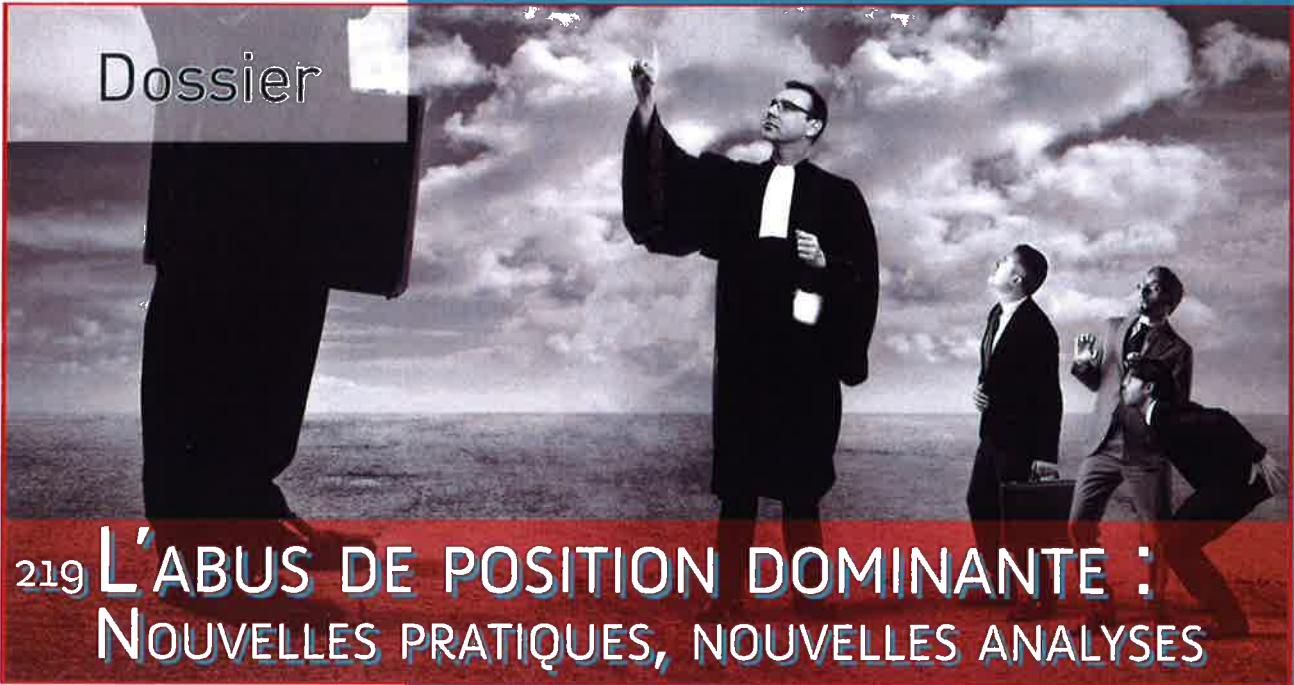


# AJ Contrats d'affaires

CONCURRENCE  
DISTRIBUTION

Dossier



235

Les clauses attributives de juridiction  
à l'épreuve du droit de la concurrence  
**Régis Pihéry**

238

La tentative de rationalisation  
de la commande publique par l'ordonnance  
et le décret sur les marchés publics  
**Bénédicte Grange**

260

Est-il opportun d'assouplir  
l'abus de dépendance économique ?  
**Louis Vogel et Joseph Vogel**

DA[LOZ



Version numérique incluse\*



## 213 Editorial

219 Dossier L'ABUS DE POSITION DOMINANTE :  
NOUVELLES PRATIQUES, NOUVELLES ANALYSES

Panorama sur l'abus de position dominante	220
Leyla Djavadi et Jean-Louis Fourgoux .....	
Référencement en ligne et abus de position dominante : quelles problématiques pour les plates-formes numériques ?	223
Noëlle Lenoir et Alice Jacquin.....	
Les nouvelles formes d'abus de position dominante en matière tarifaire	228
Muriel Chagny .....	
Abus de position dominante : la question de l'accès aux données	231
Michel Ponsard .....	

## 235 Pratiques

Les clauses attributives de juridiction à l'épreuve du droit de la concurrence	
Régis Pihéry .....	235

## 238 Question du mois

La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics	
Bénédicte Grange .....	238

## 242 Textes et décisions

## Contrats d'affaires

## CONTRAT PUBLIC DES AFFAIRES

Première application par la Cour de cassation de la notion (renouvelée) de clause exorbitante	
Civ. 1 <sup>re</sup> , 17 févr. 2016, n° 14-26.632, par Franck Lepron .....	242

## SOCIÉTÉ

Tiers et droit de préemption : Quelle conciliation ?	
Com. 2 févr. 2016, n° 14-20.747, par Roy Arakélian.....	243

## DIFFÉRENDS (CLAUSES ET CONTRATS)

Exception d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : nouvelle illustration	
Civ. 1 <sup>re</sup> , 24 févr. 2016, n° 14-26.964, par Magali Boucaron-Nardetto ..	245

## ACTE DE COMMERCE

Conditions de la commercialité de la vente d'électricité	
Civ. 1 <sup>re</sup> , 25 févr. 2016, n° 15-10.735, par Christine Lebel .....	247

## Concurrence

## PRATIQUES RESTRICTIVES

Réparation d'une rupture brutale de relations commerciales : le préjudice, tout le préjudice, mais rien que le préjudice	
Com. 16 févr. 2016, n° 14-21.338 et 14-22.914, par Christophe Pecnard et Agathe Duperray .....	248

## La Commission d'examen des pratiques commerciales se prononce sur les plates-formes en ligne de location de véhicules

Commission d'examen des pratiques commerciales, 14 janv. 2016, n° 16-02, par Bastien Mathieu .....	249
--	-----

## ENQUÊTE

Refus critiquable de reconnaître aux entreprises visitées un droit d'accès direct au juge au cours des visites domiciliaires	
Crim. 9 mars 2016, n° 14-84.566, par Elizabeth Gautier et Johanna de Mortillet .....	251

## 216 Au fil du mois

Les clauses attributives de juridiction à l'épreuve du droit de la concurrence	
Régis Pihéry .....	235

La tentative de rationalisation de la commande publique par l'ordonnance et le décret sur les marchés publics	
Bénédicte Grange .....	238

Un rappel à l'ordre sur les demandes de renseignements	
CJUE 10 mars 2016, n° C-247/14 P, par Irène Luc .....	252

INTERVENTION PUBLIQUE ET AIDE D'ÉTAT	
De l'applicabilité de la « doctrine Deggendorf » aux aides au sauvetage et de questions procédurales diverses	
TUE, 1 <sup>er</sup> mars 2016, n° T-79/14, par Benjamin Cheynel.....	254

DROIT INTERNATIONAL ET DROITS ÉTRANGERS	
Divulgation d'informations confidentielles dans le cadre d'une <i>private action</i> au Royaume-Uni	
Court of Appeal, civil division, 14 oct. 2015, n° [2015] EWCA Civ 1024, par Nathalie Lobel-Lastmann ....	256

Distribution	
OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE	
D'INFORMATION	
Contrat de franchise et obligation précontractuelle d'information	
Cour d'appel de Bordeaux, 9 févr. 2016, n° 13/07454, par Ombline Ancelin et Maëlle d'Harcourt .....	257

INTERMÉDIAIRES INDÉPENDANTS	
Exercice d'activités immobilières par un agent commercial : l'attention doit être portée sur le mandant !	
Civ. 1 <sup>re</sup> , 17 mars 2016, n° 14-21.738, par Arnaud Lecourt .....	258

## 260 Entretien

## Est-il opportun d'assouplir l'abus de dépendance économique ?

Louis Vogel et Joseph Vogel.....	260
----------------------------------	-----

contractuelle de son cocontractant : si ces clauses étaient généralement regardées comme exorbitantes du droit commun (par ex. T. confl. 5 juill. 1999, n° 3167, *UGAP c/ Société SNC Activ CSA*), cette solution n'était pas systématique (V. T. confl. 20 févr. 2008, n° 3623, *M. et M<sup>me</sup> Verrière c/ Communauté urbaine de Lyon*).

L'arrêt *Société AXA France IARD* précité du Tribunal des conflits a précisément eu pour objet de dépasser ces insuffisances, en retenant une approche davantage finaliste et recentrée sur la notion d'intérêt général. La clause exorbitante, emportant l'administrativité du contrat, doit ainsi désormais s'entendre comme celle qui, « notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». Concrètement, l'existence d'une clause exorbitante suppose dorénavant la réunion de deux conditions : la clause doit être inégalitaire à l'avantage de l'Administration, en tant qu'elle lui confère des prérogatives exorbitantes ou qu'elle impose des sujétions exorbitantes à son cocontractant ; cette clause inégalitaire doit avoir été insérée pour les besoins d'un motif d'intérêt général, dont elle tend à garantir la satisfaction. C'est donc cette définition renouvelée que la Cour de cassation vient de mettre en œuvre, en reprenant le considérant de principe de l'arrêt *Société AXA France IARD*. L'applicant à la clause litigieuse en l'espèce, elle en a logiquement conclu que celle-ci ne présentait pas un caractère exorbitant : si cette clause induisait un rapport inégalitaire, c'était au seul profit du cocontractant privé (l'ANRES) et non à celui de l'administration. De sorte qu'on ne pouvait en déduire l'existence d'un rapport de droit public, mais, à dire vrai, la conclusion aurait probablement été la même sous l'empire de l'ancienne jurisprudence.

Si cette appréciation ne fait pas débat, la solution finalement retenue par la Cour de cassation, concluant

au caractère de droit privé du contrat de bail en cause, prête davantage à discussion. Certes, comme l'a justement relevé la première chambre civile, ce contrat n'avait pas pour objet de confier à l'ANRES l'exécution de la mission de service public d'accueil des personnes âgées, mais devait simplement permettre à l'association de fournir au CCAS les moyens (immobiliers) du service public dont il avait la charge. Or, il est admis que les contrats simplement conclus « pour la satisfaction des besoins d'un service public » n'ont pas, en principe, un caractère administratif (CE 11 mai 1956, *Gondrand, Lebon* 202).

Il reste que le contrat de bail litigieux s'inscrivait dans un montage global, dont il constituait l'une des composantes indissociables. De toute évidence, en effet, le bail emphytéotique, aux termes duquel la commune du Louvres avait apporté à l'ANRES le terrain nu en contrepartie de l'engagement de celle-ci d'y édifier le foyer-résidence, n'avait été conclu qu'avec la perspective que cet immeuble soit ensuite loué au CCAS de la commune, afin qu'il puisse ensuite en déléguer la gestion à la filiale de l'ANRES. Il s'agissait là, en réalité, d'un montage classique dit de bail « aller-retour », auquel de nombreuses personnes publiques ont eu recours pour la construction et le financement de certains de leurs équipements. Le contrat de bail litigieux était donc un élément indivisible de cet ensemble contractuel, dont le caractère administratif faisait quant à lui peu de doute, car conclu pour l'exploitation d'une activité de service public et emportant, à ce titre, occupation du domaine public communal (V. par analogie, et s'agissant de montages quasi similaires : CE 6 mai 1985, n°s 41589 et 41699, *Association Eurolat, Lebon* 141 ; CE 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 349099, *Sté Espace Habitat Construction*). C'est cette indivisibilité qui, nous semble-t-il, aurait dû emporter le caractère administratif du contrat de bail en cause, contrairement à ce que la Cour de cassation a donc cru devoir juger.

Franck Lepron

## A retenir

Dans le cadre d'un contrat conclu par une personne publique, une clause n'est exorbitante, et n'emporte le caractère administratif du contrat, que si elle présente un caractère inégalitaire au profit de la personne publique, et qu'elle répond à un but d'intérêt général. Ce qui ne saurait donc être le cas d'une clause avantageant la partie privée du contrat.

## SOCIÉTÉ

### Tiers et droit de préemption : Quelle conciliation ?

Cour de cassation, com., 2 février 2016, n° 14-20.747, FS-P+B

**Mots-clés :** SOCIÉTÉ \* Cession de droits sociaux \* Droit de préemption \* Qualité pour agir \* Nullité

**Solution :** Deux sociétés (A et B) avaient créé une filiale commune (C), dont elles étaient chacune associées à hauteur de 50 % du capital. Les statuts de cette filiale stipulaient que si l'un des associés projetait de céder à un tiers sa participation, l'autre associé aurait la faculté d'exercer son droit de préemption. L'associé A avait notifié à l'associé B l'offre faite par un tiers d'acquérir la totalité de sa participation dans le capital de la filiale. La société B avait informé son associé de son intention d'exercer son droit

de préemption au prix proposé par le tiers, mais avec un paiement différé du prix. Le tiers acquéreur a soutenu que le droit de préemption n'a pas été régulièrement exercé et a assigné les deux associés aux fins de cession à son profit des actions de la filiale commune. Par ailleurs, à titre subsidiaire, il a formé contre la société B une demande de dommages-intérêts pour exercice fautif par cette dernière de son droit de préemption. Sa demande de cession des actions à son profit est déclarée irrecevable pour défaut de qualité à agir, de même que celle visant à obtenir des dommages-intérêts. Pour la Cour de cassation :

« Si l'acquéreur évincé a intérêt à l'annulation de la préemption prévue par les statuts, il n'a pas qualité pour agir à cette fin ; qu'ayant relevé que la société Sill, tiers à la convention de préemption, n'avait aucun lien de droit avec le bénéficiaire de celle-ci, la cour d'appel en a exactement déduit que cette société n'avait pas qualité pour agir en nullité de la décision de préemption ainsi qu'en cession des actions à son profit ».

**Observations :** Le débat entre théoriciens et praticiens sur l'efficacité des clauses de préemption figurant dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires trouve dans le présent arrêt de rejet une illustration intéressante (confirmation de Paris, ch. 5-8, 6 mai 2014, n° 14/03884, SA Sodaal International c/ SAS Sill).

Dans le cas d'espèce, l'arrêt est intéressant dans la mesure où la Cour de cassation se prononce sur l'application, vis-à-vis d'un tiers, d'une clause de préemption qui figure dans les statuts. La question était de savoir si le tiers acquéreur évincé de son droit de préemption pouvait demander au juge de constater l'irrégularité de la mise en œuvre de ce droit entre les associés pour se prévaloir de la vente à son profit. La réponse de la Cour peut paraître déroutante à un non-juriste, mais elle obéit à la logique juridique issue de notre droit positif. La Cour précise que même si l'acquéreur évincé a intérêt à l'annulation de la préemption prévue par les statuts, il n'a pas qualité pour agir à cette fin. La Cour estime que le tiers évincé n'a aucun lien de droit avec le bénéficiaire du droit de préemption et, par conséquent, il n'a pas qualité pour agir en nullité de la décision de préemption, ainsi qu'en cession des actions à son profit. Avec un tel énoncé de principe, la Cour coupe court à toute velléité d'un tiers de demander en justice la cession à son profit des actions.

Le tiers évincé peut-il tout de même demander, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, des dommages-intérêts pour non-respect des clauses statutaires régissant le droit de préemption ? Rappelons que le tiers estimait que l'associé, qui avait informé son intention d'exercer son droit de préemption au prix proposé par le tiers, avait également précisé dans sa réponse que le paiement du prix serait différé. La Cour précise que si les statuts imposent à l'associé qui souhaite préempter de notifier dans les formes et délais prescrits son intention d'exercer son droit et de se porter acquéreur des actions à céder au prix de transaction, ils ne comportent aucune autre obligation ni restriction quant aux modalités de paiement du prix ou quant à la date du transfert de propriété. Pour la Cour, les dispositions des statuts n'imposaient pas au bénéficiaire du droit de préemption de se substituer à l'acqué-

## À retenir

Un acquéreur tiers à une clause de préemption n'a aucun lien de droit avec le bénéficiaire de ladite clause ; par conséquent, il n'a pas qualité pour agir en nullité de la décision de préemption et ne peut demander la cession des actions à son profit.

Dans la mesure où les dispositions des statuts concernant le droit de préemption n'imposent pas de respecter l'ensemble des modalités d'une offre d'un tiers, le bénéficiaire du droit de préemption n'a pas à reprendre ces mêmes modalités lors de l'exercice de son propre droit de préemption.

eur évincé dans toutes les modalités accessoires de son offre. Ces modalités relèvent de la seule volonté des associés cédant et cessionnaire. Il n'y avait donc pas lieu d'imposer à ce dernier de se substituer à l'acquéreur évincé dans toutes les modalités accessoires de l'offre initiale.

Faut-il en conclure *a contrario* que si ces modalités étaient prévues dans les statuts et non respectées par les deux associés, le tiers évincé pourrait avoir droit à l'attribution de dommages-intérêts ? Rien n'est moins sûr. Une chambre mixte de la Cour de cassation a eu déjà l'occasion de se prononcer sur la question de l'application d'une clause de droit de préemption, cette fois-ci figurant dans un pacte d'associés et non pas dans les statuts, ainsi que de son opposabilité vis-à-vis d'un tiers. Dans son arrêt rendu le 26 mai 2006, la Cour a examiné la question de savoir si le bénéficiaire d'un pacte de préférence était en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de son droit de préemption conféré par ledit pacte et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376). Si la Cour a répondu sur le principe positivement, elle a exigé deux conditions difficiles à remplir pratiquement, à savoir que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Toutefois, à notre connaissance, jusqu'à ce jour, aucune décision reconnaissant la faculté d'obtenir d'être substitué à un tiers acquéreur non-membre du pacte n'a été prononcée.

La réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 introduit dans le code civil, à l'article 1123, pour la première fois en droit français, la notion de « pacte de préférence » et elle aborde la question de sa violation. Il est ainsi prévu que « lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ». Il est également envisagé une action « interrogatoire ». Ainsi, le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. Ces nouvelles dispositions vont dans le sens indiqué par la chambre mixte de la Cour de cassation le 26 mai 2006 et élargissent, par conséquent, le champ d'opposabilité d'un droit de préemption inclus dans un pacte de préférence. On peut se demander si l'évolution de la jurisprudence ira jusqu'à admettre qu'un tiers puisse agir en cas de violation du pacte auquel il n'est pas signataire ou, comme dans le cas d'espèce, des statuts.

Roy Arakélian