

Points de vue pratiques

clients pour le compte d'un concurrent. Dans le second arrêt sous commentaire, la Cour d'appel de Paris rappelle en effet que, dans cette hypothèse, « le démarchage de la clientèle par l'agent à la suite du contrat d'agent commercial est en principe libre à moins que le démarchage n'ait été réalisé au moyen d'actes déloyaux ». Le mandant dénonçait ici la rupture abusive du contrat par l'un de ses clients (reconnue par la Cour qui va sanctionner ce dernier à plus de 60 000 € de dommages et intérêts) ; ainsi que la concomitance du passage de ce client vers une nouvelle société concurrente créée par l'un de ses anciens salariés et représentée commercialement par son ancien agent. Le mandant soutenait ainsi que les différentes sociétés étaient complices et donc solidairement responsables du préjudice résultant de ces actes de concurrence déloyale. Les indices précités ont toutefois été jugés insuffisants par la Cour d'appel dès lors que « le mandant ne rapporte pas la preuve ni d'agissements de concurrence déloyale de chacune des trois sociétés, ni d'agissements concertés de ces dernières ». Solution là-aussi classique (l'agent commercial peut s'installer à 50 m des locaux de son mandant, Aix-en-Provence, 8 juin 2011, n° 10/07610 ; la concomitance du passage des clients est insuffisante, Versailles, 2 févr. 2006, n° 04/07522). Même si la rédaction de la clause de non-concurrence nécessite certaines précautions (définition précise du secteur géographique ; proportionnalité ; dispositions permettant de lever la clause en fin de contrat notamment), cette dernière s'avère toujours plus efficace que l'action en concurrence déloyale.

A.L

Paris, 7 février 2018, n° 15/08853

Le refus de (re)contracter avec un distributeur n'est pas en soi une entente illicite

L'arrêt commenté s'inscrit dans la lignée de précédents jurisprudentiels desquels on peut dégager une volonté de la Cour de Paris de restituer aux promoteurs de réseau, notamment sélectif, leur liberté d'organisation dans la distribution de leur produit (Rapp. T. Com. Paris, 21 févr. 2018, n° 2017006510, Lettre distr. mars 2018, N. Eréséo). En l'espèce, un distributeur Hyundai exploitait deux points de vente, l'un sur Pau, l'autre sur Tarbes. Chaque point de vente donnait lieu à trois contrats (distribution de véhicules neufs, réparation agréée, revente d'accessoire) entre le distributeur et son fournisseur Hyundai. En 2009, à l'occasion de la vente des locaux qu'il exploitait sur Tarbes et auxquels était rattaché son contrat de distribution, le distributeur décide de déplacer son point de vente et provisoirement, dans l'attente de la fin des travaux pour ses nouveaux locaux, proposer à la vente ses voitures sous un chapiteau. Considérant fautif ce mode d'exploitation au regard du contenu des contrats de distributeur et de réparateurs agréés, le fournisseur résilie ces derniers. Les contrats relatifs à l'activité sur Pau sont eux maintenus jusqu'à ce qu'ils soient également résiliés par Hyundai, en juin 2012, dans le cadre d'une démarche générale au niveau national dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement 330/2010, moyennant un préavis de deux années arrivant à terme le 30 juin 2014. Le distributeur informe alors Hyundai qu'il se porte candidat en vue d'être agréé en qualité de réparateur agréé sur Pau et Tarbes. Deux points retiennent plus spécialement notre attention dans cette affaire.

Le premier est relatif au droit pour le distributeur de bénéficier de la faculté qui lui était ouverte pour le contrat de Pau, d'ouvrir un autre point de vente, en l'espèce sur Tarbes, en tant que point de vente secondaire du point de vente principal localisé à Pau. Ce droit « d'essaimage » lui aurait permis, de facto, de contourner les conséquences de la résiliation intervenue pour les contrats relatifs à l'activité de Tarbes. L'ouverture d'un tel point de vente supposant, de la part du fournisseur, la délivrance au préalable d'un agrément, ce dernier est refusé, de manière fondée selon la Cour, qui juge que « l'ouverture de ce point de vente secondaire a été effectuée en méconnaissance des dispositions contractuelles [information du fournisseur au moins trois mois avant le démarrage de l'activité], de sorte qu'aucune violation du contrat de distributeur de Pau par le concédant ne peut s'inférer de l'absence d'agrément de celui-ci ».

Le deuxième, de portée plus générale, tient au droit pour le fournisseur de ne pas renouveler les contrats existant avec d'anciens distributeurs, lors de leur arrivée à terme, et ce faisant de ne plus agréer un distributeur déjà en place (en l'espèce refus de proposition d'un nouveau contrat). La Cour rappelle qu'un refus d'agrément n'est pas en soi constitutif d'une entente prohibée. Longtemps trop rapidement assimilé à une entente prohibée et/ou une pratique discriminatoire non justifiée vis-à-vis des autres distributeurs agréés, au temps de l'interdiction *per se* de telles pratiques, le refus d'agrément, *a fortiori* opposé à des membres du réseau existant sans pour autant que ces derniers aient démerité au plan de la qualité de leur distribution, s'avérait excessivement périlleux. Comme souligné dans son « Focus » de mars dernier par notre collègue Nicolas Eréséo, avec certaines réserves toutefois, « le régime applicable à la distribution sélective qualitative ne

cesse de se libéraliser ces dernières années. Abandonnant le principe obligeant les fournisseurs d'agréer tout distributeur remplissant les critères de sélection, la jurisprudence consacre aujourd'hui le droit de les sélectionner de manière discrétionnaire ». L'arrêt ici rapporté s'inscrit dans cette tendance à lever les résistances, parfois liées à des craintes « historiques », au refus d'agrément : « Le refus de la société Hyundai de conclure un nouveau contrat avec la société appelante, à le supposer discriminatoire ou constitutif d'une entente entre Hyundai et ses concessionnaires, ce que dément la société Hyundai qui y voit un simple acte unilatéral, est, en toute hypothèse, exonéré au titre de l'alinéa 3 de l'article 101 du TFUE, selon le règlement 330/2010 du 20 avril 2010, n'étant pas contesté que sa part de marché est inférieure à 30 % ». Dans la mesure des conditions précisées par l'arrêt, la discrimination ou l'entente, ne sont pas en elles-mêmes contraires à l'article L. 420-1. L'emploi par la Cour du qualificatif d'« entente » force à distinguer les ententes illicites de celles qui ne le sont pas. Il nous semble alors utile de rapporter les principaux attendus de cet arrêt didactique : « En effet, il résulte d'une pratique décisionnelle bien établie de l'Autorité de la concurrence, précédée par le Conseil de la concurrence (décision 01-D-45 du 19 juillet 2001 relative à une saisine présentée par la société Casino France) jamais démentie, ni par les autorités de concurrence, ni par les juridictions de contrôle, que les contrats de distribution sélective, tels les contrats de concession de l'espèce, peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution. Ainsi que le rappelle le règlement 330/2010, à la suite du règlement 2790/1999, la probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans un accord de ce type, dépend du pouvoir de marché des autres entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeable ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés. Selon le règlement 330/2010 de la Commission européenne, lorsque la part du fournisseur et celle du distributeur ne dépasse pas 30 % sur leur marché pertinent, un accord vertical qui ne comporte pas l'une des restrictions qui restent prohibées, doit être regardé comme ayant pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Or, il n'est pas versé aux débats le moindre commencement de preuve, selon lequel le contrat de concession de Hyundai, qui vise à protéger l'image de la marque, aurait un objet anticoncurrentiel. Il n'est pas davantage soutenu qu'il contiendrait des clauses non exemptables au sens du règlement susvisé. Compte tenu de la part de marché détenue par Hyundai, inférieure à 2 %, et de celle, minime, bien que non indiquée, de la société Établissements Christian Fabre et de la possibilité qu'avait ce concessionnaire de vendre d'autres marques de voitures, il n'est nullement établi que le refus d'agrément, à le supposer discriminatoire, ce qui n'est pas démontré, aurait pu avoir un effet anticoncurrentiel ». Abrogation il y a plus de dix ans de l'interdiction du refus de vente (Loi Galland), suppression du délit civil de discrimination (LME), approche plus mature des interdictions/exemption au plan des pratiques anticoncurrentielles, rappel de la liberté contractuelle et du principe de prohibition des engagements perpétuels... : à la lumière des jurisprudences récentes, le régime de la distribution sélective s'entend de moins en moins comme un quasi-statut protecteur du distributeur agréé, et la relation commerciale, dans ce mode de distribution, ne doit plus être considérée comme procurant ipso-facto pour le distributeur en place, une rente de long terme.

J.-M.V

Règlement UE 2018/302 du 28 février 2018

E-commerce et Géoblocking

Le marché intérieur poursuit son organisation afin de faciliter les achats transfrontaliers. En question ici, la pratique du géoblocking par laquelle les professionnels tentent au contraire d'organiser leur offre internet selon les différents pays. Ainsi certains professionnels bloquent-ils l'accès à leurs sites à certains internautes selon les pays ou les redirigent vers d'autres interfaces de leurs sites, avec parfois des produits ou des conditions différentes.

Le Règlement concerne uniquement les ventes de produits aux consommateurs ou aux entreprises utilisatrices finales. Les relations avec les distributeurs ne sont donc pas concernées et restent soumises au Règlement UE 330/2010 notamment quant aux ventes passives et actives.

Désormais, le blocage ou la redirection seront interdits sauf, s'agissant de la redirection, si le consommateur y a consenti expressément. Une contrainte légale peut également permettre au site de bloquer ou de rediriger. L'harmonisation des législations et normes au sein de l'Europe devrait toutefois limiter ces situations. Sujet essentiel, la différenciation de prix ou de conditions de vente est admise, dans la mesure où elle n'est pas discriminatoire, ce dont on devrait déduire qu'elle devrait être justifiée. Mais quelles seront les justifications admissibles ? La

Points de vue pratiques

différentiation semble en revanche exclue de principe pour les services fournis par voie électronique (l'accès aux œuvres relevant du droit d'auteur n'étant pas ici concerné), la vente de biens dont le consommateur assure lui-même le retrait ou organise la livraison à partir d'un lieu situé dans un pays où la livraison est proposée par le professionnel, et les services commandés par un client dans un pays A et fournis dans un pays B dans lequel le professionnel exerce son activité (on peut penser à la réservation d'un séjour hôtelier.) A noter que les services de transport ne sont pas visés par ce règlement car ils font déjà l'objet d'une réglementation de la discrimination dans le secteur.

La différenciation par le mode de paiement est également proscrite. Des conditions différentes ne peuvent être appliquées à un client localisé dans un autre pays, si ce paiement s'effectue par virement, prélèvement ou par carte de même catégorie, si les exigences en matière d'authentification sont remplies et si le paiement est réalisé dans une monnaie que le professionnel accepte, par exemple l'euro. Le professionnel pourra cependant, lorsque des raisons objectives le justifient, suspendre la livraison des biens ou la réalisation de la prestation jusqu'à confirmation que l'opération de paiement a bien été engagée ; des dispositions spécifiques étant également prévues pour le paiement par certaines cartes impliquant des frais bancaires particuliers.

M-P-B-D

TGI Paris, 5^e ch. 2^e sect., 22 février 2018, n° 15/09129

Réparation du préjudice causé par un abus de position dominante ayant pourtant donné lieu à une décision d'engagements de l'Autorité

En dépit d'une décision antérieure de l'Autorité de la concurrence qui avait accepté et rendu obligatoire, notamment, l'engagement pris par le GIE PMU de séparer sa masse unique d'enjeux entre ses activités en dur et en ligne (voir ADLC, déc. n° 14-D-04 du 25 février 2014), le TGI de Paris avait été saisi, un an plus tard, d'une action en réparation introduite par la société concurrente BETCLIC, cette dernière reprochant à la première d'avoir abusivement exploité sa position dominante. Pari gagné.

A l'instar de l'Autorité (déc. préc., pts. 41 à 64), la juridiction parisienne commence classiquement par constater que l'opérateur historique détient une position dominante tout à la fois sur le marché des paris hippiques en dur (il y dispose d'un monopole légal) mais aussi sur celui des paris en ligne (79,1% fin 2015).

La juridiction poursuit en caractérisant « l'existence de pratiques anticoncurrentielles résultant de la mutualisation des masses d'enjeux enregistrées en ligne et sur ses points de vente physiques en dur par le PMU ». Pour ce faire, le jugement s'alimente abondamment dans les préoccupations de concurrence exprimées dans la décision d'engagements de l'Autorité (déc. préc., pts. 90 à 116). A cet égard, il précise qu'« une décision d'engagements ne met pas l'entreprise à l'abri de poursuites judiciaires devant les juridictions de droit commun. En effet, l'entreprise ayant souscrit des engagements demeure responsable devant les juridictions de droit commun du préjudice subi par les victimes des pratiques ayant donné lieu aux engagements s'il est avéré que ces pratiques étaient anticoncurrentielles ». Dès lors, s'« il appartient (...) au demandeur d'apporter la preuve des éléments constitutifs de faits de concurrence prohibée lui causant préjudice », « le juge de droit commun peut tenir compte des éléments contenus dans cette décision et les considérer comme un indice ou un commencement de preuve, afin d'apprécier le caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause ». La filiation avec le récent arrêt *Respsol* de la Cour de justice est patente (CJUE, 23 nov. 2017, aff. C-547/16). Ce disant, la juridiction parisienne ne pouvait que rejeter les arguments contraires du GIE PMU et constater son abus de position dominante. Il ne « reste » donc plus qu'à procéder à l'évaluation du préjudice subi par BETCLIC, lequel « doit s'apprécier en une perte de chance de conquérir de nouveaux clients, en raison de l'attractivité moindre des paris proposés en ligne ». Peu convaincu sur ce point par les pièces produites par chacune des parties, le juge a décidé de sursoir à statuer et d'ordonner avant dire droit une expertise « sur la base d'un scénario contrefactuel basé sur le marché des paris hippiques en ligne afin d'évaluer la part de marché que BETCLIC aurait pu détenir entre le 3^e trimestre 2010 et 2015 si le PMU avait séparé sa masse unique d'enjeux sur les paris hippiques dès l'ouverture du marché ».

S.D

Com., 7 mars 2018, n° 16-16645

Action en concurrence déloyale pour non-respect des règles relatives au crédit à la consommation

Le droit de la consommation a de multiples facettes. Outre sa fonction première de protéger le consommateur réputé « partie faible » au contrat, il se révèle un formidable outil de régulation du marché eu égard à l'action en concurrence déloyale. Tel est le cas en l'espèce du litige qui oppose la société

française du radiotéléphone (SFR) à la société FREE mobile (FREE).

SFR a proposé des forfaits dits « Carré » offrant aux consommateurs le choix entre un abonnement à un service de téléphonie sans achat de téléphone mobile et un forfait associé à l'acquisition d'un téléphone mobile. Dans ce dernier cas, le consommateur avait encore le choix entre soit l'acquisition du mobile à un prix de référence assorti d'un forfait « à prix Eco », soit l'acquisition à un prix « attractif », associée à un engagement d'abonnement un peu plus cher chaque mois jusqu'à son terme de douze ou vingt-quatre mois, le forfait revenant ensuite au prix « Eco ». Pour son concurrent FREE, cette dernière formule doit être qualifiée de crédit à la consommation méconnaissant à ce titre les dispositions spécifiques régissant l'information des consommateurs (L312-12 à L312-13, C. conso) et caractérisant à leur égard une pratique commerciale trompeuse (L121-2 à L121-5, C. conso.) puisque la véritable nature de l'offre (crédit) est dissimulée au consommateur. FREE a donc assigné SFR en réparation de son préjudice et cessation des pratiques dès lors que le non-respect d'une obligation légale par SFR caractérise une faute susceptible de relever d'un acte de concurrence déloyale vis-à-vis de FREE qui, respectant la législation en vigueur, subi de ce fait un préjudice concurrentiel (V. en ce sens, Com., 20 sept. 2016, n° 14-28083).

Rappelons que la qualification de crédit à la consommation, dont il est ici question, suppose « une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire » (L311-1, 6°, C. conso.). Un crédit à la consommation peut donc prendre la forme d'un délai de paiement, d'un prêt ou de toute autre facilité de paiement similaire. En l'espèce, la formule litigieuse ne peut être qualifiée de prêt puisque ce dernier suppose la remise d'une somme d'argent et un remboursement. Le cœur du débat résidait ainsi dans la question de savoir si la formule proposée par SFR pouvait caractériser un délai de paiement ou une facilité de paiement similaire.

D'emblée la Cour d'appel de Paris distingue le contrat de vente et le contrat d'abonnement inclus dans l'offre ; le contrat de prestations de service à exécution successive étant expressément exclu par le texte (L311-1, 6°, C. conso.), seul le contrat de vente est donc susceptible d'être qualifié de contrat de crédit. Sur ce point elle relève que « qualification d'opération de crédit suppose que le vendeur consente à l'acquéreur, par l'octroi d'un délai pour payer le prix de la vente après la livraison du bien, une avance que celui-ci doit lui restituer en totalité ». Or tel n'est pas le cas principalement puisqu'il n'est pas démontré, comme le soutenait FREE, que « la majoration du coût de l'abonnement corresponde au différentiel entre le prix attractif du téléphone et son véritable prix » et qu'il n'existe aucun engagement effectif de payer à terme la totalité ou partie du prix (nombreuses hypothèses de résiliations anticipées légales ou conventionnelles notamment). En conséquence, le contrat litigieux serait un contrat de vente simple juridiquement inscrit dans un système de subvention de téléphone mobile (V. en ce sens, G. Decocq, JCP E, n° 18-19, 2 mai 1993).

Ce raisonnement est pourtant fermement cassé. Par ce système, SFR s'assure, en principe, « du remboursement des sommes qu'elle avait avancées au moment de la vente du terminal mobile en obtenant de ses clients la souscription d'un forfait majoré pour une durée de douze ou vingt-quatre mois, peu important l'aléa, théorique ou en tous cas limité, pouvant affecter le remboursement des sommes avancées ». En conséquence, la Cour de cassation invite la Cour de renvoi à vérifier « si le report du prix d'achat du mobile sur le prix de l'abonnement en cas d'acquisition d'un terminal mobile à un prix symbolique n'était pas établi par le fait que la majoration mensuelle du forfait imposée au consommateur était concomitante à la réduction substantielle du prix du mobile ». Si celle-ci suivait ce raisonnement, les conséquences pour SFR seraient extrêmement lourdes. Outre une condamnation en concurrence déloyale, SFR devrait pour l'avenir modifier les modalités de son offre d'abonnement ou les maintenir en respectant le formalisme et les dispositions contraignantes du crédit à la consommation et, notamment, les règles de publicité (L312-12, C. conso.), d'informations précontractuelles (L312-12 à L312-15), d'évaluation de la solvabilité du prêteur (L312-16 à L312-17), d'interdiction de recevoir pendant sept jours à compter de l'acceptation du contrat un paiement (L312-25), de formalisme du contrat de crédit (L312-28 et s.) et surtout de rétractation (L312-19). Au surplus, SFR s'exposerait à l'annulation des contrats en cours pour défaut de consentement dès lors que les règles précitées n'ont pas été respectées et à une amende de 300 000 euros (L341-12). Enfin une violation du monopole bancaire pourrait être caractérisée (L. 511-5, C. mon. fin.). Notons que dans l'attente de l'arrêt de renvoi à venir, SFR aura obtenu toutefois satisfaction sur ses demandes reconventionnelles : la Cour de cassation confirmant la condamnation de FREE en concurrence déloyale pour avoir communiqué auprès de ses clients sur son action en justice alors que cette dernière n'avait pas donné lieu à une décision définitive ; pratique régulièrement sanctionnée (V. en ce sens, Com., 12 mai 2004, n° 02-16623).

K.B