



LA LETTRE H

N° 1 - janvier - mars 2017

Cette lettre présente une sélection des textes législatifs et de la jurisprudence intervenus en droit économique au cours des mois de janvier, février et mars 2017.

LEGISLATION

DROIT DE LA CONCURRENCE

L'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles a créé le Titre VIII du Code de commerce du Livre IV intitulé « *Des actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles* ».

Les articles L.481-1 et suivants du Code de commerce sont ainsi créés pour poser les conditions de la réparation des préjudices résultant des pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L.420-1, L. 420-2, L.420-2-1, L.420-2-2 et L.420-5 (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique et prix abusivement bas) ainsi qu'aux articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ententes et abus de position dominante).

Les articles L.481-2 à L.481-7 déterminent les conditions de la responsabilité :

- en ce qui concerne la faute :

Une pratique anticoncurrentielle est présumée établie de manière irréfragable à l'égard de la personne poursuivie dès lors que son existence et son imputation à cette personne ont été constatées par une décision définitive prononcée par l'Autorité de la concurrence ou par la juridiction de recours.

De même, si la décision définitive émane de la Commission européenne, la juridiction nationale ne peut prendre une décision qui irait à l'encontre de la décision adoptée par la Commission.

En revanche, si la décision définitive a été prononcée par une autorité de concurrence ou par une juridiction de recours d'un autre Etat membre de l'Union européenne, il ne s'agit que d'un moyen de preuve.

- en ce qui concerne le préjudice.

Le préjudice est déterminé de manière non exhaustive. Il peut s'agir du surcoût payé pour le produit lorsque la victime de la pratique est l'acheteur, de la perte sur le produit vendu lorsque la victime est le vendeur, le gain manqué résultant notamment de la diminution du volume des ventes du fait de la pratique, de la perte de chance et du préjudice moral (article L.481-3)

L'acheteur direct ou indirect est réputé n'avoir pas répercuté le surcoût sur ses contractants directs, sauf preuve contraire apportée par le défendeur, auteur de la pratique anticoncurrentielle (article L.481-4). L'acheteur direct ou indirect, qui prétend avoir subi l'application ou la répercussion d'un surcoût doit en prouver l'existence et l'ampleur), sauf exceptions listées par le texte (article L.481-5).

Les règles de preuve prévues aux articles L.481-4 et L.481-5 sont applicables aux fournisseurs directs ou indirects de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle qui invoquent un préjudice résultant d'une baisse du prix des biens ou services concernés par cette pratique. Par ailleurs, il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice (article L 481-7).

Les articles L.481-8 à L.481-14 traitent ensuite de la réparation du préjudice :

- en cas de pluralité de personnes ayant concouru à l'infraction, celles-ci sont solidaires à l'égard de la victime de la condamnation.
- des exceptions sont néanmoins prévues pour les petites ou moyennes entreprises qui ne sont pas tenues solidairement de réparer le préjudice subi par les victimes autres que ses contractants directs ou indirects sous certaines conditions.
- une exception est également prévue pour les entreprises ayant bénéficié d'une clémence totale ou partielle ; notamment, dans ce cas, elles ne sont tenues

solidairement que si les victimes autres que leurs contractants directs ou indirects n'ont pu obtenir la réparation intégrale de leur préjudice auprès des autres codébiteurs solidaires.

La prescription est de cinq ans mais ce délai ne court pas à compter de la décision définitive de condamnation. Il court à compter du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative la pratique, le fait que cette pratique lui cause un préjudice et l'identité d'un des auteurs de cette pratique. La prescription ne court cependant pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé.

Enfin, les articles L.483-1 à L.483-11 traitent de la question de communication des pièces :

- des dispositions particulières sont prévues pour la communication de pièces qui porteraient atteinte au secret des affaires (débat hors la présence du public, communication limitée, obligation de confidentialité pour ceux qui ont accès à ces pièces, ...).
- des dispositions sont consacrées à la communication et à la production des pièces figurant dans le dossier d'une autorité de concurrence (exclusion de la communication de certaines pièces).

DROIT DE LA CONSOMMATION

La loi du 21 février 2017 apporte une précision quant à la définition du non-professionnel, notion introduite avec celle du « professionnel » dans l'article liminaire du Code de la consommation à côté de la définition du consommateur par la loi n° 2016-351 du 14 mars 2016.

Depuis cette loi, le « *non-professionnel* » était défini comme « *toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Depuis la loi du 21 février 2017, il s'agit de « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ».

Le législateur corrige ainsi une ambiguïté puisque la rédaction antérieure laissait supposer l'exercice par le non-professionnel d'une activité « *commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* », ce qui pouvait conduire à exclure par exemple les associations de cette définition.

JURISPRUDENCE

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques restrictives

Cour de cassation, Com., 25 janvier 2017, n° 15-23547

Aux termes de son arrêt du 25 janvier 2017 qui rejette le pourvoi intenté par le Galec à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait condamné ce dernier à l'amende civile prévue à l'article L.442-6 III du Code de

commerce et à verser des dommages et intérêts à des fournisseurs sur le fondement de l'article L.442-6 I 2° dudit Code (obligations déséquilibrées), la Cour de cassation a précisé le champ d'application de ce texte :

- le déséquilibre significatif peut résulter « *d'une inadéquation du prix au bien vendu* », de sorte que « *l'article L 442-6 I 2 autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans des droits et obligations des parties* ».
- le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et l'absence de contrepartie ou de justifications aux obligations des cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée sur le fondement de l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce.

Cet arrêt est important dans la mesure où il clarifie la portée du texte en affirmant nettement le droit des juges à contrôler le prix d'un bien ou d'un service sur le fondement de l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce, c'est-à-dire de vérifier s'il est manifestement déséquilibré par rapport à sa valeur.

Cette position est en contradiction avec l'article L.212-1 du Code de la consommation relatif aux clauses dites abusives entre professionnels et consommateurs et à l'article 1171 (nouveau) du Code civil, ces deux textes excluant précisément le contrôle judiciaire du prix du bien ou de la prestation.

Un régime différent s'applique donc aux droits et obligations contractés par les professionnels entre eux puisqu'en vertu de la règle « *generalia specialibus non derogant* », le texte du Code de commerce qui est spécifique doit prévaloir sur le texte du code civil qui est de portée générale.

De même, **la Cour de cassation affirme que le principe de la libre négociation que la loi du 4 août 2008 avait institué n'est pas sans limite**. Les contreparties à un avantage pourront donc être contrôlées par le juge s'il y a un déséquilibre manifeste et sous réserve qu'aucune autre clause puisse compenser ce déséquilibre.

La position adoptée par la Cour de cassation n'est pas très étonnante puisqu'elle permet de contrôler la réalité ou la valeur des contreparties consenties par un opérateur qui obtient des conditions de prix plus favorables, ce qu'aucun autre texte ne permettrait de faire. L'article L.442-6 I 1° paraît en effet se limiter au contrôle de la réalité ou de la valeur des services commerciaux et non par exemple, comme en l'espèce, à des ristournes de volume.

Aux termes de l'arrêt, en effet, le distributeur percevait des ristournes de volume alors même que le volume à atteindre était faible ou même n'avait pas été chiffré.

Ce type de rabais étant une particularité des contrats commerciaux, ceci explique sans doute que le pouvoir du juge pour le contrôler soit plus étendu que celui dont il dispose lorsqu'il examine une clause sur le fondement de

l'article L.212-1 du Code de la consommation ou sur celui de l'article 1171 (nouveau) du Code civil.

Cour d'appel de Paris, 9 janvier 2017, n° 15/17533

L'article L.442-6 I 5° du Code de commerce s'applique à la rupture d'un contrat liant une compagnie d'assurance à un expert, **l'auteur de la rupture étant commerçant, peu important que la victime ne le soit pas.**

Cour de cassation, Com., 11 janvier 2017, n° 15-17.548

Le non-renouvellement d'un contrat de concession conclu pour une durée de 36 mois ne comportant aucune clause de tacite reconduction constitue un droit pour chacune des parties, de sorte que **le fournisseur n'était pas tenu, lors de son échéance, de signer un nouveau contrat.**

Cour de cassation, Com., 8 février 2017, n° 15-23.050

Les statuts des coopératives fixant, aux termes de la loi du 10 septembre 1947, les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des associés, **les conditions dans lesquelles les liens unissant une société coopérative et un associé peuvent cesser sont régies par les statuts de cette dernière et échappent à l'application de l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce.**

Cour de cassation, Com., 1^{er} mars 2017, n° 15-12.785

Le préjudice résultant d'une insuffisance de préavis doit être évalué en considération de la durée du préavis jugé nécessaire. **La victime n'a donc pas l'obligation de limiter son préjudice à l'issue du préavis.** Le demandeur au pourvoi ne pouvait en conséquence pas reprocher à la victime de la rupture de ne pas avoir mobilisé les moyens nécessaires pour atteindre le chiffre d'affaires qu'elle réalisait précédemment.

Cour de cassation, Com., 15 mars 2017, n° 15-17.054

Une pratique de prix **discriminatoire** entre acheteurs de même catégorie ne constitue pas une soumission à des **obligations déséquilibrées** puisque la loi du 4 août 2008 a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires.

Cour de cassation, Com., 15 mars 2017, n° 15-18.381

Au regard de l'article L.442-6 I 1° du Code de commerce, est **factive** la prestation consistant à placer dans les lieux de vente physiques les produits des fournisseurs au même endroit. Cette pratique ne constitue pas en effet un service spécifique et individualisé.

Pratiques anticoncurrentielles

Cour de cassation, Com., 11 janvier 2017, n°15-17.134

Une stratégie visant à retarder l'arrivée, sur les marchés de médicaments, des génériques qui, après l'arrivée à leur terme des brevets, permettent de rétablir une concurrence jusqu'alors inexistante, constitue une pratique d'une particulière nocivité économique.

Le fournisseur, qui était sur le point de perdre le **monopole légal** qu'il détenait depuis dix ans en raison de l'expiration de ses droits de propriété intellectuelle, a convenu d'un plan stratégique avec son distributeur, visant à retarder ou décourager l'entrée des génériques sur le marché, par la mise en œuvre de **pratiques de dénigrement**, notamment par une communication de nature à induire un doute ou une prévention non justifiée contre le médicament générique, **par des remises fidélisantes** (rabais de fidélité sans contrepartie économiquement justifiée), ou encore par la constitution de stocks importants dans les pharmacies afin de saturer les linéaires des pharmaciens et ainsi de dissuader ces derniers de substituer le générique au princeps. **Un tel accord avait un objet anticoncurrentiel.**

Décision n° 17-D-02 du 10 février 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des boules de pétanque de compétition

L'Autorité a infligé une amende à une entreprise **en position dominante** ayant abusé de cette position en imposant une politique tarifaire à certains de ses distributeurs comportant des menaces et des mesures de rétorsion.

L'entreprise poursuivie n'a pas contesté les faits et a bénéficié de la procédure de transaction. Pour fixer le montant, l'Autorité a notamment tenu compte de la mise en place par l'entreprise d'un programme de conformité pour empêcher une répétition de ces pratiques (**formations du personnel au droit de la concurrence, rapport annuel remis à l'Autorité faisant état des mesures prises dans ce domaine**).

Décision n° 17-D-03 du 27 février 2017 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location de voitures

Aux termes de cette décision, **l'Autorité de la concurrence a rappelé les principes relatifs à un échange d'informations entre concurrents.**

Un échange régulier d'informations passées peut être restrictif de concurrence lorsqu'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion tacite en réduisant l'autonomie de comportement des entreprises et leur incitation à se livrer concurrence. Le terme stratégique vise la capacité des entreprises à adapter leur comportement concurrentiel sur le marché en fonction des informations reçues.

En l'espèce, la question était de savoir si la transmission du chiffre d'affaires individuel et du nombre de contrats conclus par chacun des loueurs exerçant en aéroports au cours du mois précédent était de nature à réduire de manière suffisante l'incertitude sur le marché.

L'Autorité de la concurrence a jugé que tel n'était pas le cas. En effet, les informations transmises aux loueurs ne distinguaient pas la part revenant aux clients « particuliers » (ou « diffus ») et la part réalisée avec les clients « grands comptes ». Selon l'Autorité, cette connaissance des tarifs ne permettait pas de déduire l'efficacité de la stratégie commerciale mise en place par chaque concurrent à partir du chiffre d'affaires mensuel et du revenu moyen par dossier diffusés par les aéroports, cela pour plusieurs raisons.

Par ailleurs, les loueurs disposaient de leurs propres informations sur les tarifs des concurrents, ce qui relativisait l'intérêt des informations obtenues par les concurrents. En outre, les prix publics des loueurs évoluant rapidement, les informations mensuelles échangées ne permettaient pas d'observer l'efficacité de manière continue de la politique tarifaire de chaque loueur.

En ce qui concerne les clients « grands comptes », compte tenu de la périodicité annuelle ou biennale des négociations des contrats-cadres, les statistiques mensuelles émanant des aéroports ne permettaient pas de renforcer la transparence du marché.

L'Autorité conclut donc que, **compte tenu de leurs caractéristiques propres, les données agrégées portant sur les deux marchés confondus ne pouvaient, au cas d'espèce, réduire l'autonomie commerciale des loueurs en leur révélant la stratégie commerciale de leurs concurrents sur le marché des « grands comptes », sur le marché « diffus » ou sur ces deux marchés considérés ensemble.**

Cour d'appel de Paris, 27 février 2017, n° 15/12029

Un refus d'agrément d'un agent réparateur par un concessionnaire ne peut en lui-même constituer une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors qu'il n'existait aucune obligation pour le concessionnaire d'agrément un candidat remplissant les critères de sélection en raison du principe de liberté contractuelle et dès lors que **ce refus d'agrément ne constitue pas une pratique anti-concurrentielle au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce (entente).**

Cour de cassation, Com., 1^{er} mars 2017, n° 15-19.068

L'occupation d'une **position dominante** impose à l'entreprise concernée l'obligation particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché intérieur.

En l'espèce, selon l'arrêt, dès l'annonce du lancement du quotidien Le 10Sport.com, le groupe propriétaire du quotidien concurrent, L'Equipe, a eu pour objectif d'évincer

ce concurrent du marché en envisageant trois solutions de riposte : ne pas réagir, lancer un nouveau quotidien ou améliorer le journal L'Equipe. La deuxième solution qui n'était pas rationnelle d'un point de vue économique car il s'agissait de l'option la plus coûteuse a été retenue.

En décidant de lancer un quotidien similaire au journal Le 10Sport.com (contenu, prix, format) le jour même du démarrage de celui-ci, le groupe propriétaire de l'Equipe n'a eu pour but que de contrer l'arrivée d'un concurrent, dans un projet à court terme, sans se préoccuper de rentabilité.

Un tel comportement constitue un abus de position dominante car cette concurrence excédait ce qu'autorise le droit de riposte d'une entreprise en position dominante.

Concurrence déloyale

Cour d'appel de Paris, 6 mars 2017, n° 15/05792

Le départ de 7 salariés d'une entreprise sur une période de 5 mois partis rejoindre une entreprise opérant sur un même secteur d'activité constitue un démarchage important mais ne peut toutefois engager **la responsabilité du nouvel employeur que s'il a entraîné la désorganisation de la société quittée.**

Or, en l'espèce, même si les salariés débauchés étaient expérimentés, il n'est pas rapporté la preuve du caractère stratégique de leurs fonctions au sein de l'entreprise dont ils ont démissionné, ni qu'ils n'ont pu être remplacés, ni encore que leur départ a entraîné des pertes de clients.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Cour de Justice de l'Union Européenne, 8 février 2017, affaire C-562/15

Saisie d'une question préjudicielle dans un litige de publicité comparative opposant Carrefour à Intermarché, la CJUE a précisé qu'une **publicité comparative** loyale impliquait notamment l'indication des magasins dont les prix étaient comparés. En l'espèce l'enseigne Carrefour avait comparé les prix pratiqués dans des hypermarchés Carrefour et ceux pratiqués dans des supermarchés Intermarché, information qui ne figurait qu'en petits caractères sur le site Internet Carrefour.

Cour de cassation, Com., 1^{er} mars 2017, n° 15-15448

La Cour de cassation rappelle que, pour retenir **qu'une pratique commerciale est trompeuse**, les juges ne doivent pas se contenter de relever des faits prohibés par l'article L.121-1 b du Code de commerce mais doivent également **« vérifier si les éléments (...) retenus altéraient ou étaient de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ».**