

plus dubitatif sur le domaine d'application que la Cour assigne à la seconde pour la qualifier de spéciale : elle « *ne concerne* », selon ses termes, « *que les commerçants* ». On passera sur l'approximation d'une telle affirmation, lorsque la Cour cite juste au-dessus l'article en question qui ne se réduit nullement aux commerçants, mais vise à leurs côtés tout producteur, industriel ou artisan dans ses rapports avec un partenaire commercial (le champ du texte ayant au demeurant été étendu entretemps par l'ordonnance du 24 avr. 2019, que la Cour de cassation a appliquée par anticipation en censurant la position trop restrictive de la Cour d'appel de Paris : Com., 15 janv. 2020, n° 18-10512, nos obs., Lettre distrib. 02/2020). Outre cela, la Cour fait fi des principes élémentaires d'articulation entre règles de droit commun et spécial, en ce qu'elle inverse le principe et l'exception : là où le droit commun cède lorsqu'une situation entre dans le domaine du droit spécial, ce que rappelle l'alinéa 3 de l'article 1105 C. civ. (simple consécration de l'adage *specialia*), ici, la Cour affermit l'emprise du droit commun au détriment du spécial. Sauf à ce qu'elle préjuge en l'espèce que n'étant pas face à deux commerçants – ce qui reste encore à vérifier –, donc qu'étant hors du domaine de la règle spéciale, celle de droit commun retrouve son empire. En tout état de cause, la formule est maladroite et dénote le malaise des juges face à un législateur qui, en accumulant des strates successives de normes régissant le déséquilibre significatif, a engendré des conflits entre elles qu'il n'a pas jugé bon de résoudre dans le sens d'une application exclusive, cumulative ou alternative, ce qui est fort regrettable quand on sait à quel point l'enjeu est crucial en pratique (sur toutes ces questions, S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, n° 827 et s.).

II. – Seconde espèce (CA Douai, 4 novembre 2019)

Faits et problème. Une société achète des écrans vidéo LED « *pour les besoins de son activité d'organisation d'événements* ». Mais le matériel neuf étant encore à produire en Chine, dans l'attente de la réception de la commande, le fournisseur lui prête un matériel équivalent. Ce dernier, se plaignant de la non-restitution du matériel prêté en dépit de la livraison effective du matériel acheté, l'assigne en dommages et intérêts. Étaient alors en jeu deux clauses des conditions générales de vente : l'une indiquant que le délai de livraison des marchandises n'était qu'indicatif, l'autre imposant à l'acheteur de retourner à ses frais la marchandise non conforme.

Analyse. Tandis que la première clause est exempte de tout déséquilibre significatif, tel n'est pas le cas de la seconde.

S'agissant de la **clause de délai de livraison indicatif**, le déséquilibre significatif est écarté et, partant, « *le prétendu retard de livraison invoqué par [l'acheteur] à l'appui de son exception d'inexécution ne peut entraîner la responsabilité contractuelle du vendeur* ». Il est intéressant de noter que la demande de l'acheteur fondée sur le déséquilibre significatif n'était qu'un préalable destiné à appuyer l'exception d'inexécution qu'il entendait mettre en œuvre afin d'échapper à sa propre responsabilité au titre de son retard à restituer le matériel prêté.

Le rééquilibrage du déséquilibre. Mais ce qui doit surtout attirer l'attention est la motivation des juges pour rejeter le déséquilibre significatif prétendument créé par ladite clause : « *la Cour qui relève que [l'acheteur] ne conteste pas avoir souscrit la vente connaissance prise des conditions générales de vente, retient que la clause de celles-ci qui indique que les délais de livraison sont indicatifs a été rééquilibrée par la négociation du contrat, dès lors que la clause de prêt de matériel équivalent vient objectivement remédier au déséquilibre qui sans cela en serait résulté* ». En étant quelque peu tatillon, on peut regretter que les juges ne soient pas plus méthodiques dans l'analyse successive et séquencée du domaine, puis de chaque condition d'application de l'article 1171 C. civ. – la caractérisation d'un contrat d'adhésion, puis celle du déséquilibre significatif que la clause litigieuse crée, enfin de l'éventuel rééquilibrage de celui-ci –. Le tout est en effet amalgamé dans une seule et unique motivation. Toujours est-il que l'on peut en tirer un certain profit. La négociation du contrat a le mérite d'être ciblée à trois reprises, bien qu'elle le soit plus ou moins maladroitement : que l'acheteur ait pris connaissance des conditions générales avant de souscrire la vente ne revient pas à ce qu'il ait pu à proprement parler les négocier ; souligner que « *si la livraison devait être évitée pendant telle période dont il était prévisible qu'elle serait particulièrement intense pour l'acheteur en raison de son activité d'organisation d'événements* » pour en déduire que l'acheteur « *a disposé des moyens pour l'inclure dans la négociation* » est pour le moins contestable, dans la mesure où l'acheteur a malgré tout été livré du matériel, aurait-il été de prêt ; l'argument tiré de la négociation du contrat apparaît en revanche bien plus à-propos lorsqu'il en est fait état pour établir que la clause de délai de livraison indicatif prévue dans le devis proposé par le vendeur crée, certes, un déséquilibre, mais qu'il est remédié à celui-ci par le fait que les parties « *ont néanmoins expressément stipulé que le vendeur prêterait un matériel équivalent* ». Dès lors, de deux choses l'une : on comprend que la clause litigieuse était bien à la source d'un déséquilibre significatif (« *déséquilibre qui sans cela [sous-entendu sans l'autre clause] en serait résulté* »), ce qui s'explique sans doute par le fait qu'en stipulant une date

indicative de livraison, le vendeur se décharge de l'obligation à laquelle il est normalement tenu en vertu des articles 1610 et 1611 C. civ. de livrer dans le temps convenu, outre que l'inspiration est patente des clauses abusives du Code de la consommation, lequel incrimine à l'article R. 212 -2, 7° les clauses stipulant « une date indicative d'exécution du contrat » ; mais on comprend aussi que la concession du vendeur relative au matériel prêté est un avantage pour l'acheteur, qui vient contrebalancer le déséquilibre. En somme, on ne peut que conseiller à la partie mise en cause d'apporter, en défense, la preuve contraire de ce que le déséquilibre, bien qu'identifié *prima facie* au regard de la clause litigieuse, se trouve compensé par une autre clause trouvée ailleurs dans le contrat ; en un mot, par une contrepartie qui, selon les juges, vient « *objectivement remédier* » audit déséquilibre. La clause litigieuse, ainsi replacée dans l'ensemble du contrat, est alors mise en perspective avec d'autres clauses susceptibles de « racheter » le déséquilibre qu'elle crée. Une telle approche globale, à l'échelle de l'ensemble du contenu du contrat examiné, est régulièrement suivie dans les droits spéciaux, et le juge de droit commun commence donc à suivre la même voie.

La seconde **clause qui impose à l'acheteur de retourner à ses frais la marchandise non conforme** dans les 48 h de la livraison, à peine de caducité du droit de s'en prévaloir, crée, quant à elle, un déséquilibre significatif et doit être réputée non écrite. Et ce, car « *une telle clause [...] a pour seul effet de rendre exagérément difficile à l'acheteur de mettre en jeu la responsabilité contractuelle du vendeur pour défaut de livraison conforme* ». Par où l'on retrouve, une fois encore, un fort air du droit de la consommation. En cela, bien que le texte de droit commun n'ait pas repris la formule de son homologue qui stigmatise comme abusives les clauses qui « *ont pour objet ou pour effet* » de créer un déséquilibre, l'inspiration est la même, dans la mesure où la clause en question n'a pas pour objet, frontalement, de priver l'acheteur de son droit à réparation, mais elle en a l'effet, de manière plus insidieuse : elle vise à le priver indirectement de ce droit puisqu'elle entrave son exercice en le soumettant à des modalités drastiques. Le résultat est donc le même, en ce qu'il lui sera sinon impossible, du moins extrêmement difficile, de fait, de le mettre en œuvre. De plus, la Cour ajoute que, « *bien [que cette clause] figure dans un paragraphe consacré à la livraison, [...] [elle] dépend en réalité d'un ensemble de stipulations extérieures à l'objet du contrat de vente qui a donné matière à la négociation et qui, dans les faits, ont été unilatéralement déterminées par le vendeur et soustraites à la négociation* ». Tous les ingrédients sont donc ici réunis pour identifier un véritable contrat d'adhésion. Outre que la Cour ajoute, de manière surabondante semble-t-il, que cette clause institue un déséquilibre au détriment de l'acheteur « *qui n'est pas de même spécialité que le vendeur* », comme un transfuge, en matière de délivrance conforme, des solutions propres à la garantie des vices cachés. Elle tend en tout cas par ce biais à ajouter à l'article 1171 une condition qu'il ne comporte pas, dès lors que la qualification de contrat d'adhésion du Code civil ne présuppose aucun rapport de force sous-jacent (ont par ex. été choisis les termes de clauses « déterminées à l'avance », bien plus neutres qu'« imposées »), contrairement à ses prédécesseurs des Codes de la consommation et de commerce, que l'inégalité des parties soit présumée dans le premier ou prenne la forme d'une « soumission ou tentative de soumission » dans le second.

S. Chaudouet

Panorama

CJUE, 18 novembre 2021, aff. n° C-306/20

Retour sur la distinction entre restriction de concurrence par objet et par effet

■ S'il ne révolutionne pas la pratique décisionnelle et juridictionnelle en la matière, cet arrêt de la Cour de justice s'avère intéressant pour son rappel et son application de la méthode de qualification d'une entente verticale en restriction de concurrence par objet.

Faits. Il appartenait à la Cour de justice de répondre à une question préjudicielle posée par une Cour administrative régionale lettone portant sur l'interprétation de l'article 101 § 1 TFUE et de l'article 4 § b du règlement d'exemption n° 330-2010. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant un fabricant de logiciels informatiques au Conseil de la concurrence de la Lettonie au sujet de la décision de ce dernier d'infliger à l'entreprise une amende pour violation

du droit de la concurrence. En l'occurrence, le fournisseur mis en cause avait conclu avec plusieurs distributeurs des accords d'approvisionnement en logiciels de comptabilité obligeant, au début du processus de vente avec l'utilisateur final, le distributeur à enregistrer la transaction potentielle dans une base de données créée par le fournisseur. En vertu de ces dispositions, le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction potentielle avec un client bénéficie d'une priorité pour la réalisation de l'opération de vente, à moins que l'utilisateur ne s'y oppose, et ce pour une durée de six mois à compter de l'enregistrement. Dans la mesure où seul le distributeur qui a été le premier à informer le fournisseur peut réaliser, pendant une période déterminée, l'opération de vente à ce client potentiel, le Conseil de la concurrence a considéré l'accord comme visant à limiter la concurrence entre distributeurs et comme s'analysant en une entente par l'objet au sens de l'article 11 de la loi de la concurrence lettone. Il a en outre estimé que l'accord en cause ne pouvait être exempté car il limitait la clientèle à laquelle les distributeurs peuvent vendre les logiciels. Saisie sur recours formé par le fournisseur, la Cour administrative régionale a décidé de surseoir à statuer et de soumettre plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice.

Problème. En substance, la juridiction lettone demande à la Cour si l'accord prévoyant que le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction se voit accorder, pendant six mois à compter de l'enregistrement, une priorité pour la réalisation de l'opération de vente peut être qualifié d'accord ayant pour objet ou effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 101 § 1 TFUE. Les juges européens sont par ailleurs interrogés sur le point de savoir si cette disposition doit être interprétée en ce sens que l'existence d'un accord restrictif de concurrence est exclue lorsque l'autorité chargée de la mise en œuvre de ladite disposition a procédé à une appréciation différenciée concernant l'imputation de la responsabilité de l'infraction.

Solution. Selon la Cour de justice, l'accord en cause ne saurait être qualifié de restriction de concurrence par objet si, compte tenu de ses termes, de ses objectifs et de son contexte, il ne présente pas un degré de nocivité suffisant. Quant à la question de l'existence d'un accord interdit en vertu de l'article 101 § 1 TFUE, elle est, en principe, différente de celle de l'imputabilité de la responsabilité de l'infraction et de l'imposition d'une sanction à une partie à l'accord, même si certains éléments factuels s'avèrent pertinents dans l'appréciation des deux questions.

Analyse.

À titre liminaire, la Cour de justice s'est déclarée compétente pour statuer sur les demandes de décision préjudicielle de la juridiction de Lettonie. S'il est fait observer que l'accord en cause n'est pas de nature à affecter les échanges entre les États membres et que le litige doit être résolu par l'application de la loi sur la concurrence lettone, la Cour se reconnaît en effet le droit d'interpréter les législations nationales qui se conforment, pour les solutions apportées à des situations purement internes, à celles retenues par le droit de l'Union (par ex. CJUE, 21 juill. 2016, C-542/14, *VM Remonts e.a.*, pt 17). Tel est le cas de l'article 11 de la loi lettone sur la concurrence qui instaure un cadre juridique identique à celui de l'article 101 § 1 du Traité. En revanche, dans la mesure la législation lettone ne comporte pas de dispositif d'exemption d'ententes verticales analogue, la Cour de justice s'estime incompétente pour répondre aux questions portant sur l'interprétation du règlement n° 330-2010.

Sur la qualification de l'accord en restriction de concurrence par objet ou par effet, la Cour de justice commence par rappeler que la notion de restriction par objet s'interprète strictement et ne peut être appliquée qu'à certains types de coordination entre entreprises révélant un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire (pt 60 et la jurisprudence citée). En présence de tels accords, il n'y a pas lieu d'en rechercher ni a fortiori d'en démontrer les effets sur la concurrence dans la mesure où l'expérience montre que ces ententes entraînent des réductions de la production et des hausses de prix au détriment des consommateurs (pt 58). Comment dès lors déterminer si une concertation entre entreprises revêt un degré de nocivité suffisant pour être qualifiée de restriction par objet ? L'observation de la jurisprudence de la Cour de justice permet de distinguer à cet égard deux sortes de restrictions par objet. Les premières, qualifiées par l'avocat général Wathelet de « noyau dur » (Concl., 25 juin 2015, aff. C-373/14, *Toshiba*, pt 73), correspondent aux pratiques types énumérées par l'article 101 § 1 TFUE, c'est-à-dire pour l'essentiel des restrictions horizontales flagrantes (fixation concertée des prix, établissement en commun de quotas de production, partage du marché). L'expérience accumulée par les autorités de contrôle depuis plus de soixante années autorise en effet à considérer sans difficulté que de telles pratiques répondent à l'exigence de nocivité intrinsèque. Mais comme le soulève ici la Cour, la circonstance qu'un accord est vertical n'exclut pas la possibilité que celui-

ci comporte une restriction par objet (pt 61). En effet, il est susceptible de se rattacher à la seconde catégorie de restrictions par objet qui englobe des accords plus atypiques et/ou complexes, dont les effets de nuisance ne sont pas aussi évidents au premier abord et qui, partant, nécessitent une analyse plus approfondie, sans toutefois pousser cette analyse jusqu'à l'étude des effets (Concl. préc., pt 74). Un accord vertical peut ainsi, dans certaines circonstances, présenter un degré suffisant de nocivité, compte tenu de la teneur de ses dispositions, des objectifs qu'il vise à atteindre et du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (pt 62).

S'il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier la teneur, l'objectif et le contexte pour déterminer si l'accord de distribution en cause a pour objet de restreindre la concurrence, des précisions sont apportées par la Cour afin de guider le juge letton dans cette appréciation (pt 64 et s.). Ainsi, pour la teneur de l'accord, elle relève que le libellé de la clause conférant au distributeur une « priorité pour la réalisation de l'opération de vente », tel que reproduit dans la décision de renvoi, ne précise pas en quoi consiste cette priorité. En ce sens, la Commission européenne, dans ses observations écrites présentées à la Cour, a considéré que cette stipulation n'apparaissait pas, à elle seule, interdire expressément aux distributeurs du fabricant de logiciels de s'adresser activement à un client potentiel ou de répondre aux demandes de ce client. C'est pourquoi il est laissé à la juridiction de renvoi le soin de déterminer la teneur exacte de l'accord en cause. Sur l'objectif poursuivi par l'accord, la Cour constate un désaccord entre les parties, l'entreprise mise en cause faisant valoir que celui-ci vise à organiser la collaboration avec les distributeurs, à évaluer la conformité des produits aux besoins de l'acheteur, à instaurer des modalités de collaboration équitables avec les distributeurs et à utiliser les ressources de manière rationnelle. Décidant de ne pas aller plus loin dans l'analyse de cette condition, elle laisse le soin à la juridiction lettone d'apprécier la véracité des objectifs annoncés. S'agissant enfin du contexte, il est seulement indiqué que son examen incombe à la juridiction de renvoi et que, pour ce faire, il y a lieu de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question (pt 62 et la jurisprudence citée). Par-delà le rappel de la méthode d'analyse d'une entente en restriction par objet, l'aide apportée par le juge européen au juge letton dans l'appréciation du degré de nocivité de l'accord litigieux s'avère donc en définitive bien mesurée.

Quant à l'existence d'un « accord » au sens de l'article 101 § 1 TFUE, la Cour de justice souligne qu'elle est différente de celle de l'imputation de la responsabilité de l'infraction et de l'imposition d'une sanction à une partie à cet accord, quand bien même certains éléments factuels pourraient s'avérer pertinents dans l'appréciation de ces deux problématiques (pt 96). En effet, la première question a trait aux conditions d'application de l'article 101 § 1 tandis que la seconde se rapporte aux conséquences de la violation de cette disposition, cette dernière question n'entrant, en principe, en ligne de compte que lorsqu'une infraction à ladite disposition est constatée au préalable. Dès lors, pour autant que l'existence d'un accord enfreignant l'article 101 § 1 soit établie conformément aux critères énoncés par cette disposition, l'appréciation de l'autorité chargée de la mise en œuvre de celle-ci concernant l'imputation de la responsabilité de l'infraction aux parties à cet accord ne saurait, en principe, avoir une incidence sur la constatation de cette infraction (pt 98).

L. Bettoni

Cass. com., 10 novembre 2021, n° 20-13.385

L'état de dépendance économique dans le contentieux de la rupture brutale... que comprendre ?

Faits. C'est à juste titre que les journalistes ont qualifié de séisme l'entrée de Free sur le marché français de la téléphonie mobile en janvier 2012. Son offre sans engagement, bien moins chère que celle jusque-là offerte par les trois opérateurs incontournables, opérait une modification de l'économie de ce marché mais aussi de ses standards de distribution, en proposant la souscription d'abonnements en ligne. Les opérateurs historiques devaient réagir et Bouygues Télécom initia des négociations avec son partenaire distributeur des offres de téléphonie également chargé du développement du réseau de points de vente depuis 1999. Aucun accord n'est trouvé et, fin novembre 2012, Bouygues notifie la rupture (telle est du moins la date que retient la Cour de cassation qui estime que le moyen qui la conteste n'est « manifestement pas de nature à entraîner la cassation ») au 31 décembre 2013. Le distributeur y voit une rupture brutale de sa relation et assigne Bouygues en réparation sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Des décisions aux solutions bien éloquentes se succéderont alors, le Tribunal de commerce condamnant