

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 11 – février / mars 2019

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en février et mars 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

JURISPRUDENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Précisions sur les actions en dommages et intérêts à la suite d'une infraction anticoncurrentielle [Cour d'appel de Paris, 6 févr. 2019, 17/04101 (1^{ère} espèce) et 6 mars 2019, n° 17/21261 (2^{ème} espèce)].

Dans une **première espèce**, après avoir rappelé que l'action en indemnisation de pratiques anticoncurrentielles se prescrit **par cinq ans** conformément à l'article 2224 du code civil « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », la Cour juge que l'ouverture d'une procédure par la Commission européenne ne révélait que l'existence d'une entente et non l'identité de ses membres, ses modalités et sa dimension géographique et temporelle. La société plaignante n'a donc pu savoir qu'elle était victime que **lorsque la Commission a rendu sa décision au fond** par laquelle elle a appris que son principal fournisseur était condamné pour entente.

Dans une **deuxième espèce**, le point de départ de la prescription retenu par la Cour est également **la date de la décision de condamnation au fond** de l'Autorité de la concurrence, et non la date de la décision de mesures conservatoires. Selon la Cour, cette dernière décision établit seulement qu'une pratique « est susceptible » d'enfreindre le droit de la concurrence et est temporaire. **S'agissant de la faute**, elle est nécessairement caractérisée par la décision de sanction des entreprises poursuivies. Cependant, s'agissant d'une action en responsabilité civile, doivent être aussi démontrés **un préjudice et un lien de causalité** entre la faute alléguée et le préjudice excipé (1^{ère} et 2^{ème} espèces).

Dans la **première espèce** qui concernait la **réparation d'un préjudice causé par une entente**, la Cour estime que ce lien de causalité est démontré. En effet, les parties à l'entente « ont à plusieurs reprises convenu d'augmenter les prix » à l'égard de la plaignante. En outre, « cet indice est conforté par la

circonstance que les cartels entraînent généralement une hausse des prix ou empêchent une baisse des prix qui se serait produite si l'entente n'avait pas existé. Dès lors, même si le surpris n'est pas établi par la victime au titre de chacune des années du cartel, son existence résulte de la pratique elle-même et des indices versés aux débats [...], démontrant à tout le moins la décision des membres du cartel d'augmenter les prix à son égard de 10 % certaines années. Il y a lieu d'en déduire que le lien de causalité est suffisamment établi en l'espèce ». Le préjudice en revanche ne pouvant être établi précisément, la Cour ordonne une expertise.

Dans la **deuxième espèce**, à propos de l'indemnisation d'un **abus de position dominante**, la Cour estime que **le lien de causalité n'est pas démontré** car les difficultés rencontrées par les plaignants ne résultaient pas nécessairement des pratiques anticoncurrentielles de la partie poursuivie, la crise qui a traversé le secteur pouvant expliquer lesdites difficultés.

Distribution sélective et critère quantitatif (Cour d'appel de Paris, 20 févr. 2019, n° 15/13603).

Un constructeur automobile, tête de réseau de distribution sélective, résilie avec un préavis de deux ans le contrat le liant à un concessionnaire. Celui-ci demande à conclure à nouveau **un contrat pour la vente de véhicules neufs** à l'expiration du préavis car il remplissait les critères de sélection qualitatifs. Le constructeur **refuse**, opposant un **critère quantitatif selon lequel la marque ne sera plus représentée, pour la vente de véhicules neufs, dans la ville du concessionnaire** à l'issue de son préavis. Ce dernier intente une action en dommages et intérêts. **La Cour confirme** le jugement ayant débouté le concessionnaire aux motifs que :

- **le droit de la concurrence de l'Union européenne s'applique à un refus de contracter** car « une restriction verticale anticoncurrentielle affectant un système de distribution sélective qui s'applique à la totalité du territoire national est présumée affecter sensiblement le commerce intracommunautaire ». S'appliquent ainsi l'article 101 du TFUE et le règlement d'exemption (UE) n° 1400/2002 du 31 juillet 2002 (applicable à l'époque aux accords de distribution automobile).

- un **refus de contracter** opposé par une tête de réseau de distribution sélective **n'est pas un acte unilatéral mais un accord**. Comme elle l'avait jugé dans un arrêt précédent (V. notre Lettre n° 10, Paris, 23 janv. 2019, n°16/16856. V. égal. Paris, 27 mars 2019 *infra*), la Cour refuse, s'agissant d'un refus de contracter, de tenir compte de **l'évolution de la jurisprudence de l'Union européenne** selon laquelle l'accord des membres du réseau au comportement de la tête de réseau **ne peut pas résulter de la seule appartenance au réseau mais doit résulter des clauses du contrat ou d'un acquiescement exprès ou tacite** à une invitation de la tête de réseau à une pratique (CJCE, 13 juil. 2006, C-74/04 P, *Volkswagen*. V. égal. TPI, 26 oct. 2000, T-41/96, *Bayer* ; CJCE, 25 oct. 1983, 107/82, *AEG*).

Selon la Cour, **la jurisprudence *Volkswagen et Bayer* ne peut s'appliquer** à un refus de contracter sauf à admettre qu'une politique discriminatoire d'admission dans un réseau sélectif est compatible avec l'article 101, § 1, du TFUE. L'acquiescement des membres du réseau résulte ainsi pour la Cour **de la seule appartenance** au réseau. Cette position est contestable (V. Commentaire E. Dieny et X. Henry, *Revue Lamy de la concurrence*, à paraître en mai 2019).

- quels que soient les critères de sélection (qualitatifs ou quantitatifs), le système de distribution sélective **est exempté de l'infraction d'entente** s'il ne contient aucune restriction caractérisée listée par le règlement (UE) n° 1400/2002 alors applicable et si la part de marché du fournisseur ne dépassait pas 40 % s'agissant de la vente de véhicules neufs, ce qui était le cas en l'espèce.

- s'agissant des critères de sélection quantitatifs, pour bénéficier de l'exemption prévue par le règlement, **il n'est pas nécessaire qu'ils soient objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée**. Le critère quantitatif doit seulement être défini, c'est-à-dire que son contenu précis doit pouvoir être vérifié. La Cour reprend les principes de l'arrêt *Jaguar Land Rover* de la Cour de justice (CJUE, 14 juin 2012, C-158/11). En l'occurrence, **le critère quantitatif était bien défini (*numerus clausus local et national*)** et porté à la connaissance du candidat évincé, peu important qu'il lui ait été opposé 16 mois après sa candidature. La tardiveté de la communication du critère quantitatif **ne rendait pas la résiliation abusive** en privant le concessionnaire d'un préavis utile car il savait que le constructeur n'entendait pas poursuivre la relation.

La Commission européenne inflige une amende de 1,34 milliards € à un moteur de recherche pour abus de position dominante (Commission européenne, 20 mars 2019, décision non encore disponible).

Selon le communiqué de presse de la Commission, Google est un intermédiaire, une régie publicitaire, entre les publicitaires et les propriétaires de sites web qui souhaitent profiter de l'espace autour de leurs pages de résultats de recherche. AdSense for Search fonctionne donc comme une plateforme d'intermédiation publicitaire liée aux recherches en ligne. **Sa part sur ce marché dépasse 70 %**. Selon la Commission, les accords conclus avec les éditeurs contenaient :

- des clauses **d'exclusivité** interdisant aux éditeurs de placer des publicités contextuelles de concurrents sur leurs pages de résultats de recherche.

- à partir de mars 2009, ces clauses d'exclusivité ont progressivement été remplacées par des clauses appelées « Premium Placement », obligeant les éditeurs à **réserver l'espace le plus rentable** sur leurs pages de résultats de recherche aux publicités de Google et exigeant un nombre minimal de publicités de Google.

- à partir de mars 2009 également, ont été incluses des clauses obligeant les éditeurs à disposer de l'accord écrit de Google avant de pouvoir modifier la manière dont les publicités concurrentes étaient affichées.

Pour la Commission, Google a abusé de sa **position dominante** en imposant d'abord une **obligation de fourniture exclusive** empêchant les concurrents de placer des publicités contextuelles sur les sites web les plus importants commercialement pour ensuite assouplir cette pratique **en se réservant néanmoins les emplacements les plus intéressants et le droit de contrôler les performances des publicités concurrentes**. Google peut recourir contre cette décision devant le Tribunal de première instance.

Distribution sélective : la cour d'appel de Paris rejette à nouveau une demande d'agrément forcé d'un réparateur agréé (Cour d'appel de Paris, 27 mars 2019, n° 17/09056).

Comme, elle l'avait fait aux termes d'un arrêt du 23 janvier 2019 (V. notre Lettre n° 10, Paris, 23 janv. 2019, n°16/16856) **mais de manière plus affirmative**, la cour d'appel juge fondé le refus de contracter opposé par un constructeur automobile à un candidat réparateur dont le contrat venait à terme.

La Cour reprend les moyens de son arrêt précédemment rendu, à savoir d'une part que le refus de contracter, lorsqu'il empêche l'entrée dans un réseau de distribution sélective, n'est pas un **acte unilatéral** mais un accord susceptible d'être examiné au regard du droit des ententes, et d'autre part que le refus de contracter n'est illicite que s'il a **un objet ou un effet anticoncurrentiel**. En l'occurrence, l'objet anticoncurrentiel n'est pas démontré. Notamment, le fait qu'aucun nouveau réparateur agréé n'ait été nommé en remplacement du réparateur évincé et que 41 réparateurs agréés sur 133 aient été supprimés entre 2009 et 2016 ne suffisent pas à démontrer une stratégie d'atteinte illicite à la concurrence.

De même, n'est-il pas démontré que **la stratégie du constructeur, qui serait de réserver l'activité de réparateur agréé aux distributeurs de véhicules neufs de la marque, soit anticoncurrentielle** « en ce qu'elle serait motivée par la volonté d'exclure une ou des formes déterminées de distribution aptes à distribuer les produits en cause ». Sur ce point, la Cour **infléchit sa position** résultant de son arrêt du 23 janvier 2019 selon lequel elle semblait considérer que cette stratégie pouvait être par objet anticoncurrentielle. La Cour relève en outre « *de manière superfétatoire* » que le refus de contracter était motivé par des manquements du candidat. La Cour n'en fait donc pas un **moyen décisif** de preuve de l'absence d'objet anticoncurrentiel.

Quant à l'effet anticoncurrentiel, il n'est **démontré, ni au plan national**, compte tenu du nombre de réparateurs de la marque (100), **ni localement**, le client pouvant faire réparer son véhicule par les réparateurs agréés de la marque les plus proches ou par tout « *réparateur généraliste non agréé, qui, bien que n'étant pas sur le même marché pertinent, [offre] une*

alternative partiellement substituable ». Ainsi, la **Cour ne clarifie pas l'ambiguïté de son arrêt du 23 janvier 2019 quant au marché pertinent**, les réparateurs agréés d'une marque étant quand même « un peu » en concurrence avec ceux d'autres marques ou les réparateurs indépendants.

Pratiques restrictives

Sanction du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : seuls des dommages et intérêts seraient envisageables (Cour d'appel de Paris, 15 févr. 2019, n°17/12220).

La Cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 11) juge que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relatif à la responsabilité de celui qui soumet son partenaire à un déséquilibre significatif, « *conduit à indemniser la victime par l'allocation de dommages et intérêts qui ne sont nullement demandés par la société [...], que cette dernière, en visant ce texte, n'a pas articulé de demande spécifique en découlant, hors la prétendue inopposabilité de la clause, de sorte que le visa qu'elle a effectué est finalement inopérant* ». **La sanction du texte ne peut donc pas être l'inopposabilité ou la nullité de la clause déséquilibrée, mais des dommages et intérêts.**

Cette question est **controversée**. Une autre chambre de la Cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 4) avait considéré **au contraire** que la nullité de la clause pouvait être encourue même si le texte ne la prévoyait pas expressément (Paris, 11 oct. 2017, n° 15/03313). La Cour de cassation n'a pas encore pris position. **La question pourrait être clarifiée par l'ordonnance** qui doit, en application de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 (Egalim), réformer l'article L. 442-6. Le projet actuellement soumis à consultation prévoit que les victimes de pratiques restrictives de concurrence pourront faire **les mêmes demandes** que le ministre et le ministère public, à l'exception de l'amende. Or, ces derniers peuvent demander la nullité des clauses ou des contrats illicites.

Controverse au sein de la cour d'appel de Paris à propos de la qualification de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 28 févr. 2019, n° 17/16475).

La cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 4) avait affirmé le caractère de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° au regard de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (Paris, 19 sept. 2018, n° 16/05579 et 7 nov. 2018, n° 16/14312) et du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) qui a succédé à la Convention de Rome. Pour la Cour : « *L'objectif de protection des entreprises dans les relations commerciales déséquilibrées vise non seulement à protéger la partie faible, mais à assurer, par un effet dissuasif, un fonctionnement équilibré du marché dans son ensemble [...]* », de sorte que : « *Ce ne sont donc pas les intérêts d'une seule partie qui sont visés, mais de façon générale, la défense catégorielle des contractants faibles [...]* » (Paris, 9 janv. 2019, n° 18/09522).

Telle n'est pas la position d'une autre chambre de la cour d'appel de Paris (pôle 5, ch. 5) selon laquelle le texte protège « *des intérêts économiques purement privés* » si bien que « *le litige ne présente aucune des caractéristiques [...]* pour justifier la qualification de loi de police de l'article L.442-6, I, 5° » (Paris, 28 février 2019, n° 17/16475). Il conviendrait

que la **Cour de cassation ou le législateur prenne position** sur cette question. Les discussions sur le projet de loi Egalim (loi du 30 octobre 2018) envisageaient sans suite de qualifier l'article L.442-6 de loi de police pour l'appliquer à tout contrat ayant pour objet l'approvisionnement d'un acheteur de produits destinés à la revente sur le territoire français (V. Loi Alimentation : retour sur 8 dispositions clés après le passage au Sénat, 6 juillet 2018, lsa-conso.fr).

La non-atteinte des objectifs est une infraction suffisamment grave pour priver de préavis (Cour d'appel de Paris, 13 mars 2019, n° 18/18485).

Par arrêt du 5 avril 2018, la Cour de cassation **avait cassé un arrêt** jugeant licite la rupture d'un contrat sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce en raison de la non-atteinte du chiffre d'affaires minimum prévu, le contrat prévoyant dans cette hypothèse le droit de résilier le contrat sans préavis (Cass. com., 5 avr. 2018, n° 16-19.923. V. notre Lettre n° 6). Cet arrêt confirmait la position déjà adoptée par la Cour de cassation sur la question de la rupture d'une relation sans préavis en cas de non-atteinte de l'objectif (Cass. com. 9 juil. 2013, n° 12-21.001).

La cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi, ne s'incline pas car « *le contrat de distribution exclusive [...] porte principalement sur l'octroi [par X à Y] de l'exclusivité de la commercialisation de ses produits sur 11 départements français moyennant le respect de quotas annuels minima [...], le respect de ses quotas par le distributeur constitue une obligation essentielle du contrat. Dans ces conditions, le fait de ne réaliser que 57% du chiffre d'affaires annuel minimum pour un distributeur [...] sans que ce dernier n'établisse de faute imputable à la société X pour justifier sa baisse de chiffre d'affaires, constitue une faute d'une gravité suffisante pour justifier une rupture des relations commerciales sans préavis par le fournisseur qui, de ce fait, ne peut développer son activité auprès d'autres distributeurs, étant lié par la clause d'exclusivité* ». La décision de la Cour de cassation, si celle-ci est à nouveau saisie, **ne manquera pas d'intérêt.**

DROIT DE LA DISTRIBUTION

Indifférence de la motivation d'une résiliation ordinaire de contrat (Cour d'appel de Paris, 6 mars 2019, n°17/21665).

Un concessionnaire met fin à ses relations contractuelles avec un agent **en respectant le préavis** contractuellement prévu de six mois. Dans sa lettre de notification, le concessionnaire fait grief à l'agent de divers manquements. L'agent agit en rupture abusive et brutale des relations commerciales, **soutenant notamment que les griefs qui lui étaient faits étaient sans fondement**. S'agissant de la **motivation de la rupture**, la cour d'appel applique une **jurisprudence désormais bien établie**, à savoir que dès lors que la rupture est notifiée en la forme ordinaire avec octroi du préavis contractuellement prévu, le caractère non établi des griefs surabondamment notifiés ne fait pas dégénérer la rupture en abus.

Relations commerciales internationales, clause attributive de juridiction et responsabilité délictuelle (Cour de cassation, civ 1, 13 févr. 2019).

Un arrêt de la Cour de cassation illustre encore qu'en matière

de relations commerciales internationales, la jurisprudence **étend plus facilement le champ d'application de clauses attributives** de compétence à des domaines relevant en droit interne de la **responsabilité délictuelle**. Alors que des parties entretenaient des relations **sans contrat formalisé**, la Cour de cassation confirme que la clause attributive de juridiction figurant au dos **des cent-vingt factures envoyées en huit ans** s'appliquait, « *la clause attributive de juridiction [étant] rédigée en des termes suffisamment larges pour inclure tous les litiges résultant du rapport contractuel (...)* » ainsi qu'« *aux demandes indemnitaires formées au titre de la concurrence déloyale et des pratiques illicites* ».

Exécution contractuelle déloyale par un agent commercial (Cour d'appel de Dijon, 21 févr. 2019, n°17/00006).

L'agent commercial **peut librement accepter** la représentation d'autres produits mais doit préalablement **obtenir l'accord de son mandant pour la distribution de produits concurrents**. Le défaut de demande et d'obtention de l'accord du mandant avant l'acceptation de la représentation de produits concurrents constitue **une exécution déloyale** du contrat d'agent au sens des articles L. 134-3 et L. 134-4 du code de commerce et un acte de concurrence déloyale qui justifie une réparation du préjudice résultant de **l'atteinte portée** à l'image de la société mandante.

Franchise : violation de diverses clauses par le franchisé et complicité d'une enseigne concurrente [Cour d'appel de Paris, 6 mars 2019, n° 17/18551 (1^{ère} espèce) et 20 mars 2019, n° 17/09164 (2^{ème} espèce)].

Dans une première espèce, le propriétaire et dirigeant d'une société franchisée d'une enseigne de la grande distribution avait cédé à une enseigne concurrente ses parts sans en informer le franchiseur. La société franchisée qui connaissait cette cession a violé **le pacte de préférence du contrat de franchise** stipulant que la cession devait être notifiée au franchiseur qui alors pouvait acquérir « *à prix égal, le franchisé [s'engageant] à donner la préférence au franchiseur* ».

L'**enseigne concurrente** « *qui connaissait parfaitement les dispositions du contrat de franchise [...], puisqu'elle en détenait un exemplaire signé avec une société tierce, avait connaissance, par ailleurs, en sa qualité de professionnel aguerri de la grande distribution, de l'existence courante de ce type de droit de préemption qu'elle incluait également dans ses propres contrats* ». Elle est donc **responsable**, au plan délictuel, avec la société franchisée de la violation de la clause. Cependant, selon la Cour, **le préjudice allégué (perte de marge) par l'enseigne victime est sans lien avec la faute car**, après divers recours, l'enseigne victime avait obtenu la poursuite du contrat jusqu'à son terme. L'on peut penser, comme le faisaient d'ailleurs valoir les parties poursuivies, que le préjudice était constitué par **la perte de chance d'acquérir les parts sociales** de la société franchisée.

En revanche, la Cour indemnise l'enseigne victime au titre de **la violation de la clause de non-concurrence contractuelle**, également violée, faisant interdiction au franchisé « *de s'intéresser directement ou indirectement à tout réseau concurrent pendant la durée du contrat* ». La Cour condamne la société franchisée à verser à l'enseigne victime

le montant de la clause pénale en cas de violation de cette clause (160.000 €) et l'enseigne complice à une somme de 40.000 € au titre de l'atteinte à l'image.

Dans une deuxième espèce, un franchisé avait mis fin à son contrat de franchise et s'était affilié à une enseigne concurrente. Or, **cette dernière avait été avisée par le franchiseur de l'existence d'une clause de non concurrence** la liant à la société franchisée. En outre, « *professionnelle dans le secteur [...], elle ne pouvait ignorer que ce type de clause présentait un caractère habituel* ». La faute était donc constituée. Elle est donc condamnée à payer avec la société franchisée des dommages et intérêts au franchiseur.

La tête de réseau n'engage pas sa responsabilité délictuelle en ne sélectionnant pas ses distributeurs sur des critères définis, objectifs et appliqués de manière non discriminatoire (Cour de cassation, com., 27 mars 2019, n° 17-22.083).

Un constructeur automobile avait mis fin à l'ensemble des contrats de son réseau de **distribution sélective** pour le réorganiser. Des critères de sélection avaient été communiqués pour sélectionner les futurs distributeurs, y compris ceux dont le contrat était en cours de résiliation. Le constructeur ayant **écarté une candidature** sans se justifier au regard des règles posées, la Cour d'appel, sur le fondement de la **responsabilité civile délictuelle**, le condamnait au motif qu'il « *se devait, dans le processus de sélection de ses concessionnaires [...] après leur avoir préalablement adressé un courrier d'appel à candidature, de sélectionner ses concessionnaires selon les critères qu'il s'était fixé, au nom du principe général de bonne foi, applicable dès la phase précontractuelle* ».

Après avoir relevé que le réseau concerné était un réseau de distribution sélective quantitative, la Cour de cassation **cas**se l'arrêt au *visa* de l'article 1382 devenu l'art. 1240 du code civil, car « *l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un [...] processus de sélection* » selon lequel il doit sélectionner ses distributeurs sur des critères définis, objectivement fixés et les appliquer de manière non discriminatoire. Ainsi, **le droit civil et commercial** n'offre guère d'options pour faire qualifier de discriminatoire et fautif un refus d'agrément.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Clauses abusives et prescription (Cour de cassation, civile 1, 13 mars 2019, n° 17-23.169).

Une banque avait consenti **des prêts remboursables en francs suisses**. Invoquant leur caractère ruineux du fait de la dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse, les emprunteurs intentèrent une action contre la banque. Est invoquée la prescription de l'action fondée sur les clauses abusives. La Cour de cassation rejette le pourvoi sur ce point, énonçant que « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses [fondée sur l'article L132-1 devenu L212-1 et L212-4 du code de la consommation] ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale* ». Le principe énoncé devrait aussi s'appliquer aux actions fondées **sur l'article 1171 du code civil** qui répute non écrites les clauses significativement déséquilibrées dans les contrats d'adhésion.