

CONCURRENCE

• Pratiques restrictives de concurrence : le déséquilibre significatif peut résulter d'une inadéquation du prix convenu entre les parties, celui-ci pouvant faire l'objet d'un contrôle par le juge

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel ayant qualifié, sur le fondement de l'article L442-6.I.2° du code de commerce, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties résultant d'une clause instituant une ristourne de fin d'année (RFA) au profit de la société Galec et qui a par suite prononcé l'annulation de la clause. La Cour de cassation considère que le déséquilibre significatif s'apprécie au regard des « droits » et « obligations » contenus dans le contrat, celui-ci comprenant les conditions de vente et notamment les réductions de prix. Elle précise que l'article L 442-6.I.2° du code de commerce n'exclut pas explicitement, contrairement à l'article L 212-1 du code de la consommation (qui a inspiré la rédaction de l'article susvisé du code de commerce), que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix convenu, dès lors qu'il ne résulte pas d'une libre négociation entre les parties.

De même, le principe de libre négociation des prix, invoqué par Galec, n'exclut pas la qualification de déséquilibre significatif quand des sommes sont octroyées sans contrepartie : en l'espèce, les fournisseurs avaient consenti à verser à Galec une RFA (non prévue dans leurs conditions générales de vente) sur constatation d'un chiffre d'affaire non chiffré ou largement inférieur à celui réalisé l'année précédente ou sans contrepartie de la part de Galec. Par ailleurs, l'accord permettait à Galec d'obtenir le paiement des acomptes de RFA avant le paiement des marchandises et ainsi une avance sur trésorerie aux frais du fournisseur.

Enfin, la Cour de cassation confirme la validité de la restitution des sommes indûment versées par les fournisseurs à hauteur de plus de 60 millions d'euros au Trésor public, à charge pour ce dernier de répartir les sommes entre les fournisseurs concernés (Cass.com. 25 janv. 2017, Galec c.Ministre de l'économie).

• Pratiques restrictives de concurrence : détermination de la juridiction compétente pour connaître de la rupture brutale de relations commerciales dans l'Union européenne

Sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur l'interprétation de l'article 5 du règlement « Bruxelles I » relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le litige à l'origine du renvoi préjudiciel a pour objet une action en dommages-intérêts fondée sur une rupture brutale des relations commerciales (article L 442-6.I.5° du code de commerce) intentée par une société française, distributeur depuis 25 ans des produits d'une société italienne sans contrat-cadre formalisé, devant le Tribunal de commerce de Marseille. Ce tribunal se déclare compétent, rejetant l'exception d'incompétence soulevée par la société italienne, au motif que l'action est de nature délictuelle et qu'en application du règlement susvisé, c'est le tribunal du lieu où le dommage s'est produit (la France) qui est compétent en matière délictuelle.

La juridiction de renvoi (la Cour d'appel de Paris) demande à la Cour si une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale des relations commerciales établies de longue date relève de la matière contractuelle ou délictuelle. La Cour répond qu'une telle action constitue une action contractuelle dès lors qu'il existe entre les parties une relation contractuelle, même tacite : celle-ci se déduit d'un faisceau d'indices et notamment de l'ancienneté de la relation, de la régularité des transactions, de leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, de la correspondance échangée, des accords sur les prix et/ou rabais etc.

La juridiction de renvoi demande ensuite à la Cour si des relations commerciales établies de longue date constituent un contrat de fourniture de services ou un contrat de vente de marchandises. La Cour répond qu'il s'agit d'un contrat de vente de marchandises si l'obligation principale du contrat se limite à la livraison et l'enlèvement d'un bien. Elle précise que devrait être retenue la qualification de fourniture de services s'il existait un accord-cadre de distribution prévoyant un engagement de fourniture et d'approvisionnement conclu pour l'avenir, la participation à la stratégie commerciale du fournisseur, notamment aux opérations promotionnelles, le distributeur pouvant être en mesure

d'offrir aux clients des services et des avantages que ne peut offrir un simple revendeur et, ainsi, conquérir, au profit des produits du fournisseur, une plus grande part du marché local (CJUE 14 juillet 2016, Granarolo c/ Ambrosi, Aff. C-196/15).

- **Indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles**

La Cour d'appel de Paris confirme dans deux arrêts l'indemnisation des victimes de pratiques anticoncurrentielles :
• dans une première affaire, une société exploitant un site internet d'annonces nécrologiques et de condoléances en ligne a assigné un groupe de presse régionale, éditeur d'un journal papier et d'un site internet publiant des annonces nécrologiques, en concurrence déloyale et sur le fondement de l'interdiction des ententes et des abus de position dominante. Cette société dénonce les pratiques de ventes liées mises en œuvre par le groupe de presse, consistant dans l'obligation imposée au consommateur désirant publier une annonce par voie de presse papier d'acheter simultanément une annonce sur le site internet édité par le groupe de presse ; elle réclame réparation du préjudice résultant de l'effet d'éviction du marché de l'annonce nécrologique en ligne que ces pratiques ont causé. La cour d'appel confirme le jugement en ce qu'il a constaté les agissements de concurrence déloyale, la position dominante du groupe de presse sur le marché des annonces décès par voie papier dans quatre départements français et l'abus de cette position dominante commis par ce groupe de presse sur le marché connexe et complémentaire des annonces nécrologiques en ligne, les familles endeuillées n'ayant aucun intérêt financier à souscrire un autre service de nécrologie en ligne en sus de celui imposé par le journal.

Quant à l'évaluation du préjudice, la cour d'appel rejette la demande d'indemnisation au titre du délai nécessaire à la reconquête du marché que la société demanderesse ne démontre pas avoir perdu ainsi que l'indemnisation au titre de la perte de ses investissements dès lors que celle-ci a poursuivi son activité durant la période en cause. Elle confirme l'indemnisation au titre de la perte de chance de conquérir des parts de marché supplémentaires mais à hauteur de 5.000 € au titre de la concurrence déloyale et de 5.000 € au titre de l'abus de position dominante au lieu de 50.000 € alloués en première instance, à défaut pour la société demanderesse de rapporter des preuves permettant de quantifier son préjudice matériel. La cour d'appel rejette la demande de dommages-intérêts pour préjudice moral résultant de l'atteinte à la crédibilité et à l'image de la société demanderesse à défaut de justification de ce préjudice (CA Paris, 7 déc. 2016, n°14/01036).

• dans une seconde affaire, le liquidateur judiciaire d'une société exploitant un site d'agence de voyages en ligne, la société Switch, assigne la SNCF pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'entente, constatée par une décision devenue définitive du Conseil de la concurrence, entre la SNCF et Expedia Inc. en raison de la création d'une filiale commune, la société Agence Voyages-sncf.com (exploitant le site www.voyages-sncf.com) sur le marché des services d'agence de voyage prestés pour les voyages de loisir (Cons. conc. n°09-D-06, 5 fév. 2009). La cour d'appel confirme le jugement sur le principe de la faute civile commise par la SNCF résultant nécessairement de sa participation à une entente illicite sur le marché des services d'agences de voyages prestés pour les voyages de loisir, de nature à engager la responsabilité civile délictuelle de la SNCF.

La cour d'appel constate ensuite que l'entente n'a pas eu seulement un objet anticoncurrentiel mais également des effets anticoncurrentiels. Elle confirme l'existence d'un préjudice personnel, certain et direct subi par la société Switch (et non d'une simple perte de chance), empêchée de distribuer ses propres prestations d'agence de voyage en ligne auprès de la clientèle ferroviaire internaute de la SNCF, détournée vers la filiale commune. Le préjudice consiste en un manque à gagner résultant de la perte de la faculté de proposer ses prestations à ces clients. Elle confirme l'évaluation du préjudice fixée par le jugement à la somme de 6,9 millions d'euros, suivant le « scénario contrefactuel » consistant à comparer les bénéfices réalisés pendant la durée de l'infraction avec ceux que la victime aurait pu réaliser sans l'existence de l'infraction (CA Paris, 14 déc. 2016, n°13/08975).

- **Sanction des pratiques anticoncurrentielles**

La loi n°2016-731 du 3 juin 2016 introduit à l'article L464-5-1 du code de commerce la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de majorer les sanctions pécuniaires qu'elle prononce de 10% pour financer l'aide aux victimes. S'agissant du calcul de la majoration, il est renvoyé aux critères habituels du calcul des sanctions « proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées (...) ».

- **Entente : une clause de non-concurrence dans un contrat de rachat d'actions entre deux opérateurs de télécommunication mobile est jugée constitutive d'une entente anticoncurrentielle**

Téléfonica et Portugal Télécom, principaux opérateurs de télécommunication mobile respectivement en Espagne et au Portugal, contrôlent conjointement l'opérateur brésilien Vivo. Dans le contrat de rachat par Téléfonica des actions de Portugal Télécom dans Vivo est insérée une clause de non concurrence ayant pour objet « dans la mesure autorisée par la loi » d'interdire à l'une ou l'autre des parties de participer ou d'investir dans des opérations dans le secteur des télécommunications (y compris les services de téléphonie fixe et de téléphonie mobile, les services d'accès à Internet et les services de télévision) susceptibles d'être en concurrence avec les activités de l'autre partie sur le marché ibérique, pendant une durée de 15 mois. Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission attaquée selon laquelle cet accord constitue une restriction de concurrence par objet prohibée par l'article 101 TFUE, indépendamment de ses effets : la clause de non concurrence équivaut à un accord de répartition des marchés portugais et espagnol entre les deux opérateurs ; ladite clause ne constitue pas une restriction accessoire et nécessaire à l'opération de rachat de l'entreprise Vivo au Brésil ; l'obligation d'autoévaluation de la clause, avant sa mise en œuvre, prévue par la dispositions « dans la mesure autorisée par la loi » ne supprime pas l'illégalité de la clause (Trib.UE 28 juin 2016, Portugal Télécom c/ Commission européenne, Aff. T-208/13).

- **Concurrence déloyale : campagne de communication contre le monopole des pharmaciens pour la vente de médicaments non remboursés**

La société coopérative Groupement d'achat Edouard Leclerc (Galec) a mené une campagne de communication dénonçant le monopole des officines de pharmacie pour la vente des médicaments non remboursés et appelant une ouverture à la concurrence en utilisant le slogan suivant : « En France, le prix d'un même médicament peut varier du simple au triple : il faut changer de traitement ! » Deux sociétés de pharmacie et l'Union des groupements de pharmacie ont assigné Galec au motif que ladite campagne avait pour effet de dénigrer le secteur de la pharmacie, constituant ainsi un acte de concurrence déloyale. La Cour de cassation juge que les propos utilisés n'étant ni mensongers ni démesurés, la campagne de communication n'avait pas pour effet de dénigrer le secteur de la pharmacie mais seulement de critiquer le monopole des pharmaciens et délivrer le message selon lequel l'hypermarché pourrait proposer des prix plus attractifs (Cass. com., 21 juin 2016, n°14-22.710).

DISTRIBUTION – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

- **Clause d'arbitrage : vérification de l'applicabilité d'une clause compromissoire par le juge étatique**

Le liquidateur judiciaire d'une société assigne devant une juridiction étatique une autre société pour rupture abusive et déloyale d'un accord de recherche et développement comportant une clause d'arbitrage. La société défenderesse soulève une exception d'incompétence, rejetée par la cour d'appel au motif que la présence d'une telle clause dans ledit accord n'a jamais été discutée avant sa conclusion, que sa présence dans l'accord est entièrement nouvelle après plusieurs années de discussion, que l'absence de signature de cet accord caractérise incontestablement une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce qui exclut la saisine de l'arbitre en l'absence de tout engagement contractuel. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que le juge national en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles n'a pas démontré le caractère manifestement inapplicable de la clause de nature à motiver le rejet de l'exception d'incompétence (Cass. 1ère civ., 21 sept. 2016, n°15-28.941).

- **Clause limitative de responsabilité : la clause limitant la responsabilité du prestataire informatique au remboursement du prix de la prestation acquittée par le client n'est pas dérisoire et ne vide pas l'engagement de sa substance**

La société Safe conclut avec la société Meta4 plusieurs contrats de prestation informatique confiant à cette dernière le déploiement et la maintenance d'un logiciel de paie et d'administration du personnel de l'ensemble des sites français du groupe Afe. Il est mis fin aux contrats aux torts exclusifs de la société Meta4.

La cour d'appel confirme le jugement qui a considéré que la clause des contrats, disposant que toutes causes fondées le montant de la réparation des préjudices subis par le client ne saurait en aucun cas excéder le montant de la somme perçue par le prestataire informatique en rémunération des prestations, ne contredisait pas l'obligation essentielle souscrite par le prestataire informatique et était donc opposable à la société Safe. En conséquence, la cour d'appel rejette les demandes d'indemnisation de celle-ci relatives à l'investissement humain de la société Safe dans le projet et son préjudice moral (CA Paris, 14 déc.2016, Mta4 c./Safe).

- **Clause de non-concurrence : une clause de non-concurrence interdisant aux associés d'exercer une activité concurrente est nulle lorsqu'elle n'est pas proportionnée aux intérêts protégés ou limitée dans le temps**

Un pacte d'associés est conclu entre les trois associés d'une société spécialisée dans le commerce d'articles de fête. Ce pacte comporte une obligation de non-concurrence envers cette société et sa société mère. Ces dernières assignent en dommages-intérêts pour violation de la clause de non-concurrence les associés à qui elles reprochent la détention de participation dans des sociétés concurrentes. La Cour de cassation confirme la nullité de la clause de non-concurrence au motif, d'une part, que l'interdiction de prendre participation dans une société concurrente n'était limitée ni dans le temps ni dans l'espace et, d'autre part, que l'interdiction d'exercer des fonctions dans une entreprise concurrente avait un champ d'application territorial excessif car étendu à l'ensemble de la France alors que le commerce d'articles de fête était limité à la partie nord de la France et ne s'étendait pas à la vente sur internet (Cass. com., 20 sept. 2016, n°15-13.263).

- **Droits d'auteur et hyperliens sur internet : la Cour de justice de l'Union européenne précise les circonstances dans lesquelles un lien hypertexte renvoyant vers une œuvre protégée constitue un acte de communication au public constitutif d'une violation des droits d'auteur**

Un photographe a accordé à Sanoma, éditeur du magazine Playboy, l'usage exclusif de ses droits d'auteur sur une série de photos. Le site internet GeenStijl, exploité par GS Media, publie des articles contenant un lien hypertexte renvoyant vers un site internet tiers hébergeant lesdites photos, sans l'autorisation du photographe. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie de la question préjudicielle suivante : le fait de placer, sur un site internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site internet, mais sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur, constitue-t-elle une « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 de nature à enfreindre les droits de l'auteur ?

La Cour répond qu'un lien hypertexte renvoyant vers une œuvre protégée, librement disponible sur un autre site internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, ne constitue pas une communication au public dès lors qu'il est fourni sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de cette œuvre sur un autre site internet du fait de l'absence d'autorisation du titulaire des droits d'auteur. Dans le cas où le lien hypertexte est fourni dans un but lucratif, la connaissance du défaut d'autorisation du titulaire des droits d'auteur pour la publication de l'œuvre est présumée (CJUE, 8 sept. 2016, GS Media c/ Sanoma e.a. Aff. C-160/15).