

Points de vue pratiques

Premier problème - Le mandant affirme ne pas avoir été informé de ce changement de société et ne pas avoir agréé la reprise du contrat d'agent commercial par Goéland 2. Ce faisant, l'*intuitus personae* attaché à l'agence commerciale nécessite-t-elle un agrément exprès du successeur comme l'a relevé le Tribunal en déclarant l'action irrecevable ou un agrément tacite suffit-il ?

Solution. La Cour précise d'abord que ni les dispositions légales ni le contrat d'agent commercial n'exigent que « l'agrément par le mandant d'un tiers venant se substituer à l'agent commercial soit express et formalisé par écrit. Cet agrément peut donc être tacite ». Et de relever ensuite que l'association avait poursuivi sa collaboration avec Goéland 2 alors même que le gérant et l'adresse avaient changé, le numéro RCS avait été modifié. En outre, elle avait traité et signé un avenant avec le fils du gérant historique qui n'était pas son interlocuteur habituel. Pour la Cour, l'association ne pouvait donc ignorer la situation nouvelle dès lors qu'elle a poursuivi sa collaboration sans réserve pendant plus de deux ans avec le nouvel agent. Cette poursuite en connaissance de cause des relations commerciales caractérise un agrément tacite du successeur. L'action de Goéland 2 est donc jugée recevable.

Analyse. L'article L 134-13 alinéa 3 prévoit - de façon négative - la possibilité pour l'agent de céder son contrat avec l'accord du mandant. Cet article concerne en effet les cas dans lesquels l'indemnité de fin de contrat n'est pas due par le mandant donc lorsque l'agent cède son contrat à un successeur. Disposition qui, combinée à son caractère d'ordre public (art. L 134-16), consacre la patrimonialisation de la « carte ». En retenant la possibilité d'un agrément tacite du successeur, la Cour adopte une solution qui n'est pas nouvelle (Com., 27 nov. 2001, n° 98-18700 ; Paris, 21 juin 2018, n° 16/06004). Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une poursuite éclairée des relations, ce qui est source d'interprétation et donc d'aléa. Dans une décision rendue pour des faits similaires, le représentant légal de la société d'agence en liquidation avait argué de l'agrément tacite du mandant lié à la modification de la présentation des factures et aux changements affectant son identification. Ces indices avaient été jugés insuffisants « à caractériser l'information de son cocontractant de ce que l'agent commercial en titre, c'est-à-dire la société, était en redressement puis en liquidation judiciaire et qu'il poursuivait à titre personnel ». Cette opacité des conditions de reprise d'activité « sans un acte de cession régulier était possiblement constitutive d'un détournement et d'une cession illicite pour défaut de capacité à agir » (Bordeaux, 22 nov. 2017, n° 15/02564). Un tel raisonnement aurait pu être retenu dans l'arrêt sous commentaire. Il est probable néanmoins que l'intervention du fils à l'avenant, alors que le père était jusque-là le seul interlocuteur, ait fait pencher la balance. Néanmoins, pour éviter un tel aléa, les parties auront tout intérêt à aménager contractuellement cette procédure d'agrément en précisant notamment : les modalités de présentation du successeur (informations à communiquer) ; les délais et modalités de la réponse du mandant ; les conséquences de l'absence de réponse du mandant.

Deuxième problème - L'action recevable, se posait la question de l'imputabilité de la rupture alors que l'agent avait dénoncé cette dernière. La rupture du contrat est-elle imputable à l'agent qui a pris acte de la rupture ?

Solution. La Cour rappelle d'abord les termes de l'article L 134-13, 2° : l'indemnité n'est pas due à l'agent à l'origine de la rupture sauf circonstances imputables au mandant. Goéland 2 avait ainsi pris soin de lister un inventaire à la Prévert des griefs reprochés à l'association dans son courrier de rupture. Sans les reprendre un à un, la Cour s'attarde sur le non-respect de l'exclusivité. Et pour cause : cette dernière avait été violée dès lors que l'association avait mandaté un autre agent sur le secteur de Goéland 2 ; agent qui ne pouvait relever de l'exception à l'exclusivité. Pour ce seul motif, la rupture est donc imputable au mandant qui doit régler les commissions demandées ainsi que l'indemnité de fin de contrat.

Analyse. Si la solution est classique, elle permet de rappeler les conséquences strictes attachées à l'exclusivité contractuellement concédée. Ce véritable monopole, dont les exceptions doivent être prévues de façon précise et exhaustive, ne permet pas l'intervention directe ou indirecte du mandant sur le secteur ou la clientèle. Il en aurait été différemment si le mandant s'en était tenu aux dispositions légales - qui ne prévoient nullement cette « exclusivité » - et avait concédé secteurs et clients en contrepartie des versements de commissions directes et indirectes. Dans cette hypothèse l'autre agent aurait pu intervenir sans que la rupture soit imputable au mandant.

Troisième problème - L'indemnité due à l'agent doit-elle être fixée à deux ans de commission calculée sur la moyenne des trois dernières années ?

Solution. Après avoir fait référence à cet usage (ou plutôt pratique prétorienne), la Cour rappelle qu'elle ne lie pas le juge. Au regard de la durée du mandat limitée à 30 mois (la période Goéland 1 n'est pas prise en compte) et au constat que Goéland 2 « n'a fait que poursuivre une

mission dont l'initiative et la création résultait du travail de son prédécesseur », l'indemnité est fixée à 6 mois.

A. Louvet

Com., 29 janvier 2020 n° 18-11.726

Levée du secret des affaires et P.A.C : précisions

Faits. En juillet 2013, les services de l'instruction de l'ADLC ont mené des opérations de visites et saisies dans les locaux de plusieurs sociétés d'un groupe opérateur du secteur du travail temporaire. Au vu des éléments recueillis durant ces OVS, l'Autorité devait en mai 2015, se saisir d'office de l'examen du respect par les sociétés Groupe Randstad France et Randstad (les sociétés Randstad) des engagements qu'elles avaient pris et qui avaient été acceptés et rendus obligatoires par une décision du 2 février 2009 du Conseil de la concurrence. Dans le cadre de l'instruction, le Rapporteur Général, par plusieurs décisions adoptées entre juillet et octobre 2017 à la demande des sociétés Randstad, avait accordé pour de nombreuses pièces du dossier la protection au titre du secret des affaires. Toutefois, le rapporteur spécial devait informer les sociétés Randstad par deux lettres des 16 et 23 octobre 2017, qu'il entendait procéder au déclassé de plusieurs pièces confidentielles visées par les décisions du Rapporteur Général, au motif qu'elles étaient nécessaires aux débats devant l'Autorité. Les sociétés Randstad se sont alors opposées à cette levée du secret des affaires, tout en proposant de nouvelles versions non confidentielles des documents en cause. Par une décision du 29 novembre 2017, le Rapporteur Général a accepté les nouvelles versions non confidentielles de certaines pièces, mais a procédé au déclassé de toutes les autres, les rendant intégralement accessibles dans leur version confidentielle. Les sociétés Randstad ont alors formé un recours en annulation partielle et/ou réformation devant le Premier président de la Cour d'appel de Paris (article L. 464-8-1 C. com.), contre la décision du Rapporteur Général de lever la protection précédemment accordée aux pièces saisies. Ce recours ayant été déclaré irrecevable, notamment à raison, comme il ressort du moyen unique de cassation de l'arrêt ici rapporté, qu'il était possible de garantir le secret des affaires avant la publication de la décision de l'Autorité, par voie d'occultation des informations confidentielles. Un pourvoi fut formé par les sociétés Randstad contre l'ordonnance du Premier président. Ce pourvoi est rejeté.

Problèmes. Premier problème : à l'occasion de l'instruction d'une affaire de pratique anticoncurrentielle ne mettant en cause qu'une seule entreprise, cette dernière peut-elle contester la décision du Rapporteur Général de procéder au déclassé de pièces au titre du secret des affaires précédemment accordé ?

Deuxième problème : l'occultation lors de la publication d'une décision en matière de pratique anticoncurrentielle, de pièces ayant trait au secret des affaires, rend-t-il irrecevable le recours contre la décision du Rapporteur Général de procéder au déclassé de ces pièces ?

Solutions. Au premier problème, la Cour répond : « attendu, en premier lieu, que lorsque l'instruction ne concerne qu'une seule entreprise, il n'existe, à ce stade de la procédure, aucun risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires de l'entreprise mise en cause, dès lors qu'aucune autre partie n'a accès à la procédure ; qu'après avoir constaté que l'instruction de l'affaire ne concernait que les sociétés Randstad, lesquelles constituaient une seule entité et partie à la procédure, l'ordonnance retient, à bon droit, qu'en l'absence d'une ou plusieurs tierces parties, ces sociétés ne peuvent justifier d'une quelconque atteinte à leurs droits, au motif de la levée de la protection du secret des affaires. (...) Et attendu, en second lieu, qu'en l'absence de tout risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires des sociétés Randstad, aucune méconnaissance du droit au secret des affaires de ces sociétés ni violation des articles 6 §1 et 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est caractérisée ; ».

Au second, elle répond : « si c'est à tort que le premier président en a déduit que leur recours était irrecevable, les sociétés Randstad sont sans intérêt à demander la cassation de l'ordonnance de ce chef, dès lors qu'il résulte des constatations et appréciations précitées que le recours, quoique recevable, devait être rejeté ; ».

Analyse. A première vue très liées au cas d'espèce, ces solutions revêtent pourtant une portée pratique plus large qu'il n'y paraît. Relevons que dans une autre affaire, la Chambre commerciale a rendu le même jour un deuxième arrêt, rappelant l'obligation d'une motivation spéciale et concrète du Rapporteur Général dans sa décision de levée du secret des affaires (Com., 29 janvier 2020, n° 18-11725).

Sur un plan strictement procédural d'abord (deuxième solution), l'arrêt rappelle que la décision du Rapporteur Général de lever le secret des affaires peut faire l'objet d'un recours et qu'au cas d'espèce, un tel recours est recevable, à l'inverse de ce qu'avait jugé le premier

Points de vue pratiques

président. Ce n'est là que le rappel de l'article L. 464-8-1 C. com. L'existence de possibles mesures d'occultation d'éléments confidentiels dans la décision publiée ne donne pas lieu à une fin de non-recevoir du recours formé. Le contraire eût étonné et le secret des affaires serait bien mal assuré s'il ne bénéficiait, pour unique rempart, que de l'occultation d'informations dans la décision de l'Autorité, sans protection plus précoce, notamment au cours de l'instruction. C'est l'objet de l'article L. 463-4 C. com. Cette solution refuse ainsi de voir dans la simple occultation de passages de la décision de l'Autorité, une mesure concurrente et encore moins équivalente à la procédure de classement en secret des affaires.

Sur un plan mixte ensuite, mêlant fond et procédure (deuxième solution), l'existence en l'espèce d'un intérêt pour un tel recours contre l'ordonnance, bien que recevable, est ici remis en cause, d'où le rejet du pourvoi. En effet, les requérantes, bien que deux sociétés différentes, « ne constituaient qu'une seule entité et partie à la procédure ». La notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence trouve ainsi ici un autre terrain d'expression. L'article L. 463-4 précité ne vise-t-il pas à empêcher la communication à une partie ou la consultation par cette dernière, de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Les deux sociétés du groupe Randstad, conjointement requérantes en tant que sociétés juridiquement distinctes, mais unique entité et partie poursuivie, ne pouvaient ainsi justifier d'un intérêt à leur recours tiré d'une quelconque atteinte à leurs droits, en ce compris celui d'un risque de divulgation d'informations susceptibles de relever du secret des affaires à raison de la levée de la protection à ce titre. Bien que recevable, le recours devait alors être rejeté. Cette solution, assez logique, ouvre toutefois le champ des interrogations. La solution aurait-elle par exemple été différente dans un scénario comparable, pour un recours intenté uniquement par l'une des deux sociétés, le cas échéant revendiquant une pleine et entière autonomie vis-à-vis de l'autre. On peut aussi s'interroger sur les incidences de cette solution en cas d'évolution du périmètre de l'entreprise (cession d'une filiale jusqu'alors privée d'autonomie, prise de participation d'un tiers, partie ou non à la procédure, dans son capital etc.) ou, lorsque l'affaire s'y prête, en cas de survenance de la présence d'un tiers, à un titre ou un autre à un stade plus avancé de la procédure. Autant de situations évolutives pouvant amener les intéressées à reconsidérer, au plan pratique, le risque redouté de divulgation des informations confidentielles les concernant.

J-M. Vertut

CJUE, 30 janvier 2020, aff. C -307/18

La Cour de Justice présente une grille d'analyse concurrentielles des accords de règlement amiable « pay-for-delay » dans le secteur pharmaceutique

La Cour de Justice se penche sur les questions complexes de l'articulation entre le droit de la concurrence, le droit des brevets, et la liberté de tout opérateur économique de procéder à des transactions pour mettre fin à des litiges. En effet, lorsque des transactions ayant pour objet de mettre fin à des actions en contrefaçon de brevet et/ou en contestation de la validité des droits du titulaire du brevet, donnant lieu à un engagement de non contestation et de non concurrence sur le marché du princeps par le fabricant du médicament générique (ci-après le « génériqueur »), en contrepartie d'indemnités transactionnelles à la charge du fabricant du princeps, sont conclues entre les deux parties, la question est de savoir si elles ne dissimulent pas, en réalité, un objet anticoncurrentiel visant à décourager le génériqueur à venir concurrencer le princeps (transactions dites « pay-for-delay »).

On se souvient qu'en France, le laboratoire Servier avait fait l'objet d'une condamnation pour de telles pratiques par le Tribunal de l'Union Européenne qui avait considéré ces transactions comme des ententes anticoncurrentielles par l'objet contraires à l'article 101 § 1 du Traité (TUE, 12 déc. 2018, Aff. T-691/14, Lettre distr. 02/2019, comm. J-M. Vertut ; Rev. Concurrences, n° 1-2019, comm. M. Debroix).

Faits. La société GSK (« GSK ») était titulaire d'un brevet portant sur le principe actif d'un médicament antidépresseur, la paroxétine, ainsi que de brevets secondaires protégeant certains procédés de fabrication de ce principe actif. Ce brevet expirant en janvier 1999, elle s'est retrouvée confrontée, courant 2000, à l'entrée imminente sur le marché du Royaume Uni de plusieurs fabricants d'une version générique de ce principe actif. GSK a d'abord réagi en engageant des procédures en contrefaçon à l'encontre de certains de ces génériqueurs, qui reconventionnellement et de façon classique, ont contesté la validité des brevets secondaires de la société GSK. Les fabricants ont mis un terme à ces litiges en concluant des accords aux termes desquels les génériqueurs renonçaient, sur une période convenue, à entrer sur le marché, ainsi qu'aux procédures visant à contester la validité des brevets secondaires, en contrepartie de paiements de la part du

fabricant du princeps. Ces accords ont été sanctionnés par la Competition and Market Authority (« CMA ») qui a considéré qu'ils constituaient une violation de l'interdiction de conclure des accords restrictifs de concurrence, d'une part, et un abus de position dominante sur le marché pertinent du médicament de la paroxétine, d'autre part. Dans ce contexte, la CJUE a été saisie aux fins d'examiner la légalité de la décision de la CMA concernant les interprétations des articles 101 et 102 du TFUE, par le Competition Appeal Tribunal elle-même saisie d'un recours.

Problème n° 1. La conclusion de tels accords amiables entre le fabricant du principe actif du médicament princeps tombé dans le domaine public et les fabricants du médicament générique est-il constitutif d'une d'entente entre entreprises relevant de l'interdiction prévue à l'article 101§1 du TFUE ?

Solution. Les génériqueurs n'étant pas encore entrés sur le marché au moment de la conclusion des accords, se posait la question de l'existence d'un rapport de concurrence potentielle entre eux et le fabricant déjà présent sur le marché, ce rapport étant indispensable à l'application de l'interdiction. Pour la Cour, l'existence d'un rapport de concurrence potentielle est caractérisé dès lors que, (i) le fabricant de médicaments génériques a effectué des démarches préparatoires suffisantes démontrant sa ferme volonté de pénétrer le marché dans un délai susceptible de faire peser une forte pression concurrentielle sur le fabricant présent sur le marché, (ii) l'entrée sur le marché ne se heurte pas à des barrières insurmontables. Les démarches préparatoires peuvent à cet effet résulter des démarches administratives entreprises par le fabricant de médicaments génériques pour entrer sur le marché (procédure pour obtenir l'Autorisation de Mise sur le Marché), de démarches judiciaires (actions visant à contester la validité des brevets du premier fabricant), ou encore la constitution de stocks de médicaments suffisants et le déploiement d'efforts commerciaux. Si l'existence d'un droit de propriété intellectuelle, tel un brevet doit être pris en considération pour apprécier l'existence de barrières insurmontables, sa seule existence et la présomption de validité qui y est associée, ne constituent pas quant à elle une barrière insurmontable à l'entrée sur le marché. Les démarches préparatoires et l'absence de barrières insurmontables peuvent être en outre corroborées par des indices supplémentaires tels le caractère sérieux du litige opposant les fabricants ou encore la perception que se fait le fabricant présent sur le marché, de l'entrée sur le marché d'autres fabricants pour ses intérêts commerciaux. Sur l'existence d'un rapport de concurrence potentiel entre le fabricant du médicament princeps, et les génériqueurs, la Cour répond par l'affirmative.

Problème n° 2. De tels accords amiables peuvent-ils être qualifiés d'une « restriction par l'objet » au sens de l'article 101 du TFUE ?

Solution. La Cour rappelle d'abord que cette notion est d'interprétation stricte. Dès lors, une pratique collusoire ne peut être qualifiée de « restriction par l'objet » que dans le cas où elle présente un degré suffisant de nocivité pour la concurrence. Pour apprécier ce caractère nocif, doivent être pris en considération les notions de biens et services affectés ainsi que les conditions réelles de fonctionnement de la structure du marché existant. Dans cette espèce, la Cour relève le caractère sensible du report à l'entrée sur le marché de version générique de médicaments, dès lors que ce report a pour effet de maintenir le monopole d'exploitation du titulaire du brevet du médicament. Dans ce contexte, le caractère nocif de l'accord ici en cause peut être retenu si le transfert de valeurs prévu entre les différents fabricants au terme de l'accord n'a pas d'autre explication que l'intérêt commercial du titulaire du brevet sur le médicament princeps et du contrefacteur allégué dès lors qu'il n'a pas à se livrer à une concurrence par les mérites. Autrement dit, le transfert de valeurs au profit du génériqueur, qu'il ait été monétaire ou non, doit être tel qu'il est suffisamment avantageux pour inciter le fabricant de médicaments génériques à renoncer à entrer sur le marché.

La « restriction par l'objet » est alors caractérisée. La Cour tempère toutefois le raisonnement en indiquant à l'inverse qu'une telle restriction ne serait pas caractérisée en présence d'effets proconcurrentiels avérés de nature à faire raisonnablement douter du caractère suffisamment nocif de la pratique examinée. Si la Cour renvoie à la juridiction nationale le soin de vérifier l'existence de ces effets proconcurrentiels, elle relève toutefois dans l'espèce en présence leur caractère incertain et minime, lesquels se limitent notamment à une légère réduction du prix de la paroxétine ou à l'absence de concurrence significative pour GSK.

Cette analyse s'inscrit dans la ligne des décisions adoptées par la Commission et le Tribunal, notamment dans l'affaire *Servier* (cf. supra).

Problème n°3. De tels accords amiables peuvent-ils être qualifiés d'une « restriction par l'effet » au sens de l'article 101 du TFUE ?

Solution. La Cour rappelle qu'il est nécessaire d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait et sans l'accord