

# Points de vue pratiques

La Cour va ensuite considérer que le refus par la société Converse de produire ses contrats de distribution exclusive n'a pas à être retenu comme « un indice d'existence d'un cloisonnement de marchés » même si ce refus « ne manque pas de questionner ». En réalité, la société Converse emporte la conviction des magistrats en produisant des factures de différents distributeurs agréés censées démontrer la réalité des ventes passives à destination de sites Internet et de réseaux physiques ; ventes passives que la Cour qualifie de « quantitativement significatives pendant les années en référence ».

Pour l'ensemble de ces raisons la Cour d'appel écarte l'existence d'un risque réel de cloisonnement des marchés. Ce faisant, il appartenait à Auchan et son fournisseur de démontrer que les produits litigieux avaient été mis dans le commerce par Converse ; preuve qui n'est pas rapportée dès lors qu'il n'est pas possible de démontrer que les produits litigieux proviendraient du même lot que celui identifié au sein des documents produits (procès-verbaux d'huissier, factures d'achat). Cette solution stricte fait écho à d'autres décisions appréciant sévèrement les indices et facteurs de risque réel de cloisonnement (Com. 26 mai 2009, n°08-11520 ; Paris 17 déc. 2010, n°08/23955) parfois même pour des litiges quasi-identiques initiés par Converse (Paris 25 oct. 2016, n°015/05739). L'insécurité juridique est néanmoins notable lorsque cette décision est appréhendée à l'aune d'arrêtés très récents rendus là-aussi pour des faits quasi identiques et dans des procédures initiées par Converse. Ces décisions semblent en effet plus accueillantes concernant la preuve de ce risque de cloisonnement et moins sensibles à la stratégie visant à produire des factures censées justifier des ventes passives (Paris, Pôle 5, 1<sup>ère</sup> ch., 16 janv. 2018, n°16/04377 ; Paris, Pôle 5, 2<sup>ème</sup> ch., 2 févr. 2018, n°15/18069). L'analyse *in concreto* menée par les juridictions de fond laisse libre cours à l'imagination probatoire des parties et génère donc une insécurité juridique forte : les uns souhaitant garder le silence sur l'identité de leur source d'approvisionnement, les autres divulguer le moins possible leurs accords contractuels et tarifaires. Mais peut-il véritablement en aller autrement tant la tension est permanente entre monopole sur droit de propriété industrielle et droit de la concurrence ? Ces décisions ne manquent pas de susciter nombre de questions que les contentieux prochains ne manqueront pas d'aborder (glissement d'un risque réel de cloisonnement vers la preuve d'un cloisonnement absolu ? Notion de quantités significatives concernant les ventes passives, etc.).

A.L.

Paris 19 janvier 2018, n°16/11167

## Déséquilibre significatif et prix : de la vulnérabilité de certains mécanismes inédits de détermination

Les mécanismes originaux de tarification, dans lesquels l'un des cocontractants dispose de droits inédits par rapport à l'autre, peuvent être appréhendés sous l'angle de la soumission au déséquilibre significatif dans les droits et obligations de l'article L. 442-6 I 2° C. com. L'arrêt ici commenté nous en donne un exemple. Un annonceur, Pixtel, avait acquis des espaces publicitaires sur le portail d'accès de Bouygues Télécom, pour promouvoir ses sites internet de jeux, sonneries et fonds d'écran. Ces prestations lui étaient facturées par TF1 Publicité, assurant la régie exclusive de la publicité sur le portail de l'opérateur de téléphonie. À l'occasion d'un litige relatif au paiement par Pixtel des factures de TF1 Publicité, Pixtel a contesté la procédure et les modalités de détermination par la régie du prix des achats d'espaces publicitaires.

1. – Au plan des faits, il apparaît, à la lecture de l'arrêt, que TF1 Publicité disposait de CGV, dont notamment les barèmes de prix unitaire, et avait exigé, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités par l'annonceur, que ce dernier précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour obtenir lesdits espaces. La réponse de la régie était alors élaborée en fonction du prix d'achat annoncé. La Cour d'appel de Paris relève que ce mode opératoire, qu'elle qualifie de « complémentaire », n'était pas expressément prévu dans les CGV de TF1 Publicité. Ainsi, TF1 Publicité, seule à connaître l'ensemble des prix proposés par tous les autres annonceurs sur un espace publicitaire donné, sans jamais les communiquer aux annonceurs intéressés, avait adressé à l'annonceur une proposition très en dessous du nombre des espaces souhaités par lui, sans autre justification que l'importance des demandes également formulées par d'autres annonceurs sur les mêmes espaces publicitaires, tout en y associant une part non négligeable d'espaces non demandés. Selon cette procédure, l'annonceur pouvait alors soit renoncer à acquérir les espaces publicitaires proposé par TF1 Publicité, au risque de ne pas être visible sur le portail d'accès internet de Bouygues, soit d'accepter sans discuter la proposition faite par TF1 Publicité, comprenant une part significative d'espaces non désirés, tout en étant dans l'impossibilité, en vue d'obtenir un plus grand nombre d'espaces désirés que celui arbitrairement proposé par la régie, d'améliorer le prix d'achat initialement offert, en raison de la méconnaissance du prix proposé par les autres annonceurs en concurrence pour l'acquisition du même espace

publicitaire. Autrement dit, la proposition de TF1 Publicité était à prendre ou à laisser ou, comme qualifié par la Cour, de situation du « tout ou rien ».

2. – Au plan de la soumission et avant de trancher le point du caractère déséquilibré de ce qui, sous toutes réserves, semblerait ressortir plus d'une pratique (« que la société TF1 Publicité n'a pas formellement contesté avoir exigé, à partir de 2012, en plus de la liste des espaces publicitaires souhaités pour le semestre à venir, que l'annonceur précise le prix qu'il était disposé à acquitter pour les obtenir et que la réponse de la régie était élaborée en fonction de ce prix d'achat annoncé ») que d'une clause, la Cour n'est pas convaincue par le moyen de l'absence d'exclusivité envers TF1 Publicité de Pixtel qui, selon TF1 Publicité, aurait pu facilement réaffecter son budget publicitaire auprès d'une autre régie commercialisant les espaces publicitaires des [autres] supports mobiles, outre le fait que l'offre mobile de TF1 Publicité ne se limitait pas au portail Bouygues Télécom. L'argument aurait pu certes convaincre, mais on peut imaginer que, pour un fournisseur de site internet de jeux, sonneries et fonds d'écran, la présence sur le portail de l'un des grands opérateurs téléphonie mobile pouvait apparaître importante pour toucher au mieux la clientèle. La Cour retient donc le fait de soumission par TF1 Publicité en jugeant que, même si Pixtel pouvait reporter tout ou partie de ses investissements publicitaires sur le portail d'accès d'autres opérateurs de téléphonie, elle pouvait « avoir néanmoins un besoin d'apparaître aussi sur le portail Bouygues Télécom en fonction des caractéristiques des produits qu'elle souhaitait offrir à la vente » aux divers internautes utilisant ce portail d'accès et que la liberté et la possibilité de s'adresser à d'autres opérateurs « ne permettent pas pour autant au régisseur de publicité de l'un d'entre eux d'imposer un déséquilibre entre les obligations respectives des parties ». Cette appréciation *in concreto* de la soumission, fait écho à la solution donnée par la Cour de Paris dans son arrêt du 20 décembre 2017 (Lettre distr. janvier 2018, J-M.V.), étant rappelé que le contexte de la Grande Distribution a pu par le passé, inciter les juridictions à caractériser assez facilement la notion de soumission, d'où le « recadrage » à l'occasion de l'arrêt du 20 décembre dernier. Dans la présente affaire, la Cour semble en revanche admettre sans luxe de débats, qu'il est difficile à un annonceur comme Pixtel, de se passer de la visibilité que lui procure le portail d'accès de Bouygues Telecom, quand bien même les conditions de tarifications proposées par sa régie ne lui conviendraient pas. Finalement, le dénominateur commun de ces affaires, au plan de la soumission, n'est-il pas celui du besoin d'accès à la clientèle, et qui conduit à s'interroger sur le fait qu'il aisé ou difficile de se passer d'un partenaire ? Sous ces auspices, le niveau de risque au plan de la caractérisation de la soumission par l'acteur potentiellement « soumettant » serait alors corrélé avec celui, pour son partenaire, de ne pas ou plus accéder aux débouchés que pourrait lui procurer le contrat contenant les clauses litigieuses. À tout le moins pourrait-on y voir un des indices de la soumission. Cette approche peut, éventuellement, inspirer les praticiens lors de la rédaction de leurs clauses.

3. – La soumission, admise par la Cour à raison des piètres alternatives ouvertes à l'annonceur dans le contexte du « tout ou rien », les juges d'appel retiennent le caractère déséquilibré dans les droits et obligations des parties, dans la mesure où l'une d'entre elles (la régie), au vu de la propension de tel annonceur donné à acquitter un prix donné, peut formuler ses propres propositions tarifaires de vente d'espace publicitaires en connaissance des informations sur les prix d'achats proposés par les autres annonceurs. Cette situation permet ainsi à l'un des partenaires, ici la régie, d'ajuster sa proposition de vente d'espaces publicitaires tandis que, du fait de l'opacité entretenue par la régie, l'annonceur, ne dispose pas des d'informations équivalentes lui permettant d'ajuster ses propres propositions de prix d'achat. À cela, il faut rajouter que la régie devait reconnaître que, pour les règles d'attribution, elle ne se référait pas uniquement aux prix d'achat proposés par les différents annonceurs, mais privilégiait aussi ceux qui respectent « la déontologie du portail » sans en préciser le contenu exact, de même que les annonceurs qui équilibraient leurs offres d'achat entre les différentes rubriques proposées par elle, les conditions de cette appréciation n'étant pas davantage précisées dans les CGV. Si l'asymétrie dans le degré d'information sur les données présidant à la détermination des prix, concomitante à l'asymétrie dans les droits et obligations ou découlant de cette dernière, ne permet pas en soi aux juges de se substituer aux parties pour fixer les prix, la Cour de Paris semble toutefois vouloir poser des limites à certaines pratiques, lorsqu'il apparaît qu'elles sont mises en œuvre à la suite d'une soumission. Si pertinents soient-ils au plan strictement économique pour celui qui les met en œuvre, voire, en l'espèce, au regard des disponibilités des espaces publicitaires offerts, ces mécanismes, qui font songer à des surenchères doublement aveugles, car sans connaissance du niveau des propositions des autres participants en course, et sans certitude de ce que sera la consistance du produit ou de la prestation finalement délivrée, n'ont pas, au vu de cet arrêt et du fait de la qualité de celui qui les met en œuvre, la faveur des

# Points de vue pratiques

juges. Qui plus est, ne conduisent-ils pas à une surestimation du prix des espaces prisés et à l'affectation arbitraire de ces derniers, comme d'ailleurs de ce qui ne le sont pas ? En définitive, n'est-on pas tout simplement en présence d'une déclinaison de l'abus qui, sans être mise en œuvre à l'occasion d'une position dominante, est celui d'un abus de situation, que les juges sanctionnent avec l'outil de L. 442-6 I 2° ?

4. – Enfin, soulignons tout de même l'impact de cet arrêt au plan de la responsabilité pécuniaire de la régie. Pour la Cour, en raison de l'existence d'un plus grand nombre de demandes d'espaces par les différents annonceurs que d'espaces publicitaires effectivement disponibles, Pixtel, qui sollicitait l'indemnisation d'une perte de marge brute à hauteur de 1.491.181 euros, n'a pas rapporté pas la preuve qu'en l'absence de la pratique dénoncée, elle aurait obtenu la totalité de sa demande d'espaces souhaités. Toutefois, du fait de la soumission à un déséquilibre significatif entre les obligations respectives des parties, TF1 Publicité a privé Pixtel d'une chance d'obtenir un nombre plus grand d'espaces publicitaires souhaités et corrélativement du chiffre d'affaires supplémentaire correspondant qui en serait résulté. Rappelant que l'indemnisation d'une perte de chance n'est jamais égale au produit escompté si la chance s'était réalisée et en fonction des éléments disponibles dans le dossier, la Cour évalue forfaitairement à 150.000 euros le préjudice de Pixtel au titre de la perte de chance.

J.-M.V

Paris Pôle 5, ch. 7, 18 janvier 2018, n°2017/01703

## Une coopérative, support d'entente horizontale par objet entre ses membres

Statuts et règlement intérieur d'une coopérative de commerçants détaillants, regroupant des installateurs d'équipements de grande cuisine, organisaient la sectorisation de l'activité de ses adhérents : chaque coopérateur s'interdisait de vendre sur le secteur d'un autre associé sans son accord préalable et, dans une telle situation, s'engageait à lui reverser un pourcentage, assez élevé, du prix des ventes réalisées sur le secteur dudit associé. Des sanctions étaient en outre prévues pour ceux qui s'avisait de ne pas respecter la règle. La Cour d'appel confirme la décision de l'Autorité de la Concurrence (16-D-26 du 24 nov. 2016) ayant identifié une répartition territoriale du marché, qualifié la pratique d'entente horizontale par objet et prononcé une amende de 400 000 euros. La Cour rejette chacun des arguments soulevés par la coopérative. (1) La coopérative soutenait que l'infraction, à la supposer établie, constituait non pas une entente *horizontale* de répartition du marché entre ses adhérents mais une entente *verticale* liée à l'organisation de zones d'exclusivité territoriale entre la coopérative et ses adhérents, à l'instar des ententes entre franchiseur et franchisés. L'argument est rejeté au motif que les clauses litigieuses du règlement de la coopérative, qui régissent les relations entre les adhérents du groupement, adhérents concurrents et n'opérant pas à un niveau différent de la chaîne de production, s'inscrivent dans le cadre de relations horizontales. (2) La coopérative tentait également d'affaiblir la gravité de la situation en contestant l'existence d'une restriction *par l'objet* retenue par l'Autorité. Argument rejeté, s'agissant d'un cloisonnement territorial jugé absolu. (3) Le bénéfice de l'exemption, justifié par la nécessité d'une organisation territoriale de proximité au bénéfice des intérêts des clients est également rejeté. (4) Enfin la Cour confirme que les coopératives ne bénéficient pas d'un régime spécifique excluant l'application des articles L. 420-1 et s.

M.-P.-B

## En bref...

Versailles 16 janvier 2018, n°16/01300

### Nullité des contrats de formation précédant la conclusion définitive du contrat de franchise

Un candidat à l'intégration d'un réseau de franchise conclut avec le franchiseur deux conventions de formation, théorique et pratique, en vue d'obtenir son agrément. Arguant d'un dol, résultant d'une présentation grossière et approximative des conditions d'exploitation de l'activité envisagée, pourtant essentielles à sa rentabilité, le candidat demande la nullité des contrats de formation, sur le fondement des anciens articles 1110 et 1116 C. civ. Considérant qu'il s'agit bien de conventions autonomes par rapport au projet de franchise, la cour d'appel fait droit à sa demande en prononçant leur nullité.

M.A

Paris 10 janvier 2018, n°15/02432

### Pas de relation établie au terme d'un CDD excluant sa reconduction tacite

« Le caractère provisoire des relations commerciales à l'issue du terme du contrat à durée déterminée sans possibilité de tacite reconduction, les fait nécessairement échapper à l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ».

En l'espèce, un contrat de distribution exclusive de chaussures en France était conclu pour une durée déterminée de 3 ans et son renouvellement conditionné à un accord exprès et écrit des parties avant son échéance. À son terme, les partenaires n'avaient formalisé aucun accord mais ont néanmoins poursuivi « de manière informelle » la relation pendant un an et demi, tout en négociant vainement un éventuel nouvel accord. Les juges estiment qu'au terme du contrat qui excluait la tacite reconduction, les relations étaient « nécessairement précaires, résiliables à tout moment » et les parties libres de convenir ou non d'un nouveau contrat. Or, si elles négociaient dans ce but, les échanges ne démontrent aucun engagement de poursuivre des relations pérennes et le demandeur ne pouvait raisonnablement croire à leur nécessaire poursuite.

C.-M.-G

Com. 31 janvier 2018, n°16-24063

### L'invocation de la règle sur le déséquilibre significatif suppose une relation commerciale directe

Un partenariat commercial « s'entendant d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties », la règle sur le déséquilibre significatif n'a pas à s'appliquer lorsqu'il « n'existe pas de relation commerciale entre (un réparateur automobile) et (une société d'assurance), laquelle intervient comme tiers payeur, au titre d'un contrat d'assurance souscrit par le client du réparateur ». Une pratique discriminatoire n'est pas davantage constituée, le réparateur ayant « toute liberté de pratiquer les prix qu'il souhaitait », ni une pratique de dénigrement, l'assureur se contentant d'informer objectivement ses assurés sur les prestations plus chères proposées par le réparateur, sans aucun propos malveillant.

S.C

Com. 7 février 2018, n°16-20352

### Application de la clause limitative de réparation d'un contrat résolu

Les clauses limitatives de réparation « demeurent applicables » en cas de résolution pour inexécution. L'arrêt retenait qu'une telle clause ne s'applique pas au motif que la résolution du contrat entraînerait son anéantissement rétroactif est dès lors cassé.

J.B

Paris 12 janvier 2018, n°15/22694

### Cessation des relations commerciales par appel d'offres

Est fondée à obtenir une indemnisation au titre de la rupture brutale des relations commerciales établies la société qui s'était vue confier, par une société donneuse d'ordre, la production de photographies pour illustrer ses catalogues de vente. Il apparaissait, en l'espèce, que les parties entretenaient des relations commerciales suivies, stables et habituelles depuis 14 ans. Or, en informant le fournisseur qu'elle sélectionnerait dorénavant ses cocontractants par appels d'offres et en l'invitant à y participer, la cliente ne peut légitimement soutenir qu'elle n'a pas mis un terme à leur relation commerciale. Il s'avère, en effet, que le procédé de la mise en concurrence n'avait jamais été institué auparavant et que, dès le premier appel d'offres, le partenaire habituel a été écarté au profit d'un candidat mieux-disant. La durée des relations commerciales justifiant le respect d'un préavis de 14 mois, des dommages et intérêts de 88 200 euros doivent, dès lors, être alloués au titre du préjudice découlant de la rupture brutale des relations commerciales établies entre les parties.

L.B

Nous tenons à la disposition de nos adhérents les décisions *in extenso*  
Demande par mail à : [catherine.butet@umontpellier.fr](mailto:catherine.butet@umontpellier.fr)