

AJ Contrats d'affaires

CONCURRENCE
DISTRIBUTION

Dossier



355

LE CONTRAT D'AGENT COMMERCIAL, DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

371

La clause de réserve de propriété
Denis Voinot

373

La cour d'appel de Paris passe
au crible du déséquilibre significatif
les conditions d'achat de Carrefour
Jean-Louis Fourgoux

394

La réglementation récente et à venir
du secteur de la distribution :
le point de vue d'une grande enseigne
Alain Gauvin

DALLOZ

EN SUPPLÉMENT

INDEX
2014

« résilier tout ou partie du contrat – y compris les contrats à durée déterminée – en cas d'un manquement quelconque du fournisseur, comme à tout moment et pour convenance, pour quelque motif que ce soit.

Plus généralement, la CEPC retient que les dispositions contractuelles imposant des obligations sans justification objective, sans réciprocité ou contrepartie véritables peuvent être constitutives d'un déséquilibre significatif entre les parties au sens de la loi. La CEPC illustre notamment cet exemple par la clause de confidentialité contenue dans les CGA, qui impose au fournisseur la confidentialité, tandis qu'à l'inverse, le constructeur (ainsi que ses filiales) est libre – sauf accord contraire antérieur au contrat – de divulguer les informations techniques communiquées par le fournisseur. Or, une telle disposition n'est bien évidemment pas sans conséquence dans un secteur d'activité très internationalisé.

b. La rupture ou menace de rupture totale ou partielle des relations commerciales :

Sur la base du rappel de la jurisprudence qui décide qu'une modification substantielle du contrat imposée unilatéralement constitue une rupture du contrat qui implique notamment le respect du préavis prévu à l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, la CEPC se prononce sur les dispositions susceptibles selon elle de caractériser une telle rupture.

Pour la CEPC, l'imposition de CGA en cours de contrat sans préavis ni négociation, comme les clauses permettant la modification unilatérale de certaines dispositions contractuelles ou la rupture sans préavis peuvent constituer, selon le cas, une rupture brutale des relations commerciales, ou une menace de rupture brutale totale ou partielle des

relations commerciales. Certaines clauses pourraient, en outre, constituer une telle menace si leur utilisation aboutissait à des conditions manifestement abusives « concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat-vente ».

Un avis néanmoins utile. En dépit des réserves émises en tête du présent commentaire, l'avis donné par la CEPC sur les CGA d'un constructeur automobile, sans doute transposable aux CGA régulièrement imposées aux fournisseurs dans d'autres secteurs d'activité, doit être salué, notamment par les illustrations qu'il donne.

Reste la question de l'efficacité et de la portée d'un tel avis – dès lors que les avis de la CEPC ne lient pas le juge – dans des secteurs d'activité aussi concentrés que celui de la construction automobile, dans lesquels les fournisseurs prendraient un risque commercial et économique fort à contester judiciairement les CGA qui leur sont imposées. Sauf bien entendu à ce que cet avis serve de guide à l'Administration, habilitée par l'article L. 442-6, III à mener elle-même les actions contre les agissements prévus à l'article L. 442-6 du code de commerce.

Bastien Mathieu

À retenir

La Commission d'examen des pratiques commerciales rend un avis éminemment sur les conditions générales d'achat d'un constructeur automobile français. Ces conditions sont susceptibles d'être constitutives de pratiques restrictives de concurrence. Leur caractère exclusif interdisant a priori toute possibilité d'en discuter le contenu caractérise, tout d'abord, un déséquilibre significatif. Ensuite, certaines clauses sont susceptibles de caractériser rupture ou menace de rupture totale ou partielle des relations commerciales. Cet avis semble transposable à d'autres secteurs d'activité.

PROCÉDURE

Droits de diffusion du « Top 14 » : validation des mesures conservatoires de l'Autorité de la concurrence

Cour d'appel de Paris, pôle 5 - chambre 7, 9 octobre 2014, n° 2014/16759

Mots-clés : PROCÉDURE * Mesures conservatoires * Entente * Droits de diffusion * Attribution

FONDEMENT : Code de commerce, art. L. 464-1

Solution : Saïe par la chaîne de télévision BeIn Sports d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires, l'Autorité de la concurrence avait ordonné la suspension de l'accord conclu entre la Ligue nationale de rugby (LNR) et Canal Plus attribuant à ce dernier l'exclusivité des droits de diffusion du « Top 14 » pour cinq ans, car constitutif d'une entente. La cour d'appel de Paris rejette, pour l'essentiel, le recours de Canal Plus, confirmant les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité.

Observations : La cour d'appel de Paris était saisie dans l'affaire de l'attribution des droits de diffusion du Top 14 – c'est-à-dire du championnat de France de rugby de première division – par la Ligue nationale de rugby (LNR) à Canal Plus d'un recours en annulation du groupe Canal Plus et de la LNR contre les mesures conservatoires, ordonnées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce. Ces mesures conservatoires ont abouti à la suspension de l'accord conclu entre la LNR et le groupe Canal Plus de l'attribution des droits de diffusion en exclusivité à cette dernière. Nous rappellerons le contenu de la décision n° 14-MC-01

de l'Autorité de la concurrence avant d'analyser l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

La décision n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité avait suspendu l'attribution des droits de diffusion du Top 14 au groupe Canal Plus car ce dernier avait été avantagé dans les négociations avec la LNR. Celle-ci n'avait, en effet, pas respecté le cadre fixé par la pratique décisionnelle nationale et européenne pour l'attribution des droits dits « premium » de diffusion du Top 14 en l'absence de dispositions réglementaires ou législatives sur le sujet, tant dans ses modalités de choix (gré à gré au lieu d'un appel d'offres) que quant à la durée des droits concédés (supérieure à quatre ans).

L'Autorité a considéré que cet accord était susceptible de porter une atteinte grave au secteur de la télévision payante, aucun opérateur n'étant à court terme susceptible de concurrencer le groupe Canal Plus dans la télévision payante premium car une pratique consistant à réserver l'attribution des droits à l'opérateur dominant est susceptible de contribuer à fermer le secteur de la télévision payante en France. Cette atteinte était immédiate puisque l'accord concerné entre Canal Plus et la LNR, conclu le 14 janvier 2014, entré en vigueur dès le mois d'août. Cette entente était également susceptible de porter atteinte à une demande non servie de consommateurs désireux de s'abonner pour un prix compris entre 10 et 15 € par mois pour une offre premium dans le domaine sportif. Ces pratiques étaient, en outre, en mesure de préjudicier à Bein Sports, car les droits du Top 14 constituent un relais de croissance important pour conforter son statut de chaîne premium. Or, l'appel d'offres de 2013 constituait le premier appel d'offres auquel Bein était en mesure de participer.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 octobre 2014. La cour d'appel a écarté les griefs de Canal Plus. En premier lieu, Canal Plus contestait l'objet ou l'effet anticoncurrentiel des conditions dans lesquelles elle et la LNR avaient négocié de gré à gré, puis conclu un accord exclusif. La Cour considère que la décision par laquelle l'Autorité estime que les faits invoqués sont suffisamment établis pour justifier une instruction au fond constitue une simple mesure interne qui n'est pas susceptible de recours.

En deuxième lieu, la Cour estime que, dès lors qu'était en cause une pratique d'entente, l'Autorité pouvait prononcer des mesures conservatoires, sans avoir à préciser les marchés pertinents concernés, en se contentant d'envisager un marché dans le cadre de ces mesures (celui des droits « premium »), fût-il différent de ceux retenus habituellement.

Elle examine ensuite si les droits de diffusion du Top 14 constituent des droits « premium » de diffusion. Elle relie, sur la base de différentes études produites, de l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), du montant des droits de retransmission supérieurs à 10 millions d'euros, de la tenue de ce championnat tout au long de l'année, que l'importance de cette compétition est susceptible de constituer des droits premium, incitatifs d'abonnement, pour les sociétés éditrices et diffusant des programmes de télévision payantes consacrées au sport.

S'agissant de l'objet anticoncurrentiel, la Cour rappelle que sa recherche doit s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise et au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère (CJUE, 11 sept. 2014, n° C-67/13, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, AJCA 2014, 334, obs. R. Michior ; V. consid. 53 : « Dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles de fonctionnement et de la structure du ou des marchés en ques-

tion ». Il convient également de rappeler que, dans l'arrêt précité du 11 septembre 2014, la Cour de justice a réaffirmé que la restriction de la concurrence par objet doit s'interpréter de manière restrictive en recherchant le degré suffisant de nocivité de l'accord pour la concurrence. À cet égard, la cour d'appel de Paris rappelle que la négociation de gré à gré ne correspond pas aux procédures d'attribution des droits suivies jusque-là pour l'attribution de droits premium. La LNR avait d'ailleurs lancé dans un premier temps un appel d'offres avant de l'interrompre pour négocier finalement de gré à gré uniquement avec Canal Plus. Ainsi Bein Sports n'a jamais été en situation de présenter une offre. Cette négociation de gré à gré a en outre abouti à l'octroi d'une exclusivité au groupe Canal Plus pour une durée de cinq ans.

Le groupe Canal Plus contestait, par ailleurs, que l'accord ait eu des effets anticoncurrentiels dans la mesure où Bein Sports avait vu son nombre d'abonnés augmenter et que les droits du Top 14, fussent-ils premium, étaient substituables à d'autres droits de diffusion de compétition sportive. Le premier élément est écarté car l'augmentation des abonnés n'excluait pas que l'augmentation du nombre d'abonnés aurait pu être encore plus importante en l'absence d'entente. Concernant la substituableté, la Cour observe que le CSA indique dans son avis qu'il ne connaît pas de droits premium mis sur le marché en 2014 qui soient d'une attractivité comparable à celle du Top 14. L'absence de possibilité pour Bein Sports de présenter une offre est donc susceptible de produire un effet sur le marché de l'offre de télévision payante qui démontre l'objet/l'effet anticoncurrentiel susceptible de caractériser une entente illicite.

Cette pratique possible porte, selon la Cour, une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante eu égard à la puissance économique du groupe Canal Plus sur le secteur de la télévision payante et le fait que Bein Sports est devenu un concurrent effectif. Ainsi Bein Sports se trouve dans l'impossibilité de diversifier son offre de diffusion premium (en dehors du football), ce qui prive le secteur d'une réelle compétition entre les opérateurs et gêne les droits de diffusion télévisuelle pour cinq ans.

Cette pratique a pour effet de priver les consommateurs de la possibilité de regarder les matchs du Top 14 pour 12 € par mois et les oblige à déboursier

À retenir

La cour d'appel de Paris valide la suspension, par l'Autorité de la concurrence, de l'attribution à Canal Plus par la Ligue nationale de rugby des droits de diffusion du « Top 14 » pour une durée de cinq ans, celle-ci étant constitutive d'une entente. Selon les juges, le fait d'avoir privé Bein Sports de la possibilité de concourir pour l'attribution de ces droits lui a causé un trouble grave et immédiat justifiant le prononcé de ces mesures conservatoires.

39,90 € pour s'abonner à Canal Plus. Cette pratique a également porté une atteinte grave et immédiate à la société Bain Sports car le CSA a précisé le caractère indispensable de proposer une programmation pluridisciplinaire pour une société qui veut se maintenir sur ce marché, ce qui remet en cause sa survie compétitive. Les troubles sont de plus directement liés au comportement reproché.

La cour d'appel rejette donc le recours en annulation et valide les mesures conservatoires en considérant que la remise en cause de l'attribution des droits est la seule mesure conservatoire possible. Mais elle admet un report de la date d'attribution des droits de diffusion au 30 mars 2015 (alors que l'autorité avait fixé un délai au 31 janvier 2015) pour la saison 2015/2016 et les saisons suivantes, compte tenu du retard pris à l'exécution de la décision de l'Autorité de la concurrence.

Michel Ponsard

L'accès aux pièces couvertes par le secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence

Cour d'appel de Paris, pôle 5 - chambre 4, 24 septembre 2014, n° 12/06864 - Éco-Emballages

Mots-clés : PROCÉDURE * Pièces * Secret de l'instruction * Injonction de communication * Droits de la défense

FONDEMENT : Code de commerce, art. L. 463-6 ; Code de procédure civile, art. 138

Solution : Une société s'estimant victime de mesures d'éviction porte plainte devant l'Autorité de la concurrence qui conclut simplement à l'existence des préoccupations de concurrence. Pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle allègue, elle saisit le tribunal de commerce de Paris en lui demandant d'enjoindre l'Autorité de la concurrence de communiquer certaines pièces du dossier d'instruction relatives à la décision de celles-ci. Elle obtient gain de cause. Les sociétés prétendument coupables des pratiques d'éviction font appel du jugement devant la cour d'appel de Paris, qui annule le jugement pour excès de pouvoir. Pour la Cour :

« Dès lors que les pièces demandées [couvertes par le secret de l'instruction] sont détenues par la partie qui entend en faire état au soutien de ses intérêts, l'injonction de communication a pour conséquence de contraindre un tiers, en l'espèce l'Autorité, à verser aux débats sans aucun motif et en dehors de l'hypothèse dans laquelle l'article 138 du code de procédure civile le permet, des pièces couvertes par le secret de l'instruction auquel se trouvent soumis, en application de l'article L. 463-6 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence et ses membres et ce, sans respecter leur empêchement légitime :

[...] le tribunal de commerce ne pouvait statuer comme il l'a fait sans excéder ses pouvoirs ;

que le jugement sera annulé pour excès de pouvoir ».

Observations : L'importance de l'accès aux pièces d'un dossier instruit par l'Autorité de la concurrence en matière d'indemnisation d'un préjudice concurrentiel dans une instance civile n'est plus à démontrer. Si le principe de la communication de pièces dans un tel cas est acquis lorsque celles-ci sont nécessaires au respect des droits de la défense, l'arrêt commenté de la cour d'appel de Paris du 24 septembre 2014 dans l'affaire Éco-emballage apporte des précisions quant à la procédure à suivre.

En l'espèce, une société, DKT International, ayant pour activité la reprise et la valorisation de déchets ménagers en plastique se considère victime de mesures d'éviction de la part de deux sociétés - Éco-Emballages et Valorplast - et porte plainte auprès du Conseil de la concurrence en 2006. Dans sa décision du 29 septembre 2010, l'Autorité de la concurrence conclut à des préoccupations de concurrence sans qualifier pour autant les comportements des deux entreprises qu'elle soumet à des engagements (Aut. conc., 29 sept. 2010, n° 10-D-29). Afin d'obtenir réparation de préjudices qu'elle allègue, la société DKT International porte la litige devant le tribunal de commerce de Paris en lui demandant d'enjoindre l'Autorité de la concurrence de communiquer certaines pièces du dossier d'instruction relatives à la décision n° 10-D-29. Le tribunal accède à cette demande par un jugement du 16 mars 2012 (T. com. Paris, 16 mars 2012, n° 2011023307, Éco-emballages, D. 2012, 1181, obs. F. Prunet ; *ibid.* 2826, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon). Les sociétés Valorplast et Éco-Emballages interjettent appel de cette décision devant la cour d'appel de Paris qui se prononce par l'arrêt commenté. Les demanderesse soulèvent notamment l'excès de pouvoir commis par les juges qui ont enjoint l'Autorité de la concurrence de communiquer des pièces couvertes par le secret de l'instruction que détient une partie au procès.

Depuis l'arrêt *Sernavem*, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que toute information obtenue dans une procédure d'engagement nécessaire au respect des droits de la défense, même couverte par le secret de l'instruction auprès de l'Autorité de la concurrence, peut être divulguée dans un procès civil (Com. 19 janv. 2010, n° 08-19.761, D. 2010, 320, obs. E. Chevrier ; CCC 2010, comm. 105, obs. O. Decocq ; V. égal. dans l'affaire *Ma liste de courses* : T. com. Paris, 24 août 2011, n° 2011014911, CCC 2011, comm. 221, obs. D. Bosco ; Concurrences n° 4-2011, p. 178, obs. C. Lemaire et S. Naudin ; Paris, 20 nov. 2013, n° 12/05813, CCC 2014, comm. 74, obs. O. Bosco).

Depuis la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012, l'article L. 462-2, alinéa 2, du code de commerce permet à l'Autorité de communiquer des pièces concernant des pratiques anticoncurrentielles, sauf dans deux situations : lorsqu'il s'agit de pièces recueillies lors d'une procédure de clémence ou lorsque les pièces demandées sont déjà détenues par une partie à l'instance. Or, il se trouve qu'en l'espèce, la société DKT détenait les pièces qu'elle avait sollicitées, mais elle ne souhaitait pas les communiquer, craignant d'être reconnue coupable sur le fondement de l'article L. 463-6 du code de

