

SOMMAIRE

Pratiques restrictives de concurrence

P. 1 - Le Contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'avantage sans contrepartie

Rupture brutale des relations commerciales

P. 3 - Allongement du préavis et déduction des charges fixes de l'indemnisation de la rupture brutale

Abus de position dominante

P. 4 - L'Autorité rend une décision sur les prix excessifs d'une entreprise en position dominante

Consommation

P. 6 - La saga du secret professionnel dans les enquêtes de concurrence et consommation

A suivre...

P. 7 - Egalim III

p. 8 - Proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe

PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE – LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU PRIX SUR LE FONDEMENT DE L'AVANTAGE SANS CONTREPARTIE

CASS. COM., 11 JANVIER 2023, N° 21-11.163

Dans un arrêt remarquable du 11 janvier 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré le principe selon lequel les dispositions relatives à l'avantage sans contrepartie (ancien article L. 442-6, I, 1° et devenu L. 442-1, I, 1° du Code de commerce) sont applicables quelle que soit la nature de l'avantage (Cass. com. 11 janvier 2023, n° 21-11.163).



Dans cette affaire, le ministère chargé de l'Économie avait assigné la société OC résidences, spécialisée dans la construction et la commercialisation de maisons individuelles, pour des pratiques consistant à déduire une remise systématique de 2 % aux factures de ses sous-traitants au titre du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi et s'octroyer un escompte de 3 % pour des factures réglées en retard.

En appel, la Cour avait statué que l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce ne s'appliquait pas à la remise litigieuse au motif que « *lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation, son contrôle judiciaire ne s'effectue pas en-dehors du déséquilibre significatif* » (CA Paris, 4 novembre 2020, n° 19/09129).

Le ministre de l'Économie avait formé un pourvoi reprochant à la Cour d'appel d'avoir exclu l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce suivi par OC résidences qui avait formé un pourvoi incident faisant grief de l'application de cet article à un contrat de sous-traitance pour lequel il existait un régime spécifique.

Il revenait donc à la Cour de cassation de se prononcer sur l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce à un contrat de sous-traitance mais également sur la possibilité pour les juges de contrôler le prix sur le fondement de cette même disposition.

- **L'applicabilité des dispositions relatives à l'avantage sans contrepartie au contrat de sous-traitance**

Dans son arrêt du 4 novembre 2020, la Cour d'appel avait jugé que le sous-traitant était bien un « *partenaire commercial* » au sens de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et que les dispositions du Code de la construction et de l'habitation n'étaient « *nullement incompatibles avec la qualité de partenaire commercial au regard de l'article L. 442-6, I du Code de commerce, telle qu'elle est partagée par le constructeur et son sous-traitant* ».

Toutefois, OC résidences soulevait le droit spécial des contrats de sous-traitance déroge au régime général du Code de commerce.

La Cour de cassation n'a pas approuvé cette argumentation et a jugé que la Cour d'appel avait « *exactement* » considéré que « *les relations de sous-traitance entrent dans le champ d'application de l'article L. 442-6, I du code de commerce* » et que ce texte n'édicte « *aucune règle incompatible avec les dispositions de Code de la construction et de l'habitation* ».

Dès lors, les dispositions relatives à l'avantage sans contrepartie s'appliquaient bien à la relation entre un constructeur de maisons individuelles et ses sous-traitants.

- **Le contrôle judiciaire du prix sur le fondement de l'avantage sans contrepartie**

Dans son arrêt, la Cour d'appel de Paris avait rejeté l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce s'agissant d'une réduction tarifaire en vertu du principe de la libre négociation du prix.

En effet, elle avait jugé de façon engagée qu'« *en raison du principe de libre négociation du prix, le contrôle judiciaire du prix demeure exceptionnel en matière de pratiques restrictives de concurrence. Ce contrôle ne s'effectue pas en dehors d'un déséquilibre significatif, lorsque le prix n'a pas fait l'objet d'une libre négociation* ».

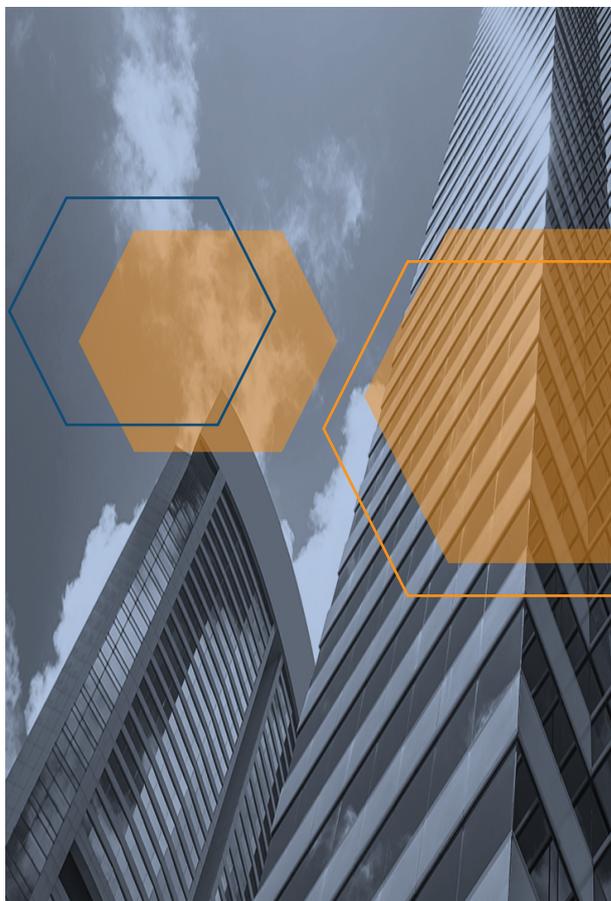
La chambre commerciale casse l'arrêt de la Cour d'appel et aux motifs que « *en statuant ainsi, alors que l'application de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce exige seulement que soit constaté l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou la tentative d'obtention d'un tel avantage ne correspondant 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, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Dès lors, la Cour de cassation retient que les dispositions relatives à l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné sont applicables qu'importe la nature de l'avantage, et peuvent donc concerner le prix.

De plus, bien que cet arrêt ait été rendu sous l'empire de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du code de commerce, il pourra être transposé au nouvel article L 442-1, I, 1°.

Ainsi, le contrôle judiciaire du prix n'est donc plus cantonné au seul déséquilibre significatif¹ mais peut être également analysé sur le fondement de l'avantage sans contrepartie en dehors de toute soumission ou contrainte comme la jurisprudence constante l'exige pour le déséquilibre significatif.

¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 25 janvier 2017, n° 15.-23.547



RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES – ALLONGEMENT DU PRÉAVIS ET DÉDUCTION DES CHARGES FIXES DE L'INDEMNISATION DE LA RUPTURE BRUTALE

CASS. COM., 7 DÉCEMBRE 2022, N° 21-17.850

Dans son arrêt du 7 décembre 2022 (n° 21-17.850), la Cour de cassation a cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, relançant la question de la déduction des charges fixes de l'indemnisation de la rupture brutale.

En l'espèce, deux sociétés antillaises entretenaient des relations établies avec la société Nestlé France pour laquelle elles assuraient la logistique des produits en Martinique et en Guadeloupe.

Souhaitant toutefois réorganiser sa logistique, la société Nestlé avait adressé un appel à projet aux deux sociétés antillaises qui n'ont finalement pas été retenues.

La société Nestlé leur a ainsi signifié son intention de résilier le contrat avec un préavis de 12 mois.

Les sociétés sortantes ont dès lors assigné la société Nestlé France pour rupture brutale devant le Tribunal de commerce de Paris, lequel a considéré que cette dernière n'était pas responsable d'une rupture brutale des relations commerciales établies au sens de l'article L. 442-6 I 5°, désormais L. 442-1 II (*Tribunal de commerce de Paris, 16 octobre 2017, n° 2016/046309*). Les sociétés antillaises ont alors interjeté appel de ce jugement.

Devant la Cour d'appel de Paris, elles soutenaient que le préavis n'était pas effectif en raison de l'incertitude dans laquelle la société Nestlé les aurait entretenues sur le devenir des salariés, les empêchant ainsi d'organiser leur reconversion. En effet, si le nouveau partenaire avait été condamné à reprendre le personnel au 1^{er} janvier 2017, le préavis arrivait à son terme au 31 décembre 2016. Si la Cour d'appel a considéré que « *la problématique de reprise du personnel peut être un élément d'appréciation de la durée du préavis pour le redéploiement de l'activité ou reconversion au moment de la notification de la rupture, elle ne peut cependant rendre non effectif le préavis de 12 mois accordé* » (*Cour d'appel de Paris, 19 mai 2021, n° 17/22069*). Elle a dès lors considéré qu'un préavis nécessaire de 18 mois aurait dû leur être accordé, l'insuffisance du préavis étant alors de 6 mois.

Le débat portait également sur l'étendue du préjudice indemnisable dans la mesure où sur la période des 6 mois manquants indemnisés, les sociétés antillaises n'avaient plus supporté de charges de personnel compte tenu du transfert de ce dernier. Nestlé contestait en conséquence être redevable de tels frais qui n'étaient plus assumés par les sociétés appelantes du fait de la rupture. Cette prétention était fondée sur l'idée que le préjudice résultant d'une rupture brutale des relations commerciales consiste en la perte de marge qui aurait été réalisée pendant la durée du préavis. La Cour d'appel n'a toutefois pas suivi ce raisonnement, retenant que la durée du préavis était déterminée au regard du délai nécessaire aux sociétés antillaises pour se réorganiser en prenant notamment en considération le personnel existant au jour de la notification de la rupture. Elle considérait ainsi que la charge de personnel n'avait pas à être déduite dès lors qu'il s'agissait d'une « *charge fonctionnelle* » supportée par les sociétés antillaises pour les besoins de leur réorganisation.

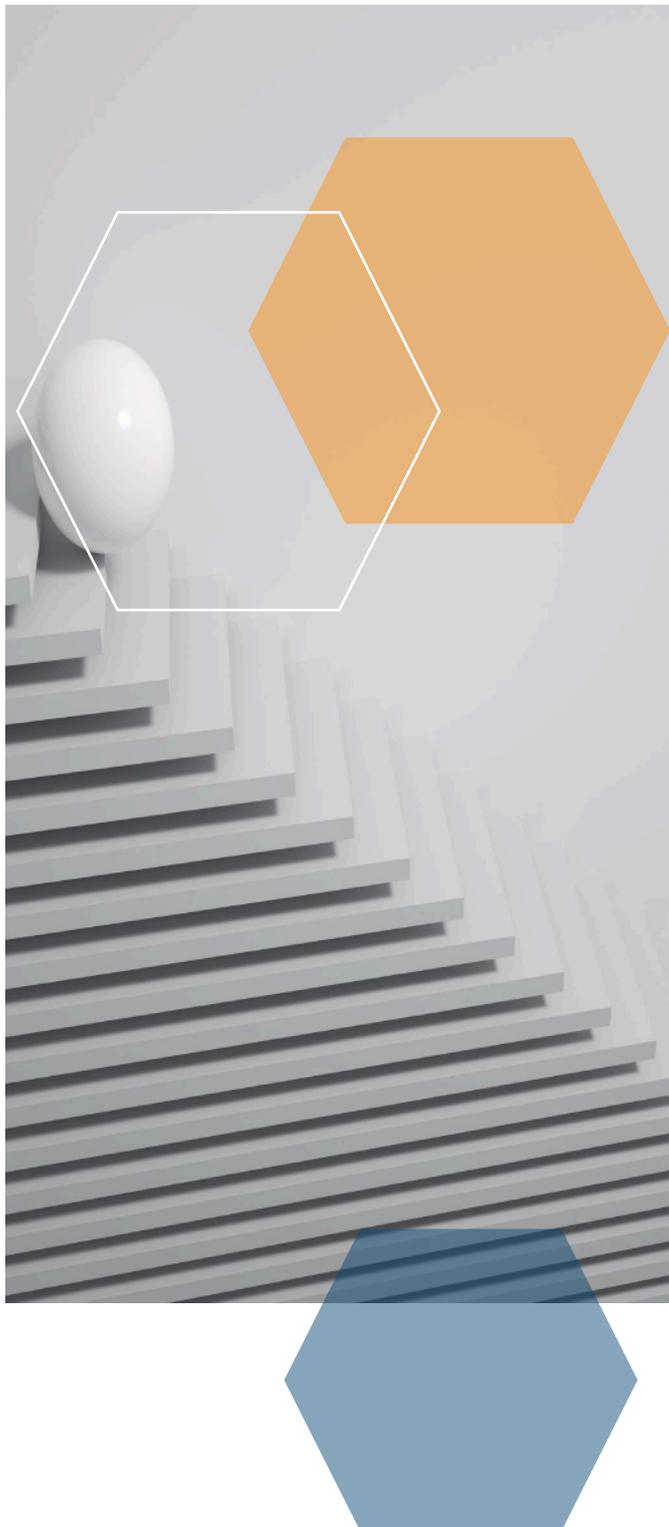
Dans son arrêt, la Cour de cassation été donc appelée à trancher la question de la déduction de la charge du personnel (charge fixe), du calcul de la marge indemnisée au titre de la brutalité d'une rupture, dès lors que la victime de la rupture brutale ne l'a pas supportée sur la période indemnisée.

Elle considère ainsi qu'en ne recherchant pas si les sociétés antillaises avaient effectivement supporté ces charges de personnel postérieurement au transfert des contrats, et donc à la reprise du personnel par une société tierce, la Cour d'appel a privé de base légale sa décision.

Par cet arrêt rendu dans le prolongement de deux autres arrêts récents statuant sur le même sujet (*Com.*, 23 janv. 2019, n° 17-26.870 ; *Com.*, 11 mai

2022, n° 21-11337), la Cour de cassation entend entériner sa position favorable à la déduction des charges fixes de l'indemnisation de la rupture brutale.

Ainsi, selon la Cour, les juges du fond auraient dû en l'espèce rechercher si les salariés avaient tous été transférés ou si les sociétés victimes avaient continué à supporter des charges de personnel, en prenant en considération toutes les circonstances de fait pouvant exercer une influence sur la composition de la marge.



ABUS DE POSITION DOMINANTE – L'AUTORITÉ REND UNE DÉCISION SUR LES PRIX EXCESSIFS D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE

DECISION N° 22-D-26 DU 22 DECEMBRE 2022

Dans sa décision 22-D-26 en date du 22 décembre 2022, l'Autorité de la concurrence (ci-après « **l'Autorité** » ou « **l'Adic** ») a, à l'issue d'une procédure négociée, sanctionné l'entreprise CTPL AG à une amende de 25.000 euros pour abus de position dominante dans le secteur du contrôle technique des poids lourds en Guadeloupe (prohibé par les articles L.420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE).

CTPL AG a été l'unique opérateur de contrôle technique en Guadeloupe entre le 23 mars 2010 et le 30 septembre 2018, et était donc en situation de monopole pendant 8 ans.

A l'origine du dossier, une enquête réalisée par la Brigade Interrégionale des enquêtes de concurrence Antilles Guyane dénonçant des pratiques d'abus de position dominante. A l'issue de cette enquête, le ministre de l'Économie, sur le fondement de l'article L.464-9 du Code de commerce, a alors proposé à CTPL AG une transaction pour clore la procédure.

Après le refus de CTPL AG de transiger avec le ministre de l'Économie, celui-ci a saisi l'Autorité, qui lui alors adressé une notification de griefs.

L'Autorité reprochait deux pratiques distinctes à CTPL AG : (i) des pratiques discriminatoires au profit de la société STAG (sa société sœur), et (ii) des pratiques tarifaires abusives auprès de ses clients.

Sur les pratiques discriminatoires, l'Autorité reprochait à CTPL AG un ensemble de pratiques ayant un impact sur le coût et la qualité des prestations réalisées par les entreprises actives sur le marché connexe de la présentation au contrôle technique des poids lourds.

En principe, pour que le comportement d'une entreprise en position dominante constitue un abus, il faut que ce comportement crée un désavantage dans la concurrence au détriment de l'opérateur discriminé (§178).

En pratique, l'Autorité relève que CTPL AG a, pour des prestations équivalentes de contrôle technique encadrées par la réglementation, fait bénéficier la société STAG de conditions tarifaires privilégiées, de conditions de prises de rendez-vous facilitées, et de modalités de facturation et de délais de paiement privilégiés par rapport à ses concurrents.

L'AdIC conclu donc que CTPL AG a fait bénéficier STAG d'avantages sur ses concurrents.

Sur les prix excessifs, l'Autorité rappelle d'abord que « certaines pratiques tarifaires sont susceptibles de relever de l'interdiction des abus de position dominante ». Elle applique la même méthode d'analyse que celle développée par la Cour de justice en analysant s'il existe une disproportion manifeste entre le prix pratiqué et la valeur du service correspondant, et si cette disproportion ne s'appuie sur aucune justification économique (§216).

Cette analyse peut s'appuyer sur un examen des coûts supportés par l'entreprise en cause, ou une comparaison des prix pratiqués par des entreprises placées dans des situations équivalentes.

Le caractère excessif des prix peut s'apprécier au regard des coûts et capitaux engagés par l'entreprise dans l'activité concernée, ou au regard de la rentabilité attendue de l'activité concernée (§219).



En pratique, l'Autorité constate les hausses significatives des tarifs pratiqués par CTPL AG à compter de janvier 2013. Ces tarifs se sont maintenus jusqu'en septembre 2018 à des niveaux substantiellement plus élevés que pendant la période antérieure (§221).

Cette hausse des tarifs s'est accompagnée d'une hausse du résultat d'exploitation, et l'activité a dégagé une rentabilité exceptionnelle (§223).

Pour justifier les hausses de ses tarifs, CTPL AG a justifié d'une hausse de ses coûts, notamment de crédit-bail. Cependant, cette hausse de coûts avait déjà été intégrée dans le compte de résultat reconstitué par les services d'instruction de l'Autorité, et non contesté par l'entreprise. L'AdIC retient donc une « déconnexion » entre les tarifs pratiqués, et les coûts et les capitaux engagés.

L'Autorité considère que ces constatations suffisent pour retenir le caractère excessif des prix pratiqués par CTPL AG. Elle compare néanmoins les prix pratiqués par CTPL AG avec ceux pratiqués par ses concurrents en Martinique et en Guyane, et ceux pratiqués par le nouvel entrant en Guadeloupe en 2018.

Si CTPL AG n'a pas souhaité transiger avec le ministre de l'Économie, elle n'a néanmoins pas contesté les griefs notifiés par l'Autorité de la concurrence, et bénéficié de la procédure de transaction, qui lui a permis de se voir infliger une amende relativement limitée.

Les décisions rendues par les autorités de concurrence pour des pratiques de prix excessifs sont rares, et la précédente décision de l'Autorité du 20 septembre 2018 dans l'affaire des déchets de soins à risques infectieux en Corse² avait été cassée par la Cour de cassation³, de sorte que cette décision va nourrir la doctrine et la pratique en matière de prix excessifs malgré le faible montant de l'amende.

² Autorité de la concurrence, décision 18-D-17 du 20 septembre 2018, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement des déchets d'activités de soins à risques infectieux en Corse.

³ Cour de cassation, Chambre commerciale, 7 juillet 2021, n°19-25.586.



CONSOMMATION – LA SAGA DU SECRET PROFESSIONNEL DANS LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE ET CONSOMMATION

CASS. CRIM., 10 JANVIER 2023, N° 21-85.524 ET N° 21-85.526, SOCIETES HUBSIDE, CYRANA, A.M.P., FORIOU, SFAM ET SKK GROUP

La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu deux arrêts relatifs au secret des correspondances avocats/clients dans les enquêtes de consommation, le 10 janvier 2023.

En l'espèce, l'infraction de pratique commerciale trompeuse par les sociétés du groupe SFK avait été établie en 2018 à la suite d'une enquête sur autorisation judiciaire menée par la DGCCRF. Une transaction pénale a été conclue en 2019.

Par la suite, des réclamations selon lesquelles des résiliations demandées par les consommateurs n'étaient pas mises en œuvre par les sociétés filiales de SFK Group ont été soulevées. En outre, lors de la précédente enquête la DGCCRF avait saisi des documents confirmant ces affirmations.

Ainsi, le 11 septembre 2020, la DGCCRF a été autorisée par le juge des libertés et de la détention de Paris, à effectuer une nouvelle opération de visite et de saisie (OVS) dans les entreprises du groupe SFK.

Un appel a été dirigé à l'encontre de l'ordonnance d'autorisation des

opérations et le premier président de la Cour d'appel de Paris a rejeté les moyens soulevés par les entreprises. En revanche, lors d'un recours contestant les opérations, le premier président de la Cour d'appel de Paris a déclaré irrégulière et a annulé la saisie de 308 mails et autres documents listés dans quatre pièces.

Ces deux décisions ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation à l'initiative des sociétés du groupe SFK mais également de la DGCCRF (uniquement concernant l'annulation de la saisie des pièces).

La DGCCRF avançait notamment que l'annulation de la saisie des pièces qui seraient couvertes par le secret des correspondances avocats/clients n'aurait pas dû avoir lieu car elles ne lui avaient pas été communiquées dans le cadre du débat contradictoire.

A ce titre, l'article 66-5 de la loi n°71-1130 en date du 31 décembre 1971 dispose que le secret professionnel de l'avocat couvre les consultations qu'il donne à son client, ainsi que les correspondances qu'il a avec lui ou encore les notes d'entretien.

Pourtant, la Cour de cassation maintient une jurisprudence établie selon laquelle le champ du secret professionnel de l'avocat est limité aux documents concernant l'exercice des droits de la défense.

Cette position s'applique également en matière d'OVS relatives au droit de la concurrence. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé, dans un arrêt rendu le 25 novembre 2020, que si « 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 le second dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense » (Cass. Crim., 25 novembre 2020, n°19-84.304).

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la restriction précédemment adoptée en ajoutant cependant que la protection du secret s'étend à l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense et

non uniquement à l'exercice des droits de la défense dans le dossier de concurrence spécifiquement concerné (*Cass. Crim., 20 janvier 2021, n°19-84.292 ; Cass. Crim., 20 avril 2022, n°20-87.248*).

Ces solutions semblent être transposables en droit de la consommation.

En effet, en l'espèce, la Cour d'appel de Paris avait soutenu que les échanges entre l'avocat et son client étaient couverts par le « *privilege légal* ». Cependant, la Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel et considère que la terminologie « *privilege légal* », faisant référence à une notion inconnue du droit français mais existant dans d'autres systèmes juridiques, englobe des échanges sans lien avec l'exercice des droits de la défense et ne permet pas de

caractériser que les mails échangés relevaient de l'exercice de ces derniers. Cette solution ne semble pas en ligne avec l'interprétation par la CJUE de la protection du secret professionnel des avocats (CJUE décembre 2022 aff C-694/20). Dans cette affaire la Cour a jugé que « *l'article 8, paragraphe 1, de la CEDH protège la confidentialité de toute correspondance entre individus et accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients (voir, en ce sens, Cour EDH, arrêt du 6 décembre 2012, Michaud c. France, CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, §§ 117 et 118). À l'instar de cette disposition, dont la protection recouvre non seulement l'activité de défense, mais également la consultation juridique, l'article 7 de la Charte garantit nécessairement le secret de cette consultation juridique, et ce tant à l'égard de son*

contenu que de son existence » pt 27.

La tâche de déterminer si les documents relèvent ou non des droits de la défense sera donc laissée à la Cour de renvoi. Dans tous les cas ces deux arrêts donnent aussi des indications sur le déroulement des enquêtes de concurrence ou consommation :

- C'est pendant la visite des agents qu'il importe de s'opposer à la saisie de documents qui ne relèvent pas de l'ordonnance autorisant la perquisition ;
- Les documents couverts par le secret professionnel doivent être identifiés et produits s pour s'assurer qu'ils relèvent des droits de la défense.



ACTUALITÉS LÉGISLATIVES À SUIVRE...

EGALIM 3

La proposition de loi visant à sécuriser l'approvisionnement des Français en produits de grande consommation (aussi appelée « *EGAlim III* »), pour laquelle est engagée la procédure accélérée, sera examinée par la commission mixte paritaire à partir du 8 mars prochain. Cette proposition s'inscrit dans la lignée des lois EGAlim I et II et vise rééquilibrer les relations entre fournisseur et distributeur.

Tout d'abord, en réponse à l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne Eurelec du 22 décembre 2022, la proposition prévoit la consécration des dispositions relatives aux relations commerciales et aux pratiques restrictives de concurrence en tant que dispositions d'ordre public.

Puis, s'agissant de la relation commerciale entre les fournisseurs et les distributeurs, la proposition envisage la prorogation du seuil de revente à perte majoré (excepté pour les fruits et légumes), l'encadrement des relations en cas d'absence de signature de la convention à la date butoir du 1^{er} mars, le renforcement de l'encadrement des pénalités logistiques ou encore l'extension du principe de non-discrimination.

ACTUALITÉS LÉGISLATIVES À SUIVRE...

PROPOSITION DE LOI RELATIVE AU RÉGIME JURIDIQUE DES ACTIONS DE GROUPE

Une proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe a été déposée le 15 décembre 2022 et renvoyée à la Commission des lois. La première séance publique de discussion de la proposition se tiendra le mercredi 8 mars 2023.

Cette proposition a pour objectif de simplifier et de généraliser (en supprimant tous les régimes spécifiques) l'accès à la procédure d'action de groupe, d'assurer une meilleure indemnisation des victimes et de réduire les délais de jugement, tout en prenant en considération les orientations de la Directive actions représentatives du 25 novembre 2020. A ce titre elle soulève des interrogations des entreprises.

Il est proposé que toutes les procédures suivies devant les juridictions judiciaires figurant dans différents textes, soient regroupées dans un nouveau titre du Code civil dédié aux actions de groupe afin de créer un socle commun de l'action de groupe inspiré par la loi de 2016 avec cependant plusieurs modifications :

- L'extension de la qualité pour agir ;
- L'action devra viser à obtenir la cessation d'un manquement ou la réparation d'un préjudice ;
- La réparation de l'intégralité du préjudice est instituée comme l'objet même de l'action de groupe et pas seulement le préjudice patrimonial ;
- Une participation accrue du ministère public à la procédure ;
- La suppression de l'étape procédurale de mise en demeure ;
- Un élargissement du champ de la médiation ;
- Des mesures de publicité facilitées ;
- La mise en place d'un registre public des actions de groupe en cours devant l'ensemble des juridictions ;
- Un allègement des charges du procès incombant normalement au demandeur et la création d'une sanction civile indépendante des préjudices subis, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, ayant contribué en tout ou partie au manquement constaté.



Bulletin d'actualités réalisé avec les contributions de

[Leyla Djavadi](#), [Jean-Louis Fourgoux](#), [Vincent Roux](#), [Jocelyn Goubet](#), [Pauline Dugros](#), [Lorye Huqon](#)



MERMOZ AVOCATS
AARPI FOURGOUX DJAVADI
ET ASSOCIES
5 et 22 rue Jean Mermoz
75008 Paris
+33 (0)1 81 70 01 17
<https://mermoz.law/>

mermoz
● AVOCATS