

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 16 – janvier / février 2020

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en janvier et février 2020 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Une restriction par objet s'interprète restrictivement (Cour de cassation, com., 29 janv. 2020, n° 18-10.967).

Des griefs avaient été notifiés à des banques pour s'être entendues, à l'occasion de la mise en place d'un système dématérialisé de compensation des chèques, dit « échange image chèque » (EIC), sur l'instauration de **diverses commissions interbancaires** [une commission fixe dite d'échange image chèque (CIEC) et huit commissions pour services connexes (CSC), parmi lesquelles les commissions d'annulation d'opérations compensées à tort (AOCT), également uniformes].

Par décision du 20 septembre 2010, l'Autorité de la concurrence a dit que les banques avaient, en instaurant entre elles la CIEC et les commissions AOCT, enfreint les dispositions prohibant les ententes, leur a infligé des sanctions pécuniaires et a prononcé des injonctions. Après diverses péripéties procédurales, cette décision était pour l'essentiel confirmée par la cour d'appel de Paris le 21 décembre 2017.

Cet arrêt est cassé. La Cour de cassation souligne en effet que, selon la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne), la notion de **restriction par objet**, « doit être interprétée de manière restrictive et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence tient à la circonstance que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (CJUE, 26 novembre 2015, Sia Maxima Latvija, C-345/14 point 18) ».

Or, selon la Cour de cassation, la cour d'appel « en se fondant sur la présomption, contestée, d'une répercussion nécessaire des commissions litigieuses sur les prix finaux, prise du financement du service de chèque par subventions croisées et d'un principe général de répercussion par tout opérateur

économique de tout élément de coût sur les prix finaux, la cour d'appel qui, en l'absence d'expérience acquise pour ce type de commissions interbancaires, a méconnu le principe d'interprétation restrictive de la notion de restriction de concurrence par objet, a violé les textes susvisés ».

Ainsi, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir qualifié de restriction par objet une restriction qui n'était pas qualifiée comme telle au regard de la jurisprudence rendue (« expérience acquise »). S'il ne fait pas de doute que la fixation en commun par des concurrents du prix de vente est une restriction par objet, tel n'est manifestement pas le cas lorsque l'entente ne porte que sur **une composante de ce prix de vente**. En effet, depuis l'arrêt du 11 septembre 2014 (Groupement des cartes bancaires, C-67/13 P), la CJUE a dit pour droit qu'il convenait de « se référer à la jurisprudence constante de la Cour [...] » car il s'agissait du « critère juridique essentiel pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une telle restriction de concurrence « par objet » ».

De la difficulté à caractériser une pratique de prix abusivement bas (Cour d'appel de Paris, 27 févr. 2020, n° 19/15744)

Une société en Bretagne ayant pour activité le transport côtier de passagers reprochait à une société concurrente **d'avoir brusquement décidé de diminuer son tarif pour la balade** en baie de Concarneau en proposant des prix extrêmement bas par rapport à ses tarifs habituels.

Cette dernière est assignée en référé devant le Président du tribunal de commerce sur le fondement de l'article L. 420-5 du code de commerce qui interdit « les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits [...] ». Ce texte est rarement mis en œuvre.

En effet, les conditions posées par le texte et la jurisprudence sont strictes. Le texte ne vise que les prix proposés aux

consommateurs et ne concerne pas les ventes en l'état « à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels et des vidéogrammes destinés à l'usage privé du public ». Par ailleurs, un prix est abusivement bas s'il est inférieur à la **moyenne des coûts variables ou à celle des coûts totaux (coûts fixes et coûts variables)**, une entreprise étant alors présumée vouloir évincer un concurrent si elle vend son produit à un prix inférieur à la moyenne des coûts variables (V. sur ce point, X. Henry, Le contrôle du prix par le juge fondé sur l'interdiction de la soumission à un déséquilibre significatif entre les parties : beaucoup de bruit pour rien ?, RJDA 6/19, p. 504, pt. 13). Pourtant, en l'espèce, le juge des référés ordonnait à l'entreprise assignée de ne pas proposer un prix en-dessous d'un certain montant par passager.

Saisie, la cour d'appel de Paris infirme l'ordonnance rappelant que « le prix abusivement bas s'apprécie par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation dès lors que la volonté d'éviction est rapportée » et que « **seul l'abus est sanctionné** ». Or, « il ne suffit pas de constater des prix très inférieurs à ceux pratiqués par les concurrents, car la différence peut s'expliquer par des disparités de coûts, de profits recherchés ou par une plus forte sélection de risques ». En l'occurrence, la Cour constate que l'analyse de l'entreprise plaignante « **n'est pas conforme aux conditions requises pour retenir le caractère licite ou non de la pratique incriminée [...]** » car « aucune comparaison n'est faite entre les tarifs et les coûts ». En outre, l'appelante produit les attestations comptables qui « font apparaître que la traversée dégage **une marge bénéficiaire** ».

Pratiques restrictives

La Cour de cassation réfute la définition de la cour d'appel de Paris du « partenaire commercial » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (Cour de cassation, com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512).

Selon l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] [d]e soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

La cour d'appel de Paris avait jugé qu'« un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose **une volonté commune** et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant », **excluant** ainsi du bénéfice du texte les contrats de mise à disposition de sites Internet ayant pour objet des « opérations ponctuelles à objet et durée limités », ne générant « aucun courant d'affaires stable et continu » et n'impliquant aucune « **volonté commune et réciproque d'effectuer, de concert, des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services** » (Paris, 27 sept. 2017, n°16/00671).

La Cour de cassation **casse l'arrêt au motif** que « le partenaire commercial est la partie avec laquelle l'autre

partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale ». Ainsi, « en ajoutant à la loi des conditions qu'elle ne comporte pas, la cour d'appel a violé » l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce.

La définition du partenaire donnée par la cour d'appel de Paris paraissait en effet **trop restrictive** (V. X. Henry, Clauses abusives dans les contrats commerciaux : état des lieux dix ans après, AJ contrat, août-sept. 2018, p. 370, n° 10 et s.). La définition de la Cour de cassation **est au contraire très large**, ce qui aura pour effet d'augmenter le nombre de bénéficiaires de la loi. Cette définition correspond aussi à la modification du texte (devenu l'article L. 442-1, I, 2°) **par l'ordonnance du 24 avril 2019**, les termes « partenaire commercial » ayant été remplacés par les termes « l'autre partie ».

Le préjudice résultant de clauses contractuelles déséquilibrées doit être démontré (Cour d'appel de Paris, 13 févr. 2020, n° 16/15098).

Après avoir rappelé que l'existence d'obligations créant un **déséquilibre significatif** peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties, la cour d'appel de Paris **juge déséquilibrées les clauses suivantes** contenues dans un contrat international de représentation dans le secteur aérien :

- la clause empêchant le mandataire **de représenter d'autres compagnies** aériennes sans le consentement du mandant alors que le contrat ne prévoit aucune exclusivité au profit du mandataire.
- les clauses prévoyant une **responsabilité du mandataire** pour tout dommage direct ou indirect résultant de manquements (émission incorrecte utilisation frauduleuse de titres de transport) **tout en prévoyant une limitation de responsabilité au profit du mandant** qui n'est tenu que des dommages directs résultant des seuls manquements contractuels dans les limites d'un certain montant.
- la clause permettant au mandant de modifier **discrétionnairement** les objectifs de vente.
- **la clause de durée du contrat** de deux ans maximum malgré l'ancienneté des relations des parties, mettant le mandataire dans l'incertitude du renouvellement du contrat.
- la clause de **loi applicable** qui était celle du pays du mandant qui peut être réputée lui être plus favorable.

Cependant, le mandant n'est pas condamné au titre de ces clauses sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce. En effet, le mandataire **ne rapporte pas la preuve de sa soumission** ou de la tentative de soumission à la pratique. Notamment, n'est pas rapportée la preuve de l'absence de négociation effective ou de l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer son acceptation du contrat.

La preuve d'un préjudice n'est pas davantage rapportée. Si le mandataire invoque le fait de faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, il n'est pas démontré que cette procédure **soit en lien** avec le déséquilibre contractuel. De même, s'il invoque l'impossibilité de représenter d'autres compagnies aériennes, l'ayant privé d'une perte de chance de réaliser des gains, la Cour relève que si le contrat soumettait à autorisation la représentation d'une autre compagnie aérienne,

le mandataire ne démontre aucunement avoir sollicité une telle autorisation pendant l'exécution du contrat.

Concurrence déloyale

Le préjudice peut être évalué en retenant l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents (Cour de cassation, com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614).

La Cour de cassation énonce qu'en cas de « *pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles [...], il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents [...]* ».

Ainsi, une société en « *trompant le consommateur sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus, [...] s'est [assurée] un avantage concurrentiel au préjudice de [son concurrent]* », notamment parce que « *la tromperie sur la taille « made in France » lui a permis d'obtenir des prix de revient beaucoup plus bas et que, pour 2013, elle justifie n'avoir employé qu'un tailleur pour six mois, là où [son concurrent] en employait huit* ».

Pour évaluer l'**indemnité** de la victime, il pouvait donc être tenu compte de l'**économie injustement réalisée** par l'auteur de la pratique. Cette solution mérite l'**approbation**. En effet, faute pour la victime de pouvoir chiffrer précisément son préjudice, l'auteur des pratiques déloyales n'est souvent que très modestement sanctionné et conserve de ce fait le bénéfice de ses pratiques (qui peuvent être une économie de coûts) et l'avantage concurrentiel que ces sommes lui procurent.

Prescription et concurrence déloyale (Cour de cassation, com., 26 févr. 2020, n° 18-19.153).

Une action en concurrence déloyale, de nature délictuelle, est soumise au régime de la prescription de cinq ans de l'article 2224 du code civil. **Le point de départ du délai quinquennal est le jour où le plaignant « a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, peu important que les agissements déloyaux se soient inscrits dans la durée »**. Une cour d'appel ne pouvait donc juger que la concurrence déloyale et parasitaire constituait un quasi-délit continu, de sorte que la prescription ne commence à courir que du jour où les faits incriminés ont cessé. **L'arrêt d'appel est donc cassé.**

DROIT DE LA DISTRIBUTION

De la qualification ou non d'agent commercial [Cour d'appel de Paris, 16 janv. 2020, n° 17/11236 (1^{ère} espèce) et 3 févr. 2020, n°16/19962 (2^{ème} espèce)].

Pour qu'un intermédiaire ait le statut d'agent commercial au sens de l'article L. 134-1 du code de commerce, il doit

disposer **du pouvoir de négocier** au nom et pour le compte de son mandant des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestations de service. La question est de savoir ce qu'il convient **d'entendre par « négociier »**. Cela doit-il impliquer le droit pour l'agent commercial de modifier de son propre chef les contrats et conditions du mandat ? **Pour la Cour de cassation**, le simple fait de proposer les contrats aux clients ne permet pas de qualifier l'intermédiaire d'agent commercial (Com. 15 janv. 2008, n° 06-14.698 ; Com. 20 mai 2008, n° 07-12.234). Cependant, **la position des juges du fond peut varier**. Deux arrêts de deux chambres différentes de la cour d'appel de Paris en témoignent.

Ainsi, **dans une première espèce**, la cour d'appel énonce que « *La qualité d'agent commercial suppose la capacité de négocier les contrats passés au nom du mandant et de disposer, à cet effet, de réelles marges de manœuvre par rapport à ce dernier pour influencer sur les éléments constitutifs des contrats avant leur conclusion notamment quant aux tarifs pratiqués* ». Tel n'était **pas le cas** en l'espèce. Le contrat de mandat est **donc un mandat d'intérêt commun** « *dans lequel mandant et mandataire sont liés par une convergence d'intérêts, l'un et l'autre contribuant par leur activité réciproque et par leur collaboration régulière à l'obtention et à l'accroissement d'un résultat qui leur est commun* ».

Dans une deuxième espèce, une autre chambre de la cour d'appel est plus **nuancée**, considérant que « *la négociation ne s'entend pas du seul pouvoir de fixer ou de modifier le prix des produits arrêté par le mandant sans l'accord préalable de ce dernier mais de l'ensemble des actions à mener pour l'obtention de commandes* ». S'appuyant sur une **attestation** selon laquelle un client faisait valoir qu'il était en contact avec le mandataire « *une à deux fois par semaine, que celui-ci lui rendait visite tous les mois pour suivre [ses] besoins ainsi que les commandes, évolution des prix du marché, les qualités, le respect des volumes convenus, la conformité des livraisons, le service après-vente, avoir traité avec lui chaque année (...)* des prévisions de l'année suivante concernant les conditions de vente, volumes, remises fin année », la Cour **reconnaît à ce mandataire le statut d'agent commercial**.

Il est à noter que par jugement du 19 décembre 2018 (n° 2017015204), le tribunal de commerce de Paris **a sursis à statuer et saisi** la Cour de justice de l'Union européenne d'une **question préjudicielle** pour savoir si, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive n°86/653/CEE du 18 décembre 1986 sur le statut des agents commerciaux, un intermédiaire qui n'a pas le pouvoir de modifier les tarifs et conditions contractuelles des contrats de vente de son commettant, pourrait ou non être qualifié d'agent commercial.

Les conséquences attachées à la qualification d'agent commercial sont importantes. En cas de cessation du contrat à l'initiative du mandant, outre un préavis (qui ne peut excéder trois mois selon la loi sauf autrement stipulé dans le contrat), l'agent aura le droit, sauf faute grave de sa part, **à une indemnité qui correspond le plus souvent à deux années de commissions**. C'est ainsi que **dans la deuxième espèce**, la Cour alloue une indemnité de deux années de commission en raison de la cessation du contrat à l'initiative du mandant.

En revanche, **si le contrat n'est pas un contrat d'agence commerciale** mais un « simple » mandat d'intérêt commun, aucune indemnité « automatique » n'est due en cas de cessation du contrat à l'initiative du mandant. Le mandataire peut cependant contester la **brutalité de la rupture** sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de

commerce (devenu l'article L. 442-1, II) s'il estime le **préavis** accordé pour mettre fin au contrat **insuffisant**. Ces textes ne sont en revanche pas applicables à un contrat d'agence commerciale, le préavis pour mettre fin à un tel contrat étant prévu par la loi (Com. 18 oct. 2017, n° 15-19.531).

C'est ainsi que **dans la première espèce**, la Cour a jugé que le mandat d'intérêt commun avait été rompu sans préavis. Pour une **relation de quatre ans**, le préavis aurait dû être de **quatre mois**. Le mandataire était indemnisé à hauteur de quatre mois de marge. Par ailleurs, la Cour a jugé que le fait que **les objectifs de vente** n'aient pas été atteints par le mandataire ne pouvait pas justifier la rupture sans préavis car *« l'absence de réalisation des objectifs fixés ne saurait caractériser le manquement du mandataire à ses obligations et il appartient à la société [...] de démontrer que cette absence de réalisation des objectifs résulte d'un défaut de diligences de la part [du mandataire] »*.

Une clause d'intuitu personae ne peut empêcher la cession des contrats nécessaires au maintien de l'entreprise en cas de plan de cession (Cour d'appel de Paris, 23 janv. 2020, n° 19/17892).

Selon la cour d'appel de Paris, **l'article L. 642-7** du code de commerce prévoit, en cas de plan de cession, la cession par le tribunal des contrats nécessaires au maintien de l'entreprise. Cet article **prive nécessairement d'effet** toute clause qui aurait pour conséquence de restreindre le pouvoir du tribunal de céder des contrats. Le transfert des contrats ordonné par le tribunal est opposable à tous nonobstant l'existence d'une clause restrictive. Il s'ensuit que la clause contractuelle stipulant que la cession de l'enseigne **est subordonnée à une procédure d'agrément** et à un droit de préférence se trouve privée d'effet.

Par ailleurs, selon la Cour, **l'intuitu personae n'interdit** la cession d'un contrat que lorsque celle-ci est incompatible avec le maintien des éléments essentiels du contrat, ce qui n'était pas démontré en l'espèce. En outre, *« il ne peut pas davantage être exigé une formation ou un stage préalable du cessionnaire, ceux-ci pouvant être effectués postérieurement à la cession, afin de se conformer aux exigences de qualité de l'enseigne, une telle clause constituant également un élément de nature à empêcher toute cession, compte tenu de la célérité inhérente au processus permettant d'aboutir à un plan de cession »*. Enfin, *« l'argumentation relative aux risques de violation du savoir-faire [...] ou de violation du secret, ne constitue que des craintes soulevées par le cocontractant »*.

La législation française relative aux agents commerciaux n'est pas une loi de police (Cour d'appel de Paris, 13 févr. 2020, n° 16/15098).

Une compagnie aérienne de Hong-Kong et une société française avait conclu un contrat à durée indéterminée aux termes duquel la première confiait à la deuxième la promotion et la commercialisation de ses services dans le sud de la France. Bien que ce **contrat fût soumis à la loi de Hong-Kong**, la société française revendiquait **l'application de la loi française** relative aux agents commerciaux (articles L. 134-1 et s. du code de commerce) qu'elle qualifiait de loi de police.

Or, la Cour, après avoir confirmé la compétence des juridictions françaises pour statuer, énonce qu'*« une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé*

crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale, ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat. Or si la loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, codifiée aux articles L.134-1 et suivants du code de commerce, est une loi protectrice d'ordre public interne, elle ne constitue pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

La société française **ne pouvait donc « se prévaloir du statut d'agent commercial tel qu'il résulte de l'application du droit français dès lors que le contrat de droit international qui la lie à la société [...] a été [...] soumis [...] au droit de Hong-Kong [...] même [si] ce droit ne [prévoyait] pas l'attribution d'une indemnité en cas de rupture du contrat »**. La Cour constatant qu'*« il n'existe dans le droit applicable à Hong-Kong aucune norme spécifique aux agents commerciaux [...], le contrat doit être qualifié au regard du droit applicable à Hong-Kong [...] de contrat de représentation »*.

DROIT DES CONTRATS

Résolution d'une vente : la restitution du prix se fait TTC (Cour de cassation, com., 8 janvier 2020, n°18-17895).

Alléguant des **dysfonctionnements d'une machine** à vendanger, un acquéreur assigne le vendeur en résolution de la vente. En première instance puis en appel la **résolution est prononcée** mais seule la restitution du prix HT est ordonnée, faute pour l'acquéreur d'avoir justifié du remboursement à l'administration fiscale de la taxe indument déduite. La Cour de cassation **cas** l'arrêt d'appel en rappelant que *« la résolution d'un contrat synallagmatique emporte la remise des parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement » ce qui implique la restitution du prix TTC*. Cette solution rendue au visa de l'ancien article 1184 du code civil est **désormais consacrée par l'article 1352-6** du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2016.

DROIT DE LA CONSOMMATION

L'information du client doit être préalable à la conclusion du contrat (Cour de cassation, civ. 1, 8 janv. 2020, n° 18-21.746).

Un couple avait acheté **le 10 janvier 2017** un voyage à forfait à destination de l'Inde du **20 au 29 janvier 2017** mais ne peut pas prendre le vol, faute de visa. Il demande à l'agence et au franchiseur de celle-ci à être indemnisé. **Le tribunal d'instance le déboutait**, l'agence lui ayant adressé par SMS du **11 janvier 2017** un lien d'information pour le voyage en cause et il n'était pas démontré que le lien ne comportait pas la mention du visa obligatoire, non compris dans le forfait.

La Cour de cassation casse le jugement car *« il incombait à l'agence de voyages de rapporter la preuve qu'elle avait, préalablement à la conclusion du contrat, délivré l'information relative au franchissement des frontières, le tribunal d'instance a violé les textes susvisés »*. L'on observera en outre que pour les clients, auraient-ils eu l'information avant la conclusion du contrat, obtenir un visa pour l'Inde en moins de dix jours pouvait être difficile. L'agence aurait eu à les mettre en garde contre ce risque.