

# Éditorial d'Agnès Mouillard, présidente de la chambre commerciale, financière et économique

Chers lecteurs,

Je suis heureuse de vous présenter le premier numéro de la Lettre de la chambre commerciale, financière et économique.

Élaborée par les membres de la Chambre, en collaboration avec le service de documentation, des études et du rapport et avec le service de communication, elle paraîtra, dans un premier temps, tous les trimestres.

Cette lettre s'inscrit dans le mouvement initié par la Première présidente de la Cour de cassation, Madame Chantal Arens, dans une double finalité : rendre accessible, « en temps réel », ses décisions les plus significatives aux professionnels directement intéressés, tout en permettant de mieux faire connaître l'activité juridictionnelle de la Cour à un public plus large que celui des magistrats, des avocats et des professeurs de droit attentifs aux publications traditionnelles telles que les bulletins ou celles du site internet de la Cour.



La Cour de cassation tranche, dans le domaine commercial et économique, des questions techniques, complexes et évolutives, dans des contentieux variés qui, par l'enjeu qui s'y attache, intéressent tant les acteurs économiques que l'ensemble des citoyens.

A l'heure de *l'open data*, la Lettre de la chambre commerciale contribuera à guider ses lecteurs parmi les nombreux arrêts publiés et diffusés chaque année, en faisant ressortir ses décisions les plus remarquables.

Vous trouverez dans ce premier numéro, une illustration de l'activité de la chambre, en matière de concurrence et de droit européen, notamment, mais aussi en matière de traitement des difficultés des entreprises.

Dans ce premier numéro en effet, la cour de cassation est amenée à se prononcer sur l'étendue d'une modification résultant de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, qui a refondu le droit des pratiques restrictives de concurrence, ou à rappeler, en matière de pratiques anticoncurrentielles, les exigences, gouvernant l'accès aux preuves nécessaires à l'indemnisation de la victime de telles pratiques.

Elle précise, également, comment le dénigrement entre opérateurs économiques doit être apprécié, à la lumière de ses principes de la Convention européenne des droits de l'homme, et affine le mode de démonstration, et par suite d'évaluation, du préjudice économique d'une victime d'actes de concurrence déloyale ou illicite.

Elle se prononce sur les conditions de remboursement à l'assujetti de droits et taxes indûment perçus par l'administration des douanes.

Enfin, elle apporte une précision importante, pour les dirigeants ou anciens dirigeants d'une entreprise soumise à une procédure collective, qui ont un intérêt à former tierce-opposition au jugement reportant la date de cessation des paiements de l'entreprise, laquelle est susceptible d'avoir une incidence sur leurs droits.

Ainsi, la Lettre présentera les arrêts les plus récents de manière concise et rigoureuse, en mettant en avant soit la nouveauté de la solution et en tout cas son articulation avec les autres décisions de la chambre, soit sa portée juridique ou pratique.

Un lien hypertexte associé à la présentation de chaque décision vous permettra d'accéder à l'arrêt lui-même et, le cas échéant, à l'avis de l'avocat général et à la note explicative de la décision pour les décisions les plus importantes.

La Lettre pourra signaler les manifestations auxquelles la chambre commerciale est associée et qui sont susceptibles d'enrichir les débats sur des questions d'intérêt commun.

Ce nouvel outil, qui se veut résolument pratique et souple, repose d'abord sur les rapporteurs des arrêts publiés, dont la connaissance de l'affaire est irremplaçable bien sûr, mais aussi sur une équipe restreinte de magistrats dans chacune des deux sections de la chambre.

Je les remercie pour leur investissement.

La Lettre est accessible sur le site de la Cour de cassation et est envoyée gratuitement par voie électronique à toute personne qui en fait la demande.

Je vous souhaite une bonne lecture.

# Concurrence

Transparence et pratiques restrictives – Domaine d'application –  
Exclusion – Etablissements de crédit et sociétés de financement –  
Déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties –  
Partenaire commercial – Définition

---

**COM., 15 JANVIER 2020, POURVOI N°18-10.512 >**

L'article L. 511-4 du code monétaire et financier prévoyant seulement que les articles L. 420-1 à L. 420-4 du code de commerce sur les pratiques anticoncurrentielles s'appliquent aux établissements de crédit et aux sociétés de financement pour leurs opérations de banque et leurs opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du même code, les dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence ne leur sont pas applicables.

Par ailleurs, un partenaire commercial, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, est la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale.

En conséquence, viole, par refus d'application, le texte susvisé, une cour d'appel qui, pour écarter cette qualification, retient que les contrats litigieux ont pour objet des opérations ponctuelles à objet et durée limités, de cinq ans, n'engendrant aucun courant d'affaires stable et continu et n'impliquant aucune volonté commune et réciproque d'effectuer, de concert, des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services.

Commentaire :

L'un des changements remarqué résultant de l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, qui a refondu le droit des pratiques restrictives de concurrence, a porté sur la qualité des personnes contractantes.

Tandis que les anciennes dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, soit l'article L. 442-6 du code de commerce, étaient applicables aux relations nouées entre « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers » et un « partenaire commercial », l'article L. 442-1 du même code, issu du nouveau texte, vise les relations liant « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » et « l'autre partie ».

Par cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, à propos d'un contrat de mise à disposition de site internet, conclu sous le régime de l'ancien texte, contesté comme comportant des clauses de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment de la société cliente, retenu la même conception, élargie, de « partie » à la relation contractuelle, visée par le nouveau texte, montrant ainsi que le changement des termes n'avait pas induit de changement sémantique.

C'était la première fois en effet qu'elle était conduite à se prononcer aussi clairement sur la notion de « le partenaire commercial », qu'elle a défini comme étant « la partie avec laquelle l'autre partie s'engage, ou s'apprête à s'engager, dans une relation commerciale », retenant, ainsi, une définition similaire à celle du nouveau texte.

Estimant que la cour d'appel avait ajouté à la loi des conditions qu'elle ne comportait pas, elle a censuré l'arrêt attaqué, qui avait retenu que la notion de « partenaire commercial » supposait une volonté commune et réciproque d'effectuer ensemble des actes dans des activités de production, de distribution ou de services, et, jugé, qu'en l'espèce, l'activité consistant pour une entreprise à créer un site internet, puis à le mettre à disposition d'une autre société, pour une durée de 4 ans, tacitement renouvelable pour 1 an, en

lui faisant signer un contrat d'abonnement et un contrat de licence d'exploitation, qui était ensuite cédé à un loueur financier, correspondait à des opérations ponctuelles à objet limité et à durée limitée de 5 ans, ne générant aucun courant d'affaires stable et continu.

La chambre commerciale a, ainsi admis, que la responsabilité du fournisseur d'un site internet pouvait être engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la cause, et que le ministre de l'économie, pouvait, de son côté, poursuivre l'annulation des clauses contractuelles litigieuses et le paiement de l'amende civile.

Dans ce même arrêt, aussi, elle a rappelé la primauté du code monétaire et financier sur les textes relatifs aux pratiques restrictives de concurrence, en jugeant que les contrats de location financière conclus entre les entreprises clientes et une société de financement intervenant pour les opérations de banque et les opérations connexes définies à l'article L. 311-2 du code monétaire et financier, n'étaient pas soumises aux dispositions du code de commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence mais aux seules dispositions spécifiques du code monétaire et financier, justifiant la cassation partielle prononcée.

## Pratiques anticoncurrentielles – Dommage – Preuve

---

Com., 8 juillet 2020, pourvoi n° 19-25.065

Il résulte de l'article L. 483-1 du code de commerce, tel qu'interprété à la lumière des articles 5 et 6 de la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, que la juridiction saisie d'une demande de communication de pièces ayant pour objet de permettre d'établir les preuves nécessaires à l'indemnisation d'une victime du fait d'une pratique anticoncurrentielle doit, en apportant toute précision dans sa décision à cet égard, tenir compte des intérêts légitimes des parties et des tiers, quand bien même ceux-ci ne seraient pas représentés, et veiller à concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation, en considération, d'abord, de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la production est demandée, ensuite de la protection du caractère confidentiel de ces éléments de preuve, et enfin de la préservation de l'efficacité de l'application du droit de la concurrence par les autorités compétentes.

Commentaire :

Par cet arrêt, portant sur l'étendue de l'examen auquel doit procéder le juge des référés lorsqu'il est saisi d'une demande de production de pièces dans l'objectif de fonder une action en réparation des dommages causés par une pratique anticoncurrentielle, la chambre commerciale s'est, pour la première fois, prononcée sur l'application des dispositions relatives aux communications de pièces, créées par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, transposant la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 sur ces mêmes actions.

Par cette directive, le législateur européen a mis en place des mécanismes permettant d'assurer un équilibre entre le droit à la preuve des victimes de pratiques anticoncurrentielles afin de pouvoir obtenir réparation de leur préjudice, le droit à la protection des secrets d'affaires des auteurs de ces pratiques et, enfin, l'efficacité des procédures de clémence par lesquelles les autorités de concurrence nationales et européenne peuvent obtenir les éléments sur lesquels fonder les poursuites de sanction des comportements d'ententes anticoncurrentielles. Pour assurer cet équilibre les juridictions doivent procéder à un contrôle de proportionnalité, pour lequel elles doivent prendre en compte, notamment, le caractère étayé de la demande, le fait que les preuves dont la production est demandée « contiennent des informations confidentielles, en particulier concernant d'éventuels tiers, et les modalités existantes de protection de ces informations confidentielles » mais aussi « la nécessité de préserver l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence par la sphère publique » (Articles 5 et 6-4 de la directive)

La transposition de cette directive a été réalisée aux articles L. 483-1 et suivants du code de commerce par l'ordonnance n° 2017-303 et par le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017, selon une architecture et des mécanismes identiques, l'article L. 483-1 reprenant les exigences qui viennent d'être énoncées.

En application de ces dispositions, la Cour de justice de l'Union européenne a, déjà à plusieurs reprises, énoncé que le juge saisi d'une demande de production de pièces devait procéder au contrôle de proportionnalité par une « [mise] en balance [d]es intérêts protégés par le droit de l'Union » en prenant en compte tous les éléments pertinents de l'affaire (Arrêts CJUE, 14 juin 2011, Pfleiderer, C- 360/09 ; 6 juin 2013, Donau Chemie e.a., C-536/11) et, en particulier, le droit des secrets d'affaires des parties à l'entente (CJUE, 27 février 2014, EnBW, C- 365/12, § 105 et 106).

Pour sa part, la jurisprudence de la Cour de cassation exige, de façon générale, du juge saisi d'une demande de pièce, de quelque nature qu'elle soit, qu'il procède à un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve et les droits ou intérêts d'autres parties. Ainsi, la jurisprudence relative à l'application de l'article 145 du code de procédure civile comporte de nombreux exemples de l'obligation qui pèse sur le juge de procéder à une telle mise en balance entre les droits que la demande vise à protéger et ceux auxquels l'exécution de la demande peut porter atteinte. Tel est le cas, notamment, lorsque la demande se heurte au secret médical, au secret des affaires, à l'intimité de la vie privée ou tous autres droits de la personne (Voir en ce sens, 1re Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. 2012, I, n° 85 ; 1re Civ. 22 juin 2017, pourvoi n° 15-27.845, Bull. 2017, I, n° 150, Com. 22 mars 2017, n° 15-25.151 ; Com., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-15.891 et a. ; Com., 5 juin 2019, pourvoi n° 17-22.192).

Il ne s'agit pas, par ces exigences, d'imposer au juge de prendre la place des tiers, nécessairement absents de la procédure de référé, mais à tout le moins de montrer qu'il a pris en compte la sauvegarde de leurs intérêts notamment au regard du secret des affaires. Tel n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel n'ayant fondé sa décision ordonnant la production des pièces contestées que sur leur utilité pour permettre au demandeur d'agir en réparation, négligeant ainsi la protection des droits des tiers à la procédure de réparation (ici les autres parties à l'entente) mais aussi l'efficacité de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles et de leur poursuite.

# Concurrence déloyale

Faute – Dénigrement – Cas – Divulgateion d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par une autre personne – Exclusion – Propos s'inscrivant dans le cadre d'un débat d'intérêt général – Conditions – Gravité des allégation

---

**COM., 4 MARS 2020, POURVOI N°18-15.651 >**

Même en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation, par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure.

La base factuelle suffisante doit s'apprécier au regard de la gravité des allégations en cause.

Commentaire :

Cet arrêt renvoie à l'appréciation du bien-fondé d'une alerte sanitaire au regard du principe de précaution et de la liberté d'expression, laquelle comprend la libre critique des produits mais trouve sa limite dans celle du dénigrement des produits ou services.

Dans un arrêt récent, la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-18.350) reprenant en cela l'analyse de la première chambre civile (1ère Civ., 12 décembre 2018, pourvoi n°17-31.758, 1ère Civ., 11 juillet 2018, pourvoi n°17-21.457), qui avait modulé l'interdiction pure et simple du dénigrement pour tenir compte de la liberté d'expression, a défini l'acte de dénigrement ainsi

*: « même en l'absence de situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées, la divulgation par l'une, d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé par l'autre constitue un acte de dénigrement, à moins que l'information en cause ne se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur une base factuelle suffisante, et sous réserve qu'elle soit exprimée avec une certaine mesure . »*

Il s'ensuit que trois conditions cumulatives sont exigées pour que la divulgation d'une information soit considérée comme relevant de la liberté d'expression :

1. l'information doit se rapporter un sujet d'intérêt général : en l'espèce, s'agissant d'une alerte sanitaire, ce point n'était pas discutable.

2. l'information doit reposer sur « une base factuelle suffisante », laquelle n'est définie de manière précise, ni en droit européen, ni en droit interne. Toutefois, dans deux arrêts rendus en Grande chambre, le 17 décembre 2004 (arrêt Pedersen et Baadsgaard c. Danemark et Cumpana et Mazare c. Roumanie) la Cour EDH s'est référée à des exigences de précision, de fiabilité, de solidité et/ou de crédibilité. Par ailleurs, en droit interne, la notion de « base factuelle suffisante » a été retenue pour décrire une information étayée, reposant sur des éléments tangibles ou des sources sérieuses, avec en filigrane le fait que l'information ne doit pas être diffusée à la légère. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt récent, rendu en matière de diffamation ( Crim., 8 janvier 2019, pourvoi n°17- 83.470 ) a précisé que la base factuelle doit être en rapport avec la gravité des accusations portées et que l'exigence de prudence et de mesure sera appréciée avec moins de rigueur lorsque les deux autres critères d'intérêt général et de base factuelle suffisante sont réunis.
3. L'information doit être exprimée avec une certaine mesure.

Dans la présente affaire, une société, spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de plans de travail, en quartz de synthèse notamment, avait publié sur son site internet et sur les réseaux sociaux de son dirigeant les résultats de deux rapports établis, à sa demande, par un laboratoire scientifique, et lancé une alerte auprès d'un magazine destiné aux consommateurs sur les dangers que présenterait l'utilisation, pour ceux-ci, de tels plans de travail. Elle était assignée, en référé, pour faire cesser cette campagne, qualifiée de dénigrement, par une association regroupant des fabricants de pierre agglomérée.

La chambre commerciale, prenant en compte la gravité des allégations portées, visant la santé du consommateur lui-même, et leur large diffusion publique, les a mis en rapport avec l'absence d'étude réalisée dans des conditions normales d'utilisation du matériau par les consommateurs afin d'évaluer les migrations de substances nocives contenues dans l'air ou les denrées alimentaires en contact avec le matériau incriminé, pour juger que cette information, ainsi dénuée de prudence ou de mesure, ne reposait pas sur une base factuelle suffisante et que la cour d'appel, qui avait, elle-même, retenu que l'alerte sanitaire lancée n'était pas justifiée avec la rigueur scientifique requise, n'avait pas tiré les conséquences légales de ses constatations, en rejetant les demandes, formées en référé, pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

## Concurrence illicite – Parasitisme – Préjudice – Evaluation – Eléments d'appréciation – Economie injustement réalisée

---

COM., 12 FÉVRIER 2020, POURVOI N°17-31.614 >



Lorsque les effets préjudiciables, en termes de trouble économique, d'actes de concurrence déloyale sont particulièrement difficiles à quantifier, ce qui est le cas de ceux consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent pour celui-ci un avantage concurrentiel, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes.

Doit donc être approuvée la cour d'appel qui, appelée à statuer sur la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique commerciale trompeuse pour le consommateur, conférant à son auteur un avantage concurrentiel indu par rapport à ses concurrents, tient compte, pour évaluer l'indemnité à allouer à l'un de ceux-ci, de l'économie injustement réalisée par lui, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements.

#### *Commentaire :*

Cet arrêt répond à la question délicate, et relativement fréquente en matière de responsabilité pour concurrence déloyale, de l'évaluation du préjudice de la victime lorsque celui-ci est difficile à démontrer.

Une jurisprudence constante de la chambre commerciale (depuis Com, 22 octobre 1985, pourvoi n°83-15.096, Bull. 1985., IV, n°245) énonce qu'il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale. Cette présomption de préjudice, qui ne dispense pas le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, permet aux juges d'avoir moins d'exigences probatoires à l'égard des préjudices qui s'avèrent difficiles à établir. Ceci concerne tout particulièrement les effets préjudiciables de pratiques qui consistent à parasiter les efforts et les investissements intellectuels, matériels ou promotionnels d'un concurrent ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût pour celui qui s'y conforme.

Les actes de parasitisme ou les actes illicites de concurrence déloyale, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu, dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses qui seraient disproportionnées au regard des intérêts en jeu.

Aussi, en matière de parasitisme, lequel consiste, pour un opérateur économique, à se placer dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire, de la notoriété acquise ou des investissements consentis, la jurisprudence a-t-elle admis à plusieurs reprises, sous le couvert, certes, de l'appréciation souveraine des juges du fond, qu'en ce que les agissements parasitaires procuraient au parasite des avantages concurrentiels indus qui faussaient à son profit exclusif les règles normales du marché, tels que le fait de réaliser des économies d'investissements ou de ne pas avoir à développer des efforts intellectuels de conception ou de création, cette économie indûment réalisée par le parasite pouvait servir de base à l'évaluation de l'indemnité de la victime.

La solution est ici étendue, cette fois de manière explicite, aux hypothèses de concurrence déloyale illicite, c'est-à-dire où l'auteur des actes ne respecte pas une réglementation.

La Chambre commerciale décide, sans que cela ne remette en cause le principe de réparation intégrale du préjudice, qu'il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice subi par la victime de ces actes peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur de ces actes, au détriment de ses concurrents, consistant au cas particulier en une économie injustement réalisée, tout en précisant que cet avantage doit être modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes.

# Douanes

## Droits – Remboursement de droits indûment acquittés – Limite – Enrichissement sans cause – Preuve – Charge

---

**COM., 12 FÉVRIER 2020, POURVOI N° 17-24.583 >**

Il résulte des articles 1315, devenu 1353, du code civil et 352 bis du code des douanes, et des principes posés par l'arrêt rendu le 2 octobre 2003 (Weber's Wine World e.a., C-147/01) par la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, qu'il incombe à l'administration, au terme d'une analyse économique tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, d'établir l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause que le remboursement d'une imposition indûment perçue au regard du droit communautaire engendrerait pour l'assujetti.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui rejette la demande de restitution d'une taxe indûment perçue, formée par l'assujetti qui l'a répercutée sur ses clients, par des motifs pris de la seule augmentation du volume de son activité sur la période considérée, impropres à établir qu'il n'a subi aucun préjudice lié à cette répercussion, sans se référer à une analyse économique globale prenant en compte l'ensemble des circonstances pertinentes relatives à l'évolution des prix, des marges et des volumes de l'assujetti et du secteur concerné, qu'il incombe à l'administration de produire.

Commentaire :

L'article 352 bis du code des douanes conditionne le remboursement, par l'administration des douanes, de droits et taxes indus à l'absence de répercussion de ces droits et taxes sur l'acheteur. Mais la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de justice de l'Union européenne, a jugé, dans un arrêt rendu le 2 octobre 2003 (Weber's Wine World e.a., C-147/01), que le remboursement ne pouvait être refusé au seul motif que la taxe indue avait été répercutée sur des tiers, sans exiger que soit établie la mesure de l'enrichissement sans cause qu'engendrerait pour l'assujetti le remboursement de cette taxe.

La Cour de cassation a tiré les conséquences de cet arrêt dans une série de décisions rendues en 2006, affirmant notamment, dans un arrêt du 12 décembre 2006 (Com., 12 déc. 2006, pourvoi n° 04-20.127), que le seul fait que l'imposition ait fait l'objet d'une répercussion ne suffit pas à justifier le refus de son remboursement, le droit communautaire exigeant que soit établie la mesure de l'enrichissement sans cause qu'engendrerait pour l'assujetti le remboursement de cette taxe, et que l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause doivent être établies par l'administration au terme d'une analyse économique tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.

Le présent pourvoi posait la question de la possibilité d'établir la preuve de cet enrichissement sans cause par le seul constat de l'augmentation du chiffre d'affaires de l'assujetti malgré la répercussion, sur ses clients, de la taxe indûment payée.

Par cet arrêt, la chambre commerciale précise que cette preuve ne peut découler de la seule augmentation du volume d'activité de l'assujetti sur la période considérée - puisqu'il ne peut être exclu que l'augmentation aurait pu être plus importante sans la répercussion de la taxe - mais doit, conformément à la jurisprudence européenne, résulter d'une analyse économique globale prenant en compte l'ensemble des circonstances pertinentes relatives à l'évolution des prix, des marges et des volumes de l'assujetti et du secteur concerné, et rappelle que la charge de cette preuve incombe à l'administration.

# Entreprise en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Procédure (dispositions générales) – Voies de recours – Exercice – Tierce opposition – Jugement de report de la date de cessation des paiements – Publication au BODACC – Délai imparti pour l'exercer...

---

**COM., 17 JUIN 2020, POURVOI N° 18-25.262 >**

Un dirigeant ou un ancien dirigeant, comme un créancier, informés par la publication au BODACC d'un jugement de report de la date de cessation des paiements, qui est susceptible d'avoir une incidence sur leurs droits en application, pour les deux premiers, des dispositions du titre V du livre VI du code de commerce relatif aux responsabilités et sanctions et, pour le dernier, des articles L. 632-1 et L. 632-2 du même code, ont, dès la date de publication, un intérêt à former tierce opposition à la décision de report s'ils n'y étaient pas parties.

En conséquence, une cour d'appel retient exactement que les anciens dirigeants et les créanciers d'une société en liquidation judiciaire ont intérêt à former tierce opposition au jugement de report de la date de cessation des paiements de cette société dès la date de sa publication au BODACC et que cette seule date, à l'exclusion de celle de la délivrance de l'assignation en responsabilité pour insuffisance d'actif, constitue le point de départ du délai de dix jours imparti par l'article R. 661-2 du code de commerce pour former tierce opposition.

Commentaire :

La question posée était celle du point de départ du délai de tierce opposition (de 10 jours aux termes de l'article R. 661-2 du code de commerce) des dirigeants sociaux ou anciens dirigeants assignés en responsabilité pour insuffisance d'actif contre le jugement reportant la date de la cessation des paiements : date de publication du jugement de report au BODACC (comme énoncé par le texte précité en son alinéa 2 et retenu par les juges du fond) ou date de l'assignation en responsabilité pour insuffisance d'actif comme le soutenait le pourvoi.

L'intérêt d'un dirigeant à former un recours contre un jugement reportant la cessation des paiements a déjà été affirmé par la chambre commerciale (Com., 5 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.010, Bull. 2010, IV, n° 150).

Et il faut rappeler que depuis l'arrêt Com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.070, Bull. 2014, IV, n° 164, l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion, s'apprécie au regard de la seule date de la cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report.

Il en résulte que le dirigeant poursuivi en responsabilité pour insuffisance d'actif, comme celui poursuivi en interdiction de gérer aux termes de l'article R. 653-1, alinéa 2 du code de commerce, ne peuvent plus discuter, devant le juge saisi de la demande de sanction, la date de la cessation des paiements préalablement fixée ou reportée.

En retenant comme point de départ du délai de tierce opposition la date de publication au BODACC du jugement reportant la date de la cessation des paiements, le présent arrêt s'inscrit dans le prolongement de la solution, identique, adoptée dans l'hypothèse d'un créancier susceptible d'être assigné au titre d'une nullité de la période suspecte (Com., 14 juin 2017, pourvoi n° 15-25.698, Bull. 2017, IV, n° 85).