

CONTRATS CONCURRENCE CONSOMMATION

N° 6 - JUIN 2016

26^e ANNÉE - ISSN 1156-8291

SOUS LA DIRECTION DE :

Laurent LEVENEUR, Marie MALAURIE-VIGNAL,
Georges DECOCQ

Repère 6

Alertes 44 à 51

Dossiers 10 à 16

Commentaires 135 à 159

Formule 6

Notamment ce mois-ci :

> COMMENTAIRES

136 Produits défectueux

Revirement - motivé - à la chambre commerciale : par application du critère des intérêts protégés, la nullité pour défaut de cause est relative (*Cass. com.*, 22 mars 2016)

par Laurent LEVENEUR (p. 41)

142 Déséquilibre significatif

Déséquilibre significatif et clause de résiliation (*Cass. com.*, 12 avr. 2016)

par Nicolas MATHÉY (p. 51)

147 Concurrence

Enquêtes de concurrence : pas d'accès direct au juge des libertés et de la détention pendant les investigations (*Cass. crim.*, 9 mars 2016)

par David BOSCO (p. 54)

149 Private enforcement

De la difficulté de définir un marché pertinent (*Cass. com.*, 12 avr. 2016)

par Georges DECOCQ (p. 55)

153 Clauses abusives

Recevabilité de l'action en suppression des clauses abusives intentée par une association de consommateurs (*Cass. 1^{re} civ.*, 17 mars 2016)

par Sabine BERNHEIM-DESVAUX (p. 58)

Dossier

10 à 16 L'année 2015 en droit de la concurrence

Colloque AFEC le 12 février 2016

Jean-Louis FOURGOUX, Muriel CHAGNY, Valérie MICHEL-AMSELLEM, Didier THÉOPHILE, Elsa THAUVIN, Michaël COUSIN, Thierry BOILLOT, Irène LUC, Michel PONSARD et Linda ARCELIN (p. 5)

Tous les ans, l'Association française d'étude de la concurrence organise une journée d'étude. Cette manifestation permet aux professionnels du droit de la concurrence (juristes, magistrats, membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF, Professeurs de droit et d'économie, avocats etc.) de faire le point, de façon indépendante, sur toutes les évolutions marquantes de l'année.

Ainsi, ont été abordés lors de cette journée l'actualité nationale (décision de l'Autorité de la concurrence, de la cour d'appel de Paris ainsi que de la Cour de cassation) et européenne (analyse du *public enforcement* qui pourrait faciliter les actions en réparation) du droit des ententes ; l'évolution de la notion d'abus de position dominante depuis l'arrêt *Post Danmark II* ; le contentieux civil de la concurrence qui a généré en 2015 de multiples litiges tant sur le choix du juge pour les actions en réparation de pratiques anticoncurrentielles que sur les actions devant les juridictions spécialisées ; sans oublier une présentation du Rapport de l'AFEC sur le traitement de l'économie numérique par le droit de la concurrence.

16 Économie numérique, données et plateformes

Michel PONSARD,
avocat, associé UGGC Avocats

Linda ARCELIN,
maître de conférence à l'Université
de la Rochelle

L'AFEC (Association française d'étude de la concurrence), regroupant des spécialistes du droit de la concurrence de toutes professions, a entendu prendre part aux débats suscités, dans le domaine de la concurrence, par l'économie numérique et ses acteurs. Le groupe de travail constitué à cet effet a élaboré un premier rapport sur le traitement de l'économie numérique par le droit de la concurrence¹, tant à l'heure actuelle que de façon plus prospective, ceci afin de pouvoir contribuer à la réflexion initiée, au sein de l'Union européenne comme en France, sur le point de savoir quelles évolutions des règles de droit et de leur mise en œuvre peuvent sembler opportunes.

1 - Au-delà de l'état des lieux, plusieurs recommandations sont formulées par le groupe de réflexion de l'AFEC pour améliorer l'exercice de la concurrence.

Deux axes principaux ont été retenus : ils concernent, pour l'un l'incidence du numérique dans l'organisation des réseaux de distribution (1) et dans les questions de géo-blocages territoriaux, pour l'autre, l'intermédiation des plateformes (2). L'importance de leur rôle, les analyses économiques spécifiques qu'elles induisent et l'apparition de l'économie solidaire sont apparus comme autant de facteurs dont il convient de prendre la mesure pour tenter de proposer des pistes d'évolution.

1. Économie numérique et réseaux de distribution

A. - Rappel du droit positif

2 - L'économie numérique est venue bouleverser les modèles traditionnels de distribution par la prise en compte de la distribution par internet et l'opportunité offerte aux distributeurs d'utiliser les plateformes numériques au sein des réseaux.

3 - Les lignes directrices sur les restrictions verticales et la jurisprudence assimilent l'utilisation d'internet pour la distribution des produits à une vente passive qui ne peut en principe être interdite par la tête de réseau. De même la commission européenne sanctionne toutes mesures de blocage géographique qui visent à empêcher un client d'accéder à un site hors de son lieu d'établissement en bloquant la transaction quand il ressort par exemple de la carte bleue du consommateur qu'il est établi sur un autre territoire. Toutefois l'utilisation d'internet par un distributeur peut parfois traduire une réelle démarche active de sa part pour cibler, en matière de distribution exclusive, des clients situés en dehors du territoire qui lui est alloué. Ce sera le cas par exemple si le distributeur utilise des bandeaux destinés spécifiquement à des clients hors du territoire ou des moteurs de recherche visant spécifiquement ce type de clientèle.

4 - En matière de distribution sélective, l'utilisation d'internet par les distributeurs sélectionnés est en principe libre. Elle peut

néanmoins être subordonnée à l'ouverture d'un point de vente physique par les distributeurs concernés, au respect de critères qualitatifs pour la présentation des produits sur le site, au respect de certaines modalités de commercialisation des produits et au paiement d'une redevance fixe pour soutenir les efforts des ventes hors ligne. Toute dérogation au principe doit donc être objectivement justifiée. L'absence de recours par les distributeurs à des plateformes doit lui-même être justifié.

5 - La question de l'internet a été très peu abordée s'agissant des contrats de franchises.

B. - Propositions d'évolution du droit positif

6 - L'AFEC recommande de faciliter l'utilisation d'internet dans la distribution et de poser le principe de l'interdiction du blocage géographique en prenant néanmoins en compte certaines contraintes spécifiques pour autant qu'elles soient justifiées.

7 - En matière de distribution sélective, l'AFEC insiste sur la nécessité de justifier, pour la tête de réseau, toute dérogation à la liberté de distribution sur internet par les distributeurs en ne retenant que les dérogations strictement nécessaires et justifiées à cette libre utilisation d'internet et à la libre utilisation des plateformes par les distributeurs.

8 - En matière de franchise, le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité d'admettre un traitement spécifique pour la prise en compte d'un savoir-faire particulier pour les réseaux de franchise qui utilisent internet.

9 - La seconde partie du rapport consacrée aux plateformes numériques repose sur plusieurs constats dont émergent diverses propositions.

2. Économie numérique, données et plateformes

A. - Définitions des plateformes numériques

10 - L'article L. 111-5-1 Code de la consommation, introduit par loi Macron, définit les plateformes numériques comme « toute personne dont l'activité consiste à mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service ». Le projet de loi Lemaire « Pour une Répu-

1. Le rapport sur l'économie numérique est disponible sur le site de l'AFEC (www.afec.asso.fr), dans la rubrique « Rapports des groupes de travail/Travaux de l'année 2015 ».

blique numérique » adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 26 janvier dernier propose également une définition qui viendra peut-être modifier l'article L. 111-5-1 du Code de la consommation : « *Sans préjudice de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication en ligne reposant sur : « 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».*

11 - Les débats au sein de l'AFEC ont eu lieu avant l'adoption de ce projet et le choix du groupe a été d'aller vers une définition plus simple et plus générale permettant d'appréhender l'ensemble des phénomènes. Le groupe de travail propose donc d'entendre la plateforme numérique comme « **toute entreprise qui met en relation des offreurs et des demandeurs de façon dématérialisée** ».

C'est une définition très large qui a été dédoublée en quelque sorte pour appréhender les plateformes collaboratives : « **Toute entreprise qui met en relation, par voie dématérialisée, des offreurs et des demandeurs n'exerçant pas une activité professionnelle** ». Les plateformes d'économie collaborative occupent un pan substantiel du rapport avec un éclairage particulièrement intéressant sur l'applicabilité du droit de la concurrence (en particulier la concurrence déloyale qui est envisagée plus à la fin du rapport) à ces pratiques (l'internaute particulier qui vend régulièrement et pour de coquettes sommes des biens sur internet, le particulier encore qui loue son appartement ou sa voiture est-il toujours un consommateur : on voit apparaître la notion de proconsommateur et sa qualification d'entreprise ou de professionnel pour l'application du droit du marché est loin d'être évidente). Pour clarifier les choses, l'AFEC recommande d'inclure dans la définition de professionnel la référence à un **chiffre d'affaires régulier et conséquent et d'imposer aux plateformes collaboratives l'obligation d'alerter les « proconsommateurs » qui réaliseraient un tel chiffre d'affaires sur les conséquences en découlant (déclaration d'activité, imposition sur les revenus, application du droit de la consommation...).**

B. - Analyse concurrentielle des pratiques mises en œuvre par les plateformes numériques

12 - Le groupe de travail s'est penché sur les pratiques mises en œuvre par les plateformes avec d'abord une analyse concurrentielle de la tarification et du modèle de gratuité sur lequel elles reposent. Les plateformes opèrent sur un marché biface dont l'une des faces, payante, permet de financer les services sur l'autre face, services qui sont donc gratuits pour les internautes. Cette gratuité peut engendrer un déséquilibre concurrentiel entre les plateformes et les sociétés concurrentes présentes sur le même marché de la face payante et qui ne peuvent proposer le

même service gratuitement. Il y a donc un risque d'éviction. Selon le rapport de l'AFEC, la preuve par la victime de la situation de prédation s'avère extrêmement difficile voire impossible. Si bien qu'une partie du groupe de travail de l'AFEC recommande que **la charge de la preuve soit inversée : ce serait à l'entreprise mise en cause de démontrer l'absence de prédation et non à la victime.**

13 - Par ailleurs, le Rapport a pointé du doigt d'autres pratiques tarifaires abusives : les prix excessifs (la position dominante acquise sur un marché biface peut avoir pour effet d'augmenter le prix sur la face payante) ou encore les clauses de parité.

14 - Très liés à ces clauses, les pratiques de référencement et de déréférencement ont fait l'objet d'une analyse particulière en les envisageant sous les deux angles PAC et PR avec toujours la principale difficulté pour les PAC d'identifier une position dominante ou une dépendance économique.

Cette problématique du référencement a conduit bien logiquement le groupe de travail à aborder la question des algorithmes qui, par un savant calcul, permet de classer automatiquement les sites référencés dans un moteur de recherche (PageRank) ou bien d'acheter des mots clefs (Adwords). Il est tout à fait possible, l'affaire *Vuiton* l'a montré, qu'un concurrent achète les mots clefs afférant à la marque pour s'en prévaloir dans le référencement. Le Rapport fait le constat, un peu amer, que ce ne sont pas les plateformes qui sont généralement poursuivies mais plutôt les concurrents (Déresponsabilisation des plateformes) et qui plus est, le risque de confusion exigé par la jurisprudence est difficile à rapporter. Le groupe de travail de l'AFEC préconise alors de renforcer la responsabilité des Plateformes en « **obligeant l'exploitant à se conformer aux exigences concurrentielles en justifiant de l'information loyale, claire et transparente, s'agissant notamment des conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne et, en cas de refus infondé ou d'absence de réponse dans un délai raisonnable à un opérateur victime de l'algorithme, ce dernier pourrait en second lieu saisir le juge ou l'autorité compétente** ». Alors que le projet de loi Lemaire axe le principe de loyauté autour de l'internaute, le groupe de travail a souhaité se placer sur l'autre face du marché et exiger le même degré de loyauté.

C. - Concurrence et données

15 - Certains opérateurs sont amenés par leurs activités, à recueillir un nombre considérable de données (annuaires, GDF...), qu'ils peuvent constituer en base de données. Des questions de concurrence se posent alors inéluctablement (qualification de ces bases de données d'infrastructures essentielles, accessibilité). Le groupe de travail propose de **faciliter l'accès aux bases de données détenues par une entreprise en position dominante en l'obligeant à justifier le refus d'accès par des raisons objectives.**

Mots-Clés : Concurrence - AFEC - Rapport sur l'économie numérique