



HOMMAN LUDIYE • HENRY & BRICOGNE
AVOCATS



LA LETTRE H

N° 3 - juillet - septembre 2017

Cette lettre présente une sélection de la jurisprudence et des textes intervenus en droit économique au cours des mois de juillet à septembre 2017 (cette lettre est également disponible sur notre site avocats-h.com)

DROIT DE LA CONCURRENCE

Pratiques anticoncurrentielles

Refus de vente opposé à un distributeur, entente et abus de position dominante (Cour d'appel de Paris, 5 juillet 2017, n° 15/12365).

Une nouvelle fois, la Cour d'appel de Paris avait à statuer sur le refus de vente opposé par un fournisseur de bougies d'allumage (NGK) à un candidat distributeur (SIFAM) voulant intégrer son réseau de distribution sélective. Le litige entre ces deux sociétés n'était pas nouveau puisqu'il avait déjà donné lieu à un premier contentieux définitivement tranché.

En effet, par jugement du 28 juin 2013, le Tribunal de commerce de Paris avait jugé que le fournisseur avait commis **un abus de position dominante** en refusant de livrer les produits sans justification objective et condamné le fournisseur à indemniser le distributeur.

Cependant, par arrêt du 6 décembre 2015 (n° 13/14172), la Cour d'appel infirmait le jugement. Elle jugeait que, s'il y avait position dominante du fournisseur qui disposait d'au moins 50 % du part de marché « *de gros des bougies d'allumage de rechange pour deux roues sur lequel les fabricants offrent des bougies à des entreprises intermédiaires (grossistes, distributeurs) et celui où les distributeurs les commercialisent aux détaillants, sur la France* », **le refus de vente était cependant justifié** par des actes de contrefaçon commis par le distributeur. En outre, il existait d'autres solutions d'approvisionnement pour ce dernier.

La Cour de cassation, par arrêt du 21 juin 2017, a rejeté le pourvoi contre cet arrêt, lequel est donc définitif.

Ne s'avouant pas vaincu, le distributeur, parallèlement à la procédure qu'il avait intentée, passait de nouvelles commandes au fournisseur qui refusait à nouveau de vendre en raison des actes de contrefaçon commis par le distributeur. Le Tribunal de commerce de Paris (alors que la cour d'appel

n'avait pas encore statué dans la première procédure) par jugement du 9 juin 2015, faisait injonction au fournisseur de livrer et le condamnait à indemniser le distributeur. Un appel était formé contre ce jugement.

En appel, la Cour, après avoir considéré que le marché pertinent était le même que celui déjà défini lors de la précédente procédure, a examiné la question du refus de vente à la fois sous l'angle des ententes et de l'abus de position dominante.

S'agissant des ententes, la Cour rappelle que la part de marché du fournisseur étant supérieure à 50 %, son système de distribution sélective ne pouvait bénéficier de l'exemption automatique prévue par le règlement UE n° 330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux restrictions verticales. Par ailleurs, le refus de vente n'étant pas fondé sur le fait que le distributeur ne remplissait pas les critères de sélection, ces refus étaient discriminatoires et « *ont eu pour objet et pour effet d'évincer de la distribution des bougies de seconde monte* » le distributeur. Selon la Cour, l'entente anticoncurrentielle est donc constituée.

S'agissant de l'abus de position dominante, la Cour conclut également à son existence. En effet, selon elle, le motif avancé relatif aux pratiques de contrefaçon ne constituait pas un motif légitime de refus car il ne s'agissait que d'une conséquence du refus d'approvisionnement du fournisseur. En outre, le motif était invoqué *a posteriori* et de manière artificielle. Par ailleurs, selon la Cour, les bougies du fournisseur étaient incontournables et le consommateur était « *nécessairement victime d'une raréfaction de l'offre* ».

Cet arrêt est surprenant à plus d'un titre :

- d'abord, l'on peut s'étonner que la même Chambre de la Cour d'appel de Paris, certes différemment composée dans les deux procédures, puisse rendre successivement deux arrêts aussi différents, alors que le marché et la part du fournisseur sont les mêmes dans les deux procédures. **Ce n'est guère rassurant au regard de la sécurité juridique.**

- ensuite, **s'agissant de l'infraction d'entente**, le raisonnement de la Cour est critiquable en ce qu'elle semble admettre qu'un refus de vente sans motif justifié, lorsque la part de marché du fournisseur est supérieur à 30 %, a nécessairement pour effet et pour objet un effet d'éviction.

Or, un refus de vente ou de contracter non justifié ne constitue pas une infraction anticoncurrentielle par objet. Un tel refus ne fait d'ailleurs pas partie des restrictions caractérisées énumérées par l'article 4 du règlement UE n° 330/2010. Il ne peut donc être anticoncurrentiel sur le fondement des articles L 420-1 du Code de commerce ou 101, §1, du TFUE, que s'il a un effet sur le marché (cf. *infra*).

Par ailleurs, **un refus de vente s'analyse avant tout comme une pratique unilatérale** et ne peut s'appréhender sous l'angle de l'infraction d'entente que s'il est démontré qu'il résulte d'un accord ou d'une pratique concertée (cf. Lette H n° 2, CJCE, 13 juillet 2006, Commission / Volkswagen, aff. C-74/04 P ; Cass, com., 8 juin 2017, n°15.28.355). En l'espèce, **le refus de vendre était bien unilatéral** car il ne résultait d'aucun accord.

- enfin, **s'agissant de l'abus de position dominante**, l'arrêt n'adopte pas une position claire sur la licéité d'un refus de vente opposé à un distributeur par un fournisseur en position dominante. Est-il *per se* anticoncurrentiel ou doit-il, pour être sanctionné, avoir un effet sur le marché ?

Bien que la Cour rappelle qu'un refus de vente opposé par une entreprise en position dominante n'est pas en soi abusif, ajoutant que « *le refus doit être de nature à éliminer toute concurrence* » (alors que ces termes sont employés en principe pour un refus de vente opposé à un concurrent et non à un distributeur), elle reprend parfois mot pour mot les termes de la décision *United Brands* (CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, Rec. p. 210) selon laquelle un refus de vente non justifié opposé à un distributeur alors que la commande n'est pas anormale, est abusif.

En effet, il « *limiterait les débouchés au préjudice des consommateurs et établirait une discrimination pouvant aller jusqu'à l'élimination d'un partenaire commercial du marché en cause* ». Ces termes sonnent donc comme si le refus de vente était une infraction *per se*, ce qui n'est pas la tendance actuelle du droit de la concurrence, qui privilégie l'analyse de l'effet sur le marché d'une pratique.

Ainsi, **un refus de vente n'est pas en lui-même anticoncurrentiel** (cf. Autorité de la concurrence : « *les facteurs qui permettent de déterminer si le comportement d'une entreprise qui refuse de livrer a un caractère abusif dépendent fortement du contexte économique et réglementaire particulier de l'affaire* » - Décision n° 05-D-72 du 20 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments).

La Cour aurait donc dû s'attacher à analyser l'effet sur le marché du refus de vente, comme d'ailleurs elle l'avait fait lors de la première procédure opposant les mêmes protagonistes. Or, après avoir décidé que le refus n'était pas justifié, elle se contente d'une motivation succincte pour décider qu'il y a abus.

La Cour relève ainsi que la part de marché du fournisseur est de plus de 50 % sans être plus précise et affirme que les produits du fournisseur sont incontournables, ce qui est contradictoire. En effet, si la part de marché est de l'ordre de 50 %, il est difficile d'affirmer que les produits du fournisseur sont incontournables si les distributeurs peuvent se fournir auprès d'autres marques. La Cour conclut que « *le consommateur est nécessairement victime d'une raréfaction de l'offre qui diminue la concurrence entre les produits qui lui sont proposés* ».

Or, l'on peut penser qu'il est au contraire peu vraisemblable que le refus de vente ait un effet sur le marché si, par exemple, le fournisseur disposait déjà de nombreux distributeurs, l'offre pour le consommateur étant suffisante. Il est dommage que la Cour n'ait pas examiné cet élément important. Un fournisseur, même s'il est en position dominante, n'a pas à étendre son réseau si celui-ci est suffisamment étoffé et si le candidat distributeur est en mesure d'obtenir les produits en cause auprès d'autres fournisseurs.

Quant au fait que le refus ne pouvait être justifié par les actes de contrefaçon commis par le distributeur car il s'agissait d'une riposte au refus de contracter, le moyen surprend. D'abord, le refus avait été jugé licite par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation lors de première procédure. Par ailleurs, un distributeur qui s'estimerait lésé par un refus de vente n'a pas à commettre lui-même une infraction pour s'en défendre.

Dans la mesure où un pourvoi est vraisemblable, la position que prendra la Cour de cassation ne manquera pas d'intérêt.

Un refus de vente opposé à un concurrent ne constitue pas *per se* un abus de position dominante (Autorité de la concurrence, 25 juillet 2017, n° 17-D-11).

Le Groupe Canal + avait saisi l'Autorité de la concurrence pour se plaindre notamment de ce que **TF1 avait refusé de vendre des espaces publicitaires à la chaîne D8** pour faire la promotion de cette chaîne. Selon Canal +, ce refus non justifié constituait un abus de position dominante, la part de marché du Groupe TF1 sur la publicité télévisuelle étant de l'ordre de 41 % (en 2001, TF1 avait été condamnée pour abus de position dominante sur ce marché).

Néanmoins, l'Autorité a jugé inutile de développer l'analyse relative à la délimitation du marché pertinent et à la position de TF1 Publicité sur ce marché car la pratique reprochée n'était pas constituée. En effet, l'Autorité rappelle que « *selon une pratique et une jurisprudence constantes, le refus de vente opposé par une entreprise en position dominante ne constitue pas, en tant que tel, une pratique prohibée. Il n'en va différemment que dans la situation où l'entreprise dominante refuse de fournir à un concurrent un bien ou un service indispensable ou nécessaire à l'exercice de ses activités et à la condition que ce refus soit de nature à éliminer toute concurrence et qu'il ne puisse être objectivement justifié* ».

En l'occurrence, selon l'Autorité, « *le groupe Canal+ disposait de plusieurs alternatives à la chaîne TF1 pour faire la promotion de sa chaîne D8* » (autres chaînes). En outre, « *le groupe Canal + disposait également des plages en clair de sa*

propre chaîne Canal + pour promouvoir sa nouvelle chaîne. Il en résulte que le refus opposé par le groupe TF1 n'a pas privé le groupe Canal + d'un service indispensable ou nécessaire à l'exercice de son activité ».

L'Autorité reprend ainsi la jurisprudence classique lorsque le refus de vente est opposé à un concurrent par un opérateur en position dominante : si ce refus n'a pas pour effet d'éliminer le concurrent, l'abus ne saurait être constitué.

Sanctions contre des contrats d'importation exclusifs outre-mer. (Autorité de la concurrence, 27 juillet 2017, n° 17-D-14).

L'article L420-2-1 du Code de commerce entré en vigueur le 22 novembre 2012 issu de la loi Lurel interdit dans les DROM et collectivités d'outre-mer « *les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ».

L'Autorité de la concurrence a mis en œuvre de nouveau ce texte pour sanctionner les sociétés du groupe Materne qui avaient confié **l'exclusivité de la distribution de leurs produits à un seul distributeur, notamment pour les îles de la Réunion et de Mayotte**. Le distributeur a également été sanctionné pour avoir profité de ladite exclusivité.

Le 6 juillet 2016, l'Autorité de la concurrence avait déjà sanctionné un fournisseur et ses distributeurs exclusifs en outre-mer à des amendes (décision n° 16-D-15).

L'abus de position dominante n'est pas caractérisé s'il n'a pas d'effet. [Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), 6 septembre 2017, affaire C-413/14 P].

Examinant le recours d'Intel contre la décision du Tribunal de Première Instance (TPI), la CJUE rappelle que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier, même à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE, qu'elle trouve ou non sa contrepartie dans l'octroi d'un rabais.

Il en est de même lorsque ladite entreprise applique un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire des remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante.

Cependant, si l'abus est présumé, **la Cour admet que dans le cas où l'entreprise en cause apporte des éléments montrant que son comportement n'a pas restreint la concurrence et, en particulier, n'a pas produit les effets d'éviction reprochés, l'abus n'est pas caractérisé**. La Cour reproche en l'occurrence au Tribunal de Première Instance de s'être abstenu de prendre en considération l'argumentation d'Intel qui faisait état d'erreurs commises par la Commission dans le test effectué quant aux effets. La CJUE confirme bien que, s'il

est démontré que l'abus de position dominante allégué n'a pas d'effet anticoncurrentiel, il ne peut être sanctionné (cf. dans le même sens, CJCE, 15 mars 2007, *British Airways*, aff. C-95/04 P).

Pratiques restrictives (rupture brutale)

La dépendance est sans effet sur la durée de préavis si elle ne résulte pas d'une obligation contractuelle (Cour d'appel de Paris, 7 septembre 2017, n°15/09714).

Une régie publicitaire prétendait réaliser 95% de son chiffre d'affaires avec un même client qui avait mis un terme à dix ans de relations avec un préavis de 7,5 mois. Elle se prétendait dès lors victime d'une rupture brutale au sens des dispositions de l'article L442-6-I-5° du Code de commerce.

La Cour d'appel la déboute en retenant notamment que dès lors que le contrat n'imposait que très partiellement une exclusivité à cette régie publicitaire, elle était seule responsable de son absence de diversification, soulignant ainsi « *que cette exclusivité (...) autorisait Atlis à prospecter une clientèle plus importante, qu'en ne le faisant pas et en limitant de sa seule initiative son périmètre d'intervention, Atlis ne peut prétendre avoir été placée en situation de dépendance économique du fait de FL Régie que dès lors, le pourcentage exact de la part du chiffre d'affaires dédié à FL Régie est sans incidence, la société Atlis étant seule responsable de son absence de diversification pendant dix ans.* »

Cette solution a déjà été retenue (par exemple, Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-15.953 ; Paris, 22 juin 2016, 15-06935). **On peut toutefois s'étonner que sur ce critère de la dépendance, la jurisprudence fasse prévaloir de façon presque absolue la lettre du contrat sur la situation de fait**, ce qui est loin d'être le cas pour l'application de tous les aspects de l'article L442-6 du code de commerce.

La faible intensité des relations peut justifier un préavis réduit (Cour d'appel de Paris, 20 septembre 2017, n° 16/04958).

La Cour relève que « *l'absence de dépendance économique de la société Chinvest dont il n'est pas contesté qu'elle réalisait moins de 2 % de son chiffre d'affaires avec la société Haas doit être prise en compte pour réduire la durée du préavis, l'objectif de la loi n'étant pas de n'évaluer la durée du préavis à consentir que sur la base de la durée des relations commerciales, critère qui est en soi insuffisant pour évaluer les facultés de reconversion de la victime* ». D'autres critères doivent être pris en compte et notamment « *la part du chiffre d'affaires réalisée* » par le distributeur avec le fournisseur. Cependant, cette part s'apprécie par rapport à l'ensemble du chiffre d'affaires du distributeur et non par rapport au seul chiffre d'affaires des produits en cause.

En l'espèce, pour des relations commerciales de 16 ans, et eu égard à l'absence de dépendance économique du distributeur qui réalisait l'année précédant la rupture, 1,07 % de son CA avec le fournisseur, la Cour estime que le préavis de cinq mois octroyé au distributeur était suffisant. **Cet arrêt est intéressant en ce qu'il met en avant le critère de la dépendance de la victime de la rupture pour fixer la durée du préavis et ce qu'il rappelle que ce critère peut être**

utiliser pour majorer le préavis (ce qui est classique) ou pour le réduire (ce qui est plus rare).

Un CDD de dix ans ne constitue pas une relation commerciale établie au sens de l'article L442-6. (Cour d'appel de Paris, 20 septembre 2017, n° 14/21611)

Une relation fondée sur un contrat à durée déterminée de dix ans, en l'absence de tout renouvellement ou prolongation du contrat, ne saurait être considérée comme établie au sens de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. **La rupture pour être brutale doit être imprévisible, soudaine et violente.** Or, la cessation d'un contrat à durée déterminée ne peut être qualifiée de brutale puisqu'elle était connue des parties. **Cette décision est parfaitement conforme à l'esprit et aux objectifs de l'article L 442-6 I 5°.**

Définition du partenaire commercial (Cour d'appel de Paris, 27 septembre 2017, n° 15/24236).

La notion de relation commerciale établie de l'article L.442-6 I 5° s'entend d'échanges commerciaux conclus entre partenaires commerciaux. La qualité de **partenaire commercial** est donc déterminante.

Ainsi, **un groupe de sociétés qui n'a pas la personnalité morale, qui ne peut donc s'engager par contrat et qui ne peut être qualifié d'entité unique, ne peut constituer un partenaire commercial au sens de ce texte.** Un opérateur ne peut ainsi pas prétendre à l'existence d'une relation commerciale établie unique nouée avec un groupe par l'intermédiaire de sociétés le composant. **La relation commerciale doit s'établir entité par entité.**

Pratiques restrictives (déséquilibre significatif)

L'article L 442-6 I 2° ne s'applique pas aux activités financières (Cour d'appel de Paris, Pôle 5 Chambre 4, 27 septembre 2017, n° 16/00671).

L'article L 442-6 I 2° du Code de commerce ne s'applique pas aux activités financières, lesquelles relèvent des dispositions spécifiques du code monétaire et financier. La loi spéciale prévaut sur la loi générale. En effet, le législateur n'a pas étendu l'application des pratiques restrictives de concurrence aux organismes et activités bancaires et financiers, l'extension étant limitée aux seules pratiques anticoncurrentielles (L 420-1 à L 420-4 du Code de commerce). Cette solution vaut bien évidemment pour l'ensemble des dispositions de l'article L 442-6.

Avant même la suppression de la prohibition du refus de vente, il avait d'ailleurs déjà été jugé que le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit, de s'abstenir ou de refuser de le faire (Cass. Plén., 9 octobre 2006, n° 06-11056).

Concurrence déloyale

La vente de copies de produits concurrents n'est pas constitutive de concurrence déloyale (Cour de cassation, Commerciale, 27 septembre 2017, n°16-10962).

Un laboratoire fabricant des compléments alimentaires reprochait à un ancien distributeur de commercialiser 68 produits identiques à ses propres productions (dénomination, fiches techniques, composition ou dosage). Il obtient en référé la cessation de ce trouble manifestement illicite. La Cour de cassation casse l'arrêt car **« le simple fait de copier un produit concurrent qui n'est protégé par aucun droit privatif ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale, comme tel susceptible de caractériser un trouble manifestement illicite ».**

La Cour ne remet pas en cause le fait qu'il s'agisse de copies mais statue ainsi au regard de l'absence de protection par un droit privatif. Si l'arrêt donne peu de précisions sur les faits il étonne néanmoins, l'action du laboratoire ayant semble-t-il été engagée sur le fondement de la concurrence déloyale et non celui de la contrefaçon.

DROIT DE LA CONSOMMATION

Arrêté du 9 août 2017 relatif à la prise de position de l'administration sur les modalités d'information du consommateur sur les prix.

Conformément à l'article L 112-5 du Code de la consommation, cet arrêté énonce les modalités selon lesquelles un professionnel, à compter du 1^{er} octobre 2017, peut demander à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) de prendre position sur la conformité de l'information sur les prix de vente au consommateur visée aux articles L 112-1 à L 112-4.

Cette demande devra être effectuée au moyen du formulaire, téléchargeable sur le site internet de la DGCCRF www.economie.gouv.fr/dgccrf et sur le site www.service-public.fr. Elle devra être accompagnée de tout document, notamment de photos, permettant à l'autorité administrative de prendre position sur les modalités d'information du consommateur sur les prix des biens, produits et services proposées par le professionnel.

DROIT DES CONTRATS

Opposabilité d'une transaction au dirigeant d'entreprise (Cour de cassation, Commerciale, 5 juillet 2017, n°15-22220).

Une transaction conclue par une société et son dirigeant à titre personnel avec un tiers est valable et opposable au dirigeant **quand bien même celui-ci n'aurait rien reçu personnellement et n'aurait bénéficié qu'indirectement des concessions octroyées à la société,** la Cour de cassation soulignant que les concessions financières accordées à la société qu'il dirigeait **« assuraient la poursuite de l'activité de la société (...) dont il retirait un avantage en évitant l'ouverture d'une procédure collective et en conservant ses fonctions, auxquelles était attachée une rémunération substantielle, de président-directeur général (...). »**

Cette décision doit être approuvée car elle sécurise les transactions et évite leur remise en cause par ceux-là mêmes qui les ont signées, reconnaissant qu'un dirigeant et sa société ont un intérêt commun au redressement de cette dernière.