

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 17 – mars / avril 2020

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en mars et avril 2020 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

L'Autorité de la concurrence sanctionne par une amende record des pratiques d'ententes et d'abus de dépendance économique (décision du 16 mars 2020, non encore disponible).

Selon son communiqué, l'Autorité de la concurrence (ADLC) a sanctionné Apple à hauteur de **1,1 milliard d'euros** et deux grossistes à hauteur de 76,1 millions d'euros et 62,9 millions euros. Les **trois pratiques** sanctionnées sont les suivantes :

- une **répartition de produits et de clientèle par Apple** entre ses deux grossistes Tech Data et Ingram Micro constitutive d'une entente anticoncurrentielle.

Selon l'Autorité, Apple « *procédait à une **allocation fine de la distribution de ses produits**, en précisant aux deux grossistes les quantités exactes des différents produits [...] livrées à chaque revendeur. Les revendeurs APR ont ainsi pu être freinés dans leur activité commerciale, étant totalement dépendants des stocks décidés par Apple [...]* ».

- des prix de **vente imposés** aux détaillants revendeurs premium (APR) afin qu'ils appliquent les mêmes prix que ceux pratiqués par Apple dans les Apple Store et sur son site Internet. Il s'agit encore d'une **entente anticoncurrentielle**.

Les offres promotionnelles étaient encadrées de manière stricte (obligation notamment de recourir à des supports et des matériels imposés par Apple sous peine de rupture immédiate du contrat) et un système de surveillance des prix faisant peser un risque de **représailles** étaient en place).

- un **abus de dépendance économique** (art. L. 420-2 al. 2 du code de commerce) vis-à-vis des revendeurs premium se manifestant par **des difficultés d'approvisionnement**, des **traitements discriminatoires**, une instabilité des conditions de rémunération de leur activité alors que les marges des distributeurs étaient réduites, ce qui les

maintenait dans une extrême dépendance quant à la réception des produits.

Cette décision est susceptible d'un **recours** devant la Cour d'appel de Paris.

La Poste prend des engagements afin de mettre un terme à une plainte dirigée contre elle (Décision n° 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis).

En 2010, le Ministre de l'économie ainsi qu'une société de livraison de colis avaient saisi l'Autorité de la concurrence (ADLC) de **pratiques mises en œuvre sur le marché de la livraison de colis aux consommateurs** et plus particulièrement en points de retrait. L'ADLC a **mis fin** à la procédure après avoir accepté les engagements de La Poste conformément à l'**article L. 464-2, I** du code commerce.

Selon l'Autorité, sur le **marché de la livraison de colis traditionnelle d'entreprises à particuliers à domicile**, la part de La Poste est de plus de **80 % en 2016 (lui conférant ainsi une position dominante)** tandis que sur le marché de la livraison de colis traditionnelle **d'entreprises à particuliers hors domicile**, cette part est en 2016 de **22 % en volume et de 26 % en valeur**. Enfin, sur ces deux marchés réunis, cette part est de 70 %.

L'ADLC a exprimé une **préoccupation sur la pratique tarifaire** de La Poste résidant dans le **couplage des remises** entre livraisons à domicile et hors domicile. En effet, selon l'Autorité, « *les remises rétroactives dont les seuils sont définis à partir du cumul de livraisons à domicile et hors domicile pourraient inciter les clients-chargeurs à privilégier les services de La Poste afin de bénéficier des remises octroyées pour la livraison à domicile, sans que les opérateurs de la livraison en points relais puissent nécessairement riposter avec le même taux de remises que La Poste, du fait de leur absence sur le marché des livraisons à domicile et de la position dominante qu'y occupe La Poste.*

De même, « *des remises rétroactives dont les seuils sont définis à partir du volume ou du montant des livraisons à*

domicile pourraient, en raison de la part non-contestable que détient La Poste sur ce mode de livraison, inciter les clients-chargeurs à privilégier La Poste pour leurs livraisons à domicile, afin de bénéficier des remises accrues [...] ».

A cet égard, l'ADLC rappelle la **jurisprudence relative aux remises d'un opérateur en position dominante** selon laquelle si des remises de volume, qui sont des remises de quantité, sont réputées conformes au droit de la concurrence, les remises d'exclusivité en revanche sont présumées illicites, sauf preuve contraire (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413/14, *Intel*). Quant aux remises octroyées **en fonction de paliers d'achats**, elles doivent être examinées en fonction des modalités d'octroi (V. notre Lettre d'actualité n° 3).

Quant à la **remise de couplage**, il s'agit « *une remise sur l'achat d'un produit, constituant le marché sur lequel l'entreprise détient la position dominante, subordonnée à l'achat d'un autre produit, soumis à la concurrence [...]. Une telle remise de couplage est assimilable à une prime de fidélité, destinée à récompenser les clients qui, obligés d'acquiescer le premier produit, renoncent à s'adresser à la concurrence pour le second* » (J.-B. Blaise, Rép. Dr. Com. Abus de position dominante, n° 325).

Pour l'Autorité, les pratiques tarifaires de La Poste « *sont susceptibles [...] d'être qualifiées d'anticoncurrentielles au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce, et [...] l'article 102 du TFUE* ». Aussi, afin de mettre un terme à la procédure, La Poste s'est-elle notamment engagée pendant 5 ans à :

- **calculer séparément** les remises portant sur les livraisons à domicile et celles sur les livraisons hors domicile ;
- construire une grille de prix nets sur la base **d'une grille incrémentale** (c'est-à-dire qui ne s'applique qu'aux achats du client excédant le seuil déclenchant son octroi) ;
- mettre en place des **formations en droit de la concurrence**, un outil permettant de conserver les données contractuelles, un comité de pilotage pour suivre l'application des engagements et la nomination d'un mandataire.

L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires à l'encontre de Google à la demande d'éditeurs de presse (Décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020 relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse).

La **Directive (UE) n° 2019/790 du 17 avril 2019** sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique prévoit la création d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de publications de presse, leur conférant le droit **d'autoriser ou d'interdire** la reproduction de leurs publications par les plateformes, agrégateurs et moteurs de recherche.

La Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 **transpose la Directive sur la création de ce droit voisin**. Pour l'Autorité, cette loi a « *pour objectif de mettre en place les conditions d'une négociation équilibrée entre éditeurs, agences de presse et services de communication au public en ligne, afin de redéfinir le partage de la valeur entre ces acteurs et en faveur des éditeurs et agences de presse* ».

Google a décidé **de ne plus afficher en France** au sein de ses différents services **d'aperçu du contenu** pour les éditeurs de

presse européens, sauf si l'éditeur en fait la demande à titre gratuit. Majoritairement, les éditeurs ont autorisé Google à afficher des contenus protégés sans percevoir de rémunération. Les éditeurs n'ayant pas autorisé Google à afficher des contenus protégés ont subi **des baisses de trafic**.

Des éditeurs de presse et leurs syndicats professionnels ont saisi l'Autorité de la concurrence (ADLC) pour abus de position dominante de Google, faisant dans le même temps **une demande des mesures conservatoires**. L'ADLC, sans se prononcer sur le fond, a fait droit à cette demande. Elle relève que **Google pourrait être en position dominante sur le marché pertinent** retenu (le marché français des services de recherche généraliste).

Par ailleurs, les pratiques dénoncées sont susceptibles d'être **anticoncurrentielles**. En effet, Google pourrait avoir **imposé** aux éditeurs et agences de presse des conditions de transaction inéquitables au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 a) du TFUE, **en évitant toute forme de négociation et de rémunération** pour la reprise et l'affichage des contenus protégés au titre des droits voisins. Google pourrait également avoir traité de façon identique des acteurs économiques placés dans des situations différentes en dehors de toute justification objective. En outre, Google pourrait avoir **abusé de sa position dominante pour contourner la loi sur les droits voisins**, notamment en utilisant le droit des éditeurs et agences de presse de consentir des licences gratuites pour imposer systématiquement un principe de non-rémunération sans aucune possibilité de négociation.

Constatant l'existence d'une **atteinte grave et immédiate** au secteur de la presse qui, dans un contexte de crise majeure de ce secteur, prive les éditeurs et agences de presse d'une ressource vitale pour assurer la pérennité de leurs activités, l'ADLC a prononcé des **mesures conservatoires**. **Celles-ci** ont notamment pour objet d'enjoindre à Google **de négocier de bonne foi pendant une durée de trois mois** avec les éditeurs et agences de presse qui en feraient la demande, la rémunération due par Google à ces derniers selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires.

Pratiques restrictives

Un conseil en propriété industrielle ne peut pas invoquer la rupture brutale de l'article L. 442-1, II du code de commerce (Cour d'appel de Paris, 4 mars 2020, n° 18/15532).

Par courrier du 26 octobre 2015, un fabricant qui intervient notamment **dans le secteur des produits de luxe** a informé son conseil en propriété industrielle avec lequel il travaillait depuis 2001, **qu'il transférait à un autre cabinet la gestion du portefeuille** de marques et de modèles à l'exception de certains dossiers, précisant que certaines missions ponctuelles pourraient continuer à lui être confiées sans exclusivité. Les relations ne se sont cependant pas poursuivies. Le conseil en propriété industrielle, **s'estimant victime d'une rupture brutale des relations commerciales** établies, a demandé l'indemnisation de son préjudice le 24 juillet 2017.

Par courrier du 6 octobre 2017, le fabricant **a mis un terme**, à effet au 30 novembre 2017, au mandat du cabinet pour toutes les missions que celui-ci assurait encore. Un procès est engagé par le conseil en propriété industrielle contre le fabricant sur le fondement de L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) **pour préavis insuffisant**.

Pour la Cour, l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce protège **les partenaires d'une relation commerciale**. Or, aux termes de l'article L. 422-12 du code de la propriété intellectuelle, la profession de conseil en propriété industrielle **est incompatible avec toute activité à caractère commercial**, peu important que l'activité soit exercée sous la forme d'une société commerciale. Le conseil en propriété industrielle **n'entretenait donc pas avec son client une relation commerciale** et l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce n'était pas applicable.

La « relation commerciale » au sens du texte est donc assimilée à une relation **entre commerçants**, ce qui n'est pas si évident (V. par ex. Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.463).

La révocation du mandat non-écrit liant les parties qui était à durée indéterminée **n'était pas non plus abusive**. En effet, **depuis 2014**, le plaignant était **informé « de la nouvelle politique du groupe ayant conduit à transférer [à un autre cabinet] la gestion des portefeuilles de marques et modèles [...] »**. En outre, **« la circonstance que [le fabricant ait] provisionné une certaine somme dans [ses]comptes eu égard au présent litige ne constitue nullement l'aveu d'un fait conduisant à retenir [sa] responsabilité »**. Enfin, le fait que les discussions relatives aux nouvelles missions n'aient pas abouti ne démontre par un abus de la part du fabricant.

Cet arrêt permet de rappeler que même si l'article L. 442-1, II du code de commerce n'est pas applicable, un contrat à durée indéterminée **ne stipulant pas la durée d'un préavis pour y mettre fin ne peut pas être résilié sans respecter un préavis**. En effet, avant la création de la rupture brutale en 1996, il avait déjà été jugé que **« compte tenu de la longue collaboration [...] entre les parties, le préavis donné avait été trop bref [...], la rupture était intervenue avec une brutalité lui conférant un caractère abusif »** (Com. 16 févr. 1988, n° 86-16.207).

Désormais, **l'article 1211 du code civil**, non-applicable aux faits de la présente espèce, la relation contractuelle étant antérieure au 1^{er} octobre 2016, prévoit que **« Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable »**.

La résiliation d'un contrat par texto est valable (Cour d'appel de Paris, 11 mars 2020, n° 17/01526).

A propos de la cessation d'un contrat conclu pour **quatre mois** puis prolongé de dix mois, la Cour d'appel de Paris a jugé que **« le prolongement de dix mois de la relation commerciale [...] [procède] d'une mauvaise appréciation de la durée nécessaire au travail objet de ce contrat et non de leur volonté commune d'établir une relation stable [...] »**. **L'article L. 446-1, I, 5° (ancien)** du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) ne **s'appliquait donc pas** à cette relation **non-établie** au sens de ce texte. Par ailleurs, l'envoi d'un **texto** pour notifier la rupture était licite s'agissant d'**« un mode de communication habituel des parties »**.

L'article L. 442-6, I, 5 (ancien) du code de commerce ne peut être invoqué que par la victime directe de la rupture brutale et non par des tiers à la relation (Cour de cassation, com., 18 mars 2020, n° 18-20.256)

Une société de produits de boulangerie industrielle fabriqués par deux autres sociétés de son groupe avait assigné deux de

ses distributeurs allemands pour rupture brutale **en raison d'une baisse des commandes**. Les deux sociétés fabricantes **étaient intervenues à la procédure** pour demander la réparation de leur préjudice résultant de la rupture brutale alléguée par le fournisseur, lequel curieusement ne faisait pas valoir un préjudice. Les sociétés allemandes étaient **condamnées à indemniser** les sociétés fabricantes car ces dernières n'avaient pas **« bénéficié du temps nécessaire à leur reconversion, subissant dès lors une perte de marge en lien direct avec ce manquement »**.

La Cour de cassation **cas**se l'arrêt d'appel car : **« Seule la partie qui entretient directement une relation commerciale établie avec l'autre partie pouvant, sur le fondement de [l'article L. 442-6, I, 5 (ancien) du code de commerce, devenu l'article L. 442-1, II], rechercher la responsabilité de cette dernière dans le cas où elle aurait, brutalement et sans préavis écrit, rompu cette relation, même partiellement, les tiers ne peuvent demander l'indemnisation du préjudice personnel que leur cause une telle rupture que sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle »**.

La procédure est un peu étrange car la partie à la relation commerciale subissant la rupture brutale **ne demandait pas la réparation d'un préjudice**, poursuivant néanmoins ses clientes pour rupture brutale. La question de la **recevabilité** même d'une telle action par le fournisseur pouvait donc se poser. Ce qu'il faut sans doute comprendre de cet arrêt, est que, si les tiers à la relation ne peuvent pas fonder leur demande d'indemnisation sur la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce, **ils doivent pouvoir invoquer cette rupture brutale en tant que faute délictuelle** à leur égard au titre de l'article **1240** du code civil (responsabilité délictuelle de **droit commun**).

Le juge devra donc se prononcer sur **l'existence** d'une rupture brutale et, si tel est le cas, indemniser les tiers sur le fondement de l'article 1240 du code civil. Ce ne seront donc pas les principes d'indemnisation de la rupture brutale qui s'appliqueront mais ceux de la responsabilité délictuelle de droit commun, *a priori* **moins favorables** selon la jurisprudence (V. X. Henry, Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, RTDCom, mai juin 2018, p. 540, n° 56).

Un parallèle peut être fait avec la responsabilité délictuelle d'une partie à un contrat à l'égard des tiers. En effet, les tiers peuvent **invoquer l'inexécution ou la résiliation d'un contrat** auquel ils ne sont pas parties en tant que faute délictuelle. Il est ainsi admis que toute faute contractuelle autorise des tiers à demander la réparation du préjudice subi en raison de l'inexécution contractuelle **sur le fondement de la responsabilité délictuelle** (Com. 9 avril 2013, n° 11-17.029).

Concurrence déloyale

L'utilisation du nom d'un concurrent comme mot-clé pour un moteur de recherche n'est pas constitutive de concurrence déloyale, sauf confusion [Cour d'appel de Paris, 3 mars 2020, n° 18/09051 (1^{ère} espèce) et 5 mars 2020, n° 17/13954 (2^{ème} espèce)].

En 2010, la Cour de justice a jugé qu'une entreprise peut utiliser **un mot-clé** identique à la marque d'un concurrent pour **un service de référencement** sur Internet, afin de faire de la

publicité pour des produits ou des services **identiques** à ceux pour lesquels la marque est enregistrée si cette publicité « *ne permet pas ou permet seulement difficilement à l'internaute moyen de savoir si les produits ou les services visés par l'annonce proviennent du titulaire de la marque ou d'une entreprise économiquement liée à celui-ci ou, au contraire, d'un tiers* » (CJUE, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08). Le **principe** énoncé est toujours **en vigueur**. **Deux arrêts récents** de la cour d'appel de Paris l'illustrent.

Dans une première espèce, une société de vente de fleurs par Internet (Aquarelle) contestait le droit d'une société, titulaire du nom de domaine « lebouquetdefleurs.com », d'avoir réservé le mot clé « Aquarelle » sur la plate-forme GoogleAdwords. La Cour constate en effet « *qu'en effectuant une recherche sur [...] Google avec le terme « aquarelle », il est proposé un lien avec l'adresse URL www.lebouquetdefleurs.com en premier référencement, et qu'un clic sur l'onglet 'pack' permet l'apparition de différents onglets dont 'BOUQUET ET AQUARELLE'; un clic sur un lien intitulé 'Duo Sucré Aquarelle' fait apparaître un bouquet composé de feuillage et d'un assortiment de bonbons disposés comme des fleurs, avec des tubes de peinture* ».

Cependant, la Cour relève que la société Aquarelle ne démontre pas proposer « *à la vente, sur le site Aquarelle.com, des bouquets de bonbons [...]* ». **Le risque de confusion n'était donc pas avéré**.

Dans une deuxième espèce, la cour d'appel rappelle que « *le fait pour une société d'utiliser, sous la forme de mots-clés employés dans le cadre d'un service de référencement, la dénomination sociale et le nom de domaine d'un concurrent peut générer un risque de confusion fautif. Toutefois, le risque de confusion ne découle pas ipso facto de l'emploi à titre de mot-clé du nom commercial ou de la dénomination sociale d'un concurrent et doit donc être établi* ».

En l'espèce, l'achat par une entreprise du **nom commercial de son concurrent** « *ne pouvait susciter aucune confusion par rapport à un consommateur d'attention moyenne alors que le lien renvoyant vers le site internet de la société [ayant acheté le nom de son concurrent] [...] est précédé de la mention "annonce" encadrée en jaune [permettant] à l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif de déterminer [...] qu'il n'existe aucun lien entre le site internet [de cette société] et les produits de son concurrent [...]* ».

L'usage de son nom patronymique, sous certaines conditions, ne constitue ni une atteinte à une marque renommée, ni un acte de parasitisme (Cour d'appel de Paris, 3 mars 2020, n° 18/28501).

Madame Virginie Taittinger a **travaillé** pendant plus de **trente ans au sein de la SA Taittinger** à des postes de direction. En 2005, elle avait cédé ses parts du Groupe Taittinger puis en 2006 avait été licenciée. **En 2008**, Madame Virginie Taittinger a **déposé la marque « Virginie T »** pour désigner divers produits dont le champagne et a créé une société. Par ailleurs, en 2007, elle avait procédé à la **réservation de divers noms de domaine** (virginie-t.com, virginietaittinger.com, virginie-taittinger.com, virginie-taittinger-champagne.com, ...).

Invoquant **l'utilisation commerciale du nom Taittinger** pour la vente et la promotion du champagne « Virginie T » et la mise en œuvre d'une communication axée sur le nom de

famille Taittinger et sur l'image de la marque Taittinger, la société Taittinger CCVC **a poursuivi** Madame Virginie Taittinger et sa société. Or, pour la cour d'appel de Paris, **il n'y a pas atteinte** à une marque renommée, ni de **parasitisme** résultant de l'usage de la dénomination sociale et du nom commercial de la société Taittinger CCVC.

En effet, Madame Virginie Taittinger « *a, jusqu'à son licenciement sans cause réelle et sérieuse [...], effectué sa carrière au sein de la SA TAITTINGER. [...], elle était présentée dans les médias durant cette carrière, comme l'ambassadrice des champagnes TAITTINGER. Au regard de ses compétences professionnelles, exclusivement développées au sein de l'entreprise familiale pour assurer la promotion de son champagne, il est logique et légitime que Mme TAITTINGER assure sa reconversion dans le domaine du champagne et que, pour ce faire, elle fasse état de son nom, de son origine familiale et de son parcours professionnel, ce qui la conduit nécessairement à évoquer le champagne de marque TAITTINGER [...] essentiellement pour le distinguer du nouveau produit qu'elle commercialise. Par ailleurs, dans sa communication [...], elle a toujours utilisé son nom en l'associant à son prénom Virginie [...]* ».

En conséquence, pour le Cour, « *si le nom de famille de Mme TAITTINGER a été certainement un atout dans le lancement de son champagne et l'a dispensée en partie des investissements qui auraient incombé à un concurrent inconnu, cet avantage a trouvé sa cause exclusive dans sa naissance et ses activités passées et non dans la captation de la renommée de la marque TAITTINGER ou des investissements opérés pour valoriser cette marque* ». Il n'y donc pas eu atteinte à une marque renommée.

Pour ces mêmes raisons, la société poursuivante ne peut pas faire grief à Madame Taittinger **d'actes de parasitisme** en faisant référence à la dénomination sociale Taittinger.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Office du juge national et clauses abusives (Cour de justice de l'Union européenne, 11 mars 2020, C-511/17).

Saisie de **questions préjudicielles** par la Cour de Budapest à propos de de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant **les clauses abusives** dans les contrats conclus avec les consommateurs, la Cour de justice de l'Union européenne a répondu que :

- « *[...] un juge national, saisi d'un recours introduit par un consommateur et tendant à faire constater le caractère abusif de certaines clauses figurant dans un contrat [...] conclu avec un professionnel, n'est pas tenu d'examiner d'office et individuellement l'ensemble des autres clauses contractuelles, qui n'ont pas été attaquées par ledit consommateur, afin de vérifier si elles peuvent être considérées comme abusives, mais doit examiner seulement celles qui sont liées à l'objet du litige, tel que ce dernier a été délimité par les parties [...]* ».
- « *[...] s'il est vrai que, pour apprécier le caractère abusif de la clause contractuelle servant de base aux prétentions d'un consommateur, il convient de prendre en compte toutes les autres clauses du contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur, cette prise en compte n'implique pas, en tant que telle, une obligation, pour le juge national saisi, d'examiner d'office le caractère éventuellement abusif de toutes ces clauses* ».