

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 15 – novembre / décembre 2019

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en novembre et décembre 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Une augmentation brutale de prix ne constitue un abus de position dominante que si le prix fixé en résultant est inéquitable (Cour d'appel de Paris, 14 nov. 2019, n° 18/23992).

Par décision n° 18-D-17 du 20 septembre 2018, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné une société qui jouissait d'un **monopole de fait** sur le marché de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux (DASRI) en Corse et qui avait abusé de sa position dominante en procédant à une **augmentation brutale**, significative, persistante et injustifiée du prix des prestations d'élimination desdits déchets.

Cette décision est **réformée** par la Cour d'appel de Paris. La Cour ne conteste pas l'analyse de l'Autorité quant à la détermination du marché pertinent, ni la position dominante de l'entreprise poursuivie, ni les augmentations de prix pratiquées à l'égard de cliniques (+ 135 % en 2012 pour l'une, + 137 % pour la période 2011/2012 pour une autre, + 98 % pour une troisième en 2013). En revanche, pour la Cour, **l'abus n'est pas démontré**.

Après avoir rappelé que l'abus de position dominante peut être un **abus d'exploitation et/ou d'exclusion**, la Cour écarte ce dernier car « la preuve n'est pas rapportée [...] que l'augmentation des tarifs avait pour objet ou pouvait avoir pour effet, réel ou potentiel, de dissuader ou évincer d'éventuels concurrents ». Quant à l'**abus d'exploitation** qui résiderait dans des conditions de transaction non équitables, la Cour relève que **deux conditions doivent être remplies** « pour qualifier des conditions de transaction d'abus d'exploitation. D'une part, il faut que ce soit la position dominante de l'entreprise en cause qui lui ait permis d'obtenir les avantages de transactions examinés ; d'autre part, ces avantages doivent être non équitables ». Si la **première condition** est remplie, tel n'est pas le cas de la **seconde**.

En effet, pour la Cour, l'Autorité aurait dû **démontrer que le prix fixé était inéquitable**. Or, elle s'est contentée de relever

que les augmentations étaient brutales, ce qui est insuffisant car « dès lors que l'application d'une augmentation tarifaire n'est rien d'autre que la fixation d'un prix, l'appréciation du caractère équitable ou non équitable d'une telle augmentation se confond avec celle du caractère équitable ou non équitable du prix en résultant. **Si le prix atteint apparaît équitable, l'augmentation ayant conduit à ce prix ne peut pas être jugée inéquitable, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en rechercher les éventuelles justifications** ».

Cette motivation pourrait être approuvée si la Cour avait statué sur le grief notifié qui concernait l'augmentation brutale des prix et non le prix lui-même. Or, une telle augmentation peut constituer un abus de position dominante s'il était par objet ou par effet anticoncurrentiel. L'abus ne réside donc pas uniquement dans le caractère excessif du prix. En tout état de cause, on peut raisonnablement se poser la question de savoir si l'opérateur n'aurait pas pu être plus efficacement sanctionné **sur le fondement des pratiques restrictives de concurrence** (déséquilibre significatif ou rupture brutale).

Un refus de contracter peut être un acte unilatéral insusceptible de constituer un accord au sens des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 27 nov. 2019, n°18/06901).

La troisième tentative aura été la bonne à la faveur d'un changement de composition de la Cour d'appel de Paris. Par deux fois, cette dernière avait débouté des constructeurs automobiles de leur demande de voir qualifier un refus de contracter d'acte unilatéral au sens des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce. La Cour avait au contraire jugé que **ce refus constituait bien un accord** susceptible de constituer une **entente** (Paris, 23 janv. 2019, n° 16/16856 et 27 mars 2019, n° 17/09056. V. nos Lettres d'actualité n°s 10 et 11. V égal. E. Dieny et X. Henry, Refus d'agrément d'un distributeur sélectif : la cour d'appel de Paris en proie aux limites de l'application du droit des ententes, RLC 2019/83, n° 3572). Cette **position était fragile** car la Cour reconnaissait ne pas appliquer les principes des arrêts *Bayer* (CJCE, 6 janvier 2004 C-2/01 P et C-3/01 P) et *Volkswagen* (CJCE, 13 juillet 2006, C-74/04 P) sur la notion d'accord.

En l'occurrence, comme pour les deux espèces précédentes, un réparateur automobile dont le contrat de réparation agréée avait pris fin contestait le refus du constructeur de conclure avec lui un nouveau contrat à l'issue du préavis. La Cour énonce que la pratique « *alléguée par [le candidat évincé] ne peut être qualifiée d'action concertée ou d'entente au sens de l'article L 420-1 du code de commerce que s'il est établi que les parties y ont librement consenti en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. Or ces circonstances ne sont pas établies [...]* ».

Le refus opposé à un candidat à l'entrée dans un réseau de distribution sélective **n'est donc pas nécessairement un accord** au sens des articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce. S'il peut s'agir d'un accord, **il ne peut résulter de la seule appartenance au réseau** des autres membres qui auraient de ce fait par avance accepté tout comportement de la tête de réseau. Même si la Cour ne le dit pas, la preuve d'un accord devra respecter le standard de preuve des arrêts *Bayer* et *Volkswagen*. **Cet arrêt ne permet donc pas de conclure** que tout refus de contracter échappe automatiquement à la qualification d'accord.

Pratiques restrictives

Qu'est-ce que la « soumission » au sens de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce ? [Cour d'appel de Paris, 6 nov. 2019, n° 18/03352 (1^{ère} espèce) ; Cour de cassation, com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 (2^{ème} espèce)].

L'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, 2°) interdisait « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Que faut-il entendre par « soumettre » ? Éléments de réponse au travers de deux arrêts.

Dans une **première espèce**, un constructeur et un distributeur automobile **s'opposaient sur le sens à donner au terme « soumettre »**. Pour le distributeur, il y avait soumission dès lors que la convention proposée était un **contrat d'adhésion** et que toute négociation de celui-ci avait été refusée. Pour le constructeur, la soumission impliquait **l'existence d'un rapport de force déséquilibré**, l'absence de négociation ou le refus de négocier étant insuffisants à caractériser la soumission au sens du texte car nul n'est obligé de négocier.

La cour d'appel de Paris conclut à **l'absence de soumission** car le distributeur, appartenant à un groupe de distribution automobile important, était multimarque et « *La structure d'ensemble du marché des véhicules [de la marque concernée], marque de faible pénétration en France, voire même celle de l'ensemble des véhicules automobiles, ne peut constituer en l'espèce un indice de rapports de force déséquilibrés entre [les parties]* ». Cette motivation, qui pourrait permettre à nombre de conventions uniques dans le secteur de la distribution automobile **d'échapper à l'article L. 442-1, 2°** met donc en avant la **nécessité d'un rapport de force pour définir la « soumission »** au sens du texte. S'agit-il cependant du critère unique ? Vraisemblablement non à la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation (2^{ème} espèce).

Dans cette **deuxième espèce**, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris selon lequel « *L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique*

la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées » tout en soulignant que cette absence de négociation intervient sur un marché « *se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs [...]* ». **La Cour de cassation approuve notamment la cour d'appel** d'avoir débouté de ses demandes le Ministre de l'Économie à propos de clauses qu'il estimait déséquilibrées car « *il n'apport[ait] aucun élément de preuve quant aux circonstances factuelles dans lesquelles [les accords] ont été conclus et n'établiss[ait] donc pas qu'ils n'ont pas fait l'objet de négociations effectives* ».

Aussi, **pour qu'il y ait « soumission » au sens du texte, deux conditions sont requises : l'existence d'une relation asymétrique, et l'absence de négociation effective** (c'est-à-dire que la négociation demandée a été refusée). L'absence de négociation effective comme composante de la notion de « soumission » **pourrait se discuter** dès lors qu'il n'existe pas d'obligation de négocier et que réciproquement, des négociations peuvent être déséquilibrées.

Application des dispositions de la rupture brutale aux relations des coopératives et des GIE avec leurs membres ? [Cour d'appel de Paris, 6 nov. 2019, n° 17/13200 ? (1^{ère} espèce) et 13 nov. 2019, n°17/14404 (2^{ème} espèce)].

L'application ou non de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442, II) à certaines relations est parfois **mystérieuse**. Ainsi, la Cour de cassation **ne l'a pas appliqué** à la rupture de relations entre un GIE (Groupement d'Intérêt Économique) ou une coopérative avec leurs membres pour des raisons peu évidentes (Com. 3 avril 2007, n° 06-10.626 ; Com, 16 mai 2018, n° 17-14.236).

La Cour d'appel de Paris avait à nouveau à statuer sur cette question. Dans une **première espèce**, saisie de la rupture d'une **relation entre une coopérative et l'un de ses associés** à l'initiative de ce dernier, la cour d'appel fait observer que « *les articles L. 124-1 et suivants du code de commerce et les dispositions générales des règles des coopératives [...]* **ne fixent aucune règle relative aux délais dans lesquels il peut être mis fin au courant d'affaires** » et que « *la question en débat devant la cour ne concerne pas sa qualité de coopérateur [de l'associé] et la rupture du lien social l'unissant à la coopérative, mais uniquement les conditions dans lesquelles a été rompu [...]* » un **contrat de distribution exclusive conclu par la coopérative et son associé**.

La Cour juge que l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) est applicable à la rupture de cette relation car « *c'est la nature du lien rompu qui détermine le régime qui lui est applicable* », lequel était commercial, de sorte que « *seules sont soumises aux statuts les conditions dans lesquelles un associé peut quitter la coopérative, par rupture du lien social existant entre coopérative et associé* ». Pour huit ans de relations, le préavis aurait dû être de six mois au lieu du préavis contractuel de trois mois. **La rupture était brutale**.

La cour d'appel de Paris reprend ce même raisonnement **dans une deuxième espèce à propos de l'exclusion d'un GIE d'une société adhérente** dont le capital avait été cédé mais conclut dans un sens opposé. La Cour relève que « *le GIE a pour vocation de représenter ses membres en vue d'obtenir des conditions commerciales auprès des fabricants, distributeurs et autres fournisseurs, chaque membre pouvant*

passer commande aux fournisseurs sélectionnés par le GIE, bénéficiaire des négociations [...] » contre rémunération. Or, si cette mission « n'exclut pas par nature l'existence d'une relation commerciale établie entre le GIE et un de ses membres, [elle] ne se distingue pas en l'espèce de la relation statutaire, de laquelle fait partie intégrante le droit pour tout membre de se retirer dans les conditions prévues par le contrat ». En conséquence, « [...] il n'est pas démontré que [la société adhérente] ait jamais eu avec le GIE [...] de relation commerciale établie en dehors de la relation statutaire ».

Dans les deux espèces, la cour d'appel fait donc une distinction, s'agissant des relations des groupements avec leurs membres, pour l'application de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien), entre ce qui relève de la relation statutaire ou de relations annexes. La distinction est subtile car qu'elle soit statutaire ou pas, la relation d'un GIE ou d'une coopérative avec ses membres paraît pourtant bien commerciale. Or, si la loi ne prévoit pas la durée du préavis en cas d'exclusion, le texte susvisé ne devrait pas être écarté. C'est ainsi que la Cour de cassation a récemment cassé un arrêt (qui avait écarté l'application de cet article à la rupture de la relation d'un gérant-mandataire avec son mandat) car les articles L. 146-1 et suivants du code de commerce ne réglaient pas la question de la durée du préavis à accorder (Com. 2 oct. 2019, n° 18-15.676, V. notre Lettre d'actualité n° 14. V. plus récemment, Com., 20 nov. 2019, n° 18-15677).

La responsabilité délictuelle de droit commun n'est pas applicable à la rupture brutale des relations (Cour de cassation, com., 20 nov. 2019, n° 18-15677).

Les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce sont exclusives de celles de l'article 1382, devenu 1240, du code civil (responsabilité délictuelle), de sorte qu'à défaut d'application des dispositions particulières de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien), le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture ne peut pas être indemnisé sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle.

Concurrence déloyale

Quelles sont les conditions pour qu'un débauchage constitue un acte de concurrence déloyale ? (Cour d'appel de Paris, 19 déc. 2019, n° 17/07615).

Cinq salariés d'une entreprise qui avait démissionné entre les mois d'avril et août 2013 avaient été embauchés par une société concurrente. La Cour d'appel de Paris ne considère cependant pas qu'il s'agisse d'actes de concurrence déloyale. Elle rappelle que « l'emploi de salariés d'un concurrent n'est pas fautif dès lors que lesdits salariés abandonnent régulièrement leurs fonctions et ne sont débiteurs d'aucune obligation de non-concurrence. En revanche, le réembauchage de salariés d'un concurrent est illicite lorsqu'il s'accompagne de manœuvres déloyales et qu'il produit un effet de désorganisation interne ».

Or, en l'espèce, aucun des salariés n'était tenu par une clause de non-concurrence à l'égard de leur ancien employeur. Par ailleurs, selon la Cour, « seules trois personnes, dont le directeur, sur les sept du département échographie cardiovasculaire ont quitté la société [...] dans une période de temps très courte ; les deux autres salariés étant des techniciens intervenant au soutien de tous les départements de

l'entreprise ». En outre, il n'était pas démontré que ces départs aient été provoqués par des manœuvres déloyales. Ils résultaient au contraire de motifs personnels.

Enfin, selon la Cour, aucune désorganisation interne de l'entreprise n'est démontrée à la suite du départ des cinq salariés débauchés. Notamment, « le fait d'avoir à recruter un nouveau directeur des ventes et de réorganiser le département cardiovasculaire est inhérent au départ des titulaires des postes mais ne traduit aucune désorganisation majeure de l'entreprise ». Aucune concurrence déloyale n'est donc établie au titre du débauchage des salariés. Cet arrêt traduit l'évolution importante au cours des dernières années de la licéité d'un débauchage des salariés d'une entreprise concurrente. Désormais, c'est la liberté de la concurrence et des salariés qui prévaut, et l'appréciation de la désorganisation de l'entreprise victime est particulièrement restrictive.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Le fournisseur est en droit de fixer la date maximale à laquelle la convention unique doit être signée (Cour d'appel de Paris, 6 nov. 2019, n° 18/03352).

L'article L. 441-7 (ancien) du code de commerce (devenu les articles L. 441-3 et s.) imposait la conclusion au plus tard le 1^{er} mars (chaque année ou tous les deux ou trois ans) d'une convention écrite (communément appelée convention unique) par les fournisseurs et distributeurs ou prestataires de services indiquant les obligations des parties lorsqu'elles dérogeaient aux conditions générales du fournisseur.

En l'espèce, un constructeur automobile avait adressé à ses distributeurs la convention écrite pour 2016 le 1^{er} octobre 2015, leur demandant un retour au plus tard pour le 1^{er} décembre 2015. Un distributeur ne retourne pas la convention proposée et postérieurement à la date indiquée en conteste plusieurs dispositions. Le constructeur, tout en répondant aux contestations, lui indique qu'il est hors délai pour la contester et la signer. Le distributeur soutient que le constructeur n'avait pas le droit d'imposer une date maximale pour conclure la convention, l'article L. 441-7 (ancien) indiquant que la convention doit être signée au plus tard le 1^{er} mars de l'année d'application. Au contraire, pour le constructeur, il s'agissait d'une date butoir qui ne l'empêchait pas de fixer une date antérieure de retour de la convention. La Cour reprend ce moyen et ajoute que « Le principe de bonne foi aurait dû conduire [le distributeur] à répondre, dans le délai proposé, qu'[il] demandait un délai supplémentaire pour négocier ; or, en s'abstenant de toute réponse avant le 1^{er} décembre 2015 [...], [le distributeur] est délibérément sorti de toute négociation de la convention ».

Rupture d'un contrat de franchise : clause pénale et responsabilité civile personnelle du dirigeant (Cour d'appel de Paris, 13 nov. 2019, n°19/00499).

Le dirigeant d'une société franchisée avait créé une autre société pour la même activité, reprenant un concept très similaire à celui de la franchise exploitée (couleur, ambiance, dénomination sociale, ...). Le franchiseur résiliait le contrat de franchise pour faute grave. Après diverses péripéties procédurales, la faute de l'ancien franchisé était caractérisée mais la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi après cassation, devait encore statuer sur le montant de la clause pénale due

par le franchisé en cas de rupture du contrat à ses torts et sur la **responsabilité personnelle** du dirigeant.

La clause pénale stipulée était égale au double du montant estimatif des redevances qui auraient été payées au franchiséur jusqu'au terme normal du contrat. L'ancien franchisé faisait valoir le **caractère excessif** de celle-ci et demandait sa réduction. Pour la Cour, **ce montant n'était nullement excessif** car « *ni le mode de calcul de cette clause, ni l'allégation d'une durée de franchise extrêmement longue pour des prestations réduites, ni l'allégation de la tolérance dont aurait fait preuve [le franchiseur] quant au développement d'activités concurrentes ne justifient du caractère manifestement excessif de la peine convenue au regard du préjudice effectivement subi par le créancier* ».

Par ailleurs, s'agissant de la **responsabilité personnelle** du dirigeant, la Cour énonce que celle-ci « *à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales* ». **Ces conditions étaient remplies en l'espèce**. En effet, « *en créant une société concurrente de la société franchisée [...] qu'il dirigeait, en utilisant le concept [du franchiseur] pour mieux le concurrencer [...], M. W a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales* ». La Cour le condamne à verser une somme de **20.000 euros à titre de dommages-intérêts**, sur le fondement de l'article 1240 du code civil (responsabilité délictuelle).

Une clause résolutoire est acquise dès lors que les conditions de sa mise en œuvre sont remplies (Cour de cassation, com., 4 déc. 2019, n° 19-13.394).

En cas de résiliation d'un contrat, le **juge des référés** est parfois saisi par celui qui subit la résiliation pour obtenir la poursuite du contrat. En l'espèce, un constructeur automobile **avait résilié de manière immédiate** le contrat d'un distributeur de pièces de rechange, membre de son réseau de distribution sélective, lui reprochant de vendre lesdites pièces à un revendeur non membre du réseau, pratique interdite par le contrat. Le juge des référés saisi par le distributeur **ordonnait la poursuite** des relations contractuelles.

Sur appel du constructeur, la cour d'appel de Paris **infirmait** l'ordonnance et la **Cour de cassation saisie par le distributeur rejetait le pourvoi**, approuvant ainsi la cour d'appel qui n'avait été saisie que sur le fondement contractuel (art. 1103 du code civil) d'avoir vérifié que les conditions posées par la clause résolutoire étaient remplies **sans s'interroger sur la gravité** du manquement, les parties ayant elles-mêmes considéré qu'il justifiait la cessation immédiate du contrat. En outre, si le juge des référés peut prendre les « *mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* » (art. 873 al. 1 du code de procédure civile), ces troubles ou dommages ne sauraient être imputables à la partie qui met en œuvre la clause dans les conditions conventionnellement fixées. Ils sont imputables à la partie qui commet la faute à l'origine de la résiliation, si bien que le distributeur, **comme le relèvent la cour d'appel et la Cour de cassation, ne peut invoquer ni un trouble illicite, ni un dommage imminent** pour obtenir la poursuite des relations contractuelles.

Cependant, si les demandes avaient été fondées sur l'**article L 442-6, I, 5° (ancien)** du code de commerce (rupture brutale), le juge aurait sans doute été tenu de vérifier que la gravité de la faute était suffisante pour justifier une résiliation sans préavis (Com. 9 juil. 2013, n° 12-21.001 ; Com. 5 avr. 2018, n° 16-19.923.). En ce cas, les clauses résolutoires **perdent leur automaticité** pour des raisons peu claires (V. X. Henry, Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTDCom, avril-juin 2018, p. 523, n° 34 et s.). Une telle appréciation paraît néanmoins relever plutôt du **juge du fond**. En outre, la vente hors réseau, **qui touche à l'essence même** de la distribution sélective, paraît pouvoir justifier la résiliation immédiate.

Une ancienne salariée n'a pas à démontrer qu'elle respecte sa clause de non-concurrence pour percevoir l'indemnité contractuelle correspondante (Cour d'appel de Paris, 20 déc. 2019, n° 18/06138).

Une **clause de non-concurrence post-contractuelle** de douze mois était stipulée dans le **contrat de travail** d'une salariée qui devait percevoir pendant cette durée une indemnité égale à 50 % de la rémunération moyenne de base brute mensuelle des 12 mois précédant la rupture. Cette indemnité devait être réglée mensuellement sous réserve cependant que **l'ancienne salariée adresse préalablement et mensuellement tout élément justifiant l'absence d'activité concurrente** de sa part. Cette condition n'ayant pas été remplie, l'indemnité n'a pas été versée.

Selon la Cour d'appel, « *l'employeur ne saurait, sans abus, soumettre le paiement de la contrepartie financière à la production tous les mois de la justification de la situation professionnelle, ce qui revient à imposer au salarié licencié d'établir qu'il respecte la clause de non-concurrence, alors qu'il appartient à l'employeur d'établir, le cas échéant, que le salarié a violé cette clause et commis des actes de concurrence déloyale* ». La **condition posée est illicite** et « *doit donc être réputée non écrite* ». L'ancien employeur doit ainsi payer l'indemnité contractuelle.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Application des règles relatives aux contrats conclus hors établissement au bénéfice d'un professionnel (Cour de cassation, 1^{ère} civ., 27 nov. 2019 n° 18-22.525).

Un **contrat d'insertion publicitaire** dans un annuaire professionnel avait été conclu par un marchand de bois de chauffage. Ce contrat **est annulé** par un jugement pour non-respect des dispositions du code de la consommation relatives aux contrats conclus **hors établissement**. Saisie, la Cour de cassation approuve le jugement car, selon l'article L. 221-3, ces dispositions sont applicables **au professionnel** « *employant cinq salariés au plus, qui souscrit, hors établissement, un contrat dont l'objet n'entre pas dans le champ de son activité principale* » (V. égal. notre Lettre d'actualité n°8, Civ 1, 12 sept 2018, n°17-17319.).

De plus, selon la Cour, « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le tribunal d'instance a estimé qu'un contrat d'insertion publicitaire n'entrait pas dans le champ de l'activité principale de Mme X* ». C'est sur ce dernier point **que la décision pourrait être critiquée** car la publicité paraissait bien liée à l'activité de l'entreprise.