07-15.971).

Mais la chambre commerciale pourrait supprimer cette présomption de préjudice, comme la chambre sociale a récemment supprimé les présomptions de préjudice pour en revenir au droit commun de la responsabilité (Soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578 ; 17 mai 2016, n° 14-23.138 ; 13 avr. 2016 n°14-28.293), la formule « *cause nécessairement un préjudice* » étant éminemment contestable, *a fortiori* dans un domaine où s'opposent des agents économiques en mesure de faire valoir leurs droits.

En toute hypothèse, cette présomption de préjudice posée par la chambre commerciale n'est qu'une présomption simple, qui peut être renversée lorsqu'il est établi qu'en réalité aucun préjudice n'a été causé au concurrent demandeur à l'indemnisation (Com., 25 février 1992, n°90-14.329, Bull. civ. IV, n°88).

De plus, si la Cour de cassation considère que le préjudice qui s'infère de l'acte de concurrence déloyale consiste « *au moins* » en un préjudice moral, le juge du fond ne saurait allouer d'indemnisation au concurrent, au titre des préjudices immatériels prétendument subis, sans caractériser la réalité de ces préjudices.

24. En l'espèce, la cour d'appel a alloué à la société DPF une somme de 500.000 € à titre de dommages-intérêts, au motif qu'un « *préjudice s'infère nécessairement de pratiques de concurrence déloyale* », après avoir pourtant relevé « *l'absence de toute étude de l'impact économique* » de ce dénigrement par la société DPF (arrêt, p. 14 § 2), et sans faire état d'un quelconque préjudice moral.

Il résulte donc des propres constatations de l'arrêt qu'il n'existait aucune preuve d'un quelconque préjudice concurrentiel en lien avec les écrits et propos litigieux, comme soutenait l'exposante.

Dès lors, en se prononçant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

25. La société Speed Rabbit Pizza faisait en outre valoir (concl., p. 75 à 77) que les propos dénigrants qui lui étaient imputés, soit au titre du quizz diffusé au salon de la franchise de mars 2010, soit au titre des propos tenus à titre personnel par M. Daniel Sommer, son dirigeant, n'avaient pu causer aucun préjudice concurrentiel à la société DPF.

Ainsi, le quizz présenté au salon de la franchise 2010 n'a suscité aucune réaction de la société DPF. Celle-ci n'en a fait état qu'en 2013, pour présenter une demande reconventionnelle à l'assignation en concurrence déloyale délivrée par l'exposante le 20 mars 2012. Il est évident que si ce quizz avait porté un quelconque préjudice à la société DPF, elle aurait immédiatement réagi.

L'absence de préjudice est tout aussi évidente s'agissant des propos imputés à M. Sommer.

L'exposante soulignait à cet égard qu'ils n'avaient pu toucher qu'une audience extrêmement réduite. Ainsi, le compte Twitter de M. Sommer ne compte que 110 abonnés, ce qui ne signifie d'ailleurs pas que 110 personnes le lisent

régulièrement.

Elle ajoutait que la société DPF faisait elle-même état d'une forte croissance sur la période considérée, qu'il s'agisse de ses ventes de pizzas, des ouvertures de nouveaux points de vente ou de sa rentabilité (concl., p. 80 § 1). L'impact des comportements prétendument dénigrants imputés à l'exposante a donc été nul.

La cour d'appel s'est bornée à affirmer que le préjudice de la société DPF s'inférait « nécessairement de pratiques de concurrence déloyale » pour lui allouer la somme de 500.000 €.

Elle avait pourtant relevé « l'absence de toute étude de l'impact économique » du prétendu dénigrement imputé à l'exposante (arrêt, p. 14 § 2).

Ainsi, la cour d'appel n'a pas caractérisé en quoi la société DPF aurait subi un quelconque préjudice dans son activité commerciale.

En s'abstenant de rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si les pratiques litigieuses n'avaient causé aucun préjudice à la société DPF dès lors que le quizz diffusé en 2010 n'avait conduit à aucune réaction de sa part pendant plusieurs années, que les propos imputés à M. Sommer avaient eu une diffusion très limitée et que, sur la période considérée, la société DPF avait affiché une croissance continue de son activité et de sa notoriété, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1240 du même code.

La cassation s'impose à tous égards.

PAR CES MOTIFS, la société Speed Rabbit Pizza conclut qu'il plaise à la Cour de cassation :

1°) **CASSER ET ANNULER** l'arrêt attaqué ;

2°) **CONDAMNER** la société Domino's Pizza France à lui payer la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

PRODUCTIONS :

1°) Exemples de procès-verbaux dressés par la DGCCRF (pièces n°14, 15, 16 et 62 du bordereau) ;

2°) Avis n°08-03 de la CEPC ;

3°) Rapport de la société Sorgem du 21 décembre 2016 (p. 1 à 58) ;

4°) Rapport de la société Sorgem du 21 décembre 2016 (suite et fin) ;

5°) Présentation du réseau Domino's Pizza aux franchisés Pizza Sprint à l'occasion du rachat de ce réseau par DPF ;

6°) Jugement du tribunal de commerce de Paris du 7 juillet 2014 ;

7°) Conclusions de la société Speed Rabbit Pizza, signifiées le 10 août 2017 ;

8°) Conclusions de la société Domino's Pizza France, signifiées le 1^{er} septembre 2017 ;

9°) Arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2017.

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX

Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation
204 rue de Vaugirard
75015 PARIS

COUR DE CASSATION

CHAMBRES CIVILES

RÉPLIQUE

ET DÉFENSE AU POURVOI INCIDENT

POUR : La société Speed Rabbit Pizza

CONTRE : La société Domino's Pizza France
(SCP Spinosi et Sureau)

Observations à l'appui du pourvoi n° V 17-27.778

RÉPLIQUE :

1. Les observations présentées par la société Domino's Pizza France (DPF) en défense au pourvoi de la société Speed Rabbit Pizza (SRP) appellent la réponse suivante.

Sur le premier moyen du pourvoi de la société Speed Rabbit Pizza :

2. La société DPF prétend que le premier moyen se heurterait à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Tel n'est pas le cas puisque les motifs de l'arrêt attaqué sont à la fois insuffisants et entachés d'erreurs de droit sur des qualifications contrôlées par la Cour de cassation, de sorte que l'invocation du pouvoir souverain des juges du fond est inopérante.

3. Ainsi, s'agissant des délais de paiement consentis par la société DPF à ses franchisés, la cour d'appel n'a pas motivé sa décision sur les moyens et éléments de preuve produits en appel par la société exposante pour établir que cette pratique s'inscrivait dans une stratégie plus générale d'éviction des concurrents, en supprimant pour ses franchisés les contraintes de trésorerie qui pèsent sur les enseignes concurrentes.

La société DPF se borne à se référer à l'appréciation des premiers juges sur ce point (MD, p. 10 n°XII), sans expliquer en quoi la cour d'appel pouvait se dispenser d'examiner les moyens soutenus et les éléments de preuve produits par l'exposante à hauteur d'appel, en particulier les tableaux récapitulatifs annexés à ses conclusions d'appel, particulièrement éclairants sur les pratiques litigieuses.

4. S'agissant des prêts consentis par la société DPF à ses franchisés, il est soutenu qu'il s'agissait de simples délais de paiement autorisés par l'article L. 511-7 I° du code monétaire et financier dès lors qu'ils étaient en lien avec l'activité commerciale du franchiseur.

Mais, précisément, la société exposante soutenait que la société DPF avait consenti de véritables prêts à ses franchisés, et non de simples délais de paiement. La cour d'appel n'a pas motivé sa décision sur ce moyen opérant. Elle ne s'est même pas interrogée sur ce point. La référence abstraite à l'autorisation donnée par l'article L. 511-7 I 1° du code de commerce de recourir aux délais et avances de paiement était indifférente, car il était ici question d'apprécier la régularité de la pratique de prêts systématiques par la société DPF à ses franchisés, démontrée par l'exposante.

La société DPF ne peut invoquer utilement le motif de l'arrêt selon lequel la preuve n'aurait pas été rapportée que « *les franchisés DPF auraient effectivement bénéficié de délais de paiement plus souples ou d'octroi de prêt* » (arrêt, p. 8 § 2), car ce motif, qui en lui-même procède par voie de pure affirmation, est complété par d'autres motifs qui sont exclusivement relatifs à la question des délais de paiement (§ 5).

La cour d'appel n'a donc procédé à aucune recherche sur les prêts consentis par la société DPF à ses franchisés, indépendamment des délais de paiement très larges qu'elle leur a octroyés par ailleurs.

Du reste, on ne manquera pas d'observer que certains des prêts octroyés ont largement dépassé la durée même des relations commerciales entretenues par la société DPF avec certains de ses franchisés (par exemple la société Sert ou la société Pid's), ce qui n'aurait pu être le cas si l'on avait été en présence de véritables délais de paiement.

Elle n'a pas davantage vérifié si le recours systématique par DPF à des avances en compte courant était régulier au regard des exigences du code monétaire et financier, tandis que des prêts entre sociétés ayant un lien capitalistique ne sont autorisés qu'en cas de contrôle du franchiseur prêteur sur ses franchisés par sa participation dans leur capital social.

La société DPF prête au professeur Bruno Dondero (MD, p. 14 *in fine*) des propos qu'il n'a pas tenus dans son article intitulé « *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative* » (JCP E, 2012, 1671). L'auteur

estime certes que l'article L. 312-2 du code monétaire et financier *pourrait* valider la pratique de prêt par le biais d'apports en compte courant d'associés effectué par le franchiseur, qui aurait une participation minoritaire dans le capital de ses franchisés (n°16). Mais il précise qu'une telle dérogation au monopole bancaire, lequel s'oppose en principe à une telle pratique (n°14), supposerait « *que les conditions de réalisation de ce financement aient été définies dans le cadre d'un accord particulier. En effet, il faut se souvenir ici que le principe, en matière de compte courant, est que les sommes versées par l'associé sont remboursables à tout moment. Cela constitue même, aux termes d'un arrêt récent, la « caractéristique essentielle du compte courant d'associé ». Cette caractéristique, bien qu'essentielle, peut cependant être remise en cause par une « convention particulière ou statutaire », aux termes de la même décision* » (n°17).

Or, comme le soulignait l'exposante dans ses conclusions, il n'existait pas un tel accord entre la société DPF et ses franchisés, bien au contraire puisque leur contrat de franchise exclut toute assistance financière du franchisé par le franchiseur (concl., p. 51 § 4).

La violation du monopole bancaire par la société DPF est d'autant plus patente que les prêts qu'elle a consentis à ses franchisés ne consistaient pas en une assistance ponctuelle de certains d'entre eux. Il s'agissait d'un recours habituel à la pratique du prêt, dans des conditions contraires à la loi, tandis que seuls les établissements de crédit sont autorisés à consentir, à titre habituel, des prêts d'argent.

La cour d'appel n'en a pourtant tiré aucune conséquence, tandis que la preuve de plus d'une dizaine de prêts octroyés simultanément avait été produite aux débats.

De toute évidence, la motivation de l'arrêt sur ce point n'est pas de nature à justifier légalement la décision attaquée.

5. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles reprochées à la société DPF (4^e et 5^e branches), cette dernière soutient que les critiques seraient nouvelles et donc irrecevables car il n'aurait pas été soutenu en appel que ces pratiques constituaient des fautes de concurrence déloyale.

Or, la société SRP faisait expressément valoir dans ses conclusions qu'une telle faute pouvait résulter d'un comportement illicite (concl., p. 54) et que la société DPF s'était rendue coupable de pratiques anticoncurrentielles, donc illicites (concl., p. 55 et s). Au demeurant, on ne voit guère pour quelle autre raison que la démonstration d'une faute de concurrence déloyale l'exposante aurait invoqué une entente illicite et un abus de position dominante, dans une instance destinée à obtenir la condamnation de la société DPF à l'indemniser d'un préjudice causé par des faits de concurrence déloyale. Les 4^e et 5^e branches sont donc recevables.

Sur le fond, la société DPF ne convainc pas davantage.

Sur la question de l'entente illicite (4^e branche), elle se borne à rappeler les termes de l'arrêt, lequel a considéré que la société DPF pouvait bénéficier de l'exemption prévue par le Règlement n°330-2010 du 20 avril 2010 concernant certains accords verticaux, sans pour autant – ce que lui reproche la critique – avoir analysé l'accord en cause pour déterminer s'il s'agissait ou non d'un accord vertical au sens du Règlement.

Or, l'exposante faisait valoir qu'il ne s'agissait pas d'un accord vertical au sens de ce texte, de sorte que l'exemption qu'il prévoit ne pouvait pas trouver application.

Sur la question de l'abus de position dominante (5^e branche), la société DPF prétend que l'exposante n'aurait pas demandé à la cour d'appel de rechercher si le marché pertinent devait s'apprécier de manière duale pour déterminer si un tel abus avait été commis, et qu'elle n'aurait en toute hypothèse pas assorti cette allégation d'une offre de preuve.

Pourtant, l'exposante indiquait dans ses conclusions (p. 16) qu'il convenait de distinguer marché national et marché local de la pizza à livrer ou emporter, puis soutenait que la détermination du marché pertinent devait s'effectuer de manière duale en décrivant l'interaction entre ces deux types de marché en présence d'un abus de position dominante (concl., p. 63 § H).

La cour d'appel n'a pas procédé à une telle analyse, pourtant seule pertinente. Et la société DPF n'explique pas en quoi cette analyse n'aurait pas été adaptée.

6. La cour d'appel n'a pas non plus examiné en quoi les différents manquements imputés à la société DPF, pris dans leur ensemble, caractérisaient une stratégie d'éviction de la concurrence, puisqu'elle s'est bornée à statuer sur chacun de ces manquements pris isolément. Le raisonnement de la cour d'appel est donc erroné.

La société DPF se borne, sur ce point, à soutenir que la question aurait été tranchée par la cour d'appel, ce qui n'est manifestement pas le cas.

La stratégie prédatrice de la société DPF a été récemment confirmée par une assignation en extension de la procédure collective ouverte à l'encontre d'un de ses anciens franchisés, la société Sert, sur le fondement d'une confusion résultant de relations financières anormales (cf prod.).

Le modèle économique de la société DPF, consistant en la conquête de parts de marché quel qu'en soit le coût, est illustré par cette assignation qui corrobore les éléments produits par l'exposante dans le présent litige, dont il résulte que le soutien de la société DPF à ses franchisés se caractérise par des flux financiers anormaux, dans le but d'évincer la concurrence, et sans considération, au demeurant, pour la viabilité économique à court terme des franchisés.

7. L'argumentation de la société DPF ne peut pas plus être suivie s'agissant de la causalité (7^e à 10^e branches).

Elle se borne à énoncer que les juges du fond apprécient souverainement les faits, sans véritablement répondre aux critiques du moyen, tandis que le lien de causalité est contrôlé par la Cour de cassation, même s'il s'agit d'un contrôle léger.

Ainsi, la société DFP se borne à affirmer que la cour d'appel ne se serait pas exclusivement fondée sur l'étude MAPP, réalisée unilatéralement et à sa demande sous la supervision de Mme Anne Perrot, sans pourtant préciser quels autres éléments de fait auraient corroboré cette étude, et pour cause puisque l'arrêt n'en mentionne aucun.

Et elle n'apporte aucune réponse à la critique de la huitième branche, la cour d'appel ayant refusé à tort à l'exposante la possibilité d'établir le lien de causalité au moyen de présomptions du fait de l'homme.

Il en est de même de la neuvième branche, qui reproche à juste titre à la cour d'appel de n'avoir procédé à aucune appréciation globale de la causalité, au regard des manquements reprochés à la société DPF. Cette dernière se borne à affirmer que la cour d'appel aurait effectué la recherche demandée, sans énoncer le moindre motif établissant que tel aurait été le cas.

Une observation similaire peut être faite s'agissant de la dixième branche, la cour d'appel n'ayant pas analysé le moyen tiré d'une compression des marges, qui montrait que, même si les pratiques de la société DPF n'avaient pas eu d'influence sur les prix des produits vendus, elles avaient contraint les concurrents à réduire leur marge pour maintenir leur activité.

Au total, aucune véritable objection n'est opposée aux critiques du premier moyen, qui devra donc être accueilli.

Sur le second moyen du pourvoi de la société Speed Rabbit Pizza :

8. La société DPF prétend de façon inexacte que la faute détachable du dirigeant ne serait caractérisée qu'en présence d'un comportement intentionnel incompatible avec ses fonctions, ce dont elle paraît déduire que tout propos tenu par un dirigeant devrait être considéré comme tenu dans l'exercice de ses fonctions à défaut d'établir une telle intention fautive.

Les critères posés par la Cour de cassation en ce domaine sont pourtant clairs : si la faute commise par un dirigeant ne se rattache pas à ses fonctions, la société n'a pas à en répondre.

En l'espèce, à supposer qu'une faute puisse être imputée à M. Sommer, dirigeant de la société SRP, les propos tenus par ce dernier l'ont été à titre personnel, dans un cadre extérieur à ses fonctions, ce qui résulte des constatations de l'arrêt. La cour d'appel ne pouvait juger le contraire, sauf à méconnaître les dispositions de l'article 1382 devenu 1240 du code civil.

9. La société DPF prétend ensuite, de façon aussi inexacte, que la qualification de dénigrement devrait être retenue à chaque fois que les propos mis en cause émanent d'un concurrent et critiquent l'activité économique de la personne prétendument dénigrée.

La Cour de cassation juge pourtant que seule la qualification de diffamation peut être retenue lorsque les propos ne concernent pas les services ou les prestations d'une entreprise (cf MA, n°21).

Dès lors, en jugeant que des propos relatifs à des pratiques commerciales de la société DPF concernaient les services ou prestations de cette dernière, ce qui n'était pas le cas puisque les caractéristiques de ses pizzas n'étaient pas visées, la cour d'appel a exposé sa décision à la censure.

10. Enfin, s'agissant du préjudice, la société DPF se borne à rappeler que la Cour de cassation a instauré une présomption suivant laquelle la concurrence déloyale est présumée avoir causé un préjudice.

Mais, comme l'a fait valoir l'exposante (MA, n°23), la portée de cette présomption, qui est discutable, doit être bien comprise.

Une telle présomption, qui n'est qu'un mécanisme probatoire, se borne à faciliter la preuve d'un préjudice par le tiers lésé en inversant la charge de la preuve. On ne peut admettre qu'elle permette de retenir l'existence d'un préjudice là où il est avéré qu'il n'y en a aucun.

C'est d'ailleurs ce qui a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à abandonner toutes les présomptions de préjudice qu'elle avait posées, s'apercevant du décalage du résultat produit avec la réalité.

En toute hypothèse, la présomption de préjudice peut être combattue par la preuve contraire.

Or, au cas d'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il n'existait aucune preuve d'un préjudice concurrentiel causé par les écrits et propos prétendument dénigrants, et qu'aucune étude de l'impact économique de ces propos n'avait été produite au débat.

Elle ne pouvait donc retenir l'existence d'un préjudice au seul prétexte d'une présomption, qui n'est pas irréfragable, sauf à réputer incontestable un préjudice dont la réalité était exclue.

Dès lors, le second moyen du pourvoi de l'exposante devra, lui aussi, être accueilli.

Il n'en sera pas de même du pourvoi incident.

SUR LE POURVOI INCIDENT :

11. La société Domino's Pizza France (DPF) fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté sa demande pour procédure abusive.

Elle énonce que toute faute dans l'exercice des voies de droit est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, et en déduit qu'en jugeant que le droit d'agir en justice ne dégénère en abus que lorsque l'action est intentée dans l'intention de nuire, la cour d'appel aurait violé l'article 1382 devenu 1240 du code civil.

La critique n'est pas fondée.

12. L'article 32-1 du code de procédure civile dispose que :

« Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3.000 € sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

Ce texte consacre une jurisprudence ancienne selon laquelle l'exercice de voies de droit peut donner lieu à des abus qui engagent la responsabilité délictuelle de leur auteur envers la partie adverse.

À l'origine, le recours à la notion d'abus limitait la responsabilité aux cas de mauvaise foi, d'attitude malicieuse ou d'intention dolosive, ou encore de faute grossière équipollente au dol (par ex. Civ. 7 mai 1924, S. 1925, 1, 217).

La Cour de cassation juge certes désormais que « *toute faute dans l'exercice des voies de droit est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur* » (Civ. 2^e, 11 septembre 2008, n°07-18.483 ; Civ. 1^{re}, 10 juin 1964, Bull. civ. I, n°310). Il n'est donc plus nécessaire d'établir l'intention de nuire pour qu'une condamnation fondée sur l'abus du droit d'agir en justice soit prononcée.

Il n'en résulte cependant pas pour autant que la cassation serait

automatiquement encourue lorsque le juge rejette une demande de condamnation pour abus du droit d'agir en justice en l'absence d'intention de nuire.

En effet, tout dépend de la motivation du jugement.

Sans doute la censure est-elle encourue si le juge a écarté l'abus du droit d'agir en justice au seul motif de l'absence de preuve d'une intention de nuire.

Mais, inversement, le fait que le juge constate l'absence d'intention de nuire importe peu s'il résulte par ailleurs des motifs du jugement qu'aucune faute n'a été commise.

La Cour de cassation, soucieuse de protéger le droit d'agir en justice et la liberté d'expression et de choix des moyens, exerce son contrôle sur la qualification de l'abus du droit d'agir en justice. Elle est, à juste titre, exigeante pour permettre qu'un tel abus soit retenu.

Ainsi, le simple fait de formuler des demandes « *exorbitantes* » ne suffit pas à caractériser une faute dans l'exercice d'une voie de droit (Civ. 3^e, 9 novembre 2017, n°16-22.023).

De même, le plaideur qui introduit plusieurs recours contre une même partie ne commet pas nécessairement de faute à son égard dans la mise en œuvre de son droit d'agir en justice (par ex. : Soc., 5 décembre 2012, n°11-16.034).

La Cour de cassation considère même que la simple énonciation, par le juge du fond, d'une attitude de mauvaise foi ne suffit pas à caractériser l'existence d'une faute (Civ. 3^e, 12 octobre 2017, n°16-20.773 ; Civ. 1^{re}, 6 septembre 2017, n°16-21.900).

Dans le même esprit, elle a jugé qu'un comportement empreint d'abus de droit, par exemple le maintien dans une société au mépris de règles déontologiques, ne caractérisait pas pour autant un abus de droit d'agir en justice de l'associé qui avait assigné les autres associés afin que son droit de se maintenir dans la société soit reconnu (Civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n°13-14.134).

Ainsi, le juge ne peut retenir la responsabilité d'un plaideur au titre d'un abus de son droit d'agir en justice qu'à la condition de caractériser précisément en quoi son comportement révèle un tel abus, sans se contenter de considérations générales.

C'est pourquoi la Cour de cassation approuve régulièrement les juges du fond d'avoir écarté un abus du droit d'agir en justice, dès lors qu'il résulte de leurs constatations sur les circonstances de fait dans lesquelles la procédure arguée d'abus a été introduite, qu'un tel abus n'est pas caractérisé, étant rappelé que ces constatations sont en elles-mêmes souveraines (par ex. : Com., 16 mai 2018, n°16-16.547 ; Com., 20 mai 2014, n°13-14.933 ; Civ. 3^e, 28 mai 2013, n°11-25.105).

13. En l'espèce, la cour d'appel a certes énoncé que « *le droit d'agir en justice, droit fondamental, ne dégénère en abus de droit que lorsque l'action en justice, manifestement vouée à l'échec, est intentée dans l'intention de nuire* » (arrêt, p. 10 § 3).

Mais ce motif, seul critiqué par le moyen, est surabondant car la cour d'appel s'est fondée sur d'autres considérations pour rejeter la demande de la société DPF au titre d'un prétendu abus du droit d'ester en justice.

La cour d'appel a en effet jugé que :

« Le nombre de pièces versées au dossier et les saisines des autorités administratives, de la DGCCRF, ainsi que des DDCCRF, ne traduisent pas en soi un acharnement procédural particulier devant la justice. Les multiples saisines de tribunaux de commerce afin de contraindre les franchisés DPF à publier leurs comptes ou les saisines de tribunaux administratifs pour obtenir communication des procès-verbaux d'enquête dressés par les DIRECCTE au niveau local s'expliquent par l'existence de nombreux marchés locaux et ne traduisent pas en soi la volonté de nuire, mais d'avoir une vue exhaustive du réseau de DPF. Enfin, les assignations de franchisés SRP sur des fondements identiques à ceux de la présente procédure peuvent s'expliquer par un changement de tactique procédurale. Le caractère exorbitant des demandes de dommages et intérêts ne lie pas les juridictions et ne saurait donc en soi faire grief. En outre la société DPF qui allègue

une désorganisation de son réseau, la dégradation des relations avec ses franchisés et une image ternie dans la presse ainsi qu'auprès des investisseurs n'en apporte aucun commencement de preuve. Le jugement entrepris sera donc infirmé en ce qu'il a condamné la société SRP à payer à la société DPF la somme de 1.300.000 € à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et désorganisation » (arrêt, p. 10 § 4).

Il résulte de ces motifs que :

- les nombreuses saisines de tribunaux de commerce pour obtenir communication des procès-verbaux d'enquête dressés par les DIRECCTE s'expliquaient par l'existence de nombreux marchés locaux ;
- les assignations de franchisés reposaient sur une stratégie procédurale qui n'était pas en soi fautive ;
- le caractère « *exorbitant* » des demandes de la société SRP ne caractérisait pas en soi une faute, ce qui a déjà été jugé par la Cour de cassation ; au surplus, les demandes de la société DPF à l'encontre de l'exposante étaient très excessives, en réalité les seules à être exorbitantes ;
- la preuve d'un préjudice lié à une désorganisation du réseau DPF n'était pas rapportée.

La cour d'appel a déduit de ces éléments de fait, dont elle a souverainement apprécié la portée, que la preuve d'une faute dans l'exercice d'une voie de droit n'était pas établie, peu important l'existence ou non d'une intention de nuire.

Le pourvoi incident ne conteste pas ces motifs qui sont le véritable fondement de la décision de la cour d'appel sur ce point, et se borne à critiquer un motif surabondant, ce qui rend la critique inopérante.

La société DPF énonce par ailleurs, de façon tout aussi inopérante, dans les développements qui suivent son moyen, une argumentation purement factuelle relative à des circonstances caractérisant prétendument un abus du droit d'agir en justice (PI, p. 36 et 37). Il s'agit donc bien, pour la société DPF,

de se livrer à un nouveau débat de fait sur cette question. En toute hypothèse, les arguments avancés par la société DPF dans cette discussion ont été pris en considération par la cour d'appel, qui les a écartés par des motifs circonstanciés et souverains.

La critique ne peut, dès lors, être accueillie.

D'où il suit que le pourvoi incident sera rejeté.

PAR CES MOTIFS, la société Speed Rabbit Pizza conclut qu'il plaise à la Cour de cassation :

1°) **CASSER ET ANNULER** l'arrêt attaqué sur le pourvoi principal ;

2°) **REJETER** le pourvoi incident.

PRODUCTION :

Assignation en extension de la procédure collective de la société Sert à la société DPF.

SCP BARADUC DUHAMEL RAMEIX
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation