

à la une

Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

Le thème du mois : L'échange d'informations entre concurrents

Par deux arrêts récents en date des 26 septembre¹ et 12 décembre 2006², la Cour d'appel de Paris a confirmé les décisions rendues par le Conseil de la Concurrence qui avaient condamné d'une part, six palaces parisiens et d'autre part, trois opérateurs de téléphonie mobile pour avoir échangé entre eux des informations commerciales ayant faussé le jeu de la concurrence.

L'attendu de la Cour d'appel de Paris est similaire dans les deux affaires : « si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence dès lors que cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux ».

Ces deux arrêts de la Cour d'appel de Paris témoignent d'une certaine évolution de la jurisprudence puisqu'ils précisent que des échanges d'informations entre acteurs intervenus sur un marché oligopolistique peuvent constituer en eux-mêmes une entente ; l'existence d'un oligopole étant jugée déterminante pour l'appréciation de l'effet d'un échange d'informations sur la concurrence.

Ainsi, il convient de définir les éléments de qualification d'oligopole (I) avant de déterminer quelles sont les caractéristiques des informations échangées entre les concurrents qui peuvent être considérées comme restrictives de concurrence (II).

I. La détermination d'un « oligopole fortement concentré » :

Conformément aux règles régissant le droit de la concurrence, la Cour d'appel s'est appliquée à définir en priorité le marché pertinent.

Par définition, « l'oligopole est une situation de marché caractérisée par la domination d'un petit nombre d'entreprises de taille comparable qui suppose la transparence des coûts et l'homogénéité des produits et crée, une interdépendance non assimilable à une entente »³.

Dans son considérant principal, la Cour d'appel se réfère à un « oligopole fortement concentré », c'est-à-dire « constitué [de peu d'acteurs] assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire ».

Un marché oligopolistique ne porte pas atteinte en lui-même à la concurrence. Toutefois, sur ce type de marché, la part d'incertitude de chacun des acteurs quant aux décisions stratégiques des autres offreurs est fortement réduite.

C'est donc au regard du nombre restreint d'acteurs sur le marché retenu que la question de l'échange d'informations est particulièrement sensible.

Ainsi, le caractère oligopolistique du marché ayant été établi, il restait à apprécier de l'échange d'informations et ses éventuelles conséquences sur la concurrence.

II. La nature illicite des informations échangées :

L'article L.420-1 du Code de commerce dispose notamment que : « Sont prohibées, [...] lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions [...] ».

Parmi ces pratiques restrictives de concurrence peuvent figurer les échanges d'informations.

En effet, les échanges d'informations entre concurrents sur un marché donné peuvent faire l'objet d'une double approche : ils constituent un facteur réel d'efficacité économique des entreprises puisqu'ils leur permettent de prendre des décisions rationnelles et efficaces sur leur stratégie de marché mais ils peuvent également être source de dangers pour le marché concurrentiel lorsque ces acteurs annihilent leur autonomie de décision en coordonnant leur comportement avec les autres concurrents.

Ainsi, la difficulté réside pour les autorités de la concurrence dans la distinction entre les échanges d'informations qui portent atteinte à la concurrence et ceux qui ont un effet neutre ou favorable.

Les deux arrêts récemment rendus par la Cour d'appel de Paris témoignent des caractéristiques des échanges d'informations en cause.

Il importe en premier lieu de préciser leurs modalités temporelles et, en particulier, leur intensité. La Cour d'appel a relevé que les échanges d'informations intervenaient « selon une périodicité rapprochée et systématique » et faisaient l'objet d'une « mise en commun régulière et rapprochée ». Ainsi, ces exigences permettraient, a contrario, d'écarter la sanction des échanges irréguliers et épisodiques qui, n'offrant pas aux entreprises la possibilité de connaître en temps réel la politique de leurs concurrents, ne restreignent pas le jeu de la concurrence.

En second lieu, l'arrêt indique que les effets de la pratique sont aggravés du fait de l'intervention de la totalité des acteurs du marché.

En troisième lieu, les informations échangées ont été qualifiées de « précises et non publiques sur le marché » ; le degré de précision devant s'apprécier au regard de la possibilité offerte aux entreprises de prévoir correctement le comportement des concurrents et de s'assurer de la validité de leurs prévisions.

En d'autres termes, cet échange d'informations permettait aux membres de l'entente de se surveiller mutuellement et de modifier leur politique commerciale immédiatement. Ainsi, les acteurs de l'entente ont totalement supprimé l'incertitude qui existe normalement sur un marché.

Pour conclure, les deux arrêts de la Cour d'appel de Paris témoignent d'une plus grande rigueur à l'égard des acteurs opérant sur un marché oligopolistique en sanctionnant par eux-mêmes les échanges d'informations intervenus.

¹ CA Paris, 1^{er} ch., sect.H., 26/09/2006, Palaces parisiens : Juris-Data n°2006-311947

² CA Paris, 1^{er} ch., sect.H., 12/12/2006, Bouygues Telecom, SFR, ORANGE c/ UFC-Que Choisir, Min.éco. :Juris-Data n°2006-317994

³ Définition tirée du vocabulaire juridique H. Capitant

▪ Commission de l'agent commercial :

L'article L.134-6, al.2 du Code de commerce dispose que : « *Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe* ».

La question était de savoir si l'agent avait le droit de percevoir cette commission alors même qu'il ne disposait dans son contrat d'aucune exclusivité territoriale.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 janvier 2007, vient de préciser que l'agent commercial a droit à cette commission même si aucune exclusivité territoriale ne lui a été accordée⁴.

Cet arrêt de la Cour de cassation se situe dans le droit fil d'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes qui a précisé que l'agent commercial, lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique, a droit à la commission afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention⁵.

Si cette jurisprudence peut, de prime abord, paraître contraignante pour les mandants, il convient néanmoins de rappeler que les dispositions de la loi fixant les modalités de la rémunération des agents commerciaux ne sont pas impératives et qu'elles peuvent être aménagées librement.

Ainsi, la possibilité est offerte aux mandants de prévoir contractuellement que l'agent ne percevra pas de commission sur les opérations auxquelles il n'aura pas participé, bien que situées sur le territoire qui lui a été attribué.

▪ Sous-traitance et action directe du sous-traitant de second rang :

L'article 3 de la loi du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, dispose que : « *L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage* ».

Une société maître d'ouvrage a chargé un entrepreneur principal de l'exécution de travaux relatifs à des parcs de stationnement de plusieurs sites commerciaux. L'entrepreneur principal a sous-traité ces travaux à une société qui les a elle-même confiés à un sous-traitant de second rang.

Or, l'entrepreneur principal n'avait fait agréer aucun des deux sous-traitants.

Le sous-traitant de premier rang a été placé en redressement judiciaire et le sous-traitant de second rang, n'ayant pas été réglé de ses prestations, a assigné en paiement l'entrepreneur principal.

L'arrêt de la Cour d'appel, pour déclarer irrecevable la demande formée par le sous-traitant de second rang à l'encontre de l'entrepreneur principal, retient que :

- le sous-traitant de premier rang serait seul en droit de se prévaloir du défaut d'agrément imputable à l'entrepreneur principal,
- que le sous-traitant de second rang ne démontre pas que l'entrepreneur principal ait eu connaissance de la sous-traitance en second rang avant de recevoir notification de l'action directe exercée contre lui,
- qu'il n'établit donc pas un manquement de l'entrepreneur principal aux dispositions de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 susceptible d'engager sa responsabilité et de justifier sa condamnation à paiement.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa de l'article 3 de la loi de 1975 en jugeant qu' « *il existe un lien de causalité entre le comportement fautif de l'entrepreneur principal qui ne fait pas agréer un sous-traitant et le préjudice subi par le sous-traitant de ce sous-traitant qui ne peut se faire agréer par le maître de l'ouvrage* »⁶.

En l'espèce, et au regard de l'article 3 précité, la Cour de cassation a estimé dans son arrêt que la faute commise par l'entrepreneur principal est de ne pas avoir fait agréer le sous-traitant de premier rang, ce qui interdit au sous-traitant de second rang de se faire régler de ses prestations par le maître d'ouvrage.

▪ Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité :

Un équipementier automobile a sollicité d'un prestataire informatique le développement d'un logiciel. Ce dernier n'étant pas disponible, un programme provisoire a été installé en vue du passage à l'an 2000, mais la solution a connu de graves difficultés et le logiciel n'ayant toujours pas été livré, la société d'équipements automobiles a agi en résolution des contrats conclus.

La Cour d'appel a accueilli la demande de l'équipementier mais a laissé jouer une clause limitative de responsabilité en refusant de reconnaître la faute lourde du prestataire.

Au visa de l'article 1131 du Code civil, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui a refusé de retenir la faute lourde alors qu'elle « *avait constaté que la société de prestations informatiques s'était engagée à livrer la version V12 du progiciel, objectif final des contrats [...] et qu'elle n'a pas exécuté cette obligation de livraison ni en 1999, ni plus tard sans justifier d'un cas de force majeure [...] ce dont il résulte un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation* »⁷.

L'arrêt de la Cour de cassation a été rendu au visa de l'article 1131 du Code civil qui dispose que : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Appliqué à l'espèce, cela signifie qu'à défaut d'obtenir le logiciel informatique dans des délais raisonnables, la cause de l'engagement de la société d'équipements automobiles avait disparu et celle-ci pouvait donc se libérer de son engagement contractuel.

Il convient toutefois de préciser que ce n'est pas n'importe quel type de faute commise par le débiteur de l'obligation qui peut être invoqué. Dans sa jurisprudence *Chronopost*, la Cour de cassation a à ce jour retenu une conception subjective de la faute lourde, c'est à dire, celle « *qui ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais qui doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* »⁸.

Au contraire, la Cour de cassation a ici retenu une conception objective de la faute lourde, c'est-à-dire celle qui résulte du simple manquement à une obligation essentielle. En outre et surtout, la Cour a jugé que ce manquement pouvait conduire à neutraliser la clause limitative de responsabilité.

Cette conception objective de la faute, qui est plus facile à mettre en œuvre que la conception subjective, ouvre un champ d'action plus étendu au créancier de l'obligation, si tant est qu'elle soit définitivement validée en jurisprudence.

P.D.G.B Société d'Avocats
174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris
www.pdgb.com
G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX
A. BEM - B. JARDEL - P. JULIEN
A. COLNEL - L.GIMENO

⁶ Cass.3^e civ., 30/01/2007: Juris-Data n°2007-037180

⁷ Cass.com., 13/02/2007, n°05-17.407

⁸ Cass.com., 21/02/2006, n°04-20.139

⁴ Cass.com., 23/01/2007 n°93 FS-PBRI, Lecat c/ Sté PMA France

⁵ CJCE, 12/12/1996, aff. 104/95