



L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 26 – novembre – décembre 2021

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence et de la législation intervenues en droit économique en novembre et décembre 2021 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Abus de position dominante : une amende salée pour un sucrier (Décision n° 21-D-25 du 2 nov. 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement en mélasse à La Réunion).

Un producteur de **mélasse**, un des coproduits du sucre, est le **seul fournisseur** de mélasse produite à partir de canne à sucre à La Réunion. La mélasse est notamment utilisée par les distilleries de La Réunion pour produire du rhum. Or, une des trois distilleries de La Réunion s'est plainte auprès de l'Autorité de la concurrence d'une **discrimination tarifaire** à son encontre de la part du sucrier. En effet, le fournisseur de mélasse lui appliquait des prix supérieurs à ceux qu'il pratiquait à l'égard d'une autre distillerie réunionnaise.

L'Autorité relevait que le sucrier était en **monopole** sur le marché de la mélasse produite à partir de canne à sucre locale, ce qui caractérisait une **position dominante**. Pour autant, la différenciation tarifaire ne constituait pas un abus de position dominante. En effet, le **désavantage dans la concurrence** n'était pas établi puisque certains éléments indiquaient que la position concurrentielle de la distillerie plaignante n'était pas affectée par cette différenciation tarifaire. Par exemple, elle disposait d'une **marge suffisantes pour être concurrentielle** et ce d'autant que le groupe auquel elle appartient détient la marque de rhum de La Réunion la plus renommée représentant plus de 85 % des ventes de rhum traditionnel sur le marché local.

En revanche, l'Autorité a relevé que **deux clauses anticoncurrentielles** étaient constitutives d'abus de position dominante. L'une imposait une **indemnité financière de 5 millions d'euros** pesant sur la partie qui voudrait dénoncer le contrat alors même que cette dénonciation n'est possible que tous les cinq ans, avec un préavis de trois ans. Le montant de cette indemnité conduisait à décourager les distilleries de mettre fin au contrat. L'autre clause **interdisait la revente de la mélasse localement**. Ces clauses contribuaient à **verrouiller le marché** et à empêcher les distilleries de renégocier les

conditions de leur approvisionnement en mélasse. Le sucrier est condamné à une amende de 750.000 euros.

L'adoption et la diffusion par un syndicat professionnel d'une norme d'ordre technique ne constituent pas une pratique anticoncurrentielle (Décision n° 21-D-27 du 23 nov. 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de séparateurs d'hydrocarbures).

Il était reproché une **pratique d'entente anticoncurrentielle** à diverses entreprises, membres d'un syndicat professionnel, intervenant dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de séparateurs d'hydrocarbures, équipements permettant de piéger les hydrocarbures présents dans les eaux pluviales.

Le reproche résidait dans **l'adoption et la diffusion** au sein de ce syndicat d'une **charte** relative aux séparateurs d'hydrocarbures imposant aux fabricants de ces équipements le **respect de la règle dite « de temps de passage » ou « des 190 secondes »**. Était ainsi **préconisé** un temps de passage minimum des liquides dans l'enceinte de séparation du séparateur d'hydrocarbures, ce qui avait un impact sur la dimension du produit, l'enceinte devant être suffisamment large pour accueillir ces liquides pendant la durée préconisée.

Cette règle, dont le respect n'était pas imposé par la réglementation applicable, pouvait évincer des concurrents, en particulier ceux produisant des séparateurs d'hydrocarbures de petite taille à base de polyéthylène.

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a cependant **prononcé un non-lieu** car **l'adhésion au syndicat** ne constituait pas une condition d'accès au marché (plusieurs concurrents ayant pu exercer leur activité sans en être membres), la **communication** du syndicat ne permettait pas de faire croire aux clients et autres acteurs du marché que la règle du temps de passage était une norme nécessaire ou obligatoire, et puisque la plupart des membres du syndicat produisent des séparateurs à base de polyéthylène, il n'était **pas établi** que la pratique en cause



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



CLASSEMENT 2021

poursuivait une stratégie d'éviction à l'égard de certains concurrents sur le marché.

L'ADLC a donc considéré qu'il **n'était pas démontré** que la pratique reprochée était susceptible de limiter ou restreindre la concurrence sur le marché, de sorte qu'elle n'avait ni un objet ni un effet anticoncurrentiel.

En cas d'obstruction à l'enquête de l'Autorité de la concurrence, le comportement des salariés de l'entreprise en cause lui est imputable (Cour de cassation, com. 1^{er} déc. 2021, n° 20-16.849).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) s'était saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies, ainsi que des services informatiques. A la suite de cette saisine, elle avait pratiqué au sein d'entreprise du même groupe **une opération de visite et de saisie**. Considérant que ces entreprises avaient fait **obstruction** à cette opération de visite et saisie (**bris** de scellé et **altération** d'un message électronique), l'ADLC leur avait infligé une amende de 900.000 euros (décision du 22 mai 2019 n° 19-D-0999, V. notre lettre d'actualité n° 12).

Cette amende ayant été confirmée en appel, les entreprises redevables formaient un pourvoi en cassation. **Ce pourvoi est rejeté** car il importe peu que l'obstruction ait été commise par **négligence** ou de manière **délibérée**. Par ailleurs, le comportement des **salariés** est **imputable** à l'entreprise.

Pratiques restrictives

L'auteur de la rupture brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce peut être un établissement d'utilité publique sans but lucratif (Cour d'appel de Paris, 4 nov. 2021, n° 18/07475).

Une **fondation**, établissement reconnu d'utilité publique, ayant notamment pour objet la mise en valeur des œuvres d'un artiste et exploitant un musée à Paris, avait conclu un contrat en 1995 avec **une entreprise de sécurité**. Ce contrat a été reconduit plusieurs fois. En décembre 2014, la fondation informe l'entreprise qu'elle organise un **appel d'offres**, puis en janvier 2015 lui notifie que n'étant pas retenue, le contrat prendra fin en mars 2015.

L'entreprise s'estimant victime d'une **rupture brutale** des relations commerciales établies saisit la justice. La fondation fait valoir qu'elle a respecté le **préavis contractuel** de trois mois et que l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) impliquant d'accorder un préavis tenant compte notamment de la durée de la relation commerciale ne lui est **pas applicable**. En effet, selon elle, la relation entre les parties ne peut être qualifiée de commerciale car elle est une *« fondation reconnue d'utilité publique et à but non lucratif qui n'accomplit aucun acte de commerce »*.

La Cour rejette ce moyen car *« pour les besoins de son activité, sans s'attacher à son statut et à l'absence de caractère lucratif de son objet, la fondation [...] a passé avec la société [...] un contrat de prestations de services qui a été renouvelé et qui revêt un caractère commercial. Il en résulte que les relations entre les cocontractants entrent dans le champ d'application de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce »*.

La Cour cependant **ne fait pas droit** à la demande de la société de sécurité car celle-ci avait commis **de nombreux**

manquements justifiant le non-respect d'un préavis au sens de l'article susvisé. En effet, *« Les inexécutions renouvelées et pour certaines graves justifiaient que la Fondation [...] mette fin au contrat relatif à la sécurité du musée sans accorder un préavis plus long que celui consenti »*.

Ainsi, pour la Cour, *« S'il est constant que la Fondation [...] n'a pas mentionné lors de la résiliation du contrat les inexécutions qu'elle reproche à sa cocontractante, son responsable sécurité a adressé de nombreux courriels dans les mois précédant la résiliation de la convention se plaignant de l'attitude des agents de sécurité mis à la disposition de la fondation et sollicitant soit des sanctions soit le remplacement de ceux-ci »*.

Cet arrêt paraît **discutable** quant à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce. En effet, celui-ci prévoyait que l'auteur de la rupture devait être *« producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers »*. Le **critère** d'application n'était donc pas seulement que la relation soit commerciale. Il fallait également que **l'auteur de la rupture entrât dans l'une des catégories** visées par ce texte. Or, il n'était pas certain que tel était le cas.

La Cour ne devait donc pas seulement qualifier la relation de commerciale pour faire application du texte. Elle devait aussi **s'interroger** sur la qualification de l'auteur de la rupture. Il est vrai cependant que la fondation **ne fondait pas précisément sa défense** sur ce moyen.

L'article L. 442-1, II du code de commerce **qui a remplacé** l'article L. 442-6, I, 5° à la suite de l'ordonnance du 24 avril 2019 a **modifié** la définition de l'auteur de la rupture, lequel est désormais *« toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services »*. Le champ d'application du texte **est élargi**. Une fondation qui fait payer au public une entrée au musée pourrait éventuellement être qualifiée de prestataire de service, voire de distributeur puisqu'une **librairie dans le musée** vend des ouvrages.

Quant au fait que la relation serait **commerciale** alors que l'une des parties n'est pas commerçante, il faut comprendre que la Cour entend **largement** les termes « relation commerciale ». En ce sens, quasiment toute relation « d'affaires » devrait être qualifiée de « commerciale » **quel que soit le statut des parties** à la relation. Or, tel n'est pas toujours le cas (V. notre lettre d'actualité n° 23 et 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° 26 et s).

L'article 1171 du code civil a une portée générale et peut donc être invoqué en lieu et place de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 5 nov. 2021, n° 20/00022).

Une société invoquait **l'article 1171 du code civil** pour que soient jugées non écrites certaines clauses d'un contrat conclu avec une autre société, considérant que ces clauses étaient significativement déséquilibrées. L'article 1171 dispose en effet que *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation »*.

En première instance, le tribunal a écarté l'application de ce texte au profit de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2° dudit code). Ce texte

sanctionne le fait par un producteur, commerçant, industriel ou un artisan « *de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

La question de l'articulation des deux textes qui concernent l'un et l'autre le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties se pose dans le cas **d'une relation entre commerçants** (V. X. Henry, *Clauses abusives dans les contrats commerciaux* : état des lieux dix ans après, Dalloz AJ Contrat, août-septembre 2018, p. 3780 et s., n°6). L'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce **est-il le seul applicable** à une telle relation ou l'article 1171 du code civil peut-il également être invoqué ?

La question a son **importance** car les deux textes ne sont pas identiques. L'article 1171 du code civil n'est applicable qu'en présence d'un contrat **d'adhésion** et ne requiert pas la condition de **soumission** de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) pour être applicable. Ce dernier texte, en revanche, qui n'est pas limité aux contrats d'adhésion peut être invoqué pour **toutes les clauses contractuelles** alors que l'article 1171 **interdit la remise en cause** de l'objet principal du contrat et son prix. Selon les cas, il peut donc être plus intéressant en présence d'un contrat entre commerçants d'invoquer un texte plutôt que l'autre.

En l'espèce, la cour d'appel juge que « *Contrairement aux premiers juges qui ont décidé qu'en vertu de l'adage 'Le spécial déroge au général', l'article 1171 devait être exclu au profit de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, [...] le texte issu du code civil est de portée générale et ne peut être écarté au profit du second* ».

Dans la mesure où il existe **très peu de décisions judiciaires** sur cette question, cet arrêt est **le bienvenu** même s'il peut sembler insuffisamment motivé.

Un prestataire qui refuse à la demande de son client de s'adapter à une situation de crise ne peut invoquer la rupture brutale de la relation commerciale (Cour de cassation, com., 1^{er} déc. 2021, n° 20-19.113).

Un **photographe** qui travaillait avec une société de vente par correspondance (VPC) depuis 1991 **reprochait** à cette dernière d'avoir rompu brutalement leur relation commerciale établie sans lettre de rupture et sans préavis au mois de novembre 2015 en contravention des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce.

La cour d'appel n'avait pas fait droit à sa demande car de 2008 à 2013, le chiffre d'affaires de la société de VPC avait fortement **baissé** en raison de **la crise du modèle économique de la VPC** se faisant « *au moyen d'un 'catalogue papier', qui faisait l'objet d'investissements coûteux, notamment en photographies soignées pour la présentation des articles, incluant un nombre significatif de clichés à forte valeur ajoutée, avec mise en situation élaborée des marchandises* ».

Le passage à la **vente par Internet** s'imposant afin d'éviter la disparition de l'entreprise, la société de VPC a donc **informé** le photographe que « *le contexte économique imposait une réduction du nombre de photographies destinées au 'catalogue papier' et un développement des photographies destinées au site internet* ». Le photographe qui ne bénéficiait **d'aucune clause d'exclusivité ni d'un engagement sur le niveau des commandes** a cependant **refusé** « *de réaliser une prestation différente de l'année précédente, en s'alignant sur une offre concurrente [...] proposant un niveau de prix peu compétitif* ».

La Cour de cassation **approuve** la cour d'appel car « *le partenaire commercial n'a pas un droit à une relation inchangée et ne peut refuser toute adaptation commandée par l'évolution économique [...]* ». En conséquence, « *la cour d'appel a pu retenir, sans avoir à caractériser les éléments constitutifs de la force majeure, que l'arrêt des commandes de photographies destinées au 'catalogue papier' par la société [...] à M. [Y], inhérente à un marché en crise, n'engageait pas la responsabilité de celle-ci* ».

Ce n'est **pas la première fois** que la Cour de cassation considère qu'une situation de crise économique peut justifier une rupture partielle d'une relation commerciale établie (Com. 12 février 2013, n° 12-11.709).

Concurrence déloyale

La seule acquisition d'une marque ne donne pas le droit à son acquéreur de se présenter comme le successeur de l'entreprise ayant été antérieurement propriétaire de cette marque (Cour d'appel de Paris, 23 nov. 2021, n° 20/08095).

Une société X qui **fabrique et vend des articles de maroquinerie** était propriétaire de plusieurs marques. Considérant que les marques déposées par une autre société Y vendant des articles similaires **contrevenaient** à ses propres marques, elle intentait un procès en **contrefaçon** de marques et de droit d'auteur et en **concurrence déloyale**. La société assignée (Y) demandait de son côté **l'annulation** de certaines marques de la société demanderesse (X).

Le tribunal et la cour d'appel **rejetaient** les demandes en contrefaçon de l'une (X) et faisait partiellement droit aux demandes **d'annulation** de marques de l'autre (Y). L'action en concurrence déloyale de la société X était **également rejetée**.

Au titre de la concurrence déloyale, la société X reprochait à la société Y créée en **2009**, dont la raison sociale était la même que le nom d'une marque acquise en 2009, de **se présenter comme le successeur de l'entreprise fondée en 1716** qui possédait cette marque jusqu'en 1992 et de se prévaloir de l'ancienneté de cette maison.

Par un arrêt du 10 octobre 2018, la Cour de cassation **cassait** notamment l'arrêt d'appel **en ce qu'il avait rejeté** les demandes de la société X fondées **sur la concurrence déloyale** au visa des articles L. 120-1 et L. 121-1 du code de la consommation (rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016). En effet, « *le seul fait d'acquérir la propriété d'une marque n'autorise pas le cessionnaire à se prévaloir de l'ancienneté de l'entreprise dont cette marque reprend la dénomination [...]* ».

La procédure est renvoyée devant la cour d'appel pour être à nouveau jugée. La cour d'appel énonce également que « *La seule cession de la marque [...] ne permet pas à son acquéreur de se présenter comme le successeur, l'héritier direct d'une entreprise créée en 1716 ni de se prévaloir d'une tradition liée à un savoir-faire alors que l'activité actuelle de maroquinerie de luxe est très éloignée de celle de vente d'armes qu'exerçait la Maison [...], ces mentions trompeuses relatives tant à l'existence d'une continuité d'exploitation depuis 1717 qu'à la transmission de savoir-faire qui en serait résultée notamment dans la maroquinerie étant contraires aux exigences de la diligence professionnelle* ».

La Cour ajoute qu'« *En se prévalant ainsi de manière trompeuse de l'ancienneté, de l'héritage et du savoir-faire d'une maison tricentenaire, [la société Y a] trompé le consommateur sur un élément susceptible d'altérer de manière substantielle son comportement économique en l'amenant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, ainsi qu'il résulte du sondage CSA versé aux débats [...], établissant que 66 % [des personnes interrogées] déclarent attacher de l'importance à l'histoire et à l'ancienneté de l'enseigne lors de l'achat d'un sac de luxe, et que 64 % achèteraient un sac de luxe dans une enseigne de luxe historique, contre 15 % dans une enseigne de luxe récente.* »

Interdiction est faite **sous astreinte** à la société Y de poursuivre ces agissements. La société Y est également **condamnée** à payer 30.000 euros de **dommages et intérêts** à la société X.

Il est intéressant de relever que la Cour de cassation a jugé **récemment** que « *lorsqu'un fonds de commerce est le fruit d'une histoire familiale, l'acquéreur de ce fonds est en droit de se prévaloir de cette histoire, sous réserve de ne pas créer un risque de confusion entre son activité et celle des membres de la famille restés actifs dans le même domaine* » (Com. 13 oct. 2021, n° 19-20.504, V. notre d'actualité n° 25). Il faudrait donc considérer que l'**achat d'un fonds de commerce** donnerait plus de droits à son acquéreur que le simple achat d'une marque.

Concurrence déloyale par publicité trompeuse (Cour d'appel de Paris, 3 déc. 2021, n° 20/01653).

Une **association** loi de 1901 dont l'objet est **d'assurer la défense des intérêts de ses membres** (pharmaciens d'officine) reprochait à une **enseigne de la grande distribution** une campagne **publicitaire** relative à la **présence de docteurs en pharmacie** au sein de ses parapharmacies sur Internet et dans ses magasins. Selon l'association, cette campagne de communication était **trompeuse**, constitutive d'une pratique commerciale trompeuse et donc d'une concurrence déloyale.

La Cour constate qu'en 2017, seules 225 des 256 parapharmacies, **soit 87,9% d'entre elles**, disposaient d'un docteur en pharmacie, de sorte que contrairement à la communication de la société Galec, il n'y avait pas un docteur en pharmacie dans la totalité des parapharmacies. La Cour estime que « *La différence de plus de 12 % ne peut être considérée comme une marge d'erreur insignifiante* ».

La communication de l'enseigne concernant les parapharmacies selon laquelle « **chacune des parapharmacies** » est dirigée par un docteur en pharmacie est donc **trompeuse** au sens de l'article L. 121-2 du code de la consommation. **En revanche**, « *l'affirmation selon laquelle la clientèle pouvait d'ores et déjà être écoutée et conseillée par un docteur en pharmacie devait être comprise [...] comme impliquant la présence constante du docteur en pharmacie tout au long des heures d'ouvertures de la parapharmacie* » **n'est pas trompeuse**.

En effet, si effectivement l'amplitude horaire d'ouverture des parapharmacies de l'enseigne comparée à la durée de travail hebdomadaire d'un salarié rendait impossible une telle présence constante, « *rien dans la communication ne permettait de considérer que le docteur en pharmacie responsable de la parapharmacie devait être continuellement présent. Il était seulement mentionné que celui-ci était à même de prodiguer cette écoute et ces conseils* ».

L'enseigne est condamnée à **30.000 euros** de dommages et intérêts.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Un franchiseur peut proposer à ses franchiseés d'adhérer à une application mobile payante permettant aux clients de passer commande (Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2021, n° 18/14501).

Un **franchiseur** de restauration rapide ne commet pas de faute à l'égard de ses franchiseés en leur proposant de souscrire à un **abonnement payant à une application mobile** qui permet aux clients de passer commande à un restaurant, *via* leur téléphone mobile. En effet, le contrat de franchise **n'interdisait pas** de proposer ce service.

Par ailleurs, même à supposer que l'application ait été **financée** au moins en partie avec les **redevances** de publicité versées par les franchiseés, l'application litigieuse contribue à la notoriété de la marque. Enfin, chacun des franchiseés était **libre** ou non d'adhérer à ce service.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Ordonnance n° 2021-1734 du 22 décembre 2021 (transposant la directive 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs).

L'ordonnance du 22 décembre 2022 introduit de nouvelles dispositions dans le code de la consommation. Notamment, **l'article liminaire** est complété par les **définitions** des termes « Place de marché en ligne », « Opérateur de place de marché en ligne » et « Pratique commerciale ».

Un **nouvel article L. 112-1-1** précise que toute **annonce d'une réduction de prix** indique le prix antérieur pratiqué, lequel est le prix le plus bas pratiqué par le professionnel à l'égard du consommateur au cours des 30 derniers jours.

L'article **L. 121-2 relatif aux pratiques commerciales trompeuses est modifié**, concernant notamment la qualité de professionnel ou non du vendeur qui propose des produits sur une place de marché ou la vérification des avis des consommateurs.

Par ailleurs, en cas **d'infraction de grande ampleur** ou de grande ampleur à l'échelle de l'Union européenne, une **amende civile** peut être prononcée à l'encontre d'un professionnel qui a recours, de manière continue, à une **pratique commerciale reconnue déloyale**, au sens de l'article L. 121-1, autre que l'une de celles mentionnées au quatrième alinéa de cet article, par une décision de justice **devenue définitive** à son égard.

Le montant maximum de cette amende est de **300.000 euros**, pouvant être portée de manière proportionnée aux avantages tirés des pratiques en cause jusqu'à **4 % du chiffre d'affaires** annuel. Cette amende peut être **demandée** à la juridiction saisie par la Direction de la concurrence, les associations de défense des consommateurs, le ministère public ou le consommateur.

Les dispositions relatives aux **contrats conclus à distance et hors établissement** font l'objet de modifications (articles L. 221-1 et suivants). De plus, les **sanctions** contre les professionnels recourant à des clauses **abusives** (article L. 241-2) sont **renforcées** (15.000 euros pour une personne physique et 75.000 euros pour une personne morale).

Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur le **28 mai 2022**.