

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 31 – octobre - novembre 2022

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en octobre et novembre 2022 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

L'amende record infligée par l'Autorité de la concurrence a été fortement réduite en appel (Cour d'appel de Paris, 6 oct. 2022 n° 20/08582).

La décision de l'Autorité de la concurrence (ADLC) du 20 mars 2020 n'était pas passée inaperçue puisqu'elle infligeait une **amende de plus 1,2 milliard €** à un fournisseur de produits électroniques et à deux grossistes pour des pratiques **d'entente et d'abus de dépendance économique** (Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, V. notre Lettre d'actualité n° 17).

L'amende prononcée par l'ADLC est **fortement réduite en appel** puisque le fournisseur est condamné à une amende de **371 millions €** et les grossistes à des amendes, pour l'un, de **19,5 millions €** et, pour l'autre, de **24,9 millions €**.

Les **pratiques de restriction** de clientèle sur le marché de la distribution en gros de produits informatiques et électroniques grand public retenues par l'ADLC sont **confirmées** par la cour d'appel. Cependant, cette dernière **réduit la durée** de la pratique, ce qui explique la diminution de l'amende au titre de ce grief. L'ADLC avait notamment retenu que le fournisseur « **procédait à une allocation fine de la distribution de ses produits, en précisant aux deux grossistes les quantités exactes des différents produits [...] [livrés] à chaque revendeur. Les revendeurs APR ont ainsi pu être freinés dans leur activité commerciale, étant totalement dépendants des stocks décidés par [le fournisseur] [...]** ».

En revanche, la Cour **réforme la décision** de l'ADLC à propos **du grief d'entente sur les prix** avec les revendeurs (APR). En effet, selon la Cour, « **le faisceau d'indices sur lequel s'est fondée l'Autorité ne permet pas d'établir, sans équivoque, dans le contexte factuel, économique et juridique en cause, l'existence d'une recommandation de prix revêtant un caractère impératif, pour [le fournisseur] comme pour l'ensemble de ses APR** ».

Notamment, il ne ressortait pas suffisamment des déclarations des APR qu'ils se sentaient dans **l'obligation** d'appliquer un prix.

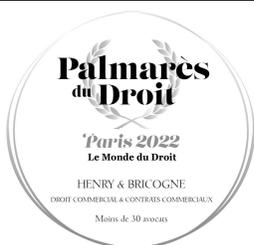
De même, pour la Cour, « **l'Autorité n'apporte pas la preuve de ce que l'encadrement des promotions, tel qu'il a été établi en l'espèce (principalement axé sur le respect de la charte graphique et des supports de communication), fondé sur la préservation de l'image de marque des produits [...], justifierait qu'il soit assimilé à une police des prix destinée à conférer aux prix diffusés un caractère impératif** ».

De plus, selon la Cour, « **le fait que plusieurs APR ont indiqué [...] s'être alignés sur les prix de détail pratiqués par le réseau propre [du fournisseur], ce que confirment les relevés de prix pratiqués en 2016 et 2017, ne saurait davantage suffire à caractériser l'adhésion à un système de prix imposés, dès lors qu'il ressort de leurs déclarations que ce positionnement résulte de choix ou de contraintes inhérentes au libre jeu de la concurrence** ».

Enfin, s'agissant du **grief d'abus de dépendance économique** qui a été retenu par l'ADLC, il l'est également par la Cour. Les **trois conditions de l'article L.420-2 al. 2** du code de commerce sont réunies (dépendance économique, abus et affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence). La **dépendance économique** est notamment caractérisée par la **puissance et la notoriété** du fournisseur et par la part de chiffre d'affaires réalisée par les APR avec les produits du fournisseur.

Il ne peut à cet égard être soutenu que cela « **résulte du choix initial, délibéré, de ces revendeurs de privilégier l'une de leurs sources potentielles d'approvisionnement** ». Par ailleurs, « **[...] la reconversion dans la distribution spécialisée d'une marque concurrente [...] est [...] entravée par les clauses contractuelles limitant les possibilités de présentation et de vente de produits concurrents sur le point de vente, lesquelles ont à cet égard des effets proches d'une clause d'exclusivité** ».

L'**abus de dépendance économique** est quant à lui caractérisé par les « **difficultés d'approvisionnement et la politique discriminatoire menée dans ce domaine** » par le fournisseur. Cependant, **contrairement à la décision de l'ADLC**, la Cour



juge qu'« *il n'est pas démontré que les conditions commerciales relatives aux remises octroyées à ces derniers, restreignaient de manière anormale l'activité de ces distributeurs* ».

Abus de position dominante et ventes en ligne (ADLC, Décision n° 22-D-16 du 6 octobre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des verres optiques).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a infligé une amende à une société active dans la fabrication et la vente de verres optiques, considérant que celle-ci **avait commis pendant plus de 11 ans un abus de position dominante** sur le marché français de la distribution en gros de verres correcteurs.

L'abus résidait dans la mise en œuvre d'une **politique commerciale discriminatoire** visant à entraver le développement en France des sites de **vente en ligne** : **restrictions** de livraisons de verres, de communication sur l'origine des verres et d'utilisation des marques et logos du fabricant, **limitations** de garanties pour les achats en ligne.

L'ADLC a par ailleurs constaté que l'entreprise sanctionnée n'avait **pas pu apporter de justifications** à ces restrictions, comme la question de la **fiabilité des prises de mesures** par rapport aux opticiens exerçant leur activité dans des magasins physiques. L'Autorité a également relevé que l'entreprise concernée qui s'opposait en France à la vente en ligne de verres correcteurs commercialisait elle-même ces verres **à l'étranger** sur ses propres sites ou sur des sites tiers.

Les conditions des articles **L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE** étant remplies, l'entreprise est condamnée à une **amende de plus de 96 millions €**. L'ADLC a retenu la gravité des pratiques intervenues dans le secteur de la santé publique et, en particulier, dans un **secteur caractérisé par des prix élevés** contribuant ainsi à favoriser le maintien de prix élevés et limiter le choix et l'information des consommateurs. L'ADLC souligne néanmoins que le **dommage à l'économie est modéré** car en l'absence des pratiques incriminées, les ventes en ligne seraient restées faibles à l'époque des faits.

Abus de position dominante et refus de vente (Cour de cassation, com., 19 octobre 2022, n° 21-12.963).

La Cour de cassation rappelle que l'abus de position dominante (tel qu'un refus de vente), pour être sanctionné, doit avoir **un effet ou un objet anticoncurrentiel**.

Ainsi, « *la seule constatation d'un refus de vente d'une entreprise, à la supposer en position dominante, ne caractérise pas un abus, lequel nécessite de rapporter la preuve que l'objet ou l'effet de cette pratique est de limiter ou d'exclure directement ou indirectement la concurrence réelle ou potentielle et de renforcer sa position sur le marché dominé ou un marché connexe ou aval [...]* ».

Pratiques restrictives

Détermination de la durée du préavis en cas de changement d'une partie à la relation commerciale (Cour de cassation, com., 19 oct. 2022, n° 21-17.653).

L'arrêt de la cour d'appel de Paris soumis à la Cour de cassation **avait pu surprendre**. En effet, elle avait jugé qu'un **préavis très long (24 mois)** au regard de la **durée de la relation commerciale (12 ans)** aurait dû être accordé à un sous-traitant,

victime d'une rupture brutale (Paris, 7 avril 2021, n° 19/08633, V. notre Lettre d'actualité n° 23).

Selon l'article L.442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II), engage sa responsabilité l'entreprise qui **rompt « brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale [...]** ».

La Cour de cassation, qui ne remet pas en cause le caractère brutal de la rupture, **a cependant cassé l'arrêt de la cour d'appel** car cette dernière n'a pas **correctement évalué la durée de la relation commerciale** qui conditionnait notamment la durée du préavis. Pour considérer que la relation avait duré 12 ans, la cour d'appel avait retenu que le sous-traitant avait **repris des éléments d'actifs d'une autre société** alors liée à la société cliente, que les produits en cause étaient les mêmes et que le chiffre d'affaires réalisé avec le second sous-traitant était **comparable** à celui réalisé avec le sous-traitant initial.

Ainsi, pour la cour d'appel, était démontrée **la commune intention des parties de poursuivre** la relation entamée avec le premier sous-traitant. La durée de la relation initiale devait donc s'ajouter à la durée de la relation en cours au moment de la rupture bien qu'entre-temps, le sous-traitant n'était plus le même. **Telle n'est cependant pas la position** de la Cour de cassation. En effet, « *la seule circonstance qu'un tiers, ayant repris l'activité ou partie de l'activité d'une personne, continue une relation commerciale que celle-ci entretenait précédemment ne suffit pas à établir que c'est la même relation commerciale qui s'est poursuivie avec le partenaire concerné, si ne s'y ajoutent des éléments démontrant que telle était la commune intention des parties* ».

La procédure est **renvoyée** devant la Cour d'appel de Paris (autrement composée) qui devra à nouveau statuer sur la durée des relations commerciales et par voie de conséquence sur la durée du préavis qui aurait dû être accordée au sous-traitant. Cet arrêt **pose à nouveau la délicate question** de la prise en compte de relations antérieures pour déterminer la durée du préavis à accorder sur le fondement de l'article L. 442-1, II du code de commerce (V. notre Lettre d'actualité, n° 30).

La courtoisie ne suffit pas pour rompre une relation commerciale ! (Cour d'appel de Paris, 26 oct. 2022, n° 20/16899).

S'il n'est évidemment pas interdit de mettre fin à une relation commerciale établie **de façon courtoise**, il ne faut néanmoins pas oublier d'accorder à son partenaire **un préavis conformément à l'article L 442-6, I, 5°** (ancien) du code de commerce (devenu l'article (devenu l'article L. 442-1, II). Ce dernier dispose en effet qu'engage sa responsabilité l'entreprise qui rompt « *brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale [...]* ».

Une **entreprise néerlandaise** l'a appris à **ses dépens** après avoir adressé à son partenaire français la bien aimable lettre suivante :

« *Monsieur [S], cher [K],*

*Après trente années, il y aura une fin de relation que nous avons entretenue avec vous. Trente années, au cours desquelles les deux sociétés [...] et [...] ont traversé les développements nécessaires, et dans lequel le monde autour de nous est grandement changé. Ce qui est resté inchangé au fil des ans, c'est la **fidélité et le dévouement** avec lequel vous avez servi vos clients horticoles avec les produits [...]. Votre*

volonté d'aider vos clients était et est fortement appréciée de nous. Avec la résiliation de votre entreprise, il se sent comme un morceau de [...] est perdu...

Un grand merci pour la façon dont vous avez représenté [...] pendant les dernières années. [...] votre engagement a certainement contribué à la position de [...] ».

[...] vous a présenté un cadeau, un cadeau qui symbolise la coopération. Nous [...] vous souhaitons de nombreuses années en bonne santé [...].

Au revoir, tout le meilleur pour vous et peut-être que nous nous reverrons à l'avenir ».

Manifestement peu sensible à cette aimable lettre, la **société française assigne** la société néerlandaise devant le Tribunal de commerce de Bordeaux, estimant avoir **droit à un préavis** au regard de l'article L 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce. Le Tribunal de commerce la déboute cependant de sa demande, jugeant que la rupture n'est pas brutale.

La Cour d'appel de Paris **infirme le jugement**. En effet, en raison de l'ancienneté des relations (28 ans) et du fait que le chiffre d'affaires de la société française était constitué à 98 % de produits de la société néerlandaise, **un préavis de 12 mois aurait dû être accordé** à la société française par son partenaire néerlandais. Ce dernier est donc condamné à payer des dommages et intérêts correspondant à **12 mois de marge** réalisée par la société française au titre de l'activité développée avec la société néerlandaise.

En revanche, la société française ne démontre pas avoir été dans **l'incapacité d'écouler les stocks** qu'elle détenait, de sorte qu'elle ne peut demander aucune indemnisation à ce titre.

Concurrence déloyale

La Cour de cassation définit les conditions de la responsabilité d'une entreprise audiovisuelle lorsqu'elle présente un site internet procédant à des ventes illicites (Cour de cassation, com., 19 oct. 2022, n° 21-18.301).

La cour d'appel de Paris **avait condamné une entreprise audiovisuelle (télévision)** car celle-ci, selon la Cour, avait assuré dans certaines de ses émissions la promotion d'un site internet offrant à la **vente de manière illicite des produits distribués via un réseau de distribution sélective**, portant ainsi indirectement atteinte au réseau de distribution sélective et « favorisant ainsi une commercialisation importante des produits ». La cour d'appel avait également retenu **une faute de négligence** car il appartenait à l'entreprise audiovisuelle de vérifier qu'il n'existait pas de violation d'un réseau de distribution (Paris, 9 juin 2021, n° 18/17379, V. notre Lettre d'actualité n° 24).

L'arrêt est cassé par la Cour de cassation tant au visa des articles 10 de la **Convention européenne des droits de l'homme** et 11 de la **Charte des droits fondamentaux** de l'Union européenne (liberté d'expression), qu'au visa de l'article 1382, devenu 1240, du code civil (responsabilité délictuelle).

En effet, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne **pas avoir précisé**, pour apprécier l'éventuelle atteinte à la liberté d'expression, les éléments sur lesquels elle s'est fondée **pour retenir le caractère promotionnel** plutôt qu'informatif du message. De même, la Cour de cassation **casse-t-elle** l'arrêt au

visa de l'article L. 121-1 (ancien) du code de la consommation (**pratique commerciale trompeuse**) au motif que la cour d'appel n'a pas précisé « **en quoi la teneur des propos [...]** [du journaliste [...]] portait atteinte à l'un des éléments prévus par l'article [susvisé] ».

Ainsi, s'il n'est **pas exclu** qu'une entreprise audiovisuelle puisse commettre une faute en faisant la promotion d'un site internet procédant à des ventes illicites, encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une promotion et **non pas d'une information**. Il apparaît cependant que la frontière entre promotion et information **peut être poreuse**. Il appartiendra donc à la cour d'appel de Paris (autrement composée) devant laquelle la procédure est renvoyée par la Cour de cassation de faire cette **distinction**.

L'utilisation du signe Fuckbook constitue un acte de concurrence déloyale et de parasitisme à l'égard de Facebook (Cour d'appel de Paris, 28 oct. 2022, n° 20/16611).

Une société suisse avait pour activité l'exploitation d'un **site de rencontres pour adultes** à caractère sexuel dénommé « Fuckbook ». La société américaine Facebook (devenue Meta Platforms) **l'a assignée** devant le tribunal judiciaire de Paris notamment **en contrefaçon de marques et au titre de la concurrence déloyale et parasitaire**. Le tribunal ayant fait droit pour l'essentiel aux demandes de Facebook, la société suisse interjetait appel du jugement devant la Cour d'appel de Paris qui confirme la contrefaçon de marque.

S'agissant de la **concurrence déloyale**, la Cour juge que **l'utilisation du signe Fuckbook** constitue bien un acte de concurrence déloyale. Elle constate que « *les dénominations FACEBOOK et FUCKBOOK présentent de grandes similitudes. En conséquence, l'utilisation du signe FUCKBOOK tant à titre de nom commercial [...] qu'à titre de nom de domaine [...] est fautive en ce qu'elle crée un risque de confusion dans l'esprit du public avec le nom commercial FACEBOOK ou le nom de domaine facebook.com destiné à distinguer un réseau social de mise en relation d'individus divers, ce public étant susceptible de penser que les entités sont économiquement liées et que les sites internet en cause sont édités par la société Facebook ou avec son autorisation* ». La société suisse est condamnée à payer **10.000 € de dommages et intérêts** à Facebook au titre de la concurrence déloyale.

En ce qui concerne les **agissements parasitaires** reprochés par Facebook à la société suisse, la cour d'appel rappelle qu'« *il incombe [...] à la société Facebook de rapporter la preuve d'un agissement fautif de la société [suisse] commis à son préjudice par la captation des investissements consentis pour développer un produit phare* ». La Cour relève d'abord que « *le site internet facebook.com [...] bénéficie d'une notoriété certaine depuis le début des années 2000 grâce aux investissements entrepris par la société Facebook* ».

Ensuite, selon la Cour, « *les sites internet fuckbook.com et fuckbook.xxx [...] reprennent une présentation très similaire à celle du site facebook.com [...]. Sur les pages des sites Fuckbook comme sur celle du site Facebook, le logo représentant un F stylisé inscrit dans un carré de couleur est présent dans le bandeau supérieur de la page* ». Pour la Cour, la société suisse **s'est donc placée** « *dans le sillage de la société Facebook afin de tirer profit, sans bourse délier, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise et des investissements très importants consentis* ». La société suisse est encore condamnée à payer **10.000 €** de dommages et intérêts au titre de ses agissements parasitaires.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

L'agent commercial qui commet une faute grave peut être condamné à verser des dommages et intérêts au mandant (Cour de cassation, com., 19 oct. 2022, n° 21-20.681).

Un agent commercial a **assigné** son mandant en résolution, aux torts de celui-ci, du contrat d'agence commerciale les liant et en **paiement de l'indemnité de cessation de contrat**. Le mandant s'est opposé à cette demande, se prévalant **d'une faute grave de l'agent**, dont il demande à titre reconventionnel, la réparation.

La Cour de cassation rappelle qu'« *En cas de cessation d'un contrat d'agence commerciale, la perte par le mandataire du fait de sa faute grave, en application de l'article L. 134-13 du code de commerce, de son droit à la réparation prévue par l'article L. 134-12 de ce code ne prive pas le mandant de la possibilité d'agir en réparation du préjudice que lui a causé cette faute* ».

Si l'article L. 134-12 du code de commerce dispose que l'agent commercial a droit à une indemnité lorsque le mandant met fin au contrat d'agence commerciale, celle-ci n'est pas due **si la cessation du contrat est due à la faute grave de l'agent**.

Ainsi en l'espèce, la cour d'appel ayant constaté un **manquement de l'agent** à son obligation de loyauté envers son mandant, caractérisant ainsi **une faute grave**, elle avait jugé que non seulement il devait être privé de l'indemnité compensatrice de fin de contrat et que de plus, conformément à la demande du mandant, il devait être **condamné à réparer le préjudice subi par le mandant** en raison de ce manquement. La Cour de cassation approuve l'arrêt de la cour d'appel.

Faute grave de l'agent commercial : revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cour de cassation, com., 16 nov. 2022, n° 21-17.423).

Un mandant **ayant mis fin** à un contrat d'agence commerciale, l'agent commercial **demande le paiement** des indemnités de rupture et de préavis. La cour d'appel a cependant relevé que l'agent commercial avait commis **une faute grave** en représentant un autre mandant pendant l'exécution du contrat d'agent commercial qui lui **interdisait pourtant** d'« *accepter la représentation de produits susceptibles de concurrencer ceux faisant l'objet du présent contrat* ». Cette faute grave n'était pas **mentionnée dans le courrier de résiliation**

Or, selon l'article L. 134-13, 1° du code de commerce, l'indemnité de fin de contrat prévue par l'article L. 134-12 lorsque notamment le contrat d'agence commerciale cesse à l'initiative du mandant **n'est pas due en cas de faute grave commise par l'agent**. La cour d'appel avait donc rejeté la demande d'indemnité de l'agent commercial.

La Cour de cassation approuve l'arrêt de la cour d'appel s'agissant de la faute grave de l'agent commercial qui **n'est donc pas contestée**. Puis, la Cour de cassation **rappelle** qu'elle « *juge régulièrement que les manquements graves commis par l'agent commercial pendant l'exécution du contrat, y compris ceux découverts par son mandant postérieurement à la rupture des relations contractuelles, sont de nature à priver l'agent commercial de son droit à indemnité* ».

Néanmoins, **à la lumière de l'interprétation** par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) **de la directive européenne n° 86/653/CEE** du 18 décembre 1986, directive

dont sont issues les législations nationales concernant le contrat d'agence commerciale (CJUE, 28 octobre 2010, Volvo Car Germany GmbH, aff. C-203/09, points 38, 42 et 43 ; CJUE, 19 avril 2018, CMR c/ Demeures terre et tradition SARL, C-645/16, paragraphe 35), la Cour de cassation, **modifiant** sa jurisprudence, **cas** l'arrêt d'appel.

Désormais, « *l'agent commercial qui a commis un manquement grave, antérieurement à la rupture du contrat, dont il n'a pas été fait état dans la lettre de résiliation et a été découvert postérieurement à celle-ci par le mandant, de sorte qu'il n'a pas provoqué la rupture, ne peut être privé de son droit à indemnité* ».

Le mandant ne peut plus invoquer la faute grave de l'agent si ce dernier a déjà mis fin au contrat pour un motif imputable au mandant (Cour de cassation, com., 16 nov. 2022, n° 21-10.126).

Un agent commercial a mis fin à son contrat d'agent en **imputant la rupture aux manquements de son mandant** à ses obligations et demande le **paiement de l'indemnité** de cessation de contrat. La cour d'appel constate **le bien-fondé de la faute** et donc de la résiliation du contrat d'agence commerciale par l'agent commercial.

La Cour de cassation **approuve** l'arrêt, soulignant qu'« *Il résulte de l'article L. 134-13 du code de commerce que, lorsque la cessation du contrat d'agence commerciale résulte de l'initiative de l'agent et qu'elle est justifiée par des circonstances imputables au mandant, la réparation prévue à l'article L. 134-12 de ce code demeure due à l'agent, quand bien même celui-ci aurait commis une faute grave dans l'exécution du contrat* ».

Ainsi, dès lors que l'agent commercial a mis fin au contrat en raison de manquements du mandant, « *l'éventuelle commission d'une faute grave par l'agent commercial était sans incidence sur son droit à la réparation prévue à l'article L. 134-12 du code de commerce [...]* ». Ainsi, si le mandant considère que l'agent commercial a commis une faute grave, il doit mettre fin au contrat **avant** que l'agent invoque lui-même une faute du mandant pour résilier le contrat.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Indemnisation des victimes d'une loterie illicite (Cour de cassation, crim., 22 nov. 2022, n° 21-86.010).

Quatre plaignants avaient été indemnisés, en première instance comme en appel, du **préjudice matériel** subi à la suite de l'organisation par une agence de publicité d'une **loterie** qualifiée de **pratique commerciale trompeuse**.

Si cette qualification n'est pas remise en cause par la Cour de cassation, celle-ci **cas** néanmoins l'arrêt d'appel sur les dommages et intérêts accordés aux plaignants. La Cour souligne en effet que « *l'absence de perception des gains promis n'est de nature à constituer par la déception qu'elle engendre [...] qu'un préjudice moral* ».

Le préjudice ne peut donc pas équivaloir au montant du gain espéré. Par ailleurs, si la pratique en cause porte atteinte à un **intérêt patrimonial**, cette atteinte doit être **caractérisée**, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La procédure est donc renvoyée devant la Cour d'appel qui devra à nouveau statuer sur le préjudice subi découlant de la pratique incriminée.