HENRY & BRICOGNE
AVOCATS

Nous vous souhaitons une très bonne et très heureuse année

2024

L'ACTUALITE DU DROIT ECONOMIQUE

N° 37 – novembre / décembre 2023

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence intervenue en droit économique en novembre et décembre 2023 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Pour caractériser un abus de position dominante, le marché pertinent de produits est réduit à celui des manettes pour une console de jeux (Décision n° 23-D-14 du 20 décembre 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et des accessoires de contrôle).

Un fabricant français qui commercialise notamment des **manettes pour la console** de jeux PS4 avait saisi l'Autorité de la concurrence française (ADLC) pour se plaindre de pratiques de Sony qu'il considérait comme **anticoncurrentielles**.

Sony commercialise une console de jeu (PS4) ainsi qu'une manette pour PS4 vendue avec la console. Si celle-ci est la **manette de référence**, il en existe d'autres commercialisées par **d'autres fabricants**. Certaines d'entre elles **sont licenciées** par Sony *via* un programme de partenariat (OLP). La manette du fabricant français ne **bénéficiait pas d'une telle licence**. Il était reproché à Sony d'avoir mis en œuvre des **« contre-mesures »** pour **déconnecter** de la console de jeux PS4 les manettes non produites ou non licenciées par elle.

Certains fabricants ont pu **contrer** ces déconnexions en proposant à leurs utilisateurs des **correctifs** qui ne se sont pas toujours révélés pertinents. Le **seul moyen efficace** était donc pour ces fabricants, pour éviter ces déconnexions, **d'adhérer** au programme OLP. Cependant, les critères pour accéder au **programme OLP** n'étaient pas communiqués à tous les fabricants en faisant la demande et leur application pouvait être **discrétionnaire.** Une politique d'octroi de licences **opaque** était également reprochée à Sony.

Pour l'ADLC, Sony a commis **un abus de position dominante** en violation de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L. 420-2 du code de commerce. L'ADLC a d'abord considéré que Sony était en position dominante sur le **marché de la fourniture de manettes de jeux vidéo pour consoles PS4.**

Pour déterminer le marché de produits **pertinent** dont **l'étroitesse** peut surprendre, l'ADLC s'est demandé s'il convenait de **distinguer** *« au sein des accessoires de contrôles destinés aux consoles statiques de jeux vidéo, les manettes et les autres accessoires de contrôle (1.) ; au sein de manettes de jeu, les manettes conçues pour les consoles PlayStation de huitième génération et les manettes de jeux conçues pour les autres consoles statiques de huitième génération (2.) ; les manettes conçues pour les consoles PlayStation de huitième génération et les manettes conçues pour les consoles PlayStation d'autres générations (3.) […] ».*

Après avoir **tranché chacune de ces questions**, l'ADLC en a conclu qu'il convenait *« de prendre en considération comme marché de produits pertinent le marché amont de la fourniture de manettes de jeux conçues pour la console PS4 ».* Sur ce marché, la part de Sony était **de l'ordre de 80 %.**

Quant à **l'abus** de position dominante, il résidait selon l'ADLC dans la mise en œuvre **des mesures pour déconnecter** les manettes concurrentes et dans **la restriction de l'accès** au programme de licence. Ces deux pratiques ont **freiné**

HENRY & BRICOGNE AARPI
9, avenue Marceau – 75116 Paris
Tel. : 01.45.53.15.42 - Fax. : 01.47.04.06.76
xavier.henry@avocats-h.com
andre.bricogne@avocats-h.com
Site Internet : avocats-h.com
Directeur de la publication : Xavier HENRY
Dépôt légal : avril 2017 – ISSN 2649-0277

l'expansion des fabricants concurrents non licenciés sur le marché, conduisant à leur éventuelle **éviction**.

Ce comportement aurait pu être justifié par des droits de propriété intellectuelles **(brevets)** mais Sony n'a pas pu démontrer que les manettes concurrentes en cause **constituaient des contrefaçons** de sa propre manette. Sony, qui a été condamnée à une amende **de 13.527.000 euros**, peut faire **un recours** contre cette décision devant la cour d'appel de Paris.

Des organisations professionnelles et certains de leurs adhérents sont sanctionnés pour avoir adopté une position commune en vue de l'interdiction du bisphénol A dans les conserves alimentaires (Décision n° 23-D-15 du 29 décembre 2023 relative à des pratiques dans le secteur de la fabrication et la vente de denrées alimentaires en contact avec des matériaux pouvant ou ayant pu contenir du bisphénol A).

L'Autorité de la concurrence (ADLC) a sanctionné plusieurs **organisations professionnelles** ainsi que certains de leurs adhérents ayant participé à une **entente** anticoncurrentielle, leur infligeant une amende de **19.553.400 euros.**

L'entente **visait à empêcher** les industriels du secteur de la fabrication et de la vente boîtes de conserves ou canettes en contact avec des denrées alimentaires **de communiquer sur l'absence de Bisphénol A (BPA) dans leurs produits** et, ainsi, de se faire concurrence sur ce paramètre.

Cette pratique s'est déroulée dans le contexte de la **suspension** à compter du 1er janvier 2015 **de l'utilisation du BPA** dont l'application a entraîné une période de transition se traduisant par la mise sur le marché simultanée de **boîtes avec et sans BPA**.

Les parties à l'entente, craignant une **déstabilisation** de la filière en cas de mise en avant des **conserves sans BPA,** ont mis en œuvre les pratiques suivantes : communication à tous les acteurs du secteur pour les alerter sur la **nécessité de ne pas se faire concurrence** sur la présence ou l'absence de BPA dans leurs conserves, **conception d'un argumentaire** communiqué à tous les opérateurs, **surveillance** des comportements **déviants** de l'entente et **intervention** auprès de plusieurs opérateurs communiquant sur l'absence de BPA dans leurs produits, **refus de livraison de boîtes sans BPA** avant la date du 1er janvier 2015 et refus d'arrêter de commercialiser des conserves avec BPA après cette date.

Compte tenu de la nature des pratiques, l'ADLC les qualifie de **restrictions par objet**, c'est-à-dire qu'elles sont sanctionnées, **peu important la réalité de leur effet** sur le marché. Pour l'ADLC, les **pratiques étaient très graves** car elles ont empêché les consommateurs de choisir des produits sans BPA alors que cette substance était considérée à l'époque comme **dangereuse** pour la santé.

Pratiques restrictives

Un changement important dans une relation commerciale précarise la relation et rend l'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce inapplicable (Cour d'appel de Paris, 29 nov. 2023, n° 21/07677).

Depuis **1994**, une entreprise (donneur d'ordre) avait confié à un **sous-traitant**, sans engagement de volume, la réalisation de **membranes en caoutchouc** pour des marchés de fourniture conclus avec ses propres clients.

En 2014, l'un des fournisseurs du sous-traitant l'informait de la **cessation en 2016 de la fabrication de la gomme de caoutchouc** entrant dans la composition et la fabrication des produits. Le sous-traitant élaborait donc une **nouvelle formule** à partir d'un autre type de gomme de caoutchouc et transmettait, au début de l'année 2016, des **échantillons** au donneur d'ordre pour **validation** par les clients.

Le volume d'activité passait de **250.000 euros** en moyenne sur les dernières années avec un pic en 2016 à 467.000 euros, à **106.000 euros** en 2017, puis à **8.000 euros** en 2018. Le sous-traitant, estimant qu'il s'agissait d'une **rupture brutale** de la relation commerciale établie, demandait devant le tribunal de commerce de Paris **réparation du préjudice subi** sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce (devenu l'article L. 442-1, II) Le tribunal le **déboutait** de ses demandes. Le sous-traitant faisait appel du jugement.

L'article L. 442-6, I, 5° (ancien) du code de commerce invoqué par le sous-traitant **interdisait** *« De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale **établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale** […] ».* La baisse de commande faite auprès d'un fournisseur peut être qualifiée de rupture brutale. Cependant, encore faut-il, pour que le texte s'applique, que **la relation soit « établie »,** c'est-à-dire qu'elle soit **suivie et stable**. C'est sur cette notion que se sont cristallisés les débats.

En effet, la nouvelle formule de gomme impliquait qu'elle soit validée par les clients du donneur d'ordre. Ce processus de validation **prenait du temps**, rendant, selon la Cour, *« la poursuite des relations **incertaine** […] »* et *« **précarisait** en soi le partenariat commercial »,* de sorte qu'il n'était pas possible *« de **maintenir le flux d'affaires** à compter du mois de novembre 2016 après livraison des dernières commandes portant sur les basculeurs historiques […] ».*

La baisse des commandes **ne constituait donc pas** une **rupture brutale** au sens du texte susvisé imputable au donneur d'ordre.

Il apparaît même que la rupture alléguée aurait pu être imputée au sous-traitant si le donneur d'ordre avait fait une demande en ce sens, puisque celui-ci **a manqué** à son obligation de fournir un produit conforme à l'accord des parties.

Concurrence déloyale

L'absence de reconnaissance d'un produit par le public justifie le rejet d'une demande au titre de la concurrence déloyale mais n'empêche pas une condamnation au titre d'actes parasitaires (Cour d'appel de Paris, 29 nov. 2023, n° 21/19556).

Une entreprise qui conçoit et fabrique en France du **mobilier** qu'elle commercialise dans le monde entier **assignait** une autre entreprise, lui reprochant des actes de concurrence déloyale et parasitaires constitués par **la copie de certains de ses meubles**.

En appel, la Cour rappelle la distinction entre **ces deux notions**. Ainsi, *« sont sanctionnés au titre de la concurrence déloyale sur le fondement de l'article 1240 du code civil, les comportements fautifs car **contraires aux usages dans la vie des affaires**, tels que ceux visant à créer **un risque de confusion** dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit, ou ceux, **parasitaires**, qui **tirent profit sans bourse délier [d']une valeur économique***

d'autrui *procurant à leur auteur, un avantage concurrentiel injustifié, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements ».*

En l'occurrence, pour la Cour, **la concurrence déloyale résultant de la copie des meubles** n'était pas caractérisée. En effet, *« en l'absence de droits privatifs, […] la seule reproduction de mobilier […], n'est pas en elle-même fautive […] en l'absence de tout autre comportement fautif démontré ».*

Pour fonder une action en concurrence déloyale **en cas de copie**, le **risque de confusion** entre la copie des produits avec les produits « originaux » copiés est souvent invoqué. Or, selon la Cour, en l'espèce, *« le* ***sondage*** *produit à hauteur d'appel par la société […],ne permet nullement d'établir que* ***le public attache à la forme de la chaise «A» et du tabouret «H» une origine déterminée*** *»,* de sorte que *« Le risque de confusion ainsi allégué n'est donc pas caractérisé ».*

En revanche, la Cour juge que l'entreprise poursuivie **a commis des actes parasitaires** en copiant les produits de l'entreprise plaignante. Elle a retenu que la plaignante produisait ses modèles de chaise et de tabourets **depuis près d'un siècle**, démontrait **la notoriété** *« de sa chaise «A» et de son tabouret « H » souvent associés, présentés comme des icônes du design industriel français »,* **justifiait** *« engager chaque année des dépenses de communication et de marketing conséquentes,* ***soit plus de 1,8 millions d'euros durant les dix dernières années****, et également participer régulièrement à des* ***événements*** *de portée nationale ou internationale […] ».*

Pour la Cour, il n'y a **pas de contradiction** à considérer que les produits **n'étaient pas reconnus par une partie du public**, ce qui l'avait conduit **à rejeter l'action en concurrence déloyale** et le fait que la plaignante *« démontre avoir engagé, depuis de nombreuses années, une politique de communication et de marketing* ***pour mettre en avant, auprès du public****, le caractère qualitatif, durable et «made in France» de son produit, fruit d'un savoir-faire ancien ».*

La Cour juge donc *« que l'ensemble de ces éléments atteste non seulement* ***d'investissements*** *conséquents consacrés par la société […] à la promotion de la chaise «A» et des tabourets « H » et « HPD », mais aussi* ***d'un travail particulier****, d'un* ***ancrage*** *sur le territoire français et d'un* ***savoir-faire*** *presque centenaire constamment revendiqués et entretenus, et ainsi caractérise une valeur économique individualisée ».*

La Cour poursuit en soulignant que *« en proposant à la vente sur le marché français* ***des copies serviles ou quasi-serviles*** *des chaises «A» et des tabourets « H » et « HPD », […] a entendu nécessairement se placer* ***dans le sillage de la société*** *[…] et de ses produits* ***au «design iconique» auréolés*** *de leur qualités précitées, pour en capter les retombées, ce qui lui a permis de commercialiser ses produits* ***en s'épargnant tout effort intellectuel, matériel et financier de conception, de promotion ou de commercialisation nécessaire au succès du lancement de ce type de produit d'équipement ».***

Ainsi, la société poursuivie *« a également profité, indûment et intentionnellement,* ***de l'ensemble des investissements*** *et du savoir-faire déployés par la société appelante pour mettre en valeur son produit «made in France» depuis de nombreuses années, alors qu'[elle] ne conteste pas* ***avoir importé ces produits à moindre coût de Chine****, ces articles ayant été proposés à la vente au prix de* ***45 euros****, alors que le prix de revient industriel de la chaise «A» est de plus de* ***58 euros*** *et qu'elle est vendue aux consommateurs au prix moyen de 290€, lui permettant ainsi de* ***générer des profits*** *».*

Le **préjudice** subi par la plaignante au titre des agissements parasitaires est indemnisé par la Cour à hauteur **de 10.000 €.**

DROIT DE LA DISTRIBUTION

La cour d'appel de Paris juge qu'un contrat de franchise a cessé de manière anticipée aux torts partagés des parties (Cour d'appel de Paris, 20 déc. 2023, n° 22/04963).

Un **franchisé** a mis fin à son contrat de franchise de **manière anticipée** aux motifs que le franchiseur avait commis de multiples violations de ses obligations. De son côté, ce dernier soutenait que la cessation des relations **devait être imputée au franchisé** qui avait lui-même commis des fautes contractuelles

La cour d'appel de Paris renvoie les parties au contrat de franchise **dos à dos**. En effet, elle juge que le **franchisé** n'a pas respecté ses obligations contractuelles de confidentialité, de loyauté et de non-exploitation d'une activité concurrente.

Quant au **franchiseur**, la Cour le juge coupable d'avoir violé la **clause d'exclusivité** du contrat de franchise convenue *« au profit du franchisé sur la commune de […] ainsi que de l'obligation de bonne foi et de loyauté dans l'exécution du contrat […] »*

Pour la Cour, la résiliation est donc intervenue ***« aux torts partagés du franchiseur et du franchisé*** *[…]* **»,** chacun d'entre eux ayant commis *« de graves manquements à leurs obligations respectives, et ce dès les premiers mois du contrat […] ».*

En conséquence, la Cour **rejette** leurs demandes **respectives** de dommages-intérêts du fait de cette résiliation.

DROIT DE LA PREUVE

La Cour de cassation autorise sous conditions l'usage d'une preuve obtenue de façon déloyale devant le juge civil. [Cour de cassation, assemblée plénière, 22 déc. 2023, n° 21-11.330 (1ère espèce) et n° 20-20.648 (2ème espèce)].

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu **deux** arrêts **importants** concernant la recevabilité de la preuve en matière civile. Même si les deux arrêts concernaient le droit du travail, le fait qu'ils soient rendus en assemblée plénière, **qui est la formation de jugement la plus solennelle de la Cour de cassation** (puisqu'elle réunit l'ensemble des trois chambres civiles, et les chambres commerciale, sociale et criminelle de la Cour de cassation), montrent qu'ils **intéressent également l'ensemble des contentieux civils et commerciaux** et non pas seulement les contentieux du travail.

Dans une **première espèce**, alors qu'un salarié était en **congé**, son remplaçant a utilisé son poste informatique, **se connectant au compte Facebook** du salarié en congé qui n'avait pas été fermé. Le remplaçant **transmettait à l'employeur** un échange entre le salarié en congé et une collègue. Cet échange contenait **des propos insultants à l'encontre de son supérieur hiérarchique et de son remplaçant**. Ayant été licencié, le salarié conteste ce licenciement.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel pour avoir jugé le licenciement illicite car *« une conversation privée qui* ***n'était pas destinée à être rendue publique*** *ne [pouvait] constituer un manquement du salarié aux obligations découlant du contrat de*

travail […]. Le licenciement, prononcé pour motif disciplinaire, **ne pouvait être justifié.**

S'agissant de la **seconde espèce**, un salarié était licencié **pour faute grave**. Pour démontrer le bien-fondé du licenciement de ce salarié, l'employeur se prévalait **d'enregistrements** démontrant *« que le salarié **avait refusé de fournir** à son employeur le suivi de son activité commerciale »*. La Cour d'appel **avait écarté** ces enregistrements au motif qu'ils avaient été obtenus par un procédé **déloyal et à l'insu du salarié**.

La Cour de cassation rappelle que, **selon sa jurisprudence**, elle *« a consacré, en matière civile, un droit à la preuve qui permet de déclarer **recevable une preuve illicite lorsque cette preuve est indispensable** au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence est **strictement proportionnée au but poursuivi** »*. Une preuve **illicite recevable** pouvait par exemple être une ordonnance médicale portant atteinte à la vie privée d'un patient si la production dudit document s'avérait nécessaire (V. Com. 15 mai 2007, n° 06-10.606).

En revanche, **jusqu'alors**, la Cour de cassation jugeait **irrecevable** la production d'une preuve recueillie ***« à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème ».***

Elle revient sur cette jurisprudence car son application peut *« conduire **à priver une partie de tout moyen** de faire la preuve de ses droits »*. La Cour de cassation juge donc *« désormais que, **dans un procès civil**, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve **ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats** »*.

Ainsi, pour la Cour, *« Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant **en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence,** le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi »*.

En conséquence, notamment, ***« la transcription d'enregistrements clandestins [d']entretiens** […] »* n'est pas irrecevable de manière automatique, les juges du fond devant procéder au **contrôle de proportionnalité** énoncé dans le présent arrêt de la Cour de cassation.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Précisions de la Cour de justice sur les contrats « à distance » et « hors établissement » en cas d'intervention d'un intermédiaire agissant pour le professionnel (Cour de justice de l'Union Européenne, 21 déc. .2023, aff. C-38/21, C-47/21 et C-232/21).

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) **était appelée à se prononcer sur la qualification** de contrats conclus à distance et de contrat conclus « hors établissement » entre un consommateur et un professionnel au sens **de la directive 2011/83 du 25 octobre 2011** relative aux droits des consommateurs, qui est le fondement dans l'Union européenne du droit de la consommation.

Aussi, **l'interprétation** que fait la CJUE des dispositions de la directive vaut-elle pour les dispositions **nationales** des Etats membres.

Un contrat « à distance » **est défini par la directive** susvisée comme *« tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, **sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur**, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »*

Un contrat **« hors établissement »** est notamment, selon la directive susvisée, *« conclu en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, **dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel** »*.

La qualification est importante car, s'il s'agit bien de contrats conclus « à distance » ou « hors établissement », s'appliquent **des règles particulières de protection des consommateurs** comme le droit de **rétractation** du produit ou du service acheté dans un délai de 14 jours en droit français.

Une des questions à laquelle devait répondre la CJUE était de savoir si un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur **après l'intervention d'un intermédiaire agissant pour le professionnel ayant échangé physiquement avec le consommateur** était toujours un contrat conclu « à distance ». Par ailleurs, une autre question était de savoir si un contrat conclu avec le professionnel après que le consommateur **s'est rendu dans l'établissement commercial de l'intermédiaire** était un contrat conclu « hors établissement » ?

Dans les deux cas, la CJUE a répondu **par la négative**.

En effet, selon cette dernière, **n'est pas un contrat conclu « à distance »** au sens de l'article 2, point 7, de la directive 2011/83, un contrat de service conclu entre un consommateur et un professionnel recourant à une technique de communication à distance *« lorsque la conclusion du contrat a été **précédée d'une phase de négociation qui s'est déroulée en la présence physique simultanée du consommateur et d'un intermédiaire** agissant au nom ou pour le compte du professionnel et au cours de laquelle ce consommateur a reçu de la part de cet intermédiaire, aux fins de cette négociation, l'ensemble des **informations** […] et a pu **poser des questions** audit intermédiaire sur le contrat envisagé ou l'offre proposée, afin de dissiper **toute incertitude** quant à la portée de son éventuel engagement contractuel avec le professionnel »*.

De même, **n'est pas un contrat conclu « hors établissement »** au sens de l'article 2, point 8, a), de la directive 2011/83 un contrat de service conclu entre un consommateur et un professionnel *« lorsque, au cours de la **phase préparatoire** à la conclusion du contrat par le recours à une technique de communication à distance, **le consommateur s'est rendu dans l'établissement commercial d'un intermédiaire** agissant au nom ou pour le compte du professionnel aux fins de la négociation de ce contrat mais opérant dans un autre domaine d'activité que ce professionnel […] »*.

Cependant, la CJUE pose comme condition que *« ce consommateur ait pu, en tant que consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, s'attendre, en se rendant dans l'établissement commercial de l'intermédiaire, à faire l'objet d'une sollicitation commerciale de la part de ce dernier aux fins de la négociation et de la conclusion d'un contrat de service avec le professionnel et qu'il ait en outre **pu aisément comprendre que cet intermédiaire** agissait au nom et pour le compte dudit professionnel »*.