



L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 32 – décembre 2022 / janvier 2023

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en décembre 2022 et janvier 2023 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Abus de position dominante et prix excessifs (ADLC, Décision n° 22-D-26 du 22 décembre 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du contrôle technique des poids lourds en Guadeloupe).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a sanctionné une entreprise ayant abusé de sa position dominante sur le **marché du contrôle technique des poids lourds en Guadeloupe**.

La position dominante résultait du fait que cette société était en **monopole** à l'époque des faits en Guadeloupe et qu'en outre, il existait des **barrières à l'entrée** sur ce marché (nécessité de disposer d'une surface de 5.000 m² alors que le foncier commercial disponible était rare).

Quant aux abus, l'ADLC relève que l'entreprise a commis des **pratiques discriminatoires** sur le marché **connexe** de la présentation au contrôle technique des poids lourds en Guadeloupe sur lequel sont actives des entreprises exerçant une activité de contrôle des systèmes embarqués des poids lourds.

Ces entreprises peuvent, à la suite de ces contrôles, présenter les véhicules au contrôle technique, au nom de leurs clients. L'entreprise poursuivie a **favorisé sur ce marché sa société sœur** en lui accordant des prix, des délais de paiement et de rendez-vous et des modalités de facturation **plus favorables** qu'à ses concurrents, affectant ainsi leur position concurrentielle.

Par ailleurs, l'entreprise en position dominante a pratiqué des **prix excessifs sur ses prestations**, sans rapport raisonnable avec leur valeur économique. Selon l'ADLC, il existait une **disproportion manifeste** entre les tarifs et les coûts, démontrée notamment par l'**ampleur des marges** réalisées. L'entreprise n'aurait pas pu pratiquer ces tarifs sur un marché concurrentiel.

L'ADLC a prononcé une amende de 25.000 € après que la société poursuivie a obtenu le **bénéfice d'une transaction**.

Pratiques restrictives

Négociations annuelles et rupture brutale des relations commerciales (Cour de cassation, com., 7 déc. 2022, n° 19-22.538).

Un **distributeur** soutenait que la rupture des relations avec un fournisseur avait été brutale en raison de la **modification**, pendant le préavis, des conditions commerciales annuelles. Cette contestation se fondait sur l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II), lequel impose le **respect d'un préavis suffisant** avant de mettre fin à une relation commerciale établie. La cour d'appel **déboute**.

La Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel ayant jugé « **normal que [les conditions commerciales] puissent évoluer, dans la mesure où un accord annuel n'est, par principe, pas immuable, l'existence de négociations annuelles permettant une évolution des conditions commerciales, y compris pendant l'exécution du délai de préavis** ».

L'arrêt d'appel est également approuvé en qu'il a retenu que « **les parties ont négocié, en 2011 et 2012, les conditions particulières les liant, de sorte que la société [distributeur] ne peut prétendre à l'application illimitée dans le temps de conditions commerciales favorables accordées pour une année et nécessairement remises en cause par le principe de la négociation annuelle entre les parties** ».

Ce principe est cependant **fortement relativisé** par le fait que la Cour de cassation énonce que « **Lorsque les conditions de la relation commerciale établie entre les parties font l'objet d'une négociation annuelle, ne constituent pas une rupture brutale de cette relation les modifications apportées durant l'exécution du préavis qui ne sont pas substantielles au point de porter atteinte à l'effectivité de ce dernier** ».

En l'espèce, « **le changement de mode d'approvisionnement aux mêmes conditions tarifaires ne caractérisait pas une modification substantielle de la relation commerciale interdite durant le préavis [...]** ». A contrario, **une modification**



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



substantielle des conditions commerciales constituerait une rupture brutale de la relation.

La Cour de cassation **avait déjà jugé** que les « *modifications [portant] sur des conditions substantielles de la relation commerciale* » étaient constitutives d'une rupture brutale (Com. 8 juin 2017, n° 15-27.961). De même, pour la cour d'appel de Paris, « *une modification unilatérale substantielle des conditions contractuelles peut être assimilée à une rupture brutale de la relation commerciale établie* » (Paris, 28 février 2019, n° 16/22931 ; V. également, Paris, 2 déc. 2020, n° 18/17277 et notre Lettre d'actualité n° 21). Par ailleurs, **l'acceptation** d'une modification substantielle par l'autre partie à la relation pourrait être considérée **comme une rupture partielle de la relation commerciale établie**.

Le pourvoi ne portait pas sur la question du **caractère établi de la relation au sens du texte**. Pourtant, cette question n'est pas dénuée d'intérêt. En effet, pour que le texte s'applique, il faut démontrer que **les relations sont établies** (stables, pérennes, non précaires, ...). Or, le caractère établi de la relation **n'est pas évident** en présence de relations fondées sur des contrats à **durée déterminée non reconductibles automatiquement** au sens des articles L 441-3 et L. 441-4 du code de commerce (conventions annuelles entre fournisseurs et distributeurs).

La conclusion **d'un nouveau contrat** nécessite un nouvel accord des parties à l'issue d'une négociation dont **il n'est pas certain qu'elle aboutisse** (Sur cette question, V. X. Henry, Relations commerciales : être établies ou ne pas l'être, Les Petites Affiches, 6 avril 2018, n° 70, p. 9 et suivantes).

Pour autant, la cour d'appel de Paris a déjà jugé que « *La renégociation annuelle des tarifs ne s'oppose pas à la qualification de relations commerciales établies, dès lors qu'elle s'inscrit dans une volonté de continuité de celles-ci, démontrée par la persistance d'un flux régulier d'affaires* » (Paris, 11 octobre 2017, n° 15/03995). De même, la Cour de cassation avait-elle **rejeté un pourvoi** à l'encontre d'un arrêt d'appel qui avait **jugé établies des relations fondées sur des conventions annuelles** non reconductibles conformément à l'article L. 441-7 (ancien) du code de commerce (désormais les articles L. 441-3 et L. 441-4) (Com. 4 déc. 2019, 18-15.640).

Rupture brutale : évaluation du préjudice (Cour de cassation, com., 7 déc. 2022, n° 21-17.850).

Selon la Cour de cassation, il résulte de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (devenu l'article L.442-1, II), imposant le respect d'un préavis suffisant avant de mettre fin à une relation commerciale établie, que « *seul doit être indemnisé le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture, évalué en considération de la marge brute escomptée durant la période d'insuffisance de préavis* ».

Cette rédaction appelle deux observations. D'une part, elle pourrait conduire à penser que la Cour de cassation **exclut toute autre indemnisation que celle liée à l'insuffisance de préavis**.

Les juridictions sont en effet réticentes à indemniser d'autres préjudices, rappelant systématiquement que **seule est indemnisable la brutalité de la rupture** et non pas la rupture elle-même. Pour autant, il peut arriver que **d'autres conséquences** de la rupture soient indemnisables (préjudice d'image ou moral par exemple). La Cour de cassation a-t-elle voulu **limiter le préjudice découlant de la rupture brutale** à la seule marge perdue en cas d'insuffisance de préavis ? Il faudra surveiller les prochaines décisions en la matière.

D'autre part, selon la Cour de cassation, le préjudice doit être calculé **en tenant compte de la marge brute**. Celle-ci n'est cependant pas **définie précisément** (comptablement ou juridiquement). Il peut être retenu qu'il s'agit, en cas d'activité de distribution (achat/vente), du prix de vente des biens après déduction du prix d'achat. Or, il paraît **plus équitable de déduire les charges** qui ne sont plus supportées par la victime de la rupture du fait de cette rupture. C'est d'ailleurs cette **marge sur coûts variables** qui est parfois retenue par la cour d'appel de Paris (V. par exemple, Paris, 27 janvier 2023, n° 21/11943).

Curieusement, après avoir énoncé que la marge brute doit être retenue, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne **pas avoir vérifié** si certains coûts ne restaient pas à la charge de la victime de la rupture. *A contrario*, la Cour de cassation **admet bien la déduction de certains coûts** s'ils disparaissent du fait de la rupture. Ce n'est d'ailleurs **pas la première fois** que la Cour de cassation admet la déduction de charges en cas de rupture brutale (Com. 23 janv. 2019, n° 17-26.870).

Compétence des juridictions françaises en cas d'action du ministre sur le fondement de l'article L. 442-6 (ancien) du code de commerce (Cour de Justice de l'Union Européenne, 22 déc. 2022, n° C-98/22).

Le ministre français de l'Economie poursuit devant les juridictions françaises une **centrale d'achat** de la grande distribution sise **en Belgique** et des sociétés de distribution sises **en France pour avoir commis** selon lui des infractions sur le fondement de l'article L. 442-6 (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1 et suivants).

La centrale d'achat **belge contestait à son égard la compétence des juridictions françaises** en invoquant le règlement européen n° 2015/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La cour d'appel de Paris décidait de poser une question **préjudicielle** à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur la compétence juridictionnelle des juridictions françaises au regard **du règlement européen n° 2015/2012** du 12 décembre 2012.

Ce règlement **peut-il s'appliquer à « l'action d'une autorité publique d'un État membre contre des sociétés établies dans un autre État membre aux fins de faire reconnaître, sanctionner et cesser des pratiques restrictives de concurrence à l'égard de fournisseurs établis dans le premier État membre, lorsque cette autorité publique exerce des pouvoirs d'enquête ou des pouvoirs d'agir en justice exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers ? »**.

Il doit être rappelé que l'article L. 442-6, III (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-4) **permettait notamment au ministre de l'Economie de saisir la juridiction civile ou commerciale de pratiques illicites** au regard de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2°). Cette disposition interdisait de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à **des obligations significativement déséquilibrées**.

Lors de cette action, le ministre pouvait demander la cessation des pratiques, la nullité des clauses et contrats concernés par la pratique, et la **restitution** des sommes indûment versées. En outre, le ministre pouvait demander le prononcé d'une **amende civile** pouvant aller jusqu'à **cinq millions d'euros** ou être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou encore pouvant correspondre à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques. Des juridictions

françaises étaient **spécialement désignées** pour juger de demandes fondées sur l'article L. 442-6 (ancien).

L'ensemble de ces principes **est toujours en vigueur** après la réforme des pratiques restrictives intervenue le 24 avril 2019.

Selon la CJUE, le règlement n° 2015/2012 **ne peut s'appliquer** « lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la **puissance publique** ». En effet, « l'action en cause au principal, qui a pour objet la défense de l'**ordre public** économique français, a été introduite sur la base d'**éléments de preuve obtenus dans le cadre de visites sur les lieux et de saisies de documents**. Or, de tels pouvoirs d'enquête [...] [sont] **exorbitants par rapport au droit commun**, en particulier parce qu'ils ne peuvent être mis en œuvre par des personnes privées et parce que [...] toute personne s'opposant à [...] de telles mesures encourt une peine d'emprisonnement ainsi qu'une amende de 300 000 euros ». En outre, l'action tendait à obtenir **une amende que seul le ministre peut demander**.

En revanche, le règlement **s'appliquerait** si le ministre demandait « que soit constatée l'existence d'**infractions constituant des pratiques commerciales déloyales prétendument illégales et à ce que soit ordonnée la cessation de celles-ci ainsi que, à titre accessoire, à ce que soient ordonnées des mesures de publicité et [...] une astreinte [...]** ». En effet, **ces demandes ne sont pas exorbitantes** par rapport aux règles de droit commun, une partie privée pouvant également les formuler.

En l'espèce, le ministre ayant mené une enquête, fait procéder à des saisies de documents (en France) et demandé le prononcé d'une amende civile, la centrale d'achat belge **ne peut échapper à la compétence des juridictions françaises** en invoquant le règlement européen n° 2015/2012.

Le prix de vente peut être contesté sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 1° (ancien) du code de commerce, devenu l'article L 442-1, I, 1° (Cour de cassation, com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163).

Le **ministre de l'Economie** avait assigné une entreprise afin de faire juger que ses **pratiques** étaient **illicites** selon l'article L. 442-6, I, 1° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L 442-1, I, 2°). L'article L. 442-6, III (ancien) (devenu l'article L. 442-4) **permettait** en effet au ministre de **saisir un tribunal** de commerce notamment pour mettre fin à des pratiques restrictives de concurrence et solliciter une **amende** civile.

Le ministre reprochait à l'entreprise poursuivie de déduire des factures de ses sous-traitants une **remise de 2 %** au titre du CICE et de s'octroyer **un escompte de 3 %** pour des factures réglées en retard.

Selon le ministre, ces pratiques étaient contraires à l'article L. 442-6, I, 1° (ancien) selon lequel il est illicite pour une entreprise « **D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu** ». La cour d'appel de Paris a **débouté** le ministre de ses demandes.

La Cour de cassation, après avoir approuvé l'arrêt d'appel en ce qu'il a jugé que « **les relations de sous-traitance entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce [...]** », **casse** néanmoins celui-ci.

Elle **reproche** à la cour d'appel d'avoir retenu « que lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle

judiciaire ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° [...] ». En conséquence, **pour la cour d'appel, « les dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du même code ne s'appliquent pas à la réduction de prix obtenue d'un partenaire commercial ».**

Pour la Cour de cassation, « l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce **exige seulement que soit constatée l'obtention d'un avantage quelconque ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, quelle que soit la nature de cet avantage [...]** ».

Les dispositions relatives au déséquilibre significatif (article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2°)) ne sont donc pas les seules permettant au juge de **remettre en cause le prix convenu** par les parties.

En l'espèce, dès que lors que l'entreprise poursuivie s'accordait un avantage **sans en démontrer la contrepartie** pour ses sous-traitants, celui-ci était illicite au regard de l'article L. 442-6, I, 1° (ancien). Cette décision s'applique à l'article L. 442-1, I, 1° qui a succédé l'article L. 442-6, I, 1°. Il y a donc désormais **deux fondements possibles** pour contester un prix : l'avantage sans contrepartie du 1° de l'article 442-1, I et le 2° de ce même article (soumission à un déséquilibre significatif).

L'intérêt de contester un prix sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 1° est qu'il n'est pas nécessaire de démontrer la **situation de soumission** comme c'est le cas pour faire juger une clause déséquilibrée (V. Xavier Henry, Le contrôle du prix par le juge fondé sur l'interdiction de la soumission à un déséquilibre significatif entre les parties : beaucoup de bruit pour rien, RJDA 6/19, p. 503 et s.).

Le droit de conserver un acompte à la suite de l'annulation d'une manifestation en raison de la crise sanitaire n'est pas déséquilibré (Cour d'appel de Paris, 27 janv. 2023, n° 21/07504).

Une entreprise **organisant une foire** allouait des espaces d'exposition à des exposants moyennant le paiement d'une participation financière. Si la foire était annulée notamment **pour un retrait d'autorisation**, l'entreprise organisatrice pouvait **conserver l'acompte sur la participation financière** versé par l'exposant. En raison de la **crise sanitaire** de 2020, la foire n'a pas pu avoir lieu.

Un exposant demandait que l'acompte **lui soit restitué** en dépit de la clause contractuelle stipulant le droit de l'organisateur de le **conserver** et obtient gain de cause en première instance. Le jugement **est infirmé** en appel, la cour d'appel jugeant notamment qu'une telle clause **n'était pas déséquilibrée** sur le fondement des articles 1171 du code civil et L. 442-1, I, 2° du code de commerce. Ces deux articles interdisent **les clauses ou obligations significativement déséquilibrées** même si les conditions de leur mise en jeu diffèrent.

Pour la Cour, « la participation versée par les exposants ainsi que son non remboursement sont **économiquement équilibrés** entre, d'une part, l'obligation pour la prestataire d'anticiper les dépenses qu'elle doit exposer pour l'organisation de la manifestation, et correspondant à la **réservation** de l'espace d'exposition, la mise au point et la réalisation de campagne de **communication** sur différents supports, la recherche et la sélection des œuvres et des galeries et encore, pour la **conception** de l'architecture générale de l'exposition en lien

avec des professionnels (scénographes et des installateurs généraux), et d'autre part, le **risque de la perte de ces dépenses** en cas d'annulation de la manifestation [...] ».

Concurrence déloyale

N'est pas crêpe dentelle qui veut ! (Cour d'appel de Paris, 20 janv. 2023, n° 20/16890).

Un fabricant de **crêpes dentelle roulées à plat** reprochait à un concurrent « *des pratiques commerciales trompeuses et déloyales ainsi que des actes de concurrence déloyale, consistant à commercialiser des éclats/brisures prétendument issus de "crêpes dentelle" alors qu'ils sont issus de simples crêpes non roulées à plat* ». Ce concurrent poursuivi fabriquait et commercialisait en réalité « *des brisures de crêpes dentelle, sans toutefois fabriquer et commercialiser des crêpes dentelle en tant que telles* ».

Le fabricant de crêpes dentelle assigne son concurrent devant le tribunal de commerce de Paris qui **le déboute** de ses demandes. La cour d'appel de Paris, saisie, juge, après avoir examiné **diverses définitions données** par les syndicats professionnels de la biscuiterie que « *pour répondre à la dénomination "crêpe dentelle", le biscuit doit [...], en vertu des textes professionnels précités, être une "fine crêpe roulée à plat"* ».

En l'espèce, le concurrent poursuivi fabrique et commercialise « *des brisures ou éclats présentés comme provenant de crêpes dentelle* » **alors qu'il ne fabrique pas ni ne commercialise de crêpes dentelle**, ni ne prétend se fournir en crêpes dentelle définies comme une « *fine crêpe roulée à plat* » afin de produire leurs brisures ou éclats.

Aussi, faire référence à la crêpe dentelle dans ses communications constitue-t-il des **pratiques commerciales déloyales et trompeuses** car le consommateur « *est trompé sur une caractéristique essentielle de ces brisures (ou éclats), étant conduit à croire qu'elles proviennent de véritables crêpes dentelle, c'est-à-dire de fines crêpes roulées à plat [...]* » ainsi que des actes de concurrence déloyale aux dépens du plaignant.

La Cour **condamne**, sous astreinte journalière, la société poursuivie à cesser les pratiques en cause et à verser à **60.000 €** de dommages et intérêts au fabricant de crêpes dentelle.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Agent commercial : il n'existe pas un droit acquis à une jurisprudence figée (Cour de cassation, com., 11 janv. 2023, n° 21-18.683).

Une entreprise condamnée à verser **une indemnité de rupture** à un agent contestait que ce contrat fût un contrat d'agence commerciale au sens de l'article L. 134-1 du code de commerce. **L'enjeu était important** car s'il ne s'agissait pas d'un contrat d'agence commerciale, l'indemnité de fin du contrat n'était alors pas due à l'agent.

L'un des moyens invoqués consistait à soutenir que la qualification du contrat devait être examinée au regard de la **jurisprudence applicable à l'époque de la conclusion du contrat** (2013) au nom du principe de **sécurité juridique**. En effet, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence à la suite d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne de 2020 (CJUE, 4 juin 2020, aff. C- 828/18, Trendsetteuse / DCA, V. notre lettre d'actualité n° 18). En l'espèce, la cour d'appel avait

fait application de la **nouvelle jurisprudence** qui permet plus aisément de qualifier un contrat de contrat d'agent commercial

La Cour de cassation **rejette** le moyen car « *la sécurité juridique ne consacre pas un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit. Il en découle que lorsque les parties choisissent la loi française comme loi applicable [...], elles ne peuvent se prévaloir, en cas de litige postérieur, de la loi telle qu'interprétée à la date de conclusion du contrat* ».

Si cette position n'est pas surprenante, un changement de jurisprudence peut être problématique, les parties se référant à la **jurisprudence connue** lors de la rédaction d'un contrat et pouvant **difficilement anticiper** une modification. Aussi, sans être responsable d'un revirement de jurisprudence, le justiciable supporte-t-il seul les conséquences de l'insécurité juridique qui en découle.

Agent commercial : validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée de trois ans (Cour d'appel de Paris, 12 janv. 2023, n° 20/07491).

Un contrat d'agence commerciale contenait **une clause de non-concurrence post-contractuelle** selon laquelle « *en cas de rupture du contrat, le Mandataire [s'engageait] à ne pas démarcher les prospects ou clients de la société mandante pour des produits concurrents et pour une durée de 36 mois à compter de la rupture du contrat ou de son renouvellement* ».

L'agent commercial demandait que cette clause **soit jugée non écrite**. La cour d'appel de Paris **juge au contraire** qu'une telle clause est valable car si elle « *est d'une durée de trois ans, elle est limitée à la clientèle [du mandant] qui commercialise du matériel technique comportant des informations devant être protégées. Cette durée est donc nécessaire à la protection des intérêts [du mandant] et n'apparaît pas excessive* ».

DROIT DE LA CONSOMMATION

Pratique commerciale trompeuse : la preuve de l'altération du comportement économique des consommateurs ou professionnels doit être rapportée (Cour de cassation, com., 7 déc. 2022, n° 21-16.462)

La Cour de cassation rappelle que, selon les anciens articles L. 120-1 et L. 121-1, I et III, du code de la consommation, « *pour qu'une pratique commerciale soit qualifiée de trompeuse, elle doit altérer ou être de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des personnes, consommateurs ou professionnels, qu'elle vise* ». Cette condition pour sanctionner une pratique commerciale trompeuse **figure désormais à l'article L. 121-1** du code de la consommation.

Un arrêt d'appel ayant condamné une entreprise pour une telle pratique **est cassé** car la cour d'appel n'a pas expliqué « *au regard d'éléments précis, en quoi [les] agissements de la société [...] étaient de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique des personnes, consommateurs ou professionnels, visées par ces pratiques [...]* ».

Or, si la cour d'appel avait relevé certains faits commis au détriment des produits d'un concurrent, **elle ne pouvait se contenter de juger** que « *chacun de ces éléments [était] trompeur pour le client sur la qualité des produits en cause* » sans justifier cette affirmation.