



# L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 38 – janvier / février 2024

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en janvier et février 2024 (cette lettre est également disponible sur notre site [avocats-h.com](http://avocats-h.com))

## DROIT DE LA CONCURRENCE

### Pratiques anticoncurrentielles

**Opérations de visite et saisie et secret professionnel attaché aux correspondances entre les avocats et leurs clients (Premier Président de la cour d'appel de Douai, 19 février 2024, n° 23/00747 et 22 févr. 2024, n° 23/00749).**

Le premier Président de la cour d'appel de Douai a rendu **deux ordonnances** à propos des **limites du secret protégeant les échanges entre les avocats et leurs clients** en cas d'opérations de visite et saisie (OVS) sollicitées en l'occurrence par le **Ministre de l'Economie** sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce et autorisées par le Juge des Libertés et de la Détention.

Ces OVS intervenaient dans une enquête pour établir l'existence **d'ententes** (articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne) susceptibles d'être mises en œuvre **dans le secteur des articles de puériculture**. Plusieurs entreprises étaient visées. Au cours des OVS, des **documents** avaient été saisis dont en particulier des **échanges entre les entreprises et leurs avocats**.

Certaines entreprises **contestaient la légalité** d'une telle saisie car les échanges entre les avocats et leurs clients **relèvent du secret professionnel**. Un recours était intenté contre les saisies devant le premier Président, juridiction compétente en la matière **pour contester le déroulement des OVS** afin d'écarter certaines pièces saisies.

Pour le Premier Président, tous les échanges entre les avocats et leurs clients ne sont pas protégés. Il juge que ne **sont pas couvertes par le secret professionnel** les correspondances de l'entreprise et leur avocat relatives aux **relations contractuelles** de l'entreprise avec ses distributeurs, à la politique tarifaire de l'entreprise et aux conflits avec ses distributeurs, hors procédure contentieuse. En revanche, **est couvert par ce secret professionnel** l'ensemble des messages entre l'entreprise et son avocat relatifs à des contentieux.

La position du premier Président de la cour d'appel de Douai **n'est pas nouvelle**. La Cour de cassation a **déjà jugé** que « *Si, selon les principes rappelés par le premier de ces textes [Article 66-5 Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques], les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel, il demeure qu'elles peuvent notamment être saisies dans le cadre des opérations de visite prévues par [...] [l'article 450-4 du code de commerce] dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense* » (Crim. 25 novembre 2020, n° 19-84.304).

Les échanges concernant **une activité de conseil et non pas une activité contentieuse** ne bénéficient donc pas de ce secret et peuvent donc être saisis lors d'OVS.

**Cette position peut surprendre et paraît critiquable**. En effet, l'article 66-5 de la loi susvisée dispose qu'« *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat [...], les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

Le secret professionnel **ne devrait donc pas être divisible** selon que l'échange intervient dans un contentieux ou lors d'une consultation. La Cour de cassation semble tirer **de l'article L. 450-4** du code de commerce la division à laquelle elle procède. Cependant, **ce texte ne dit rien de tel**.

### Pratiques restrictives

**La soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce n'est pas caractérisée en cas de négociation collective du contrat-type d'un réseau de distribution (Cour d'appel de Paris, 17 janv. 2024, n° 21/11563).**

Un **concessionnaire automobile** dont le contrat avait été résilié par un constructeur faisait valoir que certaines clauses du contrat **étaient déséquilibrées** sur le fondement de l'article L. L. 442-



**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](mailto:xavier.henry@avocats-h.com)

[andre.bricogne@avocats-h.com](mailto:andre.bricogne@avocats-h.com)

Site Internet : [avocats-h.com](http://avocats-h.com)

Directeur de la publication : Xavier HENRY

Dépôt légal : avril 2017 – ISSN 2649-0277



6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2°). La partie **qui se prévaut de ce texte** doit d'abord démontrer qu'elle se trouvait dans **une situation de soumission** à l'égard de son cocontractant, de sorte qu'elle ne pouvait pas **négozier** le contrat.

Selon la cour d'appel de Paris, le contrat **avait bien été négocié** au niveau **européen** entre le constructeur et l'entité « *représentant les intérêts des concessionnaires [de la marque] comptant deux représentants des concessionnaires [...] de chaque pays de l'Union Européenne* ». Puis, une **autre négociation** avait eu lieu **au niveau national** avec le groupement, auquel appartenait l'ensemble des concessionnaires français de la marque.

Selon la Cour, si ces négociations n'étaient pas menées par le distributeur, elles étaient cependant « *adaptées aux nécessités de l'organisation d'un réseau transnational qui doit comporter, sur chaque territoire national, des relations contractuelles présentant une certaine uniformité et tenues selon des modalités compensant le déséquilibre des forces économiques entre les parties regroupées [...]* ». Pour la Cour, la soumission, condition nécessaire, pour contester une clause sur le fondement du texte susvisé, **n'était donc pas prouvée**.

### **Rupture brutale des relations établies : pour une relation de 4 ans, la durée du préavis est fixée à 15 mois (Cour d'appel de Paris, 24 janv. 2024, n° 23/00693).**

Par un arrêt du 7 avril 2021, la cour d'appel de Paris avait **condamné une entreprise** à indemniser un de ses sous-traitants pour **rupture brutale** de leur relation commerciale (Paris, 7 avril 2021, n° 19/08633, V. notre Lettre d'actualité n° 23).

En effet, l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) **sanctionne la rupture de relations** commerciales lorsque le préavis accordé est insuffisant, notamment **au regard de la durée des relations**. En l'espèce, la cour d'appel de Paris avait jugé que les relations **d'une durée de 12 ans** avaient été rompues partiellement en 2016 sans préavis. La Cour fixait à **24 mois** la durée du préavis qui aurait dû être accordé par l'entreprise à son sous-traitant.

La Cour de cassation **cassait l'arrêt** de la cour d'appel. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel n'avait **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 l'entreprise 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 (Com., 19 oct. 2022, n° 21-17.653, V. notre Lettre d'actualité n° 31). Pour la cour d'appel de Paris, la durée de la relation initiale s'ajoutait donc 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'était 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 était **renvoyée devant la cour d'appel de Paris** autrement composée. Après un nouvel examen, celle-ci admet que la relation nouée antérieurement entre l'entreprise cliente et le sous-traitant antérieur **ne s'est pas poursuivie avec le sous-traitant suivant**. En effet, les échanges entre les parties ne permettent pas de conclure à **une reprise par le nouveau sous-traitant** des relations nouées avec le précédent sous-traitant.

La cour d'appel juge donc que la durée des relations à prendre en compte pour calculer la durée du préavis qui aurait dû être accordé n'était **pas de 12 ans mais de 4 ans et un mois**.

La Cour fixe la durée du délai de préavis à **15 mois** au lieu de 24 mois selon l'arrêt de la cour d'appel de Paris rendu en 2021. Cette durée **apparaît particulièrement longue** au regard de la durée des relations et de la jurisprudence.

La Cour **justifie** cette durée de préavis par « *La spécificité des pièces fabriquées, qui correspondent à un marché extrêmement particulier ainsi que des équipements associés, [...] la part importante du chiffre d'affaires réalisé [par le sous-traitant avec l'entreprise cliente] antérieurement à la rupture [...] 2013 : 31,94 % ; 2014 : 36,08 % ; 2015 : 58,04 %, [...] la forte croissance du chiffre d'affaires réalisé avec [l'entreprise cliente], [...] les investissements matériels et humains réalisés [...] (embauche de plus de dix salariés en 2 ans, investissement dans du matériel de production)* ».

La Cour a également tenu compte de « *La difficulté à trouver des solutions équivalentes sur la région dauphinoise [et des] résultats démontrés par [le sous-traitant] dans ses efforts de diversification dont en particulier le temps nécessaire à l'arrivée à maturité d'une relation commerciale dans ce domaine industriel, [...], la mobilisation exigée par [l'entreprise cliente] pour "être à son service" au détriment de la recherche d'autres partenaires* ».

Enfin, les dommages et intérêts alloués **sont sensiblement réduits** puisqu'ils passent de 1.045.000 € à 235.000 € (correspondant à la **marge sur coûts variables** qu'aurait obtenue le sous-traitant pendant la durée de 15 mois du préavis qui aurait dû lui être accordé). Cette **réduction par 4,4** des dommages et intérêts accordés par l'arrêt du 7 avril 2021 **est sans commune mesure** avec la réduction de la durée du préavis fixé (qui lui passe de 24 à 15 mois). La cour d'appel a donc **fortement reconsidéré en 2024** le calcul du préjudice effectué par cette même cour d'appel en 2021.

### **Une clause d'intuitu personae imprécise au bénéfice du franchiseur est une clause déséquilibrée au sens de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (Cour de cassation, com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314).**

Aux termes d'un arrêt du 5 janvier 2022, la cour d'appel de Paris **avait remis en cause** certaines clauses d'un contrat de franchise (Paris, 5 janvier 2022, n° 20/00737, V. notre lettre d'actualité n° 27).

A la suite d'une **enquête** de la direction de la concurrence sur les relations entre les franchiseurs et les franchisés de douze réseaux de franchise, le **Ministre de l'Economie avait saisi le tribunal de commerce de Rennes** sur le fondement notamment de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, I, 2°). En effet, selon l'enquête, des clauses d'un contrat de franchise de pizza **étaient significativement déséquilibrées** au détriment des franchisés.

Le franchiseur **contestait l'appréciation** par la cour d'appel de la notion de **soumission**. En effet, pour que soit mis en œuvre l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce et obtenir la nullité ou l'indemnisation de clauses déséquilibrées, il faut démontrer que la victime de la clause déséquilibrée s'est trouvée **en situation de soumission** à l'égard de son cocontractant.

La Cour de cassation, saisie de recours, approuve la cour d'appel d'avoir jugé que « *la condition tenant à la soumission ou à la tentative de soumission implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation [...]* ». En l'espèce, « *le franchiseur bénéficiait d'une position prépondérante sur les franchisés, auxquels était imposé un contrat-type de franchise au nom de l'homogénéité du réseau [...]* ». D'ailleurs, « *les trente contrats produits, conclus avec différents franchisés, sont identiques et n'ont pas été effectivement négociés* ».

Ainsi, selon la Cour de cassation, « *la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale des relations entre le franchiseur et ses franchisés et estimé que les candidats à la franchise ne disposaient d'aucune marge de négociation du contrat de franchise [...], a caractérisé l'existence d'une soumission ou tentative de soumission de la part du franchiseur* ».

Le franchiseur **contestait également** que le caractère déséquilibré d'« *une clause stipulant, d'une part, l'impossibilité de cession ou transmission du contrat sans l'accord préalable et exprès du franchiseur, d'autre part, l'obligation du franchisé d'informer le franchiseur de tout projet ayant une incidence sur la répartition actuelle de son capital ou de celui de son principal actionnaire, ou dans l'identité de ses dirigeants effectifs, au minimum deux mois avant la réalisation de l'opération projetée et conférant à ce dernier, en ce cas, la possibilité de constater la rupture anticipée en manifestant son intention par lettre recommandée, adressée au minimum un mois avant l'opération projetée* ».

Pour la cour d'appel « *cette clause d'intuitu personae prévue au bénéfice du franchiseur se justifie par le fait que ce dernier a accepté de confier l'exploitation de son concept à une personne dont il a pu précisément juger les aptitudes, la personnalité, le parcours professionnel et le financement afin de préserver la réputation du réseau et favoriser son développement [...]* ».

**En revanche**, « *l'obligation qu'elle prévoit à la charge du franchisé d'informer le franchiseur de tout projet ayant une incidence sur la répartition du capital ou dans l'identité de ses dirigeants, avec le droit corrélatif pour le franchiseur de constater la rupture anticipée du contrat de franchise, ne permet pas, en raison de l'imprécision du terme « incidence », d'appréhender la nature et le degré de l'effet du projet sur l'actionnariat ou la personne du franchisé susceptible de motiver, de la part du franchiseur, la résiliation anticipée du contrat* ».

La Cour de cassation **approuve** encore la cour d'appel d'avoir retenu que cette clause **caractérisait un déséquilibre significatif** dans les droits et obligations des parties.

## DROIT DE LA DISTRIBUTION

**Un prestataire ne peut pas être qualifié d'agent commercial s'il n'a qu'une fonction « support » (Cour d'appel de Paris, 21 févr. 2024, n° 22/03713).**

La cour d'appel de Paris devait trancher la question de la **qualification** d'un contrat intitulé « **contrat de prestations de**

**service** ». Le prestataire de service soutenait qu'il s'agissait **d'un contrat d'agence commerciale**. L'intérêt de qualifier le contrat comme tel réside dans **l'indemnité** de fin de contrat de l'article L. 134-12 du code de commerce due à l'agent commercial en cas de cessation du contrat, sauf exceptions énoncées à l'article L. 134-13. Cette indemnité est souvent fixée **à deux années de commissions**.

L'article L. 134-1 al. 1 définit l'agent commercial comme « *un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux [...]* ».

En l'espèce, la Cour rejette la qualification de contrat d'agence commerciale. En effet, « *dans le cadre de sa prestation de sous-distribution, les missions [du prestataire] ont été limitées au ciblage, à l'identification des besoins des prescripteurs, à des actions médico-marketing, à la supervision de la promotion des dispositifs médicaux auprès des médecins, au stockage, à la gestion et à la livraison des dispositifs médicaux, toutes les informations et tous les objets promotionnels ayant été fournis par [la société mandante]* ».

En outre, « *Les pièces produites [...] ne démontrent pas la réalité d'une mission d'intermédiation auprès des praticiens médicaux en vue de la prescription des produits [...] ou la conclusion de ventes au nom et pour le compte de [la société mandante] ou le développement d'opérations avec des clients existants* ».

Le prestataire n'avait manifestement que **des fonctions de support** et non pas pour mission **d'intervenir** en vue de la conclusion de ventes.

Comme le souligne la cour d'appel en citant un arrêt de la Cour de cassation (Com. 7 septembre 2022, n° 18-15.964), pour être qualifié d'agent commercial, le prestataire **doit s'entremettre en vue de la conclusion de ventes par son mandant** (visite de la clientèle et des prospects, entretiens, échanges, démarches pour parvenir à un accord, même sans modification des instructions fournies par la mandante).

## DROIT DE LA CONSOMMATION

**Revirement de jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation quant aux conditions de la renonciation par un consommateur à la nullité d'un contrat conclu hors établissement (Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 24 janv. 2024, n° 22-16.115).**

La première chambre civile de la Cour de cassation **modifie** sa jurisprudence relative à **la confirmation** par un consommateur d'un acte nul en connaissance de cause de cette nullité.

L'ancien article 1338 du code civil (devenu l'article 1182 dudit code depuis la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) dispose qu'un acte nul est confirmé **par l'exécution volontaire** de cet acte. En d'autres termes, si celui qui invoque la nullité a exécuté l'acte **en connaissance de cause**, il ne peut plus demander la nullité de l'acte. Ce moyen est également rejeté par la Cour de cassation

Le cas examiné par la Cour de cassation était celui d'un contrat conclu hors établissement **de fourniture de panneaux photovoltaïques** associé à un crédit. Les acquéreurs en

demandaient la nullité car selon eux le **bon de commande** était **irrégulier** (sans d'ailleurs que la Cour de cassation explique clairement les irrégularités en cause). Le vendeur rétorquait que les dispositions du code de la consommation applicables se trouvaient **au verso du bon de commande** et qu'elles étaient parfaitement lisibles. La position du vendeur **était conforme à la jurisprudence** de la première chambre civile de la Cour de cassation.

En effet, jusqu'alors, la première **chambre civile jugeait, depuis 2020**, « *que la reproduction lisible, dans un contrat conclu hors établissement, des dispositions du code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à ce type de contrat permet au souscripteur de prendre connaissance du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions. Une telle connaissance, jointe à l'exécution volontaire du contrat par l'intéressé, [emportait] la confirmation de l'acte nul [...]* ».

Pendant, désormais, ce **procédé n'est plus suffisant** au regard de l'impératif de protection du consommateur. Elle juge « *désormais que la reproduction même lisible des dispositions du code de la consommation prescrivant le formalisme applicable à un contrat conclu hors établissement ne permet pas au consommateur d'avoir une connaissance effective du vice résultant de l'inobservation de ces dispositions et de caractériser la confirmation tacite du contrat [...]* ».

Ainsi, la Cour de cassation **approuve** la Cour d'appel **d'avoir jugé nul le contrat** car les dispositions du code de la consommation, bien que figurant au verso du bon de commande « *dans des caractères de petite taille mais parfaitement lisibles, [étaient insuffisantes] [...] à révéler à l'acquéreur les vices affectant ce bon, et constaté souverainement qu'il ne ressortait d'aucun des éléments aux débats qu'il ait eu conscience de ceux-ci au moment de la souscription du contrat ou de son exécution [...]* ».

Il y a un certain paradoxe à **accroître au fil du temps les informations** devant être fournies au consommateur par les professionnels pour renforcer sa protection et simultanément, constater que ledit consommateur n'est pas en mesure d'en prendre connaissance. La Cour de cassation paraît admettre d'ailleurs **qu'il est en droit de ne pas lire ces informations** ou qu'à tout le moins, il n'est pas en mesure de les comprendre.

La solution pour la Cour de cassation résiderait dans la **mise en œuvre de la possibilité offerte par l'article 1183** du code civil qui « *énonce qu'une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion* ». La Cour de cassation offre également cette possibilité pour les contrats **souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016**, l'ancien texte ne l'envisageant pas.

Cette solution proposée par la Cour de cassation paraît **difficile à mettre en œuvre**. Quel commerçant concluant un contrat prendra ensuite sa plume pour écrire à son cocontractant qu'il peut agir en nullité dudit contrat dans un délai de six mois ?

**Lorsque la marque du produit stipulée dans le contrat conclu hors établissement ne correspond pas à celle du produit livré, la nullité du contrat est encourue (Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 24 janv. 2024, n° 21-20.691).**

Un arrêt d'appel avait **annulé un contrat conclu hors établissement** et ordonné au vendeur de procéder à la dépose du

matériel (panneaux photovoltaïques) et à la remise en état de l'immeuble et de rembourser aux acquéreurs le prix. Saisie d'un pourvoi en cassation du vendeur, la Cour de cassation **approuve** la cour d'appel.

La Cour de cassation rappelle, selon les dispositions du code de la consommation, « *qu'un contrat de vente ou de fourniture d'un bien ou de services conclus hors établissement doit, à peine de nullité, indiquer, de manière lisible et compréhensible, les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». **Tel est le cas de « la marque du bien ou du service faisant l'objet du contrat »**. Le contrat a donc été annulé à bon droit parce que la marque du produit figurant dans le contrat **n'était pas celle du bien livré**.

Le vendeur invoquait également l'ancien article 1338 (ancien) du code civil (devenu l'article 1182 dudit code) selon lequel un **acte nul est confirmé par l'exécution volontaire** de cet acte. En d'autres termes, si celui qui invoque la nullité a exécuté l'acte en connaissance de cause, il ne peut plus demander la nullité de l'acte. Ce moyen est également rejeté par la Cour de cassation

En effet, selon la Cour de cassation, « *Ayant relevé que les conditions générales figurant au verso du bon de commande, dont l'acquéreur avait déclaré avoir pris connaissance, se bornaient à reprendre les dispositions du code de la consommation et que cette seule circonstance était insuffisante à révéler à l'acquéreur les vices affectant ce bon, la cour d'appel a pu en déduire que la confirmation de l'acte entaché de nullité n'était pas caractérisée* ».

Les acquéreurs n'ont donc pas, en exécutant le contrat, **renoncé à demander la nullité** du contrat puisqu'ils n'avaient pas **connaissance des causes** de la nullité.

**Le délai de livraison ou d'exécution de la prestation doit figurer sur le bon de commande et non pas seulement dans les conditions générales de vente d'un contrat conclu hors établissement (Cour de cassation, 1<sup>ère</sup> chambre civile, 24 janvier 2024, n° 21-20.693).**

Un contrat hors établissement portant sur l'acquisition de panneaux photovoltaïques associée à un prêt était conclu. Les acquéreurs **demandaient la nullité** du contrat.

Saisie d'un pourvoi en cassation du vendeur, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir **prononcé la nullité** du contrat en raison d'une information insuffisante donnée aux acquéreurs consommateurs **sur le délai de livraison**. Parmi les informations qui doivent figurer dans le contrat, en l'absence d'exécution immédiate dudit contrat, se trouve l'indication, « *de manière claire et lisible, de la date ou du délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service* ».

Or, en l'espèce, « *la mention d'un délai maximum dans les conditions générales, au demeurant illisible sur l'exemplaire remis au consommateur, ne permettait pas de suppléer l'absence d'indication, sur le bon de commande, de la date d'exécution des différentes prestations [...]* ». Ainsi, « *le contrat ne satisfaisait pas aux exigences formelles prévues à peine de nullité par le code de la consommation* ».

Il **ne suffit donc pas de mentionner** dans les conditions générales de vente les informations impératives que le consommateur doit recevoir. Il faut également qu'elles figurent sur le bon de commande, la Cour de cassation sous-entendant manifestement que les conditions générales de vente ne sont pas lues par le consommateur.