

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 13 – juin / juillet / août 2019

Cette lettre présente une sélection de de la jurisprudence intervenues en droit économique de juin à août 2019 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Abus de position dominante et prix prédateurs (Décision de la Commission européenne du 18 juillet 2019, non encore disponible).

Par communiqué de presse, la Commission a indiqué avoir infligé une amende de 242 millions € à un fabricant de circuits intégrés disposant d'une **position dominante** sur le marché des chipsets de bande de base qui permettent aux smartphones de se connecter aux réseaux cellulaires pour avoir pratiqué des prix d'éviction (ou prix prédateurs). La position dominante était caractérisée par une **forte part de marché (60 %)**, par le fait que le principal concurrent avait trois fois moins de parts de marché et par des barrières élevées à l'entrée sur le marché (investissements et droits de propriété intellectuelle).

L'**abus de position dominante** résidait selon la Commission dans la vente à deux clients importants des produits à des prix inférieurs aux coûts **afin d'éliminer le principal concurrent** de l'époque. La pratique de prix prédateurs ou d'éviction n'est pas en soi interdite (sauf prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce), mais elle le devient en cas de position dominante.

Sanction pour une restriction des ventes par internet (Décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-D-14 du 1^{er} juillet 2019).

Un fabricant de cycles imposait à ses distributeurs de livrer les cycles dans leurs points de vente physiques, **interdisant** selon l'Autorité de la concurrence *de facto* la vente des produits par internet. Pour l'Autorité, cette restriction **n'est pas justifiée** par la sécurité des clients, par la haute technicité des cycles ou encore par la réglementation. Cette restriction limitant la possibilité des distributeurs de vendre des produits hors de leur zone de chalandise et le choix des clients souhaitant acheter les produits sans se déplacer est particulièrement nocive pour la concurrence et constituait une **restriction anticoncurrentielle par objet**.

Une exemption au titre du règlement d'exemption applicable est également exclue car il s'agit d'une restriction **caractérisée** au sens dudit règlement (restriction des ventes passives). L'auteur de l'infraction et sa société-mère sont condamnés solidairement à une amende de 250.000 €.

Cette décision est dans la droite ligne de l'arrêt *Pierre Fabre* (CJUE, 13 oct. 2011, C-439/09) et de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture (voir notre Lettre d'actualité n° 9). Une **restriction** directe ou indirecte des ventes par internet est une restriction **à la fois par objet** et **caractérisée** au sens de l'article 4 point b du règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010. La Cour de Justice de l'Union européenne a cependant admis, à tout le moins pour les produits de luxe, la possibilité d'interdire la vente *via* des plateformes tierces (CJUE, 6 décembre 2017, C-230/16, voir notre Lettre d'actualité n° 4).

La décision de l'Autorité de la concurrence infligeant une sanction à la suite d'une procédure de transaction peut faire l'objet d'un recours (Cour d'appel de Paris, 13 juin 2019, n°18/20229).

Une société et sa société-mère s'étaient vu reprocher d'avoir participé à une **entente sur les marchés français de la distribution en gros de médicaments vétérinaires**, d'aliments pour animaux de compagnie et de matériels et accessoires, en mettant en œuvre, dans des réunions bilatérales, un « pacte de non-agression » visant à se répartir la clientèle ainsi que la fixation en commun de coûts d'acheminement et de prix facturés aux vétérinaires.

Les entreprises concernées ayant toutes sollicité le bénéfice de la procédure de **transaction**, prévue à l'article L. 464-2 III du code de commerce, pour chacune d'entre elles, un procès-verbal de transaction a été établi et signé avec le rapporteur général adjoint, fixant les montants maximal et minimal de la sanction pécuniaire envisagée. **S'agissant des deux sociétés**, la fourchette était comprise entre 6 et 11 millions €. Par décision du 26 juillet 2018, l'Autorité de la concurrence prononçait une sanction de 10 millions € à leur rencontre.

L'estimant **trop lourde**, elles forment un **recours** contre la décision, demandant que la sanction soit de 6 millions €.

Devant la cour d'appel, le ministre faisait valoir que le recours n'était pas possible car les sociétés poursuivies avaient accepté d'être condamnées dans la fourchette fixée. Il n'est cependant **pas suivi par la Cour** qui énonce que « l'entreprise ne saurait admettre la proportionnalité du montant d'une sanction qui n'a pas encore été arrêtée par le collège de l'Autorité et dont elle ne pourra se convaincre qu'à la lumière des motifs de la décision qui la condamne ». Le recours est donc recevable. Cependant, la **sanction** de 10 millions € prononcée par l'Autorité est **confirmée**.

Sanction d'une coopérative pour avoir réparti les marchés entre ses membres (Décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-D-15 du 8 juillet 2019).

Une société coopérative a été sanctionnée pour avoir mis en œuvre depuis 1989, une **entente horizontale entre ses membres afin de répartir territorialement le marché** de la distribution en gros de produits et matériels de boulangerie-pâtisserie, en violation des articles 101, § 1 TFUE et L. 420-1 du code de commerce. L'Autorité indique que chacun des membres se voyait attribuer un secteur géographique exclusif. Cette **répartition** a empêché toute concurrence entre les sociétés membres. En application de l'article L. 464-2, III du code de commerce, **une transaction** a été mise en œuvre, donnant lieu à l'établissement d'un procès-verbal fixant les montant minimal et maximal de la sanction pécuniaire à infliger (finalement fixée par l'Autorité à 1.700.000 €).

La Cour d'appel de Paris reste juridiction d'appel spécialisée même si les demandes ne sont plus fondées sur des pratiques anticoncurrentielles (Cour d'appel de Paris, 31 juillet 2019, n° 16/20683).

Un importateur automobile, ayant mis fin à un contrat de distribution de véhicules neufs, avait **refusé de conclure un nouveau contrat** avec son distributeur à l'issue du contrat résilié. Le distributeur contestait ce refus devant le Tribunal de commerce de Pontoise en invoquant notamment le droit des ententes (article L. 420-1 du code commerce). Il est débouté de sa demande. Après **diverses péripéties procédurales** (voir notre Lettre d'actualité n° 4), un appel est fait devant la Cour d'appel de Paris qui estime de manière discutable l'appel recevable car les parties se réfèrent au droit de la concurrence sur lequel la cour d'appel de Paris est seule en droit de statuer (Paris, 8 novembre 2017, n° 17/10746). La question de la recevabilité de l'appel étant tranchée, la procédure revenait sur le fond devant la cour d'appel de Paris.

L'importateur faisait alors valoir que le distributeur ayant abandonné par la suite ses moyens fondés sur le droit de la concurrence pour ne conserver que ceux fondés sur le droit civil, l'appel n'était plus recevable devant la cour d'appel de Paris, seule celle de Versailles pouvant statuer. La Cour **réfute** l'argument, jugeant que l'étendue de son pouvoir juridictionnel s'appréciait **au moment de sa saisine**, peu important que les fondements juridiques des demandes évoluent au cours de du litige. De plus, elle relevait que l'importateur faisait, dans le dispositif de ses conclusions, référence à l'article L 420 -1 du code de commerce. C'est suffisant pour rendre recevable la procédure devant les juridictions spécialisées (voir par exemple, Douai 4 avr. 2012, n° 12/00259).

Quant au fond, tout moyen au regard du droit de la concurrence **étant abandonné, la solution est classique** au regard du droit civil et commercial depuis que le refus de vente ou de contracter n'est plus un délit entre professionnels (1996) et que les pratiques discriminatoires ne sont plus interdites (2008). La Cour rappelle que « **ne pèse sur un fournisseur aucune obligation de contracter avec tout distributeur remplissant les critères de sélection, conformément au principe de liberté contractuelle, et ce dernier ne bénéficie d'aucun droit à la poursuite des relations contractuelles avec son fournisseur** ».

Une clause de non-concurrence dont la durée est supérieure à 5 ans n'est pas nécessairement illicite (Cour d'appel de Paris, 31 juillet 2019, n° 16/08280).

Un contrat de franchise d'une durée de 9 ans comportant une clause d'approvisionnement exclusif s'analyse au regard du règlement d'exemption alors applicable comme une clause de non-concurrence (règlement CE n° 2790/99 du 22 décembre 1999). Pour être exemptée par le règlement, cette clause doit être limitée à 5 ans et si elle peut être renouvelée, elle doit faire l'objet d'un accord exprès du distributeur. A défaut, il s'agit d'une **restriction exclue** (mais non pas d'une restriction caractérisée), même si cette terminologie n'était pas encore employée par le règlement n° 2790/99.

Pour autant, selon la Cour, « *en matière de franchise des exemptions individuelles sont possibles, dès lors que ces clauses sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents* ». Tel était bien le cas en l'occurrence.

La solution est classique (voir en ce sens, les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010, point 191). A défaut d'une exemption catégorielle, une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101 § 1 TFUE est toujours possible sans être cependant forcément nécessaire. **Une restriction exclue n'est anticoncurrentielle que si elle a un effet anticoncurrentiel**. D'ailleurs, selon les **Communications de minimis** des 22 décembre 2001 et 30 août 2014, si la part de marché cumulée des parties à l'accord ne dépasse pas 15 %, une clause de non-concurrence sera valable, quelle que soit sa durée sans besoin de recourir à une exemption individuelle. Au-delà, une clause de longue durée pourrait être valable si elle n'empêche pas par exemple les concurrents du franchiseur de disposer de points de vente pour vendre ses produits (sur la validité des clauses de non-concurrence, voir notre Lettre d'actualité n° 5).

Distribution sélective : une restriction des ventes actives peut ne pas être une restriction caractérisée (Cour d'appel de Paris, 30 août 2019, n° 18/20739).

A la suite d'une cassation (Com, 16 mai 2018, n° 16-18.174 et 16-20.040, V. notre lettre d'actualité n° 7), la Cour d'appel de Paris devait statuer à nouveau sur la validité d'une clause stipulant qu'un distributeur agréé **ne devait pas vendre activement un nouveau produit** dans un Etat-membre de l'Union Européenne dans lequel le fournisseur n'avait pas encore mis en vente ce produit pendant un délai d'un an à compter du premier lancement dans un Etat-membre.

En principe, les règlements d'exemption sur les restrictions verticales érigent en restriction caractérisée le fait d'interdire les ventes actives ou passives par les membres d'un réseau de

distribution sélective (V. par ex. règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, art. 5 c), interdisant ainsi toute exemption par catégorie. Cependant, la Cour, s'appuyant notamment sur les **Lignes directrices sur les restrictions verticales du 19 mai 2010** (points 60 et s.), souligne que dans certaines circonstances une restriction caractérisée peut ne pas être contraire à l'article 101 § 1 TFUE. **Les cas sont rares.**

En l'espèce, pour la Cour, la clause en cause « *protège le distributeur agréé [...] qui lance un nouveau produit des marques Coty, des ventes actives d'autres distributeurs agréés [...] pendant le délai d'un an. Cette clause apparaît nécessaire pour inciter le distributeur à réaliser des investissements pour développer le nouveau produit, dès lors qu'en l'absence d'une telle protection, le distributeur ne serait pas incité à le distribuer et à investir dans cette distribution, alors que la vente de nouveaux produits et l'élargissement de l'offre à destination des consommateurs finals constituent des facteurs favorisant la concurrence* ». En outre, « *la durée de la protection consentie était [...] d'une année* », de sorte que la « *restriction territoriale de vente active, limitée dans le temps, ne relève dès lors pas de l'article 101 paragraphe 1 TFUE car elle est objectivement nécessaire pour que le distributeur puisse pénétrer sur un nouveau marché* ».

Pratiques restrictives

En cas de désaccord sur les conditions de poursuite des relations, la rupture n'est pas unilatérale (Cour d'appel de Paris, 6 juin 2019, n° 17/00683 ; Cour de cassation, com. 3 juillet 2019, n° 18-10.580).

La Cour d'appel de Paris rappelle que pour qu'il y ait rupture au sens de l'article L 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce, celle-ci doit procéder d'une **décision unilatérale** de son auteur. Tel n'est pas le cas en cas de désaccord persistant sur les remises accordées, contestées à plusieurs reprises. Le **désaccord** des parties portait sur des conditions substantielles de la relation commerciale, rendant impossible sa poursuite. L'une des parties n'est, dans ces conditions, pas fondée à prétendre que la rupture de la relation serait imputable à l'autre partie.

De même, la Cour de cassation **dans une autre espèce** relève « *que la rupture est intervenue au terme d'une période d'une année, entre juillet 2010 et juillet 2011, au cours de laquelle de longues discussions ont été menées sur la fixation du prix des vins, sans que les parties soient parvenues à un accord sur le prix du millésime 2009 ni sur celui de 2010 pour lequel elles n'ont entamé aucune négociation* ». En conséquence, la rupture **ne pouvait être imputée** à aucune des parties.

La cessation d'une relation de 16 mois, insuffisante pour être établie, peut néanmoins être abusive (Cour d'appel de Paris, 19 juin 2019, n° 16/16831).

Une relation de 16 mois ne peut être qualifiée de stable et habituelle car la victime de la fin des relations ne pouvait anticiper une poursuite de la relation compte-tenu de l'ancienneté insuffisante de la relation commerciale. La rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce **supposant une relation établie** ne pouvait donc être mise en œuvre. Cependant, **le silence du client qui n'a pas averti le prestataire** de ce qu'il « *allait cesser de lui commander des prestations alors qu'elle lui confiait des*

missions depuis 16 mois est déloyal » Cette déloyauté fautive a causé un préjudice moral au prestataire fixé à 2.500 €.

Forte amende pour un déséquilibre significatif (Cour d'appel de Paris, 12 juin 2019, n° 18/20323).

La Cour d'appel de Paris avait à examiner diverses pratiques d'une entreprise poursuivie par le Ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° (ancien) du code de commerce sanctionnant la soumission d'un partenaire commercial à un déséquilibre significatif. A cette occasion, la Cour a souligné, **pour caractériser la soumission** des cocontractants de cette entreprise, que « *c'est [...] le rapport de force entre les fournisseurs et sous-traitants de la société [poursuivie] sur le territoire français, dans le secteur de la fabrication de ces produits très spécifiques à très haute technologie qui doit être examiné par la cour* ».

Jugeant que les cocontractants français de l'entreprise poursuivie ne pouvaient « *se passer d'un fabricant ayant cette puissance au regard du secteur d'activité très particulier [...], de son chiffre d'affaires et de sa place dans le commerce international* » et que l'ensemble des témoignages recueillis **anonymement** démontraient que les fournisseurs ou sous-traitants ne pouvaient « *négoier les clauses litigieuses avec elle, ces clauses inscrites dans les CGA étant présentées comme non négociables par cette dernière* », la Cour **en a déduit que la preuve de la soumission** était rapportée.

Par ailleurs, la Cour juge déséquilibrée la clause selon laquelle l'entreprise poursuivie **faisait prévaloir ses CGA** (conditions générales d'achat) sur les CGV (conditions générales de vente) de ses fournisseurs et la clause selon laquelle l'acheteur était autorisé à déduire une somme à **titre de rémunération pour paiement anticipé** de 2,5% du montant TTC de la facture si le paiement intervenait le 15^{ème} jour suivant l'émission de la facture, ce qui était excessif puisque équivalent à un taux annuel de 18%.

Enfin, rappelant que « *l'amende civile doit viser à prévenir et dissuader les pratiques restrictives prohibées, mais lucratives en matière commerciale* », la Cour condamne l'entreprise poursuivie à **une amende civile** de **2.000.000 €** (montant maximum à l'époque des faits) et ordonne la cessation des pratiques.

Rupture brutale et loi de police (Cour d'appel de Paris, 12 juin 2019, n° 17/00030).

La Cour d'appel de Paris avait à nouveau à statuer sur l'application de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce à la rupture d'une relation entre une **société bangladaise** et une société française, la première estimant que la deuxième avait rompu brutalement leurs relations.

La Cour a d'abord retenu qu'il y avait lieu de faire application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en vigueur à l'époque à laquelle a débuté la relation commerciale continue entre les parties (mars 2009), même si **aucun contrat-cadre n'avait été signé** par les parties. En vertu de cette convention (à laquelle a succédé le règlement Rome I du 17 juin 2008), la Cour juge que **la loi bangladaise est applicable**. Se pose alors la question, malgré l'application de la loi étrangère, si la Cour ne doit pas quand même appliquer l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) en tant que loi de police.

La Cour évite le débat (voir Paris, 7 nov. 2018, n° 16/14312 et Paris, 28 février 2019, n° 17/16475, et nos Lettres d'actualité n° 9 et 11). Elle relève que, à supposer que l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) soit une loi de police, la Cour doit « **déterminer si la situation présente un lien étroit avec le territoire français, critère qui déclencherait l'application de cette loi de police, le cas échéant** ». Tel n'était pas le cas car les prestations commandées par la société française étaient réalisées au Bangladesh par la société bengalaise, « *les seules circonstances relatives à la livraison des marchandises en France et au domicile de la société [française] ne [pouvant] suffire à caractériser un impact sur le marché français* ». Le droit bangladais **ne comportant pas ce type de fondement juridique** (rupture brutale), la demande de la société bangladaise pour rupture brutale **est rejetée**.

La Cour estime que le critère de rattachement à la France (qui est requis) est insuffisant, le contrat étant exécuté à l'étranger. Surtout, **la victime était étrangère. Si la victime avait été française**, la solution aurait pu être différente. Précédemment, cette même Cour avait jugé que « *l'article L. 442-6, I, 5° [...] garantit à toute entreprise française établie en France un préavis suffisant lorsque son partenaire, qu'il soit français ou étranger, décide de rompre les relations établies* » et qu'il est « *logique que toutes les victimes soient traitées sur un plan d'égalité, que l'auteur soit français ou étranger* » (Paris, 9 janv. 2019, n° 18/09522).

Concurrence déloyale

L'utilisation par un professionnel d'un site de mise en relation de particuliers pour recruter est constitutif d'actes de concurrence déloyale (Cour d'appel de Paris, 7 juin 2019, n° 17/18883).

Une entreprise de service à la personne avait publié sur une **plate-forme de mise en relation de particuliers** des annonces de recrutement de gardes d'enfant et d'aides ménagères pour son compte, en se faisant passer pour un particulier ou en postant des annonces en utilisant son logo comme photographie du profil de l'inscrit.

Pour la Cour, « *Ces annonces postées par des personnes appartenant à un réseau exploité par une société leader du service à la personne en France alors que les conditions générales d'utilisation de la plate-forme [...] interdisent à toute personne morale, et à toute personne physique agissant pour le compte d'une personne morale, de s'inscrire sur la Plate-forme en tant que demandeur sans autorisation écrite préalable [du concurrent], d'entrer en contact avec des intervenants, de récupérer partiellement ou en totalité la base de données du site internet, ou d'utiliser le site internet* », ce dans le but de s'introduire sans l'accord de la société [X], dans la plate-forme de mise en relations et, sans bourse délier, de profiter des investissements de cette dernière pour sa mise en place, en vue de démarcher les personnes inscrites sur ce site pour proposer leurs services et les inciter à rejoindre la société [Y], **constituent des agissements déloyaux [...]**, ce quand bien même aucun recrutement de personnes inscrites sur la plate-forme n'est démontré ou aucun risque de confusion établi ».

La société poursuivie « *en s'introduisant sans bourse délier sur la plate-forme de sa concurrente, a profité d'une publicité et des investissements importants et justifiés de l'appelante, investissements techniques d'une part, pour créer une plate-*

forme innovante et performante de mise en relations de particuliers [...], investissements de marketing d'autre part, pour se faire connaître sur ce marché concurrentiel du service à la personne, et a obligé la société [victime], à recourir à des prestataires pour essayer de parer aux inscriptions intempestives de son concurrent et mettre en place une veille permanente ». La société fautive est **condamnée à 15.000 € pour préjudice matériel et 15.000 € pour préjudice moral**. Une mesure de publication d'un communiqué judiciaire du dispositif de l'arrêt est également ordonnée.

Concurrence déloyale par dénigrement ou diffamation ? (Cour d'appel de Paris, 28 juin 2019, n° 17/14348).

Une société dont l'activité consiste à proposer aux membres de son club, par l'intermédiaire d'une application sur smartphone, un service de réservation d'hôtels, s'est plainte de **l'envoi d'un courriel** adressé par un concurrent à des responsables des réservations de grands hôtels internationaux, indiquant que le système « **frauduleux qui promet aux hôtels de leur apporter une clientèle d'entreprise et fait payer à des individus une cotisation annuelle pour pouvoir réserver à des tarifs très réduits [...]** séduit les individus à fort potentiel et leur fait payer moitié prix, si bien qu'en fin de compte vous perdez tous 50 % de revenus sur leurs réservations ».

Estimant que ces propos « *visent essentiellement ses prestations et ses services* », la société mise en cause introduit une action sur le fondement de l'article 1240 du code civil (responsabilité délictuelle). Or, pour la Cour d'appel, « *sous couvert d'une action en dénigrement, la société [...] cherche en réalité à voir réparer une atteinte à son honneur et à sa réputation, des faits précis lui étant imputés [...]* ». **Une telle demande ne pouvait être fondée que sur l'article 29 de la loi 29 juillet 1881 sur la presse (diffamation)**.

Cet arrêt vient rappeler une nouvelle fois **l'importance de la qualification de certains propos** (voir notre Lettre d'actualité n° 6). S'il s'agit d'un dénigrement (qui vise les services ou produits), l'action est fondée sur la responsabilité civile de droit commun avec une **prescription** de 5 ans. S'il s'agit d'une diffamation (qui porte atteinte à l'honneur ou la considération de la personne - article 29 de la loi 29 juillet 1881), l'action doit être introduite dans un délai maximum de trois mois. La **frontière** entre les deux fondements n'est cependant pas toujours aussi claire et cet arrêt l'illustre.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Le délai de deux ans de l'article L 218-2 du code de la consommation est limité aux relations contractuelles (Cour de cassation, civ. 1^{ère}, 4 juil. 2019, n° 19-13.494).

Selon l'article L. 218-2 du code de la consommation, « *l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans* ». Cependant, l'usager, bénéficiaire du service public de l'enlèvement des ordures ménagères, n'est pas lié par un contrat, de sorte que le délai dont dispose une collectivité publique pour émettre un titre exécutoire, aux fins d'obtenir paiement de la redevance qu'elle a instituée, n'est pas soumis au délai susvisé. La Cour de cassation limite donc **le délai de deux ans de l'article L 218-2 aux relations contractuelles**.