

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 10 – décembre 2018 / janvier 2019

Cette lettre présente une sélection de la législation et de la jurisprudence intervenues en droit économique en décembre 2018 et janvier 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

JURISPRUDENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Le «géoblocage» et autres entraves au commerce intracommunautaire sanctionnés (Commission Européenne, 17 déc. 2018).

Un fournisseur distribuait ses produits en Europe par le biais d'un réseau de **distribution sélective**. Pour qu'un tel réseau soit licite, les distributeurs agréés doivent avoir le droit de **vendre activement les produits et faire de la publicité auprès des consommateurs établis dans d'autres pays, vendre en ligne, faire des ventes croisées** entre membres du réseau et être libres de fixer leurs prix de revente.

Or, la Commission a estimé que **toutes ces règles peu ou prou étaient violées** par le système mis en place par la marque. **Des restrictions** étaient ainsi mises aux ventes croisées entre membres du réseau comme aux ventes transfrontalières aux consommateurs (sous peine de résiliation du contrat) et même à **la libre fixation des prix de revente** par certains détaillants, le fournisseur communiquant des prix de revente indicatifs faisant en fait l'objet d'une **surveillance** effective du fournisseur.

Enfin, afin de se réserver le commerce en ligne de ses propres produits, le fournisseur **restreignait la possibilité** pour ses distributeurs de vendre **sur internet des produits de sa marque** en leur interdisant l'utilisation de ses marques dans Google Adwords. **L'objectif était double**. Premièrement, éviter que la multiplication des demandes d'Adwords ne fasse augmenter les coûts sur Google Adwords pour la marque et deuxièmement, éviter que le site du fournisseur ne se trouve noyé au milieu de nombreux autres sites sur Internet. La Commission y a vu aussi une façon de limiter la capacité des distributeurs à vendre en ligne hors de leurs territoires. En tant que **restriction caractérisée**, elle ne pouvait faire l'objet d'une exemption au titre du règlement (UE) n° 330/2010.

Cette affaire sort opportunément alors que le 3 décembre 2018

est entré en vigueur le **règlement n° 2018/302 visant à contrer le blocage géographique injustifié** ou autres discriminations fondées sur la nationalité ou le lieu d'établissement ou de résidence des clients dans le marché intérieur. **Les restrictions imposées dans cette affaire par le fournisseur à ses distributeurs pour répondre passivement sur internet aux sollicitations des clients sont désormais aussi interdites par le règlement n° 2018/302.**

Distribution sélective et refus de contracter : la tête de réseau en liberté conditionnelle (Cour d'appel de Paris, 23 janv. 2019, n°16/16856).

Un **constructeur automobile** avait résilié avec un préavis de deux ans le contrat de concessionnaire agréé (vente de véhicules neufs) et le contrat de réparateur agréé le liant à un partenaire. Ce dernier a sollicité un **nouveau contrat de réparateur agréé**. Le constructeur a refusé. Une action était engagée par le candidat évincé afin d'obtenir la conclusion du contrat sous astreinte.

Le candidat évincé faisait valoir que puisque le constructeur avait adopté pour l'activité de **réparation agréée la distribution sélective qualitative**, il devait conclure un contrat avec tout candidat remplissant les critères qualitatifs, tout refus constituant une **infraction par objet** aux règles du droit des ententes anticoncurrentielles (articles 101, par.1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce). **Au contraire**, le constructeur automobile soutenait que le droit des ententes ne s'appliquait pas, un refus de contracter étant **une décision unilatérale** et non un accord. En outre, même si le refus était **un accord**, il n'était pas une infraction anticoncurrentielle car il ne s'agissait pas d'une restriction par objet ou par effet.

Le Tribunal de commerce jugeait que le refus était unilatéral, acte non sanctionnable depuis que le refus de vente n'est plus illicite en droit français. Le candidat évincé faisait appel et le **CNPA (Conseil National des Professions de l'Automobile)**, intervenait à l'instance aux côtés du candidat, estimant qu'il s'agissait d'une **question de principe**.

La cour d'appel de Paris **juge le refus de contracter valable mais selon un raisonnement cependant différent de celui du tribunal**. Selon elle, le refus n'est pas un acte unilatéral

mais est un concours de volontés susceptible de caractériser une entente, ce qu'elle ne constate cependant pas en l'espèce car ce refus n'avait ni un objet, ni un effet anticoncurrentiel. Cette position appelle les observations suivantes :

- le caractère unilatéral du refus apparaissait fondé au regard des arrêts *Bayer* (CJCE, 6 janvier 2004 C-2/01 P et C-3/01 P) et *Volkswagen* (CJCE, 13 juillet 2006, C-74/04 P). Selon, ces arrêts, contrairement à l'arrêt *AEG* (TPI, 25 octobre 1983, 107/82) sur lequel la Cour s'appuie, pour qu'il y ait un accord de volontés, **l'adhésion tacite ou expresse** des distributeurs du réseau au comportement de la tête de réseau doit être démontrée et **cette adhésion ne peut pas résulter de la seule appartenance au réseau**. Pourtant, la cour d'appel tire de cette appartenance l'existence d'un concours de volontés.
- le refus de contracter constitue une entente anticoncurrentielle s'il a **un objet ou un effet anticoncurrentiel**. S'agissant de l'objet anticoncurrentiel interdisant toute exemption au regard du règlement d'exemption, la Cour examine le **motif du refus**. Trouvant dans les échanges des parties la preuve que le motif réside dans l'insatisfaction de la relation antérieure, **le refus n'est pas jugé anticoncurrentiel par objet**. En ce sens, il est **indifférent** que l'insatisfaction porte sur tel ou tel aspect de la relation antérieure. La Cour ne demande pas à la tête de réseau de **justifier a priori** de son refus, ni de motiver le refus. La motivation n'est qu'un moyen de preuve.

Par ailleurs, la Cour **liste des motifs de refus** de contracter pouvant constituer une restriction **par objet**. Tel serait le cas de motifs fondés sur le fait que le candidat pratiquerait les « *ventes actives ou passives à des clients étrangers, le multimarquisme ou la sous-traitance des services de réparation et d'entretien* », ou si le motif résidait dans la volonté de la tête de réseau de « *réserver les services de réparation aux concessionnaires agréés assurant la vente des véhicules de la marque* ».

Or, si l'entrave aux ventes actives ou passives constitue une restriction caractérisée au sens du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010, **tel n'est pas le cas de l'entrave au multimarquisme, à la sous-traitance des services de réparation et d'entretien ou encore au droit de n'assurer que la réparation agréée**. En effet, s'il s'agissait de restrictions caractérisées ou exclues selon le règlement (CE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002, ce n'est plus le cas sous l'empire des règlements (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 et 461/2010 du 27 mai 2010. Ces règlements n'envisagent **donc pour ces entraves qu'une restriction éventuelle par effet** (dans l'hypothèse où la part de marché de l'une ou l'autre des parties excéderait 30 %). En d'autres termes, il apparaît que le motif doit constituer une restriction caractérisée ou exclue au sens des règlements susvisés pour avoir un objet anticoncurrentiel.

- **quant à l'effet sur le marché du refus, la Cour l'écarte** au motif que « *compte tenu du nombre de réparateurs de toutes marques, des mécaniciens-réparateurs indépendants et des réseaux de franchise (Feu Vert, Midas, ...), la concurrence sur le marché de la réparation et de l'entretien des véhicules est réelle, de sorte que la circonstance qu'un réparateur agréé sorte du marché est indifférente pour les clients [...]* ».

A ce stade, la Cour tranche **une question fortement discutée** par les parties, celle du marché à retenir pour

apprécier l'effet sur la concurrence. Fallait-il retenir un marché élargi à tous les réparateurs (MRA, franchise, réparation agréée, ...) comme le soutenait le constructeur ou un marché limité à la réparation des véhicules de la marque en cause comme le faisait valoir le candidat évincé à l'instar de la Commission européenne dans ses Lignes directrices supplémentaires du 28 mai 2010 et de l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 12-A-21 du 8 octobre 2012 ?

La Cour **opte donc à cette étape de son raisonnement pour un marché élargi**. Il est donc **surprenant** que lors de l'examen de la possibilité **d'une exemption**, examen que la Cour reconnaît parfaitement **inutile** puisqu'elle considère que le refus n'est pas restrictif de concurrence, elle en revienne à un marché limité à la réparation des véhicules de la marque en cause.

Si la Cour **devra affiner sa motivation** lors de l'examen de prochains refus de contracter, cet arrêt a le mérite de rappeler **la liberté d'une tête de réseau de contracter** avec le partenaire de son choix dès lors que le refus ne constitue pas une restriction par objet, ni n'induit d'effet anticoncurrentiel et d'aborder **la question du marché** de la réparation.

Le Premier Président de la cour d'appel de Paris suspend l'exécution de mesures ordonnées par l'Autorité de la concurrence (Paris, 23 janv. 2019, n°18/26546) et l'Autorité ordonne des mesures conservatoires (31 janv. 2019, n°19-MC-01).

Par une ordonnance du 23 janvier 2019 le Premier Président de la cour d'appel de Paris **a ordonné le sursis à exécution d'une décision au fond de l'Autorité de la concurrence, ce qui est très rare**. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence avait notamment enjoint à la société Sthil de modifier les contrats de ses 1.200 revendeurs de tronçonneuses.

Considérant qu'une telle modification du système de distribution en France pouvait avoir des conséquences sur l'organisation de la distribution en Europe et allait générer pour Sthil **des frais importants qui seraient irréversibles** en cas d'infirmité en appel de la décision, le Premier Président de la Cour a ordonné la suspension de l'exécution de cette partie de la décision. Si l'Etat français est, souhaitons-le, solvable et pourra restituer les amendes versées en cas d'infirmité en appel, **la question est beaucoup plus délicate pour les injonctions de faire**. Les décisions de l'Autorité étant par nature exécutoires, il paraît important que le Premier Président de la cour d'appel n'hésite pas, en cas de recours, à suspendre l'exécution des décisions de l'Autorité comportant des injonctions de faire afin de préserver l'utilité du deuxième degré de juridiction lorsqu'au surplus aucune conséquence manifestement excessive n'est redoutée. En ce sens cette ordonnance **mérite d'être approuvée**.

Parallèlement, **les mesures conservatoires prises par l'Autorité de la concurrence** sont suffisamment rares pour être également signalées. Une société estimant que Google avait suspendu son compte dans des conditions non transparentes, non objectives et discriminatoires, avait saisi l'Autorité de la concurrence. Compte tenu de la position de Google (90% des recherches en ligne), des fortes barrières à l'entrée, de l'effet potentiellement anticoncurrentiel des pratiques et du préjudice grave et immédiat porté à la société plaignante, **l'Autorité de la concurrence a décidé des mesures conservatoires par décision du 31 janvier 2019**.

Elle a donc notamment **enjoint** à Google **de clarifier les règles applicables** à Google Ads afin de les rendre plus précises et intelligibles et de revoir les modalités de suspension de comptes des annonceurs afin notamment de les rendre plus transparentes et plus prévisibles. **Ces exigences** d'éclaircissements ne devraient normalement pas porter préjudice irréversible à la société concernée.

Pratiques restrictives

Rupture brutale : il peut être tenu compte des frais fixes économisés dans l'évaluation du préjudice (Cour de cassation, com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870).

L'évaluation du *quantum* du préjudice en cas de rupture brutale d'une relation poursuit son évolution. Alors qu'il y a encore quelques années, la marge **brute** était la référence, la cour d'appel de Paris, depuis quelque temps, a opté **pour la marge sur coûts variables**, cette marge étant « *définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture* » (Cour d'appel de Paris, 21 mars 2018, n° 16/06382).

La Cour de cassation vient d'approuver une cour d'appel d'avoir tenu compte **des frais fixes économisés** dans l'évaluation du préjudice car la victime « *a réalisé des économies de frais fixes, en particulier de personnel et de loyer* ». **C'est une décision rare**, les frais fixes étant souvent considérés par les juridictions comme des frais irrédutibles, ne pouvant être déduits de l'indemnisation.

Interprétation extensive du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 25 janv. 2019, n° 17/15416).

La Cour d'appel infirme un jugement énonçant que l'article L. 442-6. 1. 5° ne s'appliquait pas lorsque la rupture émanait **d'un syndicat professionnel**, ce texte ne visant que les ruptures imputables à des producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers. Or, selon la Cour « *il est admis que toute relation commerciale établie a vocation à entrer dans le champ d'application de cet article sans que ni le régime juridique des parties, ni le caractère non lucratif de leur activité, ne soient de nature à les exclure [...] dès lors qu'elles procèdent à une activité de production, de distribution ou de services* ».

Cet arrêt est discutable. L'article L. 442-6 identifie bien l'auteur de la rupture (producteurs, commerçants, industriels ou artisans). C'est la victime qui n'est pas désignée par le texte, de sorte qu'il est admis que l'article L. 442-6, I, 5° « *peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime [...]* » (Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.463). Il serait souhaitable que le projet de réforme de l'article L. 442-6 issu de la loi « Egalim » clarifie ce point.

Concurrence déloyale

Concurrence déloyale et dénigrement (Cour de cassation, com., 9 janv. 2019, n° 17-18.350).

Une société **agit en contrefaçon** contre une autre en lui imputant une violation de certains de ses modèles et **sans en attendre l'issue, communique sur la procédure.**

L'entreprise visée reproche alors à la plaignante d'avoir organisé ainsi une campagne de dénigrement en divulguant l'existence de cette action en justice (qui finalement n'aboutira pas). La Cour d'appel rejette les demandes, considérant que les termes utilisés dans la communication n'avaient pas été excessifs, dénigrants ou mensongers.

La Cour de cassation censure cet arrêt en rappelant que « *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* ».

En l'occurrence, la Cour de cassation considère que le seul acte de poursuite en contrefaçon ne constituait pas une base factuelle suffisante si bien que sa divulgation constituait un dénigrement fautif. **A contrario, si la base factuelle avait été suffisante, la communication sur l'action en contrefaçon n'aurait peut-être pas été fautive** même réalisée avant toute décision judiciaire. La communication autour d'une procédure judiciaire se fait donc aux risques de son auteur.

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Ventes hors réseau : fortunes diverses des actions intentées par les têtes de réseau [trois arrêts de la cour d'appel de Paris, 9 janv. 2019, n° 16/25000 (1^{ère} espèce) ; 9 janv. 2019, n° 16/22350 (2^{ème} espèce) ; 23 janv. 2019, n°17/00035 (3^{ème} espèce)].

La cour d'appel de Paris a eu à examiner différentes actions intentées par des têtes de réseau de distribution à l'encontre de revendeurs non agréés. Ces décisions sont l'occasion de rappeler les règles applicables à ce type d'action.

La première règle réside dans l'existence d'un réseau de **distribution sélective licite**. Tel est le cas « *si trois conditions sont réunies cumulativement : 1. la nature du produit en question doit requérir le recours à un tel système [...], 2. les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, 3. les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire* » (1^{ère} et 3^{ème} espèces).

Tel est aussi le cas si le réseau de distribution sélective bénéficie de l'exemption du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010, c'est-à-dire si la part de marché des parties n'excède pas 30% et que les accords ne contiennent pas de restrictions caractérisées au sens dudit règlement. Un réseau de distribution sélective peut donc être licite car exempté même si le produit ne requiert pas la distribution sélective et si les critères ne sont pas objectifs et nécessaires et appliqués de manière discriminatoire. Par ailleurs, l'on notera que l'étanchéité réelle du réseau n'est pas une condition de sa validité (1^{ère} et 3^{ème} espèces).

La deuxième règle postule que le revendeur hors réseau se soit **approvisionné de manière illicite**. Selon la Cour, « *le revendeur hors réseau engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il se fournit chez un membre du réseau. Mais le fait d'acquérir un produit relevant du réseau auprès d'un tiers au réseau n'est pas un acte illicite* » (1^{ère} espèce). A cet égard c'est au revendeur hors réseau de justifier de la licéité de son

approvisionnement en fournissant l'identité de son fournisseur et **les factures d'achat** des produits proposés à la vente si la tête de réseau les lui demande.

La vente hors réseau est sanctionnable **en elle-même mais** elle peut également être sanctionnée **au titre de la concurrence déloyale** « si à la distribution hors réseau s'ajoute une faute imputable au distributeur hors réseau ». En l'occurrence, « Les conditions de mise en vente des montres de marque Tag Heuer, produits de luxe, **portent atteinte à l'image de marque** en ce que les montres sont commercialisées avec des promotions, selon des critères de prix, sans que la garantie du fabricant ne soit proposée, et dans des emballages dégradés. [...]. De même, la commercialisation des produits Tag Heuer, **sans réaliser les investissements** indispensables au développement du réseau, en profitant de la notoriété de marques Tag Heuer, constitue des actes de **parasitisme économique** » (3^{ème} espèce).

Pour les mêmes raisons, « les conditions de mise en vente des véhicules Porsche neufs par M. Z **dans un magazine** portent atteinte à **l'image du réseau** Porsche, s'agissant de simples annonces de vente publiées dans des conditions dévalorisantes. [...] » (1^{ère} espèce). **En revanche**, le fait « de vendre des sacs et chaussures de sport [...] à des **prix inférieurs** à ceux pratiqués par les membres d'un réseau, au surplus au cours d'une opération publicitaire ponctuelle n'est pas constitutif en soi, en l'absence d'autres éléments, d'un acte de concurrence déloyale et de parasitisme (2^{ème} espèce).

Agence commerciale : l'indemnité en cas de cessation du contrat pendant la période d'essai est due à l'agent (Cour de cass., com., 23 janv. 2019, n° 15-14.212).

L'article L. 134-12 du code de commerce, prévoit, sauf exceptions limitativement énumérées, que l'agent commercial dont le contrat cesse à l'initiative du mandant a droit à « une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi ». Tenant compte d'un arrêt **du 19 avril 2018 (C-645/16) de la Cour de Justice de l'Union européenne** selon lequel les régimes d'indemnisation et de réparation concernant les agents commerciaux indépendants sont applicables lorsque la cessation du contrat intervient au cours de la période d'essai que ce contrat stipule, la Cour de cassation casse un arrêt ayant jugé que cette indemnité n'était pas due parce que la cessation du contrat était intervenue pendant la période d'essai.

DROIT DE LA CONSOMMATION.

Délai de prescription de l'action en garantie des vices cachés (Cour de cass., com., 16 janv. 2019, n°17.21477).

La Cour de cassation rappelle que l'action en garantie des vices cachés doit être exercée **dans les deux ans** de la découverte du vice mais aussi **dans le délai de prescription de cinq ans** qui court à compter de la vente initiale. A défaut elle est irrecevable.

Données personnelles : non-respect des dispositions du RGPD, amende de 50 millions d'euros (CNIL, 21 janv. 2019) / Annulation de clauses (TGI Paris, 12 févr. 2019, n°14/07224).

Saisie par deux associations, la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) a rendu une décision de

sanction contre Google pour violation des dispositions du RGPD (Règlement général sur la protection des données) pour la mise en route des terminaux mobiles équipés du système Android, laquelle exige de l'utilisateur l'acceptation en bloc des conditions générales d'utilisation des services de Google.

Deux manquements sont en particulier sanctionnés. Tout d'abord, un manque de transparence et d'information. En effet, des informations essentielles, telles que les finalités de traitement, la durée de conservation ou les catégories de données utilisées pour la personnalisation de la publicité sont disséminées sur le site et complexes à obtenir. De surcroît, ces informations, lorsque l'utilisateur y accède, ne sont pas claires et sont souvent vagues alors que les traitements de données sont quant à eux « *particulièrement massifs et intrusifs* ».

La CNIL retient également que **le consentement de l'utilisateur n'est pas valablement recueilli** d'une part, parce que l'information donnée ne permet pas de prendre conscience de l'ampleur des traitements prévus par les multiples applications et d'autre part, parce que le consentement de l'utilisateur n'est pas univoque puisqu'il est globalement sollicité pour l'ensemble des traitements (« *j'accepte que mes informations soient utilisées telles que décrit ci-dessus et détaillées dans les règles de confidentialité* »). La CNIL rappelle à cet égard que le consentement n'est spécifique que pour autant qu'il est donné de manière distincte pour chaque finalité. La sanction infligée s'élève à 50 millions d'euros. Cette décision est susceptible d'un recours devant le Conseil d'Etat.

Dans le même temps **le 12 février 2019**, le tribunal de grande instance de Paris, à la demande de l'UFC-Que Choisir et au terme de 136 pages de jugement, **a annulé 38 clauses contractuelles** de Google touchant aux règles de confidentialité et conditions d'utilisation qui sont **réputées non-écrites** du fait de leur caractère illicite ou abusif.

LEGISLATION

Ordonnance n° 2018-1128 du 12 déc. 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires.

Prise en application de la loi dite « Egalim » du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire, l'ordonnance du 12 décembre 2018 dispose que pour les denrées alimentaires ou les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie :

- le seul de **revente à perte** de l'article L. 442-2 du code de commerce (prix d'achat effectif) **est majoré de 10 %**.
- les **avantages promotionnels**, le cas échéant cumulés, immédiats ou différés, ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur, accordés au consommateur pour un produit déterminé, ne doivent pas être supérieurs à **34 %** du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente et ne doit pas représenter plus **de 25 %** du chiffre d'affaires prévisionnel tel que fixé notamment par la convention prévue à l'article L. 441-7 du code de commerce (convention unique), ce qui implique donc de fixer dans cette convention un tel chiffre d'affaires. Tout manquement est sanctionné par une **amende administrative** maximum de 75.000 euros (personne physique) et 375.000 euros (personne morale).