

N°8 - Octobre 2022

LETTRE DE LA CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE

Une sélection des arrêts rendus par
la chambre commerciale de la Cour de cassation

COUR DE CASSATION

ÉDITORIAL

de Vincent Vigneau

Président de la chambre commerciale, financière et économique



Chers lecteurs,

C'est pour moi un honneur et un plaisir de vous présenter cette lettre de la chambre commerciale, financière et économique en ma nouvelle qualité de président de cette formation.

Installé le 1^{er} septembre 2022 dans ces nouvelles fonctions, je découvre petit à petit ce rôle particulier qu'occupent, à la Cour de cassation, les présidents des six chambres qui la composent. Juges parmi leurs pairs et ne disposant pas de voix prépondérante, ils n'ont pas vocation à exercer, dans leur fonction juridictionnelle, une quelconque autorité sur les conseillers de leur formation, lesquels demeurent des juges indépendants. Pour autant, par leur positionnement au sein de la Cour, ils jouent un rôle particulier dans l'exercice des missions de celle-ci. Le format choisi pour cet éditorial ne me permet pas d'en faire une description exhaustive. Je me bornerai donc à dire quelques mots sur leurs attributions qui, à mes yeux, occupent la part la plus importante. En premier lieu, le président veille, en lien avec ses doyens et le parquet général, à la lisibilité, la cohérence et la stabilité de la jurisprudence de sa chambre. Bien qu'il se présente sous des formes parfois techniques ou arides, il ne faut pas perdre à l'esprit que le droit, ce n'est pas seulement de la théorie ; derrière chaque dossier, il y a des hommes et des femmes dont le destin dépend bien souvent de la solution adoptée par le juge. Celui-ci doit donc impérativement prendre en compte les réalités économiques et sociales, et se préoccuper des conséquences concrètes de ses décisions.

A ces exigences s'ajoute celle de la sécurité juridique dont notre société a absolument besoin. La jurisprudence doit donc être facilement compréhensible, stable dans le temps et suffisamment prévisible pour que les justiciables puissent raisonnablement l'anticiper. Certes, une jurisprudence n'est jamais fixée pour toujours ; elle peut être infléchie, nuancée, abandonnée ; mais ces évolutions doivent toujours se faire de façon consciente, délibérée, éclairée et réfléchie.

Ces différents objectifs, le président ne peut les atteindre seul. Il ne peut y parvenir que grâce à l'action conjuguée des membres de sa chambre, doyens, conseillers rapporteurs, avocats généraux et fonctionnaires du greffe, chacun expert dans son domaine et qui tous contribuent à l'émergence d'une intelligence collective. A cet effet, le président favorise le travail en équipe, l'échange des opinions et la mobilisation des compétences de chacun, en recherchant l'adhésion à des buts communs et en instaurant un climat de confiance réciproque. Moment essentiel dans la vie de la chambre, le délibéré constitue le lieu où s'enrichissent mutuellement les points de vue dans le but de satisfaire ces objectifs de cohérence, de sécurité juridique et d'humanité. A cet effet, le président conduit les débats de façon à ce que chaque conseiller et conseiller référendaire se sente libre d'exprimer pleinement son opinion, de reconnaître éventuellement qu'il s'est trompé, de changer d'avis sans craindre d'être isolé.

La Cour de cassation se doit aussi d'être proche des juridictions du fond. C'est un point auquel je suis très attaché. En dépit de la proportion des arrêts de cassation qu'elle prononce, la chambre commerciale veille à ne pas être perçue par les cours d'appel et les tribunaux comme un censeur, mais plutôt comme un partenaire qui, non seulement leur assure un soutien méthodologique, mais aussi valorise, au fil de l'eau, leurs jurisprudences innovantes qui contribuent à la construction et l'enrichissement du droit, et réfléchit avec eux aux questions à venir pour tenter de les anticiper.

Enfin, la Cour de cassation se doit d'être attentive aux opinions extérieures et ouverte au dialogue avec tous ceux qui concourent, de près ou de loin, directement ou indirectement, à l'élaboration de la jurisprudence et à sa mise en œuvre. A cet effet, la chambre commerciale aura prochainement le plaisir d'annoncer l'organisation de rencontres régulières avec ces différents acteurs, en particulier avec les universitaires spécialisés qui concourent à la diffusion, à l'analyse et à l'explication de la jurisprudence. Pour l'instant, je vous propose de découvrir, au travers de cette lettre, les arrêts de la chambre commerciale, financière et économique que mon prédécesseur et moi-même avons estimé les plus emblématiques de son activité.

Vincent Vigneau
Président de la chambre commerciale, financière et économique

AGENT COMMERCIAL	5
Contrat - Fin - Indemnité au mandataire - Exclusion - Cas - Faute grave - Détermination.	5
BANQUE	6
Erreur sur une qualité substantielle - Eligibilité à un dispositif de défiscalisation.....	6
Cession de créance à un fonds commun de titrisation - Recouvrement	7
CONCURRENCE	7
Autorité de la concurrence - Compétence - Analyse de la réglementation juridique afférente au secteur concerné - Limite - Appréciations scientifiques relevant d'une autorité sanitaire.	7
Entente illicite - Accords verticaux - Preuve - Préjudice - Présomption de preuve (non).....	11
Transparence et pratiques restrictives - Barème de prix et conditions de vente - Conditions générales de vente - Obligation de communication - Portée - Obligation de vendre (non).	13
Transparence et pratiques restrictives - Imposition d'un prix minimal ou d'une marge commerciale minimale - Exclusion - Cas - Inclusion de chaînes de télévision en clair dans un bouquet payant	14
CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES	16
Effets - Effets à l'égard des tiers - Cession de contrat - Cédé ayant donné son accord à l'avance - Opposabilité à l'égard du cédé - Conditions - Prise d'acte - Applications diverses - Locataire ayant payé entre les mains du cessionnaire.....	16
ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ (LOI DU 26 JUILLET 2005)	16
Liquidation judiciaire - Contrat en cours - Bail commercial - Résiliation à l'initiative du bailleur.	16
Liquidation judiciaire - Créanciers - Insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur - Applications diverses - Divorce - Attribution de la jouissance exclusive de la résidence au conjoint du débiteur - Portée - Fin de l'insaisissabilité.....	17
Liquidation judiciaire - Patrimoine - Revendication - Action en revendication - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Demande de restitution présentée avant le jugement d'ouverture	18
Organes - Liquidateur - Pouvoirs - Insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur - Action en licitation-partage d'un immeuble - Recevabilité - Conditions - Totalité des créances nées avant le 8 août 2015.	18
Redressement judiciaire - Plan - Plan de continuation - Bonne exécution - Portée - Créances déclarées qui n'ont pas été inscrites au plan - Droit de poursuite individuelle.....	19
Redressement judiciaire - Plan - Plan de continuation - Intérêts des créances - Stipulation d'un intérêt non prévu par la décision admettant la créance au passif - Possibilité (non)	19

Redressement judiciaire - Vérification et admission des créances - Contestation d'une créance - Absence d'indivisibilité avec la demande d'admission - Portée - Examen préalable par les juges du fond.....20

Responsabilités et sanctions - Faillite et interdictions - Faillite personnelle - Prononcé - Conditions - Comportement antérieur à la cessation des paiements21

IMPÔT ET TAXE 21

Enregistrement – droits de mutation – mutation à titre gratuit – exonération – parts ou action d'une société holding – conditions - conservation de la fonction d'animation de groupe jusqu'à l'expiration du délai légal (non)21

Redressement et vérifications - Visites domiciliaires (article L. 16 B du livre des procédures fiscales) - Déroulement des opérations - Officier de police judiciaire22

Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement - Procédure - Action - Prescription - Interruption et suspension de la prescription de l'action contre la société - Opposabilité au dirigeant.....23

POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES 24

Communications électroniques - Nouvelle-Calédonie - Office public de télécommunications de la Nouvelle-Calédonie - Monopole - Etendue - Détermination - Fournitures de service de capacités de connectivité internationale24

Concurrence - Autorité de la concurrence - Nouvelle-Calédonie - Procédure - Saisine - Recevabilité - Cas24

PRESCRIPTION CIVILE 25

Interruption - Acte interruptif - Énumération limitative25

RÉFÉRÉS 26

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé précontractuel - Manquement aux obligations de publicité et de concurrence - Nullité - Liste limitative26

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé contractuel - Recevabilité - Exclusion - Contrats de concession - Contrat d'attribution d'un service de dépannage27

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé contractuel - Recevabilité - Recours précontractuel antérieur - Conditions - Ignorance de l'effectivité de la conclusion du marché - Domaine d'application - Détermination29

SOCIÉTÉS COMMERCIALES..... 31

Parts sociales - Cession - Prix - Fixation - Fixation par expert - Désignation par le président du tribunal - Refus - Décision susceptible d'appel31

Mandataire ad hoc - Désignation - Conditions - Détermination32

Qualité d'associé d'un conjoint - revendication.....33

Contrat - Fin - Indemnité au mandataire - Exclusion - Cas - Faute grave - Détermination

- Com., 29 juin 2022, pourvoi n° 20-11.952 et Com., 29 juin 2022, pourvoi n° 20-13.228

L'agent commercial commet-il une faute grave s'il n'informe pas son mandant de tout changement conduisant à la perte par son gérant, soit de la direction effective et permanente de la société, soit du contrôle majoritaire de celle-ci ?

La faute grave, justifiant la privation de l'indemnité compensatrice du préjudice subi en cas de cessation du contrat d'agence commerciale, est « celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend impossible le maintien du lien contractuel » (Com., 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-18.122). Il est de jurisprudence constante que le manquement à l'obligation de loyauté constitue une faute grave, exclusive du versement de l'indemnité de résiliation et de l'indemnité de préavis, dès lors qu'il s'agit d'une obligation essentielle au mandat d'intérêt commun. Une telle faute a ainsi été retenue en raison d'un manquement par l'agent commercial à son obligation contractuelle d'informer le mandant « des événements susceptibles d'affecter sa situation financière et la direction de son entreprise », ces événements concernant, en l'espèce, une situation de cessation des paiements entraînant la mise en redressement puis en liquidation judiciaire de la société (Com., 24 novembre 2015, pourvoi n° 14-17.747).

Le défaut d'information du mandant par l'agent commercial d'un changement de dirigeant l'affectant est-il constitutif d'un tel manquement à l'obligation de loyauté et, partant, d'une faute grave ?

L'on sait que le contrat d'agence commerciale est un contrat *intuitu personae*. En principe, lorsque la personne en considération de laquelle le contrat a été conclu est une personne morale, l'*intuitus personae* s'apprécie au regard de celle-ci et non de ses dirigeants. Toutefois, il a été jugé que les parties peuvent prévoir une stipulation contractuelle autorisant la rupture du contrat avant échéance en cas de cession de la totalité des parts ou actions d'une société ou de changement de dirigeant, l'*intuitus personae* s'appréciant, dans ce cas, à l'égard des dirigeants de la personne morale. En effet, telle est la solution posée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation jugeant que le principe d'autonomie de la personne morale doit prévaloir et que la rupture d'un contrat avant échéance ne peut être justifiée par la cession de la totalité des parts ou actions d'une société ou par le changement de ses dirigeants, en l'absence de stipulation particulière du contrat autorisant une telle résiliation (Com., 29 janvier 2013, pourvoi n° 11-23.676, Bull. 2013, IV, n° 19). Antérieurement à cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà admis l'application d'une clause prévoyant que l'*intuitus personae* porterait sur la personne du dirigeant de la personne morale, le départ de celui-ci entraînant la résiliation du contrat d'agence commerciale (Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-12.905, Bulletin civil 2004, IV, n° 42).

Dans les deux affaires rapportées, le contrat d'agence commerciale prévoyait une clause d'*intuitus personae* stipulant, d'une part, que le contrat était conclu en considération de la personne du gérant ou du principal animateur de la société mandataire et que tout changement conduisant à la perte par ce dernier, soit de la direction effective et permanente de la société, soit du contrôle majoritaire de celle-ci, devait être soumis à l'agrément du mandant dans un certain délai, avant la survenance du changement, et, d'autre part, que le non-respect de cette obligation serait assimilé à une faute grave de l'agent, ouvrant droit à la résiliation du mandat.

Ces affaires ont donné l'occasion à la chambre commerciale de la Cour de cassation de juger qu'un manquement à cette obligation contractuelle était constitutif d'un manquement à l'obligation de loyauté, essentielle au mandat d'intérêt commun, et qu'il caractérisait une faute grave privant l'agent commercial de son droit à une indemnité de cessation de contrat.

Erreur sur une qualité substantielle - Eligibilité à un dispositif de défiscalisation

- Com., 22 juin 2022, n° 20-11.846

L'erreur sur l'éligibilité d'un bien à un dispositif de défiscalisation peut-elle être invoquée pour obtenir l'annulation de la vente de ce bien ?

Un couple d'investisseurs, qui avait acquis des parts de copropriété d'un navire dans le cadre d'une opération présentée comme éligible au dispositif de défiscalisation institué par la loi dite « Pons », s'est vu refuser par l'administration fiscale la réduction d'impôt escomptée, au motif que le bénéfice de cet avantage fiscal était subordonné à une livraison du navire avant le 31 décembre 1995 ou, à tout le moins, au versement au constructeur d'un acompte d'au moins 50 % du prix avant cette date, ce qui n'avait pas été le cas.

Ces investisseurs ont alors demandé l'annulation de la vente, en faisant notamment valoir que leur consentement avait été vicié par l'erreur qu'ils avaient commise sur l'éligibilité de leur investissement au dispositif fiscal en cause.

Ce moyen aurait pu être jugé sans incidence sur la solution du litige si la chambre commerciale avait considéré que l'objectif de défiscalisation constituait, pour les investisseurs, un simple motif les ayant conduits à contracter. En effet, la Cour retient régulièrement, pour l'application de l'article 1110, ancien, du code civil, que l'erreur sur un motif du contrat extérieur à l'objet de celui-ci, telle la recherche d'un avantage fiscal, n'est pas une cause de nullité de la convention, quand bien même ce motif aurait été déterminant, en l'absence d'une stipulation expresse le faisant entrer dans le champ contractuel et l'érigeant en condition du contrat (1re Civ., 13 fév. 2001, n° 98-15.092, Bull. n° 31 ; 3e Civ., 24 avr. 2003, n° 01-17.458, Bull. n° 82 ; Com., 12 déc. 2006, n° 04-19.083).

Sans remettre en cause cette jurisprudence, au demeurant codifiée depuis à l'article 1135, alinéa 1, du code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, la chambre commerciale a néanmoins retenu que l'erreur invoquée portait; non sur le motif tenant à la recherche d'un avantage fiscal, mais sur la qualité substantielle du bien vendu que constituait son éligibilité, à la date de la vente, au dispositif de défiscalisation concerné.

En conséquence, la cour d'appel ne pouvait se dispenser de rechercher, comme il lui était demandé cette éligibilité au dispositif de défiscalisation avait été convenue entre les parties et était exclu, avant même la conclusion du contrat, que ces parts de copropriété permettent d'obtenir l'avantage fiscal escompté, une telle erreur sur une qualité substantielle du bien vendu étant de nature à vicier le consentement des acquéreurs.

Par ailleurs, fait relativement rare, compte tenu de l'ancienneté du litige, la chambre commerciale, après avoir cassé l'arrêt, a ordonné une médiation judiciaire sur les points restant à juger, et sursis à statuer sur le renvoi de l'affaire devant une juridiction du fond dans l'attente de l'issue de cette mesure.

Cession de créance à un fonds commun de titrisation - Recouvrement

- Com., 15 juin 2022, n° 20-17.154

Lorsqu'une créance a été cédée à un fonds commun de titrisation, l'assignation en paiement du débiteur cédé peut-elle constituer l'information, exigée par l'article L. 214-172 du code monétaire et financier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017, de ce que la société de gestion de ce fonds assure le recouvrement de cette créance ?

Un fonds commun de titrisation, qui n'a pas la personnalité morale, est représenté par une société de gestion à l'égard des tiers et dans toute action en justice.

Depuis l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013, lorsqu'une créance est transférée à un fonds commun de titrisation, son recouvrement peut être confié à une autre entité que le cédant ou l'entité qui en était chargé avant son transfert dès lors que le débiteur en est informé par lettre simple. La chambre commerciale a fait application de ces principes : Com. 13/12/2017, pourvoi n° 16-24.853, Bull. 2017, IV, n° 163.

L'ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017 a modifié l'article L. 214-172 du code monétaire et financier afin de prévoir que la société de gestion peut assurer le recouvrement d'une créance cédée à un fonds ou le confier à une autre entité dès lors que le débiteur en est informé. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 est venue préciser que cette information peut résulter d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire.

Par cet arrêt, la chambre commerciale précise que l'information du débiteur exigée par l'article L. 214-172 du code monétaire et financier dans sa version résultant de l'ordonnance précitée peut résulter de son assignation aux fins de recouvrement.

CONCURRENCE

Autorité de la concurrence - Compétence - Analyse de la réglementation juridique afférente au secteur concerné - Limite - Appréciations scientifiques relevant d'une autorité sanitaire

- Com., 1^{er} juin 2022, pourvoi n° 19-20.999

Le soutien d'une thèse juridique erronée devant une autorité de santé en vue de retarder l'entrée sur le marché d'un médicament concurrent constitue-t-il de la part d'un laboratoire en position dominante sur le marché en cause, un abus de cette position ?

Saisie d'un pourvoi contre le rejet du recours formé contre une décision de l'Autorité de la concurrence ayant condamné un laboratoire pharmaceutique à une sanction pécuniaire pour avoir contrevenu aux articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce, la chambre commerciale a eu à résoudre, à cette occasion, plusieurs séries de questions nouvelles dans le domaine des abus de position dominante dits « réglementaires ».

La pratique avait consisté, pour le laboratoire condamné, à s'être, selon la décision attaquée, immiscé indûment dans la procédure nationale d'examen des demandes d'autorisation de mise sur le marché (AMM) portant sur les spécialités produites par un laboratoire concurrent, par une intervention estimée juridiquement infondée auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (l'AFSSAPS), devenue depuis l'Agence nationale de sécurité du médicament, (l'ANSM), afin de convaincre cette dernière de refuser l'octroi, au niveau national, du statut de générique aux spécialités concurrentes, en dépit de l'obtention de ce statut au niveau européen.

Le laboratoire avait ainsi soutenu auprès de l'AFSSAPS la thèse selon laquelle une décision d'autorisation de mise sur le marché prise par la Commission européenne, au terme d'une procédure dite de reconnaissance mutuelle d'une spécialité ayant été mise sur le marché dans un Etat membre en qualité de générique après une procédure dite abrégée, qui a pour effet d'obliger l'autorité française à autoriser la mise sur le marché en France de la spécialité en cause, n'entraînait pas en revanche l'obligation, pour cette autorité nationale, de qualifier ce médicament de médicament générique, au sens de la réglementation nationale. Partant, selon cette thèse, cette autorité nationale n'avait pas l'obligation d'inscrire la spécialité en cause sur le répertoire des médicaments génériques prévus à l'article L. 5121-10 du code de la santé publique, cette inscription ayant pour effet d'autoriser les pharmaciens d'officine à substituer, en cas de prescription du princeps, le médicament générique identifié sur ce répertoire.

Les questions portaient, d'abord, sur la compétence de l'Autorité pour interpréter certaines dispositions du code de la santé publique dont dépendait la caractérisation de l'abus de position dominante reproché au laboratoire, puis sur la sanction d'une méconnaissance de la procédure par les services de l'Autorité de la concurrence en matière d'information du ministre intéressé au sens de l'article L. 464-2 du code de commerce. Elles portaient ensuite sur l'interprétation des règles européennes et nationales en matière de reconnaissance de la qualité de générique à un médicament et leur articulation, puis, sur la caractérisation de l'abus, notamment en l'état de l'invocation, par les demanderessees au recours, de leur droit à la liberté d'expression, et, enfin, sur la possibilité, au regard du principe de légalité des délits et des peines, de sanctionner un comportement qualifié d'inédit.

Sur la première série de questions, il était reproché à la cour d'appel d'avoir validé un dépassement par l'Autorité de la concurrence de sa compétence, sous couvert du pouvoir de celle-ci d'interpréter les textes régissant l'activité des entreprises en cause, en l'espèce le droit du médicament, pour qualifier les pratiques qui lui sont soumises au regard du droit de la concurrence. Il était ainsi soutenu que l'appréciation du bien-fondé de l'argumentation juridique soutenue par le laboratoire auprès du directeur général de l'AFSSAPS au regard du droit du médicament ne pouvait être effectuée que par celui-ci et qu'en procédant à cette appréciation, l'Autorité s'était, au mépris de ses attributions définies par les articles L. 464-1 et L. 462-6 du code de commerce, prononcée, en réalité, sur les décisions de ce dernier qui avait fait droit à cette argumentation en différant l'inscription des spécialités en cause sur le répertoire national des médicaments génériques. Il était reproché à la cour d'appel d'avoir elle-même violé le principe de la séparation des pouvoirs, dès lors que l'examen du bien-fondé de l'argumentation juridique soutenue par le laboratoire n'était pas détachable de l'appréciation du bien-fondé des décisions du directeur général de l'AFSSAPS, laquelle ne relevait que de la juridiction administrative. La jurisprudence de la Cour de justice (CJUE Hoffmann-La Roche, C-179/16, §§60 et 61) s'agissant de la répartition des compétences entre autorités de concurrence et autorités administratives spécialisées en matière de médicament, était également invoquée au soutien de l'analyse selon laquelle l'Autorité avait excédé sa compétence.

La chambre commerciale a jugé qu'il ressortait de l'analyse de la cour d'appel qu'aucune appréciation d'ordre scientifique n'était requise pour procéder à l'analyse du cadre juridique en cause et que l'Autorité ne s'était pas livrée à de telles appréciations, validant l'analyse de la cour d'appel selon laquelle seules ces dernières marquent, aux termes de la jurisprudence invoquée, la limite du pouvoir d'interprétation par les autorités de concurrence de la réglementation pharmaceutique. Elle a approuvé par conséquent l'arrêt attaqué qui avait estimé que l'Autorité de la concurrence était restée dans les limites de ses attributions et ne s'était pas prononcée sur la légalité de décisions relevant de la seule juridiction administrative. C'est sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, puis, le cas échéant, de la Cour de cassation que l'Autorité de la concurrence procède, ainsi qu'elle en a l'obligation comme le rappelle régulièrement la Cour de justice, à l'analyse du cadre juridique régissant les divers secteurs dans lesquels interviennent les pratiques qui lui sont soumises, pour qualifier ces pratiques au regard du droit de la concurrence.

Sur la deuxième série de questions, il était reproché à la cour d'appel d'avoir refusé d'annuler la procédure devant l'Autorité de la concurrence, cependant que le ministre chargé de la santé, qui avait la qualité de ministre intéressé au sens de l'article L. 464-2 du code de commerce, n'avait pas été rendu destinataire du rapport établi par les services d'instruction de l'Autorité, au mépris de ce texte.

La cour d'appel avait, pour la première fois dans sa jurisprudence sur ce sujet, reconnu un tel manquement et il lui revenait, faute de précision dans ce texte, de définir la sanction de cette omission.

La chambre commerciale a validé l'analyse de la cour d'appel selon laquelle le défaut de notification du rapport s'analysait comme un manquement à une consultation obligatoire au sens de l'article 70 de la loi n° 211-525 du 27 mai 2011 alors applicable, puis, approuvé que faisant application des règles dégagées par l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 2011 Danthony, req. n°335477, la cour d'appel ait recherché si l'omission de la formalité en cause avait été susceptible d'exercer une influence sur la décision prise.

La chambre a ensuite décidé que l'appréciation de la cour d'appel, selon laquelle les auditions d'agents de l'AFSSAPS et de l'ANSM, pendant l'instruction, avaient éclairé suffisamment l'Autorité sur le cadre juridique et scientifique dans lequel les pratiques en cause avaient été relevées, de sorte que l'absence d'avis du ministre chargé de la santé n'avait pu, en l'espèce, la priver d'éléments de compréhension de ce cadre ni avoir une incidence sur son interprétation, relevait de son pouvoir souverain. Elle en a conclu que la cour d'appel avait pu en déduire que l'omission de la formalité requise n'ayant pas eu d'influence sur le sens de la décision de l'Autorité de la concurrence, l'annulation de cette décision n'était pas encourue.

La troisième série de questions portait sur le cadre normatif européen et national en matière de droit du médicament, spécialement sur les conditions d'attribution de la qualité de médicament ou de spécialité générique et sur les conséquences à tirer, en droit national, de l'attribution de la qualité de médicament générique par une décision de la Commission européenne. Le respect par la cour d'appel de l'articulation de ces différentes dispositions, notamment au regard de l'article 168, §7 du TFUE qui fixe les principes de la réparation des compétences en matière de santé entre l'Union et les Etats membres était notamment discuté.

La cour d'appel, après avoir constaté que les termes « *médicament générique* » et « *spécialité générique* » sont définis de façon identique à l'article 10 § 2, sous b), de la directive 2001/83 CE du 6 novembre 2001 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, dans sa version résultant de la directive 2004/27 la modifiant, et à l'article L. 5121-1, 5° du code de la santé publique, avait déduit de l'interprétation des textes européens et nationaux, alors applicables, qu'un médicament ne pouvait, à la fois, être qualifié de médicament générique, au sens du droit de l'Union, et se voir dénier la qualité de spécialité générique, au sens du droit national. Elle avait, par ailleurs, relevé que le droit de l'Union se bornait à prévoir la possibilité d'accorder une AMM à un médicament reconnu comme le générique d'un médicament de référence ou de reconnaître, dans le cadre d'une procédure de reconnaissance mutuelle, une AMM délivrée par un Etat membre suivant la procédure abrégée édictée pour les médicaments génériques. Elle avait retenu qu'il se déduisait de la lecture combinée des articles 10 et 28 à 34 de la directive 2001/83 précitée, modifiée par la directive 2004/27, qu'une procédure de reconnaissance mutuelle d'une AMM nationale délivrée à un médicament sur la base d'un dossier abrégé ne pouvait aboutir que si la qualité de générique d'un médicament de référence était reconnue à ce médicament, puisque la procédure abrégée était réservée aux médicaments génériques par l'article 10 de la même directive.

Au cas d'espèce, la spécialité, qui était visée par les pratiques du laboratoire dominant, avait d'abord été mise sur le marché d'un Etat membre de l'Union selon la procédure abrégée, puis avait fait l'objet d'une procédure de reconnaissance mutuelle, au terme de laquelle la Commission européenne avait, dans le cadre de cette dernière, décidé d'une autorisation de mise sur le marché, décision s'imposant aux Etats visés par la procédure de reconnaissance mutuelle dont la France faisait partie. Considérant que cette décision, compte tenu du cadre légal dans lequel elle avait été prise, qualifiait nécessairement la spécialité en cause de générique au sens du droit de l'Union, peu important que le terme n'en fût pas employé dans la décision de la Commission, la cour d'appel en avait déduit que la qualité de spécialité générique au sens des articles L. 5121-1, 5° du code de la santé publique, qui définit cette notion, et L. 5121-10 du même code, qui prévoit l'inscription au répertoire des groupes génériques des spécialités génériques dont la mise sur le marché a été autorisée, ne pouvait pas leur être déniée par les autorités nationales.

La cour d'appel avait ensuite relevé que seul le droit national, en l'espèce l'article L. 5121-10, alinéa 3, du code de la santé publique, régissait les conditions d'inscription des médicaments au répertoire des médicaments génériques. Or, selon ce texte dans sa version résultant de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre

2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, « *Lorsque l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a délivré une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité générique, elle en informe le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. Le directeur général de l'agence procède à l'inscription de la spécialité générique dans le répertoire des groupes génériques au terme d'un délai de soixante jours, après avoir informé de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché de celle-ci le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité de référence. [...]* ». La cour d'appel a considéré qu'il ressortait de ce texte qu'il fallait et qu'il suffisait qu'un médicament répondît à la définition de spécialité générique figurant à l'article L. 5121-1, 5° du code de la santé publique pour pouvoir être inscrit dans le répertoire des groupes génériques. Il s'en déduisait que la décision d'autorisation de mise sur le marché de la spécialité en cause, qui était un médicament générique tant au sens de la réglementation européenne que de la réglementation nationale avait pour effet de conduire à son inscription de droit sur le répertoire des médicaments génériques.

La chambre commerciale a approuvé l'ensemble de l'analyse de la cour d'appel, en relevant que conformément au principe d'effectivité du droit de l'Union, celle-ci avait donné une interprétation des textes nationaux à la lumière de ce dernier propre à garantir la cohérence de l'ensemble des législations en cause.

La quatrième série de questions portait sur la qualification d'abus de position dominante, cependant que le laboratoire dominant invoquait son droit à la liberté d'expression l'autorisant, selon lui, à soutenir, dans son dialogue avec les autorités sanitaires, une thèse juridique même erronée.

La jurisprudence de la CJUE définit l'abus de position dominante comme une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché sur lequel, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-La Roche, point 91, CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin. CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo, point 69). Pèse sur les entreprises en position dominante, qui ne peut leur être reprochée en soi, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à une concurrence effective, qui a été rappelée dans le secteur du médicament, par la Cour de justice dans l'affaire Aztrazeneca (CJUE, 6 décembre 2012 C-457/10 P).

On rappelle qu'en l'espèce, le laboratoire dominant avait soutenu auprès de l'AFSSAPS la thèse erronée selon laquelle l'attribution, par une décision de la Commission européenne, de la qualité de médicament générique à la spécialité du laboratoire concurrent, ayant pour effet d'obliger l'autorité nationale à autoriser la mise sur le marché de ce médicament, n'avait pas pour effet de contraindre, en outre, cette autorité à reconnaître, au sens de la législation nationale, la qualité de générique à ce médicament, conduisant, aux termes de cette même législation nationale, à inscrire cette spécialité sur le répertoire des médicaments génériques.

Il ressortait des appréciations de la cour d'appel que le comportement en cause ne s'insérait pas dans un débat d'intérêt général relatif aux conséquences sanitaires de l'entrée sur le marché d'un nouveau médicament, mais dans une stratégie commerciale, déconnectée de toute considération de santé publique et dépourvue d'argument scientifique, visant à retarder le développement sur le marché de produits concurrents. La cour d'appel avait également relevé que la mise en œuvre de cette stratégie, dans les circonstances propres au contexte de l'affaire pouvait, à elle seule, produire cet effet anticoncurrentiel, peu important que seule l'autorité sanitaire eût seule le pouvoir, lié, de décider de l'inscription litigieuse. Or, l'opérateur en cause ne pouvait ignorer sur ce point l'état du droit résultant d'un arrêt du Conseil d'Etat, qui, aurait-il été unique, avait énoncé que la délivrance d'une AMM pour un médicament générique avait pour conséquence de plein droit l'inscription de celui-ci sur le répertoire des médicaments génériques.

La chambre commerciale a décidé qu'en qualifiant cette pratique d'abus, la cour d'appel n'avait pas méconnu le principe de la libre recherche scientifique et n'avait pas porté une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit à la liberté d'expression de l'opérateur en cause au regard de la nécessité de préserver l'ordre public concurrentiel, lequel garantit le droit des entreprises à une concurrence non faussée, également protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (voir, mutadis mutandis, Ashby

Donald et autres c. France, n° 36769/08, §§ 39-4 o 5, 10 février 2013). En effet, dans ses échanges avec l'autorité sanitaire, le laboratoire ne s'était pas limité à faire des préconisations scientifiques sur les modalités de substitution des génériques au princeps, ce qu'il était en droit de faire, afin de suggérer par exemple à l'autorité sanitaire d'accompagner l'inscription de recommandations sur ces modalités de substitution. En outre, sa démarche s'inscrivait dans un plan de retardement de l'entrée sur le marché d'un produit concurrent, dont la cour d'appel avait relevé les éléments constitutifs. Partant, et quoique différent de la pratique sanctionnée dans l'affaire Aztrazeneca précitée, dans laquelle le laboratoire incriminé avait fourni de fausses informations à l'autorité sanitaire, la chambre a validé l'analyse selon laquelle le comportement en cause devait être considéré comme entrant dans le champ des abus prohibés par les articles 102 du TFUE et L.420-2 du code de commerce.

La dernière question portait sur la possibilité, au regard du principe de la légalité des délits et des peines, de sanctionner un opérateur pour une pratique qui n'avait jamais été condamnée jusqu'alors.

La chambre criminelle a déjà jugé (Crim., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-82.746), que le législateur, de part leur complexité et leur variété, ne peut énumérer de façon exhaustive tous les comportements susceptibles de recevoir la qualification de pratique anticoncurrentielle au sens, notamment, de l'article L. 420-2 du code de commerce. Cette analyse vaut pour les comportements prohibés par l'article 102 du TFUE, car, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne, « le principe de légalité des délits et des peines ne saurait dès lors être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit raisonnablement prévisible au moment où l'infraction a été commise, au vu notamment de l'interprétation retenue à cette époque dans la jurisprudence relative à la disposition légale en cause. » (CJUE, 22 octobre 2015, AC-Treubant/Commission, C-194/14 P, point 41). Examinant cette prévisibilité au cas particulier, la cour d'appel avait relevé que, en raison d'une décision de la Commission européenne antérieure aux faits, au surplus dans le domaine du médicament, toute entreprise en position dominante était avertie que son intervention dans le processus décisionnel d'une autorité publique pouvait, en fonction des circonstances de l'espèce, être qualifiée d'abus de position dominante et que la condamnation intervenue n'était pas fondée sur une nouvelle interprétation des dispositions servant de fondement aux poursuites. Ainsi, dès lors que la prohibition des comportements litigieux est accessible et raisonnablement prévisible pour un opérateur tel que celui en cause, le principe de légalité des délits et des peines ne s'oppose pas à la sanction d'une pratique anticoncurrentielle présentant un caractère inédit, comme l'avait jugé exactement, dans la présente affaire, la cour d'appel.

On terminera en indiquant que le laboratoire avait également été sanctionné pour des pratiques de dénigrement entrant dans le champ de l'abus de position dominante. Les griefs formulés contre cette qualification ont été rejetés par décision non spécialement motivée, l'arrêt attaqué étant conforme à l'analyse juridique de telles pratiques déjà opérée par la chambre commerciale dans ce même secteur d'activité (Com., 18 octobre 2016, pourvoi n° 15-10.384, Bull. 2016, IV, n° 131 et Com., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-17.134, Bull. 2017, IV, n° 1).

Entente illicite - Accords verticaux - Preuve - Préjudice - Présomption de preuve (non)

- Com., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-20.731

La nullité d'une clause anticoncurrentielle dans un contrat de distribution exclut-elle la caractérisation d'un préjudice résultant de l'application d'une telle clause? A quelles règles de preuve répond-elle ?

L'imposition d'un prix ou d'une marge par un fournisseur dans ses relations avec un distributeur peut relever de la prohibition de l'article L. 420-1 du code de commerce, dans les conditions fixées par ce texte (Com., 7 octobre 2014, pourvoi n° 13-19.476). Lorsqu'elle est prévue par une clause contractuelle, cette clause est nulle de plein droit par application de l'article L. 420-3 du code de commerce, selon lequel est

nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du même code.

Dans l'affaire rapportée, le contrat par lequel un fabricant de fenêtres organisait la distribution de ses produits comportait une clause imposant aux distributeurs de respecter les prix conseillés et une cour d'appel a jugé que la pratique était prohibée par l'article L.420-1 du code de commerce, ce qui n'était pas contesté, et en a déduit que la clause litigieuse était nulle.

Un distributeur avait réclamé l'indemnisation du préjudice qui avait résulté, selon lui, de la mise en œuvre de cette clause, indemnisation qui lui avait été accordée.

Le pourvoi formé par le fournisseur soutenait d'abord que l'annulation de la clause était incompatible avec la constatation d'un préjudice. La chambre commerciale a décidé que ce postulat était infondé. Dès lors que, aurait-elle été déclarée nulle de plein droit en vertu des dispositions précitées, cette clause avait été mise en œuvre et le distributeur contraint à pratiquer des prix imposés, il ne pouvait être exclu qu'un préjudice en fût résulté pour ce dernier. La chambre a donc rejeté le moyen qui postulait une règle contraire.

Ce pourvoi a permis à la chambre d'apporter d'autres précisions s'agissant des conditions mises à l'indemnisation d'un préjudice né dans ces circonstances.

En effet, la chambre commerciale a, en revanche, censuré l'arrêt qui avait décidé que la pratique qualifiée d'entente entre concurrents avait nécessairement causé un trouble commercial. Elle a, sur ce point et s'agissant d'une pratique antérieure à l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance du 9 mars 2017, applicable à partir du 11 mars 2017, transposant la directive 2014/04/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 dite « dommages », dont la Cour de justice a précisé que les dispositions de l'article 17, paragraphe 2, qui introduisent une présomption réfragable de préjudice, étaient substantielles, ce qui excluait leur application rétroactive, (CJUE, 22 juin 2022, Volvo AB/DAF Trucks NV; aff.C-267/20, points 90 à 99), fait application de sa jurisprudence selon laquelle si une pratique anticoncurrentielle est constitutive d'une faute civile, l'existence d'un préjudice et le lien de causalité entre la pratique et celui-ci doivent être démontrés (Com., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-10.327, 15-22.320, Com., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-22.837, 15-23.070). Dans cette même réponse, la chambre commerciale a censuré l'arrêt frappé de pourvoi en ce qu'il avait qualifié à tort d'entente entre concurrents la pratique en cause, qui, relevant d'une restriction verticale, n'en était pas une, au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Ce second aspect de l'arrêt présente un intérêt pour l'avenir. En effet, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur des dispositions de l'ordonnance du 9 mars 2017 précitée, qui faisait application des règles classiques de la responsabilité civile exigeant la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux, concernait toute pratique anticoncurrentielle et, s'agissant de celles prohibées par les articles 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L.420-1 du code de commerce, quelle que soit la nature de « l'entente » en cause, horizontale ou verticale. Dans le nouveau régime qui facilite la preuve du préjudice grâce à l'instauration d'une présomption, le champ d'application de celle-ci est limité, puisque, selon les termes de l'article L. 481-7 du code de commerce, issu de la transposition de l'article 17 alinéa 2 de la directive 2014/04/UE précitée, « Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice. »

Par ailleurs, l'arrêt a également été cassé en ce qu'il avait accordé des dommages-intérêts à une société tierce au contrat dans lequel figurait la clause litigieuse, sans établir en quoi cette société avait pu subir un préjudice du fait de la nullité d'une clause y figurant.

Transparence et pratiques restrictives - Barème de prix et conditions de vente - Conditions générales de vente - Obligation de communication - Portée - Obligation de vendre (non)

- Com., 28 septembre 2022, pourvoi n° 19-19.768

Le fournisseur qui entre en négociation peut-il librement choisir les conditions générales de vente qu'il communique, lorsqu'il a établi des documents pour plusieurs catégories d'acheteurs ?

L'article L. 441-6 du code de commerce, dans sa rédaction applicable aux faits à l'origine du litige, prévoit, notamment, que tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle. Il précise aussi, d'une part, que ces conditions de vente constituent le socle de la négociation commerciale, d'autre part, que les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services. Il ajoute, enfin, que dans ce dernier cas, l'obligation de communication porte sur les conditions générales de vente applicables aux acheteurs de produits ou aux demandeurs de prestation de services d'une même catégorie.

En cas de carence du fournisseur dans la communication des conditions générales de vente, le législateur avait prévu des sanctions au titre des pratiques restrictives de concurrence énoncées par l'article L. 442-6 I, 9° du code de commerce, dans sa version applicable entre le 6 août 2008 et le 24 avril 2019.

Le litige de l'espèce concernait un désaccord entre, d'un côté, un fournisseur, intermédiaire de laboratoires pharmaceutiques, dont le modèle de distribution comportait trois catégories d'acheteurs : les grossistes, les groupements de pharmacies et les pharmacies d'officines, et, de l'autre, une structure de regroupement à l'achat (SRA) de pharmacies, organisme particulier prévu par l'article D. 5125-24-1 du code de la santé publique. La SRA prétendait bénéficier des conditions de vente prévues pour les pharmacies d'officines, car elle était un intermédiaire transparent entre ses adhérentes et le vendeur, tandis que celui-ci soutenait que la SRA était assimilable à un grossiste.

La cour d'appel après avoir déterminé que les SRA relevaient, dans le modèle de distribution du fournisseur, non de la catégorie des grossistes, mais de celle des officines, avait considéré que celui-ci, qui avait communiqué toutes ses conditions de vente et accepté d'entrer en négociations commerciales, mais sur la base des conditions applicables aux grossistes, avait engagé sa responsabilité en refusant de négocier sur la base de celles applicables aux pharmacies d'officines.

Cette analyse est validée par la chambre commerciale, qui précise que lorsque le fournisseur accepte d'entrer en voie de négociation, il doit appliquer, dans la négociation commerciale, les conditions de vente qui correspondent à la situation du demandeur.

Cet arrêt comble un silence de la loi. En effet, le législateur qui avait énoncé une liste de fautes constitutives de pratiques restrictives engageant la responsabilité de leur auteur et érigé en faute le fait de ne pas communiquer ses conditions de vente, n'avait prévu aucune sanction pour le fait de ne pas les appliquer.

Par ailleurs, les possibilités désormais offertes aux fournisseurs, d'une part, de refuser de vendre (loi n° 96-588 du 1er juillet 1996, dite loi Galland), d'autre part, de discriminer entre les clients (loi n° 2008-776 du 4 août 2008, pour la modernisation de l'économie) limitent la portée de l'obligation d'appliquer les conditions de ventes.

Toutefois, ce cadre posé, le législateur n'en a pas moins disposé que la communication de ces conditions de vente devait se faire « dans les conditions de l'article L. 441-6 », celui-là même qui précisait, dans sa rédaction alors applicable, que les conditions de vente constituent le socle de la négociation commerciale.

Par ailleurs, de façon plus générale, à quoi servirait-il d'apporter une telle précision, si le fournisseur pouvait, ensuite, ne pas appliquer ces conditions de vente dans le cadre de la négociation ?

Ainsi, la négociation commerciale doit débiter sur le socle des conditions générales de vente ou des conditions catégorielles si elles existent et si, sur cette base, le fournisseur peut conclure des accords plus favorables à certains de ces clients, il ne peut accorder moins, sauf accord de l'autre partie et sans lui imposer un déséquilibre significatif. Enfin, il peut toujours, refuser de vendre, si les conditions dans lesquelles cette vente devrait se faire ne lui conviennent pas.

Transparence et pratiques restrictives - Imposition d'un prix minimal ou d'une marge commerciale minimale - Exclusion - Cas - Inclusion de chaînes de télévision en clair dans un bouquet payant

- Com., 28 septembre 2022, pourvoi n° 20-22.447

Le refus d'un éditeur privé de chaînes de télévision de mettre son signal à disposition d'un distributeur de services de télévision, dans des conditions permettant à ce dernier de les diffuser gratuitement, est-il constitutif d'une pratique restrictive de concurrence, d'une pratique anticoncurrentielle ou d'une pratique contraire aux principes fixés par l'article 3-1 et 96-1 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ?

Le litige s'inscrivait, au plan général, dans le cadre de la transformation des modes d'usage de la télévision favorisée par des évolutions technologiques, telle qu'elle a été exposée, notamment, par un avis n°19-1-04 du 21 février 2019 de l'Autorité de la concurrence et par un avis n°2019-08 du 2 octobre 2019 du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Au plan particulier, il opposait un éditeur privé de chaînes en clair à un opérateur d'une plate-forme de distribution d'un bouquet de chaînes par l'internet ouvert (sans passer par un fournisseur d'accès). Le second reprochait au premier de subordonner la distribution de ses chaînes à leur inclusion dans un bouquet de chaînes payantes par les abonnés, ne permettant plus au distributeur de diffuser les chaînes de cet éditeur dans une offre gratuite, cependant que le modèle économique du distributeur était composé d'une offre en partie gratuite et en partie payante.

Plusieurs questions étaient posées par ce pourvoi.

D'abord, celle de savoir si la pratique reprochée à l'éditeur était constitutive d'une pratique de prix imposés prohibée par l'article L. 442-5 du code de commerce, devenu l'article L.442-6 du même code depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, ou d'une restriction verticale par imposition de prix entrant dans le champ d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L.420-1 du code de commerce. Constitutive également d'une infraction pénale, la pratique de prix imposés, au sens du premier des textes précités, est envisagée par la jurisprudence de la Chambre criminelle comme par celle de la Chambre commerciale comme une pratique qui altère la liberté commerciale de fixer un prix de revente minimum, en intervenant sur tous les modes de fixation du prix, directement ou indirectement (voir par exemple, Crim, 10 avril 1995, pourvoi n°94-82.535, et Com, 13 février 2001, pourvoi n°98-16.397). En outre, elle peut relever d'une pratique anticoncurrentielle au sens des seconds textes précités, lorsqu'elle est mise en œuvre, notamment sous couvert de prix conseillés, dans un réseau de distribution (Com, 7 octobre 2014, pourvoi n°13-19.476), sous réserve de satisfaire aux autres conditions légales permettant cette qualification. Ainsi, la pratique doit-elle, notamment, relever d'une entente, d'une pratique concertée ou d'un accord au sens de ces textes, les conditions de qualification d'une telle entente, pratique ou accord se distinguant d'une pratique unilatérale (voir, pour un exemple portant sur cette distinction, hors du champ de la pratique de prix imposés, Com.26 janvier 2022, pourvoi n°19-24.464 et Com, 16 février 2022, pourvoi n°20-11.754).

Ensuite, celle d'apprécier si cette pratique pouvait relever de l'article L.442-6, I, 2 du code de commerce alors en vigueur, avant sa modification par l'ordonnance précitée, relatif au déséquilibre significatif, même en présence d'un droit voisin du droit d'auteur, résultant de l'article L. 216-1 du code de la propriété intellectuelle, dont un éditeur de services de communication audiovisuelle est titulaire. On sait que selon le

premier de ces textes, engage la responsabilité de son auteur, et l'oblige à le réparer le fait pour un opérateur économique de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Ce déséquilibre s'apprécie au regard de l'équilibre général du contrat, et requiert une appréciation in concreto des clauses litigieuses, en prenant en compte l'ensemble des droits et obligations des parties tel qu'il ressort du contrat dans sa globalité (Com.29 septembre 2015, pourvoi n°13-25.043). Il est possible pour le juge de sanctionner une clause créant un déséquilibre même lorsque cette clause est relative à la détermination du prix (Com., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-27.525, Bull. N°42 ; Com., 25 janvier 2017, pourvoi n°15-23.547, Bull. 2017, IV, N°13), ainsi que l'a confirmé le Conseil constitutionnel (décision QPC 2018-749 du 30 novembre 2018). C'est à celui qui invoque un déséquilibre significatif d'en rapporter la preuve (Com, 3 mars 2015, pourvoi n°13-27.525, Bull. 2015, IV, N°42). La question de l'articulation du droit voisin prévu à l'article L. 216-1 du code de la propriété intellectuelle avec un autre corps de règles a, quant à elle, été examinée par la première chambre civile (1ère Civ., 5 juillet 2017, pourvoi n°16-13.092), qui a déterminé la portée de cet article en matière de contrefaçon, en contemplation de l'article 34-2 de la loi n°86-106 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Dans le litige qui lui était soumis, cette Chambre a décidé qu'un éditeur public de chaînes de télévision bénéficiait du droit exclusif d'autoriser la mise à disposition du public en ligne de ses programmes, de sorte que la reprise des programmes de cet éditeur par une société utilisant un procédé technique lié à l'internet, était, dès lors qu'elle n'avait pas été autorisée, constitutive de contrefaçon.

Enfin, celle de déterminer si la pratique en cause n'était pas contraire aux principes fixés par l'article 3-1 et 96-1 de la loi du 30 septembre 1986 précitée, dans sa version applicable au litige, excluant, pour le premier, toute discrimination dans les relations entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications électroniques utilisé par ces derniers, et posant, pour le second, le principe de la gratuité de diffusion par voie hertzienne en mode numérique des services nationaux de télévision. Si le Conseil d'Etat a déjà jugé qu'aucune obligation légale de mise à disposition de son signal à un distributeur par satellite ne pèse sur un éditeur privé de service gratuit (5ème et 4ème sous-sections réunies, 07 décembre 2011, N°321349, publié au recueil Lebon), la question soumise à la chambre commerciale, relative aux conditions de cette mise à disposition, se distinguait toutefois de celle ainsi tranchée.

A la première question, la chambre commerciale a répondu que dès lors qu'il n'était pas justifié de ce que le niveau de prix de l'offre payante conçue par le distributeur, dans laquelle l'éditeur exigeait l'inclusion de ses chaînes en clair, devait être fixé à un niveau minimal déterminé par cet éditeur, la pratique en cause ne pouvait pas être assimilée à l'imposition d'un prix minima ou d'une marge commerciale minimale prohibée par l'article L. 442-5 du code de commerce. En effet, l'exigence de l'éditeur se limitait à l'inclusion de ses chaînes dans un bouquet payant, sans qu'il soit établi qu'il fût intervenu plus avant sur le prix effectif de ce bouquet ou sur le niveau de marge procuré par ce prix. En outre, dès lors que la cour d'appel avait justement exclu que la pratique en cause ait empêché la libre fixation de ses prix par le distributeur, cette analyse suffisait, en l'état de l'argumentation du distributeur qui soutenait seulement que le fait de lui imposer un prix minimal pour la diffusion des chaînes en cause était également constitutif d'une pratique anticoncurrentielle, pour exclure cette autre qualification.

A la deuxième question, la chambre commerciale a répondu qu'un éditeur privé de chaînes gratuites, dès lors qu'il dispose d'un droit voisin conféré par l'article L. 216-1 du code de la propriété intellectuelle, était en droit de définir les conditions économiques de distribution de ses chaînes, sans exclure que puisse être caractérisé un abus de ce droit constitutif, le cas échéant, d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce. Dès lors que ce déséquilibre ne pouvait pas résulter du seul usage, par l'éditeur, de son droit de s'auto-distribuer parallèlement à une offre de distribution payante, ni de la circonstance que l'exigence de l'éditeur aurait porté atteinte au modèle économique du distributeur, la preuve de cette pratique n'était, en l'espèce, pas rapportée.

A la troisième question, la chambre commerciale a répondu que les articles de la loi du 30 septembre 2006 invoqués en l'espèce ne prévoyaient aucune obligation légale, à la charge d'un éditeur privé de chaînes en clair, de mise à disposition de son signal à un distributeur par tout autre moyen que la voie hertzienne, que ce soit par satellite ou, comme en l'espèce, par l'internet. Elle en a déduit que l'offre de mise à disposition de chaînes de la TNT en clair, à la condition de leur inclusion dans un bouquet payant n'était pas, en elle-même, attentatoire aux textes invoqués. En outre, dès lors que la cour d'appel avait estimé que cette

condition n'avait pas été mise en œuvre de façon discriminatoire, l'action du distributeur était vouée à l'échec.

Ainsi, la chambre commerciale a-t-elle approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que, quel que soit le fondement juridique qui lui était opposé dans ce litige, la pratique litigieuse n'était pas fautive.

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

Effets - Effets à l'égard des tiers - Cession de contrat - Cédé ayant donné son accord à l'avance - Opposabilité à l'égard du cédé - Conditions - Prise d'acte - Applications diverses - Locataire ayant payé entre les mains du cessionnaire

- Com., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-18.490

Quelle forme peut prendre la prise d'acte, par le cocontractant cédé, de la cession de contrat ?

L'arrêt commenté est l'occasion, pour la chambre commerciale de la Cour de cassation, de faire application, *a priori* pour la première fois, du nouvel article 1216 du code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Consacrant la jurisprudence antérieure fondée sur l'ancien article 1690 du code civil, ce texte subordonne la cession de contrat à l'accord du cédé, qui doit être donné soit au moment de la cession, soit par avance lorsqu'une clause du contrat cédé la prévoit, mais, dans ce dernier cas, la cession ne peut « produire effet » - selon les termes mêmes du texte - que si elle est notifiée au cocontractant cédé ou si ce dernier « en prend acte. » En pratique, quelle forme peut prendre cette « prise d'acte », qui ne fait l'objet d'aucune définition légale ? Par l'article 1216 code civil - et son équivalent en matière de cession de créance, l'article 1324 de ce code -, l'objectif de l'ordonnance du 10 février 2016 a consisté à alléger les formalités requises par l'ancien article 1690 précité, que la jurisprudence avait déjà assouplies en admettant, notamment, que l'acceptation de la cession par le cédé pût intervenir sans forme, tacitement, dès lors qu'elle était dépourvue d'équivoque (v. par ex. Com. 6 juill. 1999, no 96-20495 ; Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 06-11814, Bull. n° 276). Le nouvel article 1216 du code civil ne soumet ainsi la « prise d'acte » de la cession de contrat, par le débiteur cédé, à aucun formalisme. Dans la continuité de la jurisprudence antérieure, la chambre commerciale juge, dans une espèce où la cession n'a pas été notifiée, que la prise d'acte peut résulter du fait qu'un locataire, cocontractant cédé, mis en demeure de payer par le cessionnaire, a payé un loyer directement entre les mains de ce dernier. Ces circonstances manifestent, en effet, la reconnaissance, par le cédé, de son nouveau créancier.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ (loi du 26 juillet 2005)

Liquidation judiciaire - Contrat en cours - Bail commercial - Résiliation à l'initiative du bailleur

- Com., 18 mai 2022, pourvoi n° 20-22.164

Le juge-commissaire, saisi par le bailleur d'une demande de constat de la résiliation de plein droit du bail d'un immeuble utilisé pour l'activité de l'entreprise en liquidation judiciaire, pour défaut de paiement des loyers postérieurs au jugement d'ouverture, peut-il accorder au preneur des délais de paiement ?

Par un arrêt précédent (Com., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-17.563), rendu dans la même affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré l'autonomie procédurale du constat par le juge-

commissaire de la résiliation de plein droit du bail commercial pour défaut de paiement des loyers postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire, en décidant que cette procédure, obéissant à des conditions spécifiques, était distincte de celle qui tend, en application de l'article L. 145-41 du code de commerce, à faire constater l'acquisition de la clause résolutoire stipulée au bail et en dispensant le bailleur en conséquence, dans un tel cas, de la délivrance préalable du commandement de payer exigé par ce texte.

L'arrêt commenté ajoute une précision inédite sur le régime de cette action autonome et les pouvoirs du juge-commissaire. La question posée était celle de savoir si le juge-commissaire devait se limiter à constater la résiliation du bail, en cas de défaut de paiement des loyers postérieurs au jugement d'ouverture, ou s'il pouvait accorder les délais de paiement de droit commun prévus par l'article 1343-5 du code civil, la référence à l'article L. 145-41 du code de commerce étant impossible hors de toute revendication du bénéfice d'une clause résolutoire.

En dépit de la généralité des termes du texte du code civil, l'arrêt commenté dénie la faculté d'accorder des délais de paiement au juge-commissaire, lequel ne peut, selon les articles L. 641-12 et R. 641-21 du code de commerce, que procéder au constat de la résiliation de plein droit du bail et en fixer la date, sans que puisse être imposé au bailleur d'autre délai que le délai de trois mois prévu par l'article L. 622-14, 2° du même code pendant lequel le liquidateur, s'il ne peut régler les loyers, doit s'efforcer de céder le droit au bail avant la résiliation.

Liquidation judiciaire - Créanciers - Insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur - Applications diverses - Divorce - Attribution de la jouissance exclusive de la résidence au conjoint du débiteur - Portée - Fin de l'insaisissabilité

- Com., 18 mai 2022, pourvoi n° 20-22.768

Le présent arrêt permet d'affiner l'applicabilité de l'article L.526-1, alinéa premier, du code de commerce, dans sa version issue de la loi du 6 août 2015, rendant insaisissable de plein droit l'immeuble appartenant à l'entrepreneur individuel, où est fixée sa résidence principale, pour les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. En l'espèce, lors de l'ouverture de la procédure collective, le débiteur était en instance de divorce et le juge aux affaires familiales a rendu une ordonnance de non-conciliation, attribuant la jouissance exclusive de la résidence familiale à l'épouse de l'entrepreneur. La question est de savoir si l'immeuble qui appartient aux deux époux peut faire l'objet d'une cession dans le cadre de la liquidation judiciaire. L'article 255 du code civil permet au juge aux affaires familiales d'ordonner la résidence séparée des époux (3°) et d'attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement familial (4°). La Cour de cassation en déduit que l'autre époux ne peut plus y avoir son domicile, et donc sa résidence principale. L'immeuble fait donc partie de l'actif réalisable. La chambre commerciale précise l'ordre chronologique dans le chapeau. En effet, la solution ne s'applique que parce que l'ouverture de la procédure collective est postérieure à l'ordonnance de résidence séparée. Il faut rappeler que c'est en effet à cette date que les conditions d'opposabilité de l'insaisissabilité sont appréciées (pour l'appréciation de l'opposabilité d'une déclaration d'insaisissabilité : Com. 10 mars 2021, n° 19-21.971, publié - 17 novembre 2021, n° 20-20.821, publié).

Liquidation judiciaire - Patrimoine - Revendication - Action en revendication - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Demande de restitution présentée avant le jugement d'ouverture

- Com., 9 juin 2022, pourvoi n° 21-10.309

Lorsqu'une action en restitution d'un bien meuble a été engagée avant le jugement d'ouverture de la procédure collective, une demande adressée directement à l'administrateur est-elle nécessaire ?

Le sort des biens meubles appartenant à des tiers dans la procédure collective est soumis à une procédure très précise et complexe prévue aux articles L.624-9 et suivants du code de commerce. Seule une procédure amiable, suivie le cas échéant d'une procédure juridictionnelle devant le juge-commissaire permet au propriétaire de rendre opposable à la procédure collective son droit de propriété, y compris lorsque celui-ci est évident (contrat précaire par exemple), à moins qu'il ne résulte d'un contrat publié. Cet arrêt précise que la mise en œuvre de cette procédure suppose qu'une procédure antérieure au jugement d'ouverture n'ait pas été engagée par le propriétaire. En l'espèce, le fournisseur du débiteur affilié avait, avant le jugement d'ouverture de la procédure, agi en réclamation du paiement des marchandises vendues et en restitution des biens mis à disposition. L'instance en restitution est en cours. Elle ne tend pas au paiement d'une somme d'argent. Elle doit donc être poursuivie conformément aux dispositions de l'article L. 622-23 du code de commerce.

Organes - Liquidateur - Pouvoirs - Insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur - Action en licitation-partage d'un immeuble - Recevabilité - Conditions - Totalité des créances nées avant le 8 août 2015

- Com., 13 avril 2022, pourvoi n° 20-23.165

La Cour de cassation poursuit son travail de construction de sa jurisprudence sur les contours de l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur résultant de la loi du 6 août 2015, dite loi Macron. L'article 206, IV, alinéa 1^{er}, de cette loi limite les effets de cette insaisissabilité de plein droit à l'égard des seuls créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur après la publication de la loi, c'est-à-dire des créanciers ayant contracté avec le débiteur en connaissance de cause de la réduction de leur gage.

L'arrêt présenté fournit une nouvelle illustration des cas dans lesquels cette insaisissabilité est opposable au liquidateur du débiteur : il s'agit du cas d'un liquidateur agissant en licitation-partage d'un immeuble appartenant indivisément au débiteur et à son conjoint et constituant sa résidence principale. Pour que l'insaisissabilité ne soit pas opposable à ce liquidateur et que l'action soit, en conséquence, recevable, il est nécessaire que tous les créanciers de la liquidation judiciaire, que le liquidateur représente, soient des créanciers antérieurs à la date de la publication de la loi, soit le 8 août 2015, car dans ce cas, les droits du débiteur sur l'immeuble sont appréhendés par leur gage commun. Si un seul d'entre eux est un créancier postérieur au 8 août 2015, l'insaisissabilité de plein droit de la résidence principale du débiteur met en échec l'action en licitation-partage du liquidateur, et ce quelle que soit l'importance relative de ce créancier dans le passif du débiteur.

Dans une hypothèse de vente de la résidence principale du débiteur par son liquidateur, l'interprétation *a contrario* d'un précédent (Com., 17 novembre 2021, pourvoi n° 20-15.395) annonçait la solution de l'arrêt présenté.

Redressement judiciaire - Plan - Plan de continuation - Bonne exécution - Portée - Créances déclarées qui n'ont pas été inscrites au plan - Droit de poursuite individuelle

- Com., 14 septembre 2022, pourvoi n° 21-11.937

L'intérêt de cette décision est très indirect, mais non moins évident. Un plan de redressement a été arrêté et entièrement exécuté. Or, certaines créances qui avaient été déclarées mais faisaient toujours l'objet d'une instance en cours au moment du plan, n'ont pas été prises en considération dans le cadre du plan (contrairement à ce que retient la Cour de cassation : Cass. com. 1 avril 2014, pourvoi n° 13-13.612, Cass. Com. 13 mai 2014, pourvoi n° 13-13.379, Cass. com., 20 mars 2019, pourvoi n° 17-27.527, publié au bulletin). Le plan a ici fait l'objet d'un jugement constatant la bonne exécution du plan, sans que les créances contestées, et qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une décision définitive, puissent être payées dans le cadre du plan. C'est la raison pour laquelle les créanciers concernés ont fait tierce opposition à ce jugement pour reprendre l'exécution du plan (ou obtenir la réouverture du plan). Dans un premier temps, la chambre commerciale a dû constater, contrairement à un premier arrêt de cour d'appel, que le jugement constatant l'exécution du plan n'était pas un acte d'administration judiciaire et qu'il était susceptible de recours (Cass. com. 8 septembre 2015, pourvoi n° 14-11.393, Bull. n° 124). Devant la cour de renvoi, les créanciers concernés ont donc à nouveau fait tierce-opposition au jugement. La question était celle de la recevabilité de leur recours. Selon l'article 583, alinéa 2 du code de procédure civile, la recevabilité de la tierce-opposition du créancier est subordonnée à la preuve que la décision a été rendue en fraude de ses droits à moins qu'il n'invoque des moyens qui lui sont propres. Le créancier ignoré (donc tiers au plan) a-t-il intérêt à faire tierce-opposition au jugement qui constate l'exécution du plan ? En premier lieu, l'arrêt constate que le jugement qui constate l'exécution du plan ne met pas fin à la procédure de vérification des créances qui lui est indépendante. Ainsi l'instance en cours devra conduire à une fixation de créance (ou un rejet de la demande). En second lieu, si cette fixation de créance ne permet pas de prendre en compte cette créance puisque le jugement arrêtant le plan est définitif, le créancier pourra néanmoins faire reconnaître cette créance par un titre et le mettre à exécution contre le débiteur une fois le plan exécuté. C'est en se référant implicitement à une jurisprudence qui permet au créancier d'exercer son droit de poursuite individuelle après la fin de la procédure collective lorsque sa créance déclarée n'a pu être payée (Cass. com., 8 avr. 2015, pourvoi n° 13-28.061, Bull. n° 65, Cass. com., 13 sept. 2017, pourvoi n° 15-23.044.- V. Déjà en application de la loi antérieure à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 : Cass.com. 16 novembre 2010, pourvoi n° 09-69.495, Bull. n°177) que le présent arrêt dénie aux créanciers dont la créance déclarée n'a pas été prise en compte dans le plan un intérêt à obtenir la rétractation du jugement constatant l'exécution du plan. Leur tierce-opposition est irrecevable.

Redressement judiciaire - Plan - Plan de continuation - Intérêts des créances - Stipulation d'un intérêt non prévu par la décision admettant la créance au passif - Possibilité (non)

- Com., 18 mai 2022, pourvoi n° 19-25.796

Lorsqu'un plan de continuation est arrêté, un créancier peut-il se mettre d'accord avec le débiteur pour que sa créance soit réglée hors plan en prévoyant des intérêts non admis au passif ?

Il a déjà été jugé que, pour l'élaboration du plan, le débiteur et, le cas échéant, l'administrateur devaient prendre en considération toutes les créances déclarées et non certaines d'entre elles (droit antérieur à la loi de sauvegarde : Com. 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-20.588, Bull. n°8 ; droit postérieur à la loi de sauvegarde : Com. 20 mars 2019, pourvoi n° 17-27.527, publié au bulletin), obligation que le législateur a légèrement restreinte (article L. 626-10, alinéa 2, du code de commerce, créé par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021). Le présent arrêt interdit également que les créances déclarées soient réglées en dehors du plan, quand bien même les modalités de remboursement de la créance seraient spécifiques.

En l'espèce, le principal fournisseur du débiteur avait consenti à ce dernier qu'il remboursât 60% de sa créance au terme de quinze années, à la condition d'accepter un intérêt de 2% sur le montant restant dû. Or, les intérêts se rattachant nécessairement à la créance antérieure déclarée, ils sont également antérieurs et doivent être déclarés, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le jugement d'ouverture emportant nécessairement par un principe d'ordre public l'arrêt du cours des intérêts en application de l'article L. 621-48 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle de la loi du 26 juillet 2005 (devenu l'article L. 622-28 du code de commerce), l'arrêt attaqué ne pouvait condamner le débiteur, au terme des quinze ans, à régler la créance d'intérêts qui n'existait pas, quel que soit le contenu du jugement arrêtant le plan.

Redressement judiciaire - Vérification et admission des créances - Contestation d'une créance - Absence d'indivisibilité avec la demande d'admission - Portée - Examen préalable par les juges du fond

- Com., 9 juin 2022, pourvoi n° 20-22.650

Contestation d'une créance déclarée : rappels et précision sur la distribution des rôles et pouvoirs entre le juge-commissaire et le juge saisi en application de l'article R. 624-5 du code de commerce.

L'arrêt commenté fait application de l'article L. 624-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014, et de l'article R. 624-5 du même code, dans sa rédaction antérieure au décret du 30 juin 2014, mais la solution est valable et transposable sous l'empire des textes de 2014.

Il est d'abord rappelé que, sauf constatation de l'existence d'une instance en cours, le juge-commissaire a une compétence exclusive pour décider de l'admission ou du rejet des créances déclarées (Com., 28 avril 2004, pourvoi n° 01-01.649, Bull. n° 77) et qu'après une décision d'incompétence du juge-commissaire pour trancher une contestation ne relevant pas de ses pouvoirs juridictionnels, dénommée contestation sérieuse par l'ordonnance du 12 mars 2014, les pouvoirs du juge compétent régulièrement saisi en application de l'article R. 624-5 du code de commerce se limitent à l'examen de cette contestation (voir Com., 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-26.501, 17-15.883 publié).

En l'espèce, la banque a saisi le tribunal de commerce conformément à l'ordonnance du juge-commissaire l'y invitant et le tribunal a rejeté les contestations de la débitrice et a ordonné l'admission des créances de la banque au passif du redressement judiciaire. L'arrêt attaqué par le pourvoi statue sur l'appel de ce jugement.

Logiquement, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'annuler la décision d'admission prononcée par le tribunal qui a excédé ses pouvoirs.

En revanche, elle censure la cour d'appel pour avoir annulé les autres dispositions du jugement, à savoir celles statuant sur les contestations de la créance jugées « irrecevables et mal fondées ». En effet, il s'agissait là de l'objet même de la saisine du tribunal consécutive à la décision d'incompétence du juge-commissaire, de sorte que ces contestations devaient être tranchées par le tribunal, puis par la cour d'appel saisie par l'effet dévolutif. Juger le contraire aboutit à un déni de justice.

Et une fois les contestations tranchées par le juge saisi en application de l'article R. 624-5 du code de commerce, il appartient, répétons-le, au juge-commissaire de se prononcer sur l'admission de la créance déclarée au passif de la procédure collective.

Responsabilités et sanctions - Faillite et interdictions - Faillite personnelle - Prononcé - Conditions - Comportement antérieur à la cessation des paiements

- Com., 13 avril 2022, pourvoi n° 21-12.994

L'article L. 653-4, 4°, du code de commerce sanctionne par la faillite personnelle le fait pour un dirigeant de poursuivre abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne peut conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. Le plus souvent, la date de cessation des paiements coïncide avec le jugement d'ouverture et les faits reprochés au dirigeant lui seront antérieurs. Lorsque, dans le jugement d'ouverture ou par un jugement de report, cette date est fixée avant leur accomplissement, l'article L. 653-4, 4° du code de commerce peut-il néanmoins s'appliquer ou ce texte exige-t-il que les faits soient caractérisés avant la date de cessation des paiements qui serait présentée comme leur conséquence ? Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation précise que le texte n'impose aucune condition d'antériorité des faits par rapport à la date de cessation des paiements : dès lors que, par leur nature, les faits reprochés sont susceptibles en tout état de cause, de conduire à la cessation des paiements de la société, et, bien sûr, que les autres conditions exigées par le texte sont également remplies, la faillite personnelle du dirigeant est encourue. La fixation par le jugement d'ouverture d'une date de cessation des paiements antérieure à l'accomplissement des faits n'a aucune incidence à cet égard.

IMPÔT ET TAXE

Enregistrement – droits de mutation – mutation à titre gratuit – exonération – parts ou action d'une société holding – conditions - conservation de la fonction d'animation de groupe jusqu'à l'expiration du délai légal (non)

- Com., 25 mai 2022, n° 19-25.513

Le bénéfice de l'exonération partielle des droits de succession prévue à l'article 787 B du code général des impôts, applicable aux parts d'une société holding animatrice de groupe transmises par décès, est-il subordonné à la conservation, par la société, de sa fonction d'animation de groupe jusqu'à l'expiration du délai légal de conservation des parts ?

Selon l'article 787 B du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009, les parts ou les actions d'une société ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale transmises par décès ou entre vifs sont, à condition qu'elles aient fait l'objet d'un engagement collectif de conservation présentant certaines caractéristiques, et d'un engagement individuel de conservation pendant une durée de quatre ans à compter de l'expiration de l'engagement collectif, exonérées de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur.

Les parts d'une société holding animatrice de groupe peuvent également bénéficier de cette exonération partielle, ainsi que l'admet la doctrine administrative depuis une instruction publiée le 30 juillet 2001 (BOI 7 G-6-01) et ainsi que l'a récemment jugé la chambre commerciale, financière et économique en affirmant, de manière générale et sans se référer à la doctrine administrative, qu'une société holding ayant pour activité principale la participation active à la conduite de la politique de son groupe et au contrôle de ses filiales exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale, et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture à ces filiales de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers, doit être assimilée aux sociétés opérationnelles (Com., 14 oct. 2020, n° 18-17.955, publié).

Dans le litige ayant donné lieu à l'arrêt commenté, il n'était pas contesté que la société holding dont les parts avaient été transmises par décès était, au moment de cette transmission, une holding animatrice de son

groupe. L'administration fiscale soutenait cependant que la condition tenant à la nature de l'activité de la société holding devait être remplie pendant toute la durée de l'engagement de conservation des parts, faute de quoi l'exonération partielle devait être remise en cause.

Bien que l'article 787 B n'exige pas que la condition d'éligibilité au dispositif fiscal tenant à la nature de l'activité de la société soit remplie pendant toute la durée de l'engagement de conservation, et qu'aucun texte ne prévoit de remise en cause de l'exonération partielle au cas où la société perdrait son activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale avant l'expiration du délai légal de conservation des parts, les juges du fond ont validé le raisonnement de l'administration fiscale en considérant que, s'agissant d'une société holding, le bénéfice de l'avantage fiscal ne peut se concevoir, au regard de l'objectif fixé par le législateur, et sauf à vider la loi de sa substance, que si la société conserve, pendant la durée exigée, sa fonction d'animation de groupe.

Ce n'est pas ce qu'a retenu la chambre commerciale, qui a considéré que les juges du fond avaient ajouté à l'article 787 B du code général des impôts une condition qu'il ne prévoit pas.

Il résulte de cette décision que l'éligibilité au dispositif fiscal prévu à l'article 787 B du code général des impôts des parts d'une société holding n'est subordonnée qu'à la condition que celle-ci soit animatrice de son groupe à la date du fait générateur de l'impôt, soit à la date de transmission des parts.

Cette décision s'inscrit dans la continuité de l'arrêt précité (Com., 14 oct. 2020, n° 18-17.955), qui a énoncé que le caractère principal de l'activité d'animation de groupe devait s'apprécier au jour du fait générateur de l'impôt, et d'un arrêt rendu au sujet d'un autre dispositif fiscal, à savoir l'exonération partielle d'impôt de solidarité sur la fortune en cas de souscription au capital de petites et moyennes entreprises, prévue à l'article 885 V bis du code général des impôts (Com., 2 fév. 2016, n° 14-24.441, Bull. N° 20), dont il résulte que la condition que la société au capital de laquelle il est souscrit exerce une activité opérationnelle n'implique pas que cette exigence perdure pendant toute la durée de l'engagement de conservation des parts, faute, pour le législateur, d'avoir expressément prévu une telle condition de durée.

Redressement et vérifications - Visites domiciliaires (article L. 16 B du livre des procédures fiscales) - Déroulement des opérations - Officier de police judiciaire

- Com., 6 juillet 2022, n° 21-13.571

L'officier de police judiciaire peut-il s'absenter au cours des opérations de visite domiciliaire fiscale ? Oui sous condition.

Ce pourvoi est l'occasion pour la chambre commerciale de rappeler que, selon l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, la visite et la saisie de documents s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées et qu'à cette fin, ce dernier désigne le chef du service qui nomme l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Le texte précise que cet officier de police judiciaire veille au respect du secret professionnel et des droits de la défense. Il prévoit, en outre, qu'un procès-verbal relatant les modalités et le déroulement de l'opération de visite et de saisies et consignait les constatations effectuées est dressé sur-le-champ par les agents de l'administration des impôts.

En l'espèce, l'officier de police judiciaire, qui avait été désigné pour assister aux opérations de visite domiciliaire, s'était absenté à onze reprises durant les quinze heures qu'avaient duré les opérations, pendant cinq à dix minutes à chaque heure, en restant à proximité du local où elles se déroulaient et en restant joignable. Les absences de l'officier de police judiciaire n'avaient pas été mentionnées sur le procès-verbal relatant le déroulement des opérations mais aucun incident n'avait été soulevé à ce propos et ce procès-verbal avait été signé sans que des observations eussent été formulées.

La société visitée soutenait que les absences de l'officier de police judiciaire ne pouvaient qu'entraîner l'annulation de plein droit de la totalité des opérations de visite et saisies en cause.

La chambre commerciale n'a pas statué en ce sens. Elle a approuvé le premier président d'avoir retenu qu'il n'y avait pas lieu à annulation des opérations, dès lors qu'il avait constaté que l'officier de police judiciaire, demeuré à proximité du local et à tout moment joignable, était resté à la disposition des participants aux opérations et n'avait pas eu à intervenir, et qu'en outre, la société visitée n'invoquait aucune atteinte aux intérêts que l'officier de police judiciaire avait pour mission de protéger, rendue possible par les absences de ce dernier.

Déjà dans un arrêt du 10 avril 2019 (pourvoi n° 17-26.802), rendu en formation de section, la chambre commerciale avait, en matière de visite domiciliaire de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales rejeté un moyen tiré de l'impossibilité de joindre le juge des libertés et de la détention au cours des opérations de visite et de saisies et approuver le premier président de ne pas avoir annulé les opérations, dès lors que l'irrégularité invoquée n'avait pas fait grief aux sociétés visitées.

Responsabilité des dirigeants - Dirigeant d'une société ou de tout autre groupement - Procédure - Action - Prescription - Interruption et suspension de la prescription de l'action contre la société - Opposabilité au dirigeant

- Com., 6 juillet 2022, n° 20-14.532

Quel est le délai de prescription de l'action en responsabilité solidaire du dirigeant d'une société, ouverte au comptable public sur le fondement de l'article L. 267 du livre des procédures fiscales ?

Aux termes de l'article L. 267 du livre des procédures fiscales, lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance.

Le législateur n'a fixé aucun délai pour la mise en œuvre de cette action.

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 274 du livre des procédures fiscales, les comptables publics des administrations fiscales qui n'ont fait aucune poursuite contre un redevable pendant quatre années consécutives à compter du jour de la mise en recouvrement du rôle ou de l'envoi de l'avis de mise en recouvrement sont déchus de tous droits et de toute action contre ce redevable.

La chambre commerciale, financière et économique avait déjà jugé que l'exercice de l'action ouverte aux comptables publics par l'article L. 267 du livre des procédures fiscales était possible tant que les poursuites tendant au recouvrement des créances fiscales n'étaient pas atteintes par la prescription (Com., 5 déc. 2000, n° 98-11.593).

L'arrêt commenté énonce de nouveau ce principe en rappelant qu'à l'intérieur du délai de prescription de l'action en recouvrement de la créance que l'administration fiscale détient contre la société, le comptable public doit engager l'action en responsabilité solidaire du dirigeant dans un délai satisfaisant.

Communications électroniques - Nouvelle-Calédonie - Office public de télécommunications de la Nouvelle-Calédonie - Monopole - Etendue - Détermination - Fournitures de service de capacités de connectivité internationale

Concurrence - Autorité de la concurrence - Nouvelle-Calédonie - Procédure - Saisine - Recevabilité - Cas

- Com., 22 juin 2022, pourvoi n° 20-22.438

Les articles 211-3 et 221-2 du code des postes et des télécommunications de Nouvelle-Calédonie (le CPTNC) confèrent-ils à l'Office des postes et des télécommunications de Nouvelle-Calédonie (l'OFT-NC) un monopole de droit sur le câble sous-marin international reliant la Nouvelle-Calédonie à d'autres pays?

De la réponse à cette question dépendait celle de savoir si l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie était compétente pour connaître d'une demande de mesures conservatoires dirigée contre l'OFT-NC, auquel était reproché un abus de position dominante.

Cette autorité avait, en effet, jugé qu'il existait un marché de gros des services de capacités de connectivité internationale, comprenant les services de transmission de communications électroniques extérieures à la Nouvelle-Calédonie principalement par câble sous-marin, et sur lequel l'OPT-NC était le principal opérateur, intervenant en tant qu'offreur et en tant que propriétaire de toutes les infrastructures de télécommunications internationales, dont un câble sous-marin. Elle avait également retenu que ce marché était ouvert à la concurrence, en ce que les dispositions du CPTNC ne conféraient pas expressément à l'OPT-NC des droits exclusifs pour la fourniture de services de capacités de connectivité internationale à haut débit par câble sous-marin. Elle en avait déduit qu'elle était compétente pour apprécier la conformité aux règles de la concurrence des décisions en cause prises par l'OPT-NC, en ce qu'elles étaient détachables de sa mission de service public. Elle avait prononcé des mesures conservatoires en l'état des pratiques reprochées à l'OPT-NC par la société requérante.

La cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre cette décision, l'a annulée et a déclaré irrecevables les demandes formées par la société requérante, considérant que l'OPT-NC était titulaire d'un monopole de droit sur l'exploitation des réseaux et services des télécommunications ouverts au public qui relèvent du service public des télécommunications en Nouvelle-Calédonie, que ce monopole s'étendait aux supports matériels de transmission parmi lesquels figurent les câbles sous-marins, et que, dès lors, l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie n'était pas compétente pour statuer sur la saisine en cause.

Dans son pourvoi, la demanderesse faisait valoir que les articles 211-3 et 221-2 du CPTNC ne conféraient aucun monopole de droit à l'OPT-NC s'agissant des activités qui relèvent du service public des télécommunications, et, en tout état de cause, que conformément à l'article 221-2 de ce code, ce monopole ne couvrait pas le marché des services de fourniture de connectivité internationale par câble sous-marin. Elle se prévalait de la lecture nécessairement restrictive à laquelle les textes en cause devaient donner lieu, en l'état de l'atteinte portée à la liberté du commerce et de l'industrie par toute autre interprétation.

La chambre commerciale n'a pas suivi cette thèse.

Elle a déjà jugé que les textes conférant un monopole légal doivent être interprétés strictement, en considération du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Voir ainsi Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-21.615, Bulletin civil 2003, IV, n° 31, et Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-11.545.

Le principe d'une limitation du champ du monopole aux actes pour lesquels il est prévu a été également affirmé par la chambre criminelle dans un arrêt du 29 juin 2021, publié (Crim., 29 juin 2021, pourvoi n° 20-83.292), relatif au monopole des masseurs-kinésithérapeutes, cette chambre jugeant que la loi avait clairement redéfini le champ d'intervention exclusif des masseurs-kinésithérapeutes, le limitant s'agissant des massages, à ceux à visée thérapeutique.

Dans l'affaire en cause, la cour d'appel avait d'abord estimé que, depuis le transfert de compétence dans le domaine des télécommunications résultant de l'article 22, 7°) de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le CPTNC, institué par délibération du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, constituait le seul texte pertinent pour trancher le litige. Elle avait ensuite relevé que l'article 211-3, 1°) de ce code affirme que le service public de télécommunications relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie et qu'il est assuré par l'OPT-NC. Elle avait retenu que ce texte désigne uniquement cet office pour assurer ce service ainsi que l'accès aux réseaux et services des télécommunications ouverts au public. Elle avait également analysé la portée de ce 1°) en contemplation du 2°) de ce même article, lequel renvoie, pour les activités de télécommunications qui ne dépendent pas de ce service public, aux règles du titre III de ce code qui prévoit, à l'article 231-1, que certaines de ces activités sont simplement soumises à autorisation du gouvernement, tandis que d'autres, énumérées à l'article 231-3, sont exercées librement, sans intervention de la part de l'OPT-NC. L'arrêt avait également procédé à la lecture combinée des 1°) et 2°) de l'article 211-3 et des articles 231-1 et 231-3 du CPTNC, pour en déduire que ces dispositions confèrent à l'OPT-NC, seul, l'exercice et l'exploitation des activités relevant du service public des télécommunications et n'autorisent l'intervention d'autres opérateurs que pour les activités ne relevant pas de ce service et énumérées au titre III. Enfin, la cour d'appel avait également relevé que le libellé de l'article 221-1 qui prévoit que « [l]e service public des télécommunications est assuré par l'office des postes et télécommunications dans le respect des principes d'égalité, de continuité, de neutralité et d'adaptabilité », n'envisageait pas d'autre opérateur que l'OPT-NC susceptible d'assumer cette charge.

La chambre commerciale a approuvé cette analyse conduisant à retenir que l'OPT-NC disposait d'un monopole de droit sur l'exploitation des réseaux et services des télécommunications ouverts au public qui relèvent du service public des télécommunications en Nouvelle-Calédonie et que, par conséquent, il disposait de droits exclusifs sur ces réseaux et services.

S'agissant de l'étendue de ce monopole fixée par l'article 221-2 du CPTNC, la chambre a également approuvé l'interprétation faite par l'arrêt attaqué de la notion de supports matériels de transmission de signaux qui y figure. La cour d'appel avait, à cet égard, retenu que ces termes désignaient une catégorie de support dont font partie les câbles sous-marins.

Ainsi, la lecture stricte des textes opérée par la cour d'appel, qui se distingue d'une interprétation restrictive restreignant *contra legem* le champ du monopole institué par ces textes, a-t-elle été validée par la chambre commerciale, conformément à sa jurisprudence antérieure.

PRESCRIPTION CIVILE

Interruption - Acte interruptif - Énumération limitative

- Com., 18 mai 2022, pourvoi n° 20-23.204

Une mise en demeure de payer interrompt-elle la prescription ?

L'arrêt commenté est l'occasion de reconduire, sous l'empire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, une solution jurisprudentielle régulièrement énoncée sous l'empire des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de cette loi (v. not. : Com. 13 oct. 1992, n° 91-10.066, Bull. n° 308 ; Civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, n° 94-16.157, Bull. n° 27 ; Civ. 2^e, 14 mai 2009, n° 08-17.063, Bull. n° 124). En effet, sauf exceptions non en cause en l'espèce (par exemple pour l'action en recouvrement des prestations

sociales, V. l'article L. 133-4-6 du code de la sécurité sociale, issu de la loi de financement de la sécurité sociale du 24 décembre 2009), le principe est qu'une mise en demeure de payer n'interrompt pas le délai de prescription civile de droit commun, et ce même si cette lettre a été envoyée avec demande d'avis de réception. La solution est, en l'espèce, appliquée à une action en paiement de loyers dus au titre d'un contrat de location d'un matériel.

RÉFÉRÉS

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé précontractuel - Manquement aux obligations de publicité et de concurrence - Nullité - Liste limitative

- Com., 11 mai 2022, pourvoi n° 19-24.270

La liste des cas d'ouverture du recours contractuel en cas de manquement aux règles de mise en concurrence et de passation des marchés est-elle limitative?

En matière de commande publique le législateur a, par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009¹ qui transpose la directive 2007/66/CE², mis en place, pour les personnes dont les intérêts sont susceptibles d'être lésés par un manquement aux règles de mise en concurrence et de passation des marchés, un mécanisme de recours successifs en référé (aujourd'hui procédure accélérée), recours précontractuel puis contractuel.

Si le recours précontractuel est largement ouvert et permet au juge de prononcer de nombreuses mesures de remédiation, le recours contractuel, prévu par l'article 16 de l'ordonnance, est réduit à un certain nombre de cas pour lesquels le juge doit prononcer la nullité du contrat et qui sont les cas les plus graves des violations des règles de la commande publique (absence de publicité ; cas particuliers propres aux accords cadre et aux systèmes d'acquisition dynamique ; conclusion du contrat pendant le délai de stand-still ou pendant un délai de suspension ordonné à l'occasion d'une procédure de recours précontractuel).

Le litige portait en l'espèce sur la question de savoir si cette liste est limitative.

À la suite de la réponse apportée par le Conseil constitutionnel à la question, transmise dans cette affaire, par une décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, selon laquelle « *L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique est conforme à la Constitution* », la chambre commerciale a statué au fond.

Elle a jugé que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 énonçait bien une liste restrictive des cas dans lesquels la nullité du contrat devait être prononcée. Cette analyse est conforme à l'intention du législateur européen qui, au considérant 28 de la directive 2007/66/CE, a précisé que le recours contractuel était subsidiaire au recours précontractuel qui devait être favorisé. Elle est aussi dans la ligne de la jurisprudence du Conseil d'État qui statue dans le même sens³, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, disposition jumelle pour le droit administratif de l'article 16 précité.

Cette analyse a conduit la chambre à procéder, dans le même temps, à un contrôle de conventionnalité de cette disposition et à examiner si cette restriction ne constituait pas une atteinte au droit des entreprises

¹ Ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

² Directive 2007/66CE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

³ Notamment, CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, n° 343435 ; 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, n° 372214 ; CE, 23 janvier 2017, Société Decremps BTP, n° 401400

évincées à un recours effectif garanti par les articles 6 § 1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. On sait, en effet, que la décision de conformité rendue par le Conseil constitutionnel est sans influence sur ce contrôle (CJUE, 22 juin 2010, Melki (C-188/10) et Abdéli (C- 189/10) et Crim., 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-81.929).

À ce titre, la chambre commerciale a procédé au contrôle en trois étapes issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle le droit à un tribunal, dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, « *n'est pas absolu et se prête à des limitations car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation* ». Toutefois, « *ces limitations ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même* » (CEDH, 15 mars 2018, Naït-Liman c. Suisse, req. n° 51357/07, cf. § 114). Pour cela, elles doivent poursuivre un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (même arrêt, § 115 et jurisprudence citée).

Suivant l'analyse à laquelle avait procédé le Conseil constitutionnel, la chambre a ainsi retenu que par la limitation des cas pour lesquels le juge devait prononcer la nullité du contrat, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente des contrats de la commande publique après leur conclusion et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles ainsi que la confiance dans les relations économiques, poursuivant ainsi un but légitime. Elle a aussi retenu que cette procédure s'inscrivait dans un mécanisme d'ensemble qui permettait de remédier de façon anticipée, dans le cadre du recours précontractuel, aux manquements aux règles de la commande publique et que si pour certains marchés, comme les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité adjudicatrice peuvent être dispensés de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer un délai avant de conclure le contrat, les candidats qui auraient été irrégulièrement évincés pouvaient exercer une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement et obtenir ainsi réparation du préjudice qui en serait résulté pour eux. Elle en a déduit que la limitation des cas dans lesquels les candidats à un marché privé de la commande publique évincés peuvent agir en référé contractuel est proportionnée au but légitime poursuivi et que, par conséquent, elle ne prive pas ces candidats de leur droit à un recours effectif.

Cet arrêt laisse ouverte la question de savoir si un recours de droit commun en annulation pourrait aboutir au regard des nouvelles dispositions issues de la réforme du droit des obligations. Ce recours est possible en droit public, à certaines conditions, depuis les arrêts du Conseil d'État Tropic (CE 16 juillet 2007, Tropic travaux signalisation n° 291545) et Tarn-et-Garonne (CE. Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994), cependant le droit privé ne présente pas la même souplesse que le droit public et la voie pourrait s'avérer étroite.

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé contractuel - Recevabilité - Exclusion - Contrats de concession - Contrat d'attribution d'un service de dépannage

- Com, 22 juin 2022, pourvoi n° 19-25.434

Cette affaire qui posait, par le pourvoi incident, la question de la recevabilité du recours en référé contractuel formé par une entreprise de dépannage évincée d'un appel d'offres lancé par une entreprise concessionnaire d'autoroute, a conduit la chambre commerciale à s'interroger, d'une part, sur l'applicabilité des dispositions de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière à de tels opérateurs, d'autre part, à la qualification de ces contrats.

Sur le premier point, il convient de préciser que la compétence du juge des référés statuant en matière précontractuelle ou contractuelle en application des dispositions de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 est une compétence d'attribution qui doit donc rester dans la limite des situations prévues par les dispositions de ces textes.

Ce principe de droit général a été rappelé par le Conseil d'État dans un arrêt du 30 avril 2019 par lequel il a précisé qu'« *Il appartient au seul législateur, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution selon lesquelles la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, de rendre applicable à des contrats passés par des personnes privées le recours au juge du référé précontractuel. [...]* » (CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing France, n° 426698), ce qui vaut pareillement pour le juge des référés contractuel.

En matière d'attribution de marchés de travaux ou de services passés par un concessionnaire d'autoroute, l'article L. 122-20 du code de la voirie routière prévoit spécifiquement qu'en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés de travaux, fournitures ou services, passés par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession, il est fait application des dispositions de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009.

La difficulté résidait en l'espèce dans la référence par ce texte au terme de « marché » car le législateur en a apporté une définition très précise par distinction avec la concession.

L'article L. 1111-1 du code de la commande publique énonce en effet qu'un marché est un contrat « *passé pour répondre aux besoins des acheteurs en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent* ». Le marché se différencie ainsi de la concession qui, en application de l'article 1121-1 du même code, correspond à un contrat par lequel « *[...] les autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ». Ce texte précise encore au sujet du risque transféré que : « *La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés* ».

C'est donc au transfert de risque financier de l'exploitation du service que l'on distingue un marché d'une concession, comme l'a jugé le Conseil d'État dans deux arrêts des 23 mai 2018 et 9 juin 2021, (CE, 25 mai 2018, Société Philippe Vediaud publicité, n° 416825 et 416947 ; CE, 9 juin 2021, Ville de Paris C/ Société Allo Casse Auto, n° 448948).

Le juge des référés, dont l'ordonnance était attaquée dans ce pourvoi, avait estimé que l'entreprise de dépannage ne subissait aucun risque puisqu'elle était en situation de monopole et qu'il s'agissait donc d'un marché. Il avait confondu en cela deux risques : le risque concurrentiel et le risque d'exploitation.

Il est certain que l'entreprise de dépannage, seule désignée par la société concessionnaire à l'issue de l'appel d'offres, ne se verrait pas concurrencer. Mais, d'une part, cela ne signifiait pas qu'elle pouvait imposer ses prix car ceux-ci étaient contraints par ce qu'elle avait indiqué dans le cadre de sa réponse à l'appel d'offres, d'autre part, cela ne l'exonérait nullement des risques de l'exploitation qui dépendait de paramètres de demandes et de contraintes dont elle n'avait aucune maîtrise.

La motivation constituait en conséquence une violation de l'article L. 122-2 du code de la voirie routière.

Le juge des référés avait complété sa motivation en énonçant qu'il résulterait de l'interprétation de l'article L. 122-12 du code de la voirie routière soutenue par la société Atlandes la privation pour les candidats évincés de tout recours judiciaire à raison de manquements commis par une société concessionnaire d'autoroute.

Cette motivation était elle aussi erronée, puisque le droit commun offre à toute société évincée d'un appel d'offres d'autres voies pour exercer ses droits, ne serait-ce que par la voie d'une action en responsabilité, ainsi que l'a jugé la chambre commerciale par un arrêt du 11 mai 2022, pourvoi n° 19-24.270.

La cassation étant encourue tant sur le pourvoi principal que sur le pourvoi incident, la chambre commerciale l'a prononcée sur ce seul pourvoi incident qui, portant sur la recevabilité de l'action initiale, était préalable.

Elle a ensuite estimé qu'il était justifié par l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'elle statue au fond, ce qui l'a conduite à préciser la nature du contrat conclu en l'espèce.

Après avoir rappelé le principe de la compétence d'attribution du juge des référés précontractuel et contractuel, la chambre commerciale a énoncé que l'article L. 122-20, 2° du code de la voirie routière réserve cette compétence aux marchés à l'exclusion des contrats de concession. Elle a ensuite relevé qu'il n'était pas contesté, d'une part, que le contrat en cause ne prévoyait ni rémunération versée par le concessionnaire d'autoroute ni mécanisme de compensation des pertes éventuelles, d'autre part, que l'entreprise sélectionnée ne maîtrisait pas le nombre et le volume des prestations à accomplir, de sorte qu'elle supportait les risques liés à l'exploitation du service rendu. Elle en a déduit que le contrat en cause ne constituait pas un marché au sens des dispositions de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique, de sorte que la société évincée de l'appel à concurrence n'était pas recevable à se prévaloir des dispositions de l'article L. 122-20, 2° du code de la voirie routière.

Applications diverses - Contrats de la commande publique - Référé contractuel - Recevabilité - Recours précontractuel antérieur - Conditions - Ignorance de l'effectivité de la conclusion du marché - Domaine d'application - Détermination

- Com., 7 septembre 2022, pourvoi n° 20-21.222

La chambre commerciale écarte l'application automatique de l'interdiction d'une action en contestation de validité du contrat en l'absence de recours préalable en procédure précontractuelle.

L'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique¹ ouvre aux personnes susceptibles d'avoir été lésées par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence de la commande publique, la possibilité de former un recours en contestation de la validité d'un contrat conclu à la suite d'une telle procédure.

Ce recours, dit contractuel, est limité par les dispositions des articles 12 et 13 de la même ordonnance, l'article 12, en particulier, précisant qu'il n'est pas ouvert au demandeur qui aurait précédemment introduit un recours dit précontractuel, prévu à l'article 2 ou à l'article 5 de l'ordonnance lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

L'espèce concernée par cet arrêt relevait de telles circonstances, mais dans une configuration un peu particulière, liée à la période de confinement.

En effet, l'appel d'offre avait été publié à la fin du mois de janvier 2020 et ses résultats avaient été communiqués aux candidats par lettre du 10 mars 2020. La société évincée avait, en avril 2020, assigné la société adjudicatrice en procédure accélérée au fond dans le cadre précontractuel, mais, en raison du confinement ordonné pour lutter contre la propagation du Covid-19, n'avait pas déposé l'assignation au greffe. Constatant cette absence de dépôt, la société adjudicatrice l'avait informée de son intention de conclure le contrat avec les entreprises attributaires, ce qui fut fait plusieurs semaines plus tard, mais sans que la société évincée en soit informée.

¹ Cette ordonnance transpose, pour ce qui concerne les contrats de droit privé, la directive 2007/66 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Le confinement levé, cette dernière avait finalement déposé son assignation au greffe. Elle avait parallèlement déposé un recours en contestation de la validité du contrat.

Dans ces circonstances, la voie précontractuelle avait été fermée par la conclusion du contrat, le juge saisi n'ayant plus rien à juger, et l'article 12 de l'ordonnance, précité, fermait, à son tour, la porte au recours contractuel.

Face à cette situation de blocage liée à l'articulation des textes, sans que le demandeur au recours en soit responsable et ait eu véritablement la possibilité d'intervenir pour la sauvegarde de ses droits, la chambre commerciale a suivi le Conseil d'État, qui dans une situation différente, mais analogue, s'était, par un arrêt du 10 novembre 2010 (CE, 10 novembre 2010, Etablissement Public National des Produits de l'Agriculture et de la Mer (France Agrimer), n° 340944) prononcé pour une application nuancée et non automatique des dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, dispositions jumelles en droit public de l'article 12 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009.

Par cet arrêt le Conseil d'État avait en effet considéré que ces dispositions « [...], qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur [...] ».

Cette jurisprudence est justifiée par l'esprit du mécanisme mis en place par la directive du 2007/66 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007² ainsi que des textes assurant, en droit interne public et privé, sa transposition. Ce mécanisme en effet, privilégie la contestation avant la passation du contrat, la nullité de la procédure ayant des conséquences juridiques moins lourdes que celles de l'annulation du contrat conclu à l'issue de la procédure, mais il serait néanmoins inique et non conforme aux objectifs d'amélioration de l'efficacité des recours d'empêcher un candidat évincé de faire valoir ses droits pour une raison de pure procédure sur laquelle il n'a eu aucune maîtrise.

En accord avec cette analyse, la chambre commerciale, a, par une formulation inspirée de celle de Conseil d'État, énoncé que l'obstacle du recours préalable en procédure précontractuelle ne devait pas s'opposer à une action en contestation de la validité du contrat, lorsque le candidat évincé était, au moment de la saisine, dans l'ignorance de l'effectivité de la conclusion du marché par la société adjudicatrice, même s'il avait été informé de la conclusion à venir de celui-ci.

² Directive du 2007/66 CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

Parts sociales - Cession - Prix - Fixation - Fixation par expert - Désignation par le président du tribunal - Refus - Décision susceptible d'appel

- Com., 25 mai 2022, pourvoi n° 20-14.352

En cas de refus de désignation d'un tiers estimateur sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil, motivé par une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée à une précédente décision de refus, les parties disposent-elles d'une possibilité de recours ?

Institution exorbitante du droit commun, l'article 1843-4 du code civil permet, notamment en cas de retrait, exclusion, décès d'un associé ou refus d'agrément d'un cessionnaire, de faire fixer la valeur des droits sociaux concernés par un expert, dont l'évaluation s'imposera aux parties et au juge.

Cet expert – qu'il serait plus juste de qualifier de tiers-estimateur – doit être désigné par le président du tribunal (judiciaire ou de commerce), selon la procédure accélérée au fond (anciennement en la forme des référés), et sans recours possible.

Répondant à l'objectif manifeste d'apporter une solution rapide et efficace à la situation d'un associé qui, volontairement ou non, quitte la société et doit obtenir le remboursement de ses droits sociaux, ce mécanisme est cependant susceptible de placer les parties face à une situation difficile, lorsque le président du tribunal ne fait pas droit à la demande de désignation d'un expert.

En effet, retenant une lecture stricte du texte, la jurisprudence refusait jusqu'à présent toute possibilité de recours en cas de refus de désignation de l'expert, hormis un appel-nullité en cas d'excès de pouvoir – certains évoquaient alors un excès de pouvoir négatif –, hypothèse marginale et dont la jurisprudence ne fournissait guère d'illustrations.

Ainsi, lorsque seule une erreur de droit sur les conditions d'application de l'article 1843-4 du code civil était invoquée au soutien d'un recours, la jurisprudence le déclarait invariablement irrecevable.

Critiquée par une partie de la doctrine, cette solution s'avérait paradoxalement contraire à l'objectif de clarifier rapidement les droits pécuniaires des parties.

Certes, longtemps cantonnés à l'examen de conditions d'application peu nombreuses, les présidents de juridictions saisis sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil ne refusaient de faire droit à la demande de désignation d'un expert que dans des cas relativement rares. Toutefois, l'élargissement de l'office du juge, résultant de la réforme du 29 juillet 2014, fait peser un risque accru que, sur des questions potentiellement controversées comme le caractère déterminable ou non de la valeur des droits sociaux au regard des stipulations des statuts ou de la convention des parties (article 1843-4 II du code civil), le juge décide de ne pas faire droit à la demande de désignation.

Prenant acte des difficultés déjà apparues et anticipant celles à venir, la chambre commerciale, financière et économique a, dans l'arrêt du 25 mai 2022, opéré un important revirement en ouvrant un recours en réformation en cas de refus, pour quelque cause que ce soit, de désignation d'un expert par le président du tribunal.

Ainsi, qu'elle soit fondée sur les conditions d'application spécifiques de l'article 1843-4 du code civil ou sur une question plus générale, comme, en l'espèce, une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée, la décision du président refusant de désigner un expert pourra être déférée à la cour d'appel, laquelle disposera du même pouvoir d'appréciation que le premier juge pour examiner le bien-fondé, en droit et en

fait, de la demande. En particulier, elle disposera du pouvoir de désigner elle-même un expert, si, infirmant la décision de première instance, elle considère que les conditions d'une telle désignation sont réunies.

Il s'agit là d'une évolution également notable puisque, en cas d'annulation pour excès de pouvoir d'une décision de première instance, la jurisprudence décide de manière constante que la cour d'appel ne dispose pas du pouvoir de désigner elle-même un expert.

Cette évolution, induite par l'effet dévolutif de l'appel, placera le juge d'appel dans la même situation que le juge de première instance : si la cour d'appel infirme l'ordonnance et fait droit à la demande de désignation, sa décision ne sera elle-même susceptible de recours qu'en cas d'excès de pouvoir. Dans le cas contraire, celui d'une confirmation du refus de désignation de l'expert, un pourvoi en cassation visant un cas d'ouverture à cassation autre qu'un excès de pouvoir devrait être possible.

La possibilité d'un appel-réformation ainsi ouverte devrait permettre un examen rapide de l'affaire, l'appel des décisions rendues selon la procédure accélérée au fond relevant de la procédure à bref délai régie par l'article 905 du code de procédure civile.

Il est à noter que dans la présente affaire, où la nouvelle demande de désignation d'un expert avait été déclarée irrecevable comme se heurtant à une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée attachée à une précédente décision de refus, les demandeurs au pourvoi, qui n'avaient pas formé d'appel-nullité, se réclamaient du bénéfice de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce n'est pas le fondement retenu par la chambre commerciale pour infléchir sa jurisprudence et ouvrir la voie d'un appel-réformation : or, en toute logique, la Cour de cassation aurait dû, conformément à l'article 605 du code de procédure civile, déclarer le pourvoi irrecevable comme étant formé contre une décision n'ayant pas été rendue en dernier ressort. Cependant, afin de ne pas pénaliser les parties en risquant de les priver d'une possibilité de recours, ouverte par le revirement ainsi opéré et qu'elles ne pouvaient anticiper, la Cour a néanmoins déclaré le pourvoi recevable et l'a examiné au fond, pour le rejeter.

Mandataire ad hoc - Désignation - Conditions - Détermination

- Com 21 septembre 2022, n° 20-21.416

Un mandataire ad hoc n'est pas un administrateur provisoire - conséquences de cette règle sur leur désignation.

L'arrêt commenté permet à la chambre commerciale de rappeler que l'administrateur provisoire et le mandataire ad hoc étant désignés dans des circonstances différentes, leur nomination répond à des conditions différentes.

Il permet également de préciser les conditions de nomination d'un mandataire ad hoc selon que la demande est faite sur le fondement du droit commun du référé ou d'un texte spécial.

L'administrateur provisoire remplace les dirigeants de la société et est investi d'un mandat judiciaire général d'administration de la société.

Il s'agit, ainsi, d'une mesure exceptionnelle, et c'est pourquoi il est jugé, de manière constante, que la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire suppose que soit rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et la menaçant d'un péril imminent (Cass com. 6 février 2007, n° 05.19-008, Bull IV n° 28).

Le mandataire ad hoc est, quant à lui, investi par le juge d'un mandat spécial d'accomplir un acte ou des tâches précises. Le dessaisissement des dirigeants n'est, dans une telle hypothèse, que partiel et ils

conservent, sauf pour la mission confiée par le juge au mandataire ad hoc, leur pouvoir de représentation et de gestion de la société.

Lorsque la demande de désignation d'un mandataire ad hoc est fondée sur le droit commun du référé, il devra être établi la condition de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite requise par l'article 873 du code de procédure civile, ou celle de l'urgence posée à l'article 872 de ce code.

C'est cette distinction entre l'administrateur provisoire et le mandataire ad hoc qu'a méconnue la cour d'appel, ce qui a justifié la cassation de son arrêt. Saisie, sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile, d'une demande de désignation d'un mandataire ad hoc pour représenter la société dans le cadre d'une instance judiciaire l'opposant à ses fournisseurs, elle a, en effet, ajouté aux conditions prévues par la loi en exigeant la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de cette société et la menaçant d'un péril imminent, preuve qui n'est requise que pour la nomination d'un administrateur provisoire.

En revanche, lorsqu'une juridiction est saisie, en référé, d'une demande de désignation d'un mandataire ad hoc sur le fondement d'un texte spécial (à titre d'exemple, pour convoquer une assemblée générale, article L. 225-103 du code de commerce, pour accomplir la mission de publicité omise ou irrégulièrement opérée par les représentants légaux de la société, article L. 235-7 de ce code, pour accomplir les formalités nécessaires afin de couvrir certaines nullités d'actes et de délibérations encourues en matière de sociétés par actions, même article L. 235-7, ou encore pour représenter la société dans le cadre d'une action ut singuli lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre la société et ses représentants légaux, articles R. 223-32 et R. 225-170 du même code), il s'agit d'une compétence spéciale du juge des référés, excluant l'application du droit commun de la procédure de référé.

La demande de désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'un de ces textes spéciaux n'est, par suite, et ainsi que l'a jugé la chambre commerciale (Cass com 13 janvier 2021, n° 18-24.853, P), subordonnée ni au fonctionnement anormal de la société, ni à la menace d'un péril imminent ou d'un trouble manifestement illicite, mais seulement à la démonstration de sa conformité à l'intérêt social.

Qualité d'associé d'un conjoint - revendication

- Com., 21 septembre 2022, n° 19-26.203

En vertu de l'article 1832-2 du code civil, créé dans un souci d'égalité entre époux par la loi du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, lorsqu'un époux emploie des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables, il doit en avertir son conjoint et en justifier dans l'acte. La qualité d'associé est en principe reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition mais l'alinéa 3 du même texte prévoit que la qualité d'associé peut être reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé.

L'arrêt commenté est l'occasion, pour la chambre commerciale de Cour de cassation, de répondre à plusieurs questions inédites relatives à cette revendication de la qualité d'associé par le conjoint d'un époux apporteur :

La société est-elle recevable à s'opposer à une telle revendication au motif que l'autre époux exercerait une profession séparée et que les parts sociales acquises par lui seraient nécessaires à l'exercice de cette profession ?

Selon l'article 223 du code civil, chaque époux peut librement exercer une profession. Et aux termes de l'article 1421, alinéa 2, du même code, l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, une société soutenait, à hauteur de cassation, que ces textes s'opposent à ce qu'un conjoint revendique la qualité d'associé lorsque l'époux apporteur exerce une profession séparée et que les

parts sociales qu'il a acquises sont nécessaires à l'exercice de cette profession. Selon la chambre commerciale, le moyen ne peut être accueilli : les articles 223 et 1421, alinéa 2, du code civil ayant pour seul objet de protéger les intérêts de l'époux exerçant une profession séparée, la société dont cet époux est associé n'est pas recevable à se prévaloir de l'atteinte que la revendication, par le conjoint de celui-ci, de la qualité d'associé, serait susceptible de porter au droit d'exercer une telle profession.

L'affectio societatis constitue-t-il une condition de la revendication de la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2, alinéa 3, du code civil ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation approuve l'arrêt attaqué d'avoir répondu de manière négative à cette question, s'inscrivant ainsi dans la continuité de d'un arrêt du 11 juin 2013 qui avait jugé que l'affectio societatis n'était pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux (Com., 11 juin 2013, n°12-22.296, Bulletin 2013, IV, n°100).

La renonciation du conjoint à revendiquer la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2, alinéa 3, du code civil peut-elle être tacite ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation avait admis, dans un arrêt du 12 janvier 1993 (Com., 12 janvier 1993, n°90-21.126, Bulletin 1993, IV, n°9), qu'un époux pouvait renoncer à revendiquer la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2, alinéa 3, du code civil mais elle ne s'était pas prononcée sur la possibilité d'une renonciation tacite. C'est désormais chose faite : la chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt attaqué qui avait exclu toute possibilité de renonciation tacite, rappelant la règle générale dégagée par la jurisprudence selon laquelle la renonciation à un droit peut être tacite dès lors que les circonstances établissent, de manière non équivoque, la volonté de renoncer (voir notamment ch. mixte, 26 avril 1974, n°72-10.770, Bulletin des arrêts Cour de cassation chambre mixte N. 1 P.1 ; Com., 3 février 2015, n°13-28.272).



Retrouvez l'actualité de la Cour de cassation sur courdecassation.fr

Suivez la Cour de cassation sur Twitter , Facebook  et LinkedIn 

Retrouvez [les arrêts de la chambre commerciale, financière et économique publiés au Bulletin et au Rapport](#)

Retrouvez [le panorama annuel de jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique](#)

La Lettre de la chambre commerciale, financière et économique n° 8 – octobre 2022

Directeur de publication : Vincent Vigneau

Comité de rédaction : Ronan Guerlot, Stéphanie Kass-Danno et Mélanie Bessaud

Conception : service de documentation, des études et du rapport

Diffusion : Cour de cassation