



L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 22 – février / mars 2021

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en février et mars 2021 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Nouvelle application de la « clémence plus » au cartel des sandwiches (Décision n° 21-D-09 du 24 mars 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de sandwiches sous marque de distributeur).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a **sanctionné** à hauteur de 24.574.000 € trois entreprises fabriquant des sandwiches sous marque de distributeur ayant participé à **une entente horizontale**.

Elles avaient mis en œuvre des pratiques consistant, à la suite d'appels d'offres lancés par la grande distribution alimentaire et par des stations-service, à désigner **par avance l'entreprise** qui remporterait les marchés. Par ailleurs, elles avaient aussi **coordonné leurs négociations tarifaires** bilatérales avec les enseignes de la grande distribution afin d'obtenir des hausses de prix au cours de l'exécution des marchés. Pour l'ADLC, eu égard à leur nature et à leur finalité, ces pratiques constituaient par leur objet même un accord anticoncurrentiel.

Comme bien souvent désormais, les pratiques ont été **révélées** par les parties elles-mêmes afin de bénéficier de la **procédure de clémence** qui permet d'exonérer totalement ou partiellement les auteurs de sanction. Plus précisément, une entreprise avait dénoncé l'entente et, à la suite de cette dénonciation, des opérations de visite et saisie avaient été opérées par l'ADLC dans les entreprises mises en cause. Cela permettait de **compléter** les informations révélées. Ces opérations avaient **classiquement incité** les autres entreprises à solliciter également le bénéfice de la procédure de clémence.

La première entreprise qui avait dénoncé l'infraction a bénéficié d'une **exonération totale** de sanction tandis que les deux autres entreprises n'ont bénéficié que d'une exonération partielle. Cependant, l'ADLC a fait application de la « **clémence plus** » qui permet (V. notre Lettre d'actualité n° 19) une **exonération**

supplémentaire pour l'entreprise qui fournit la première des preuves incontestables sur des faits supplémentaires.

Ainsi, l'ADLC n'a pas tenu compte dans la détermination de la sanction infligée à l'une des deux sociétés ayant dénoncé l'entente en deuxième, d'une part, **de la durée** correspondant à la période des pratiques que seuls les éléments fournis par cette entreprise ont permis de révéler et d'autre part, **de la valeur des ventes aux stations-service** car cette société a, la première, fourni les preuves incontestables établissant l'existence de pratiques à l'égard de cette catégorie de clients.

L'amende administrative en cas d'obstruction à l'enquête est inconstitutionnelle ... mais pas trop ! (Conseil constitutionnel, 26 mars 2021, n°2021-892 QPC).

Introduit dans l'article L. 464-2 du code de commerce en 2008, le paragraphe V permet à l'Autorité de la concurrence de sanctionner les entreprises **faisant obstruction à « l'investigation ou à l'instruction » d'une amende pouvant atteindre 1%** du chiffre d'affaires mondial HT.

L'Autorité de la concurrence a mis près de dix ans à se servir de cette possibilité. **Seules deux décisions de sanction** ont été prises sur ce fondement. Ont été infligées une amende de 30 millions d'euros à l'encontre des sociétés du groupe Brenntag le 21 décembre 2017 (17-D-27), et une amende de 900.000 euros à l'encontre des sociétés du groupe Akka le 22 mai 2019 (19-D-09). Les entreprises sanctionnées **ont fait appel** et dans le cadre de cette procédure ont mis en cause la constitutionnalité de l'article L. 464-2-V du code de commerce **par le biais d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité)**.

Le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions, qui établissent une sanction administrative, poursuivaient **le même objectif**, à savoir « *assurer l'efficacité des enquêtes conduites par l'Autorité de la concurrence pour garantir le respect des règles de concurrence nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public économique* », que les dispositions **de l'article L. 450-8 du code de commerce qui établit une répression pénale pour les mêmes faits**. Dès lors, l'article L. 464-2-V dudit code



Antitrust



HENRY & BRICOGNE AARPI

9, avenue Marceau – 75116 Paris
Tel. : 01.45.53.15.42 - Fax. : 01.47.04.06.76
xavier.henry@avocats-h.com
andre.bricogne@avocats-h.com
Site Internet : avocats-h.com

Directeur de la publication : Xavier HENRY
Dépôt légal : avril 2017 – ISSN 2649-0277



méconnaîtrait le principe de nécessité et de proportionnalité des peines et est donc **contraire à la constitution**.

L'**originalité** de la décision tient surtout aux conditions de sa mise en œuvre. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé que **seules les entreprises ayant préalablement fait l'objet de poursuites sur le fondement des dispositions de l'article L. 450-8 du code de commerce** avant d'être poursuivies sur le fondement l'article L464-2-V du code de commerce, pouvaient invoquer l'inconstitutionnalité dudit texte.

En pratique, sachant qu'aucune des sociétés à l'origine de la QPC n'avait fait l'objet de poursuites au titre de l'article L. 450-8 du code de commerce, elles se **trouvent privées du droit d'invoquer l'inconstitutionnalité du texte en application duquel elles ont été sanctionnées**. Le Conseil constitutionnel parvient donc par une même décision à déclarer inconstitutionnel un texte tout en organisant **la survie des décisions** de sanction prises en application dudit texte. Les débats sur l'opportunité de cet aménagement ne font sans doute que commencer.

Pratiques restrictives

L'**article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce ne s'applique qu'à une relation entre commerçants** [Cour de cassation, com. 10 févr. 2021, n° 19-10.306 (1^{ère} espèce) ; Cour de cassation, com., 31 mars 2021, n° 19-16.139 (2^{ème} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 18 mars 2021, n° 18/19209 (3^{ème} espèce) ; Cour d'appel de Paris, 26 févr. 2021, n° 18/20619 (4^{ème} espèce)].

L'article L. 442-6, I, 5° (ancien) (devenu l'article L. 442-1, II), qui sanctionne la rupture brutale d'une relation commerciale établie, définit **l'auteur** de la rupture, lequel doit être commerçant ou artisan.

En revanche, **la victime n'est pas définie**. Une victime qui n'était ni commerçante, ni artisan, pouvait-elle invoquer le texte ? La Cour de cassation **avait répondu par l'affirmative**, jugeant que l'article L. 442-6, I, 5° « *peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime [...]* », laquelle était en l'occurrence une association (Cass. com. 6 févr. 2007, n° 03-20.463). Dès lors, une « relation commerciale » au sens du texte **n'était pas nécessairement** une relation entre commerçants.

Même si cela semble relever d'une savante casuistique plus que d'un principe, **la tendance de la jurisprudence** paraît désormais de considérer que la relation commerciale visée par le texte est une **relation entre commerçants**. Plusieurs arrêts se sont récemment prononcés en ce sens.

C'est ainsi que, dans une **première espèce**, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir **exclu l'application** du texte à une relation entre une **société d'expertise comptable** et une société cliente, la première se prétendant victime d'une rupture des relations de la part de la seconde. En effet, selon la Cour, « *l'activité d'expert-comptable est incompatible avec toute activité commerciale ou acte d'intermédiaire [...]* », à l'exception de certains actes accessoires dont il n'était pas démontré qu'ils étaient concernés par la rupture.

Dans une deuxième espèce, a été cassé un arrêt qui appliquait le texte à une relation entre un **chirurgien-dentiste**, auteur de la rupture, et un laboratoire lui fournissant du matériel dentaire. En effet, après avoir rappelé que « *la profession dentaire ne doit pas être pratiquée comme un commerce* », la Cour de cassation énonce que « *l'article L. 442-6, I, 5 du code de commerce n'a*

pas vocation à s'appliquer dès lors qu'il n'existe pas de relation commerciale entre un chirurgien-dentiste et son fournisseur de matériel dentaire ».

De même, dans une **troisième espèce**, une entreprise qui avait pour activité l'initiation au tir sportif avait conclu un **accord** de mise à disposition gratuite par **une association** de ses installations et équipements. En contrepartie, l'entreprise s'engageait à faire la **promotion de l'association** auprès de ses clients en leur proposant d'y adhérer à l'issue de chaque séance d'initiation. L'association a mis fin à cet accord. Pour la Cour d'appel de Paris, **l'association n'exerçant pas une activité commerciale**, l'article L. 442-6, I, 5° **ne pouvait s'appliquer** à la cessation de l'accord à l'initiative de l'association.

Enfin, dans une **quatrième espèce**, si la Cour d'appel de Paris a admis une relation commerciale alors que **l'une des parties n'était pas commerçante**, c'est parce que cette dernière représentait des commerçants. Ainsi, une société de sécurité avait conclu un contrat **avec un syndicat des copropriétaires d'un centre commercial** (sécurité incendie, surveillance et gardiennage des sites), lequel avait mis fin au contrat.

Pour la Cour, les prestations de services de la société de sécurité ayant « *été souscrites dans l'intérêt de l'exploitation des établissements de chacun des commerçants membres du syndicat de copropriétaires, [...] la nature civile de la personnalité du syndicat des copropriétaires ne fait pas écran à la nature commerciale de la relation des parties au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce [...]* ».

La question de la qualification de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce est relancée (Cour d'appel de Paris, 11 mars 2021, n° 18/03112).

Il était permis de penser que la Cour de cassation **avait mis fin aux divergences des différentes chambres** de la cour d'appel de Paris sur la qualification de loi de police de l'article L. 442-6 (ancien) du code de commerce (devenu les articles L. 442-1 et suivants) relatif aux pratiques restrictives de concurrence.

En effet, **le 7 juillet 2020**, la Cour de cassation avait approuvé un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant qualifié de loi de police l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (sanctionnant la soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif) au sens **des règlements Rome I et Rome II sur la loi applicable** respectivement aux obligations contractuelles et non-contractuelles (Cass. com. 7 juil. 2020, n° 17-31.536. V. notre Lettre d'actualité n° 19). Pour rappel, selon ces règlements, le juge français saisi **est en droit de ne pas appliquer au litige une loi étrangère** si elle contrevient à une loi de police française.

Cependant, l'une des chambres de la cour d'appel de Paris **relance le débat à propos de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (rupture brutale)** en jugeant qu'il vise « *davantage à la sauvegarde des intérêts privés d'une partie, celle victime d'une rupture brutale de relations commerciales établies, en lui laissant un délai suffisant pour se reconvertir. Dès lors, ces dispositions ne peuvent être regardées comme cruciales pour la sauvegarde de l'organisation économique du pays au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable au contrat. La qualification de loi de police est donc écartée* ».

Il faudra **surveiller** les prochains arrêts de la Cour de cassation sur cette question pour espérer une position plus certaine.

Rupture brutale des relations : un préavis de dix-huit mois est-il désormais un plafond ? (Cour d'appel de Paris, 17 mars 2021, n° 19/16641).

En avril 2019, l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce relatif à la rupture brutale est devenu l'article L. 442-1, II et a été modifié. Notamment, si un préavis **d'au moins 18 mois était accordé** par l'auteur de la rupture pour mettre fin à une relation commerciale établie, sa responsabilité ne pourrait être engagée, la durée du préavis **ne pouvant être contestée**.

La lettre de **la loi n'a cependant pas fixé un plafond**, c'est-à-dire une durée maximale de préavis qui lierait les juges. En effet, si le préavis accordé était inférieur à 18 mois, l'action judiciaire serait recevable et le juge **pourrait le fixer le préavis suffisant à plus de 18 mois**. En outre, l'irrecevabilité d'une demande indemnitaire en cas de préavis de 18 mois ne s'applique vraisemblablement qu'aux **ruptures postérieures à l'entrée en vigueur** de la loi nouvelle (V. notre Lettre d'actualité n° 19).

Il était cependant permis de penser que **les juges seraient enclins à ne pas accorder une durée de préavis excédant 18 mois**, que la rupture ait eu lieu avant ou après le 26 avril 2019.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris **semble confirmer cette hypothèse**. Dans cette espèce, une relation avait duré **53 ans et avait été rompue sans préavis** en décembre 2017. La part du chiffre d'affaires réalisée par la victime avec les produits de l'auteur de la rupture était de l'ordre de 60 %. La cour d'appel a estimé **que le préavis aurait dû être de 18 mois**. Avant la réforme intervenue en avril 2019 de l'article L. 442-6, I 5°, la durée du préavis judiciairement fixé **aurait sans doute été de plus de 18 mois** eu égard à l'exceptionnelle durée des relations.

Rupture brutale, Covid 19 et force majeure (Cour d'appel de Paris, 26 mars 2021, n° 20/13493).

Une société intervenant **dans le secteur aérien** avait confié à un sous-traitant le **nettoyage et l'armement** (prestation consistant à équiper ou remplir l'intérieur de l'avion en plateaux repas et autres matériels de bords) d'une partie des avions long-courriers d'une compagnie aérienne.

En raison de la **chute du trafic aérien due à la pandémie**, le client notifiait à son sous-traitant la **suspension** du contrat le 17 mars 2020 pour une durée indéterminée puis sa **résiliation** le 8 juin 2020 à effet du 30 septembre 2020. Estimant ce préavis insuffisant au regard **de la durée des relations** sur le fondement de l'article L. 442-1 II du code de commerce qui sanctionne **la rupture brutale** d'une relation établie, le sous-traitant saisissait le juge des référés. Débouté, il fait appel.

La Cour d'appel énonce que le cocontractant du sous-traitant *« a vu chuter son activité dans des proportions sans précédent, en raison de la crise sanitaire [...] qui a conduit, dans un premier temps, en mars 2020, à un confinement généralisé de la population puis, dans un second temps, à des mesures de restriction des déplacements. Dans ce contexte, le secteur de l'aviation est l'un des plus sévèrement touchés, des mesures drastiques de restriction des déplacements transfrontaliers ayant été prises dans le monde entier, le nombre de passagers sur les long-courriers a chuté de 84% par rapport au 3ème trimestre 2019. Ces circonstances relèvent de la force majeure prévue à l'article L. 442-1 II, précité, autorisant la résiliation du contrat sans préavis »*.

En effet, l'article L. 442-1 II du code de commerce prévoit le droit de mettre fin à une relation commerciale établie sans

préavis en cas de force majeure. Il ne s'agit sans doute pas de la dernière décision en matière de force majeure due à la crise sanitaire actuelle.

Il peut d'ailleurs être relevé que le caractère de force majeure de la crise sanitaire est **alternativement retenu** ou pas selon la nature du contrat. Notamment, la jurisprudence est **divisée** en matière de baux commerciaux **quant au droit du preneur à invoquer**, pour suspendre le paiement des **loyers**, du fait de la crise sanitaire et des mesures d'interdiction d'exercer certaines activités commerciales qui en découlent.

Par ailleurs, si la force majeure ne peut pas être invoquée, les **articles 1218 et 1219** du code civil peuvent permettre de suspendre l'exécution d'une obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne (**exception d'inexécution**).

Une juridiction non spécialisée ne peut statuer dès lors que l'article L. 442-6 (ancien) du code de commerce est invoqué même à titre subsidiaire (Cour de cassation, com., 31 mars 2021, n° 19-14.094).

La Cour de cassation vient de rappeler **fermement** les principes de la **recevabilité** de demandes lorsque l'article L. 442-6 (ancien) du code de commerce (devenu les articles L. 442-1 et suivants) est invoqué. En l'espèce, l'action était fondée sur la **responsabilité contractuelle, sur les articles L. 134-1 à L. 134-17 du code de commerce (relatifs aux agents commerciaux) et subsidiairement sur la rupture brutale** d'une relation commerciale établie (article L. 442-6, I, 5°).

Le tribunal de commerce de Marseille, tribunal spécialisé (c'est-à-dire ayant le pouvoir de statuer sur les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce) jugeait que **le contrat devait être qualifié de contrat d'agence commerciale**. En appel, la **cour d'appel d'Aix-en-Provence** jugeait l'appel recevable.

Or, seule la cour d'appel de Paris **dispose du pouvoir juridictionnel de statuer sur l'appel** d'un jugement rendu par une juridiction spécialisée. L'arrêt est donc **cassé** car *« la cour d'appel de Paris dispose exclusivement du pouvoir juridictionnel de statuer sur les décisions rendues par les juridictions spécialement désignées pour statuer sur l'article L. 442-6 du code de commerce, ce texte fût-il invoqué devant elle à titre subsidiaire [...] »*.

Concurrence déloyale

Validité de la preuve de la concurrence déloyale dont l'employeur est victime par le biais de courriels échangés par des salariés (Cour d'appel de Paris, 4 mars 2021, n° 18/10773).

Une entreprise qui avait conclu avec un salarié une **rupture conventionnelle du contrat de travail** demandait la **nullité** de celle-ci car elle avait découvert *a posteriori* que ce salarié avait commis **des actes de concurrence déloyale** pendant l'exécution de son contrat de travail après avoir fait examiner par un expert et un huissier l'ordinateur d'une autre salariée.

Cet examen **révélaient des courriels échangés par plusieurs salariés**, et le fait que le bénéficiaire de la rupture conventionnelle **avait préparé la création d'une société**, concurrente de l'entreprise l'employant, pendant l'exécution de son contrat de travail et qu'il avait pris contact avec certains clients. L'ancien salarié demandait que **les courriels en cause**

soient écartés. C'était l'occasion pour la Cour de rappeler les règles relatives aux courriels de salariés en tant que preuves.

Selon la Cour, « les courriels adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels. Il est également constant que des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié ».

L'entreprise « n'a pas utilisé de moyen déloyal pour accéder au disque dur de cet ordinateur professionnel, puisqu'elle en est propriétaire et qu'il lui a été restitué par [...] à l'issue de son licenciement. Par ailleurs, en l'absence d'intitulé comprenant les termes 'personnel, privé ou confidentiel', elle pouvait accéder au contenu des messages ».

La Cour précise cependant que l'entreprise doit « démontrer que la production de ces courriels est indispensable à l'exercice du droit de la preuve et que l'atteinte à la vie personnelle du salarié est proportionnée au but poursuivi ». Tel était bien le cas en l'espèce. Enfin, « l'atteinte à la vie personnelle de [...] est strictement limitée au contenu des courriels ayant trait à la création de la société [...], de sorte que cette atteinte présente un caractère proportionné au regard du but poursuivi ».

Dès lors, les courriels en cause n'avaient pas à être écartés des débats. Ils démontraient la préparation de la création par le salarié d'une société concurrente, la proposition d'embauche d'autres salariés de l'employeur et la prise de contact avec certains clients de l'employeur pour leur exposer son projet.

Or, pour la Cour, si un salarié ne commet pas une déloyauté en préparant son activité future, il n'en va pas de même « de la prise de contact de celui-ci avec des clients importants de son employeur afin de leur présenter sa future activité [...] et de la proposition explicite d'embaucher des salariés de son employeur ».

Le silence gardé par le salarié « au sujet de ces actes déloyaux constitue une manœuvre dolosive déterminante du consentement de l'employeur à conclure une rupture conventionnelle dans la mesure où s'il en avait eu connaissance, il ne l'aurait pas conclue. Dès lors, le consentement de la société ayant été vicié au moment de la conclusion de la rupture conventionnelle, la nullité de cette dernière est prononcée ».

L'ancien salarié doit restituer à son ancien employeur la somme reçue. En revanche, la nullité de la rupture conventionnelle n'implique pas que le contrat ait cessé par démission du salarié, faute pour l'entreprise de démontrer que l'ancien salarié a manifesté de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Inopposabilité d'une clause contractuelle fixant l'indemnité due à l'agent commercial en cas de cessation du contrat (Cour d'appel de Paris, 4 févr. 2021, n° 17/08814).

Sauf dans les cas limitativement énumérés par le code de commerce, lorsque ses relations avec le mandant cessent à l'initiative de ce dernier, l'agent commercial a droit à une

indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi du fait de la cessation des relations contractuelles (article L.134-12 du code de commerce). Le montant de cette indemnité **n'est pas fixé par la loi**. Il appartient au juge de la déterminer en cas de désaccord des parties.

Par ailleurs, si les parties peuvent stipuler contractuellement le montant de cette indemnité, elles ne peuvent déroger au **détriment de l'agent commercial** à ce droit (article L.134-16). En d'autres termes, l'indemnité ne peut être inférieure au préjudice réellement subi par l'agent du fait de la fin du contrat.

Doit être réputée **non écrite**, une clause contractuelle d'un contrat d'agent qui limitait **l'indemnité de rupture à 5%** de la moyenne annuelle des commissions versées pendant l'exécution du contrat car cette indemnité **ne permettait pas la réparation intégrale du préjudice** subi par l'agent. Cette clause dérogeait au détriment de celui-ci aux dispositions de l'article L.134-12.

En l'espèce, compte tenu notamment de la durée de la mission de l'agent (18 mois environ), la Cour approuve le tribunal ayant fixé à **un an de commissions** l'indemnité de résiliation.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Message publicitaire trompeur (Cour d'appel de Paris, 17 mars 2021, n° 20/08867).

Une entreprise qui fabrique de produits d'entretien reprochait à l'un de ses concurrents la mention « **Stop bactéries** » pour la vente de ses produits d'entretien pour toilettes et l'assignait devant le juge des référés qui la déboutait.

En appel, la Cour rappelle que selon « l'article L.121-2 2° du code de la consommation, **une pratique commerciale est trompeuse**, notamment, lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur [...] les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, [...] les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation [...] ».

Or, le produit en cause ne contenait « **aucune substance destinée à détruire ou rendre inoffensifs les organismes nuisibles** - de sorte que l'allégation accréditant sa capacité bactéricide est trompeuse ». En outre, « [...] elle est manifestement de nature, compte tenu de l'importance accordé par les consommateurs aux vertus de l'asepsie, à **créer une confusion avec des produits réellement désinfectants et à altérer substantiellement le comportement économique de ces derniers**, amenés à croire que le produit est doté de propriétés désinfectantes et à prendre, dans le délai généralement bref de choix des produits d'entretien, une décision d'achat de ce produit, décision qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Enfin, l'ajout récent sur le recto de l'emballage, de la mention « Pour limiter la rétention des bactéries », « en caractères de petite dimension, de couleur bleue, nettement moins visibles que la mention "STOP BACTERIES", **n'est pas de nature à faire disparaître la caractéristique trompeuse de l'allégation [...]** ».

Le retrait des produits comportant la mention litigieuse et l'arrêt de toute publicité faisant référence à l'allégation "STOP BACTERIES" sont ordonnés. En revanche, le demande de provision sur **le préjudice allégué** du fait de cette pratique commerciale trompeuse **est rejetée**. En effet, la société ayant introduit l'action ne démontrait pas la réalité de celui-ci.