



HAL
open science

La Cour de cassation confirme la faute civile imputable à un opérateur dominant qui n'a pas séparé ses masses d'enjeux en points de vente physiques et en ligne

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. La Cour de cassation confirme la faute civile imputable à un opérateur dominant qui n'a pas séparé ses masses d'enjeux en points de vente physiques et en ligne. *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2021, 2021 (1), pp.136-138. <hal-03183592>

HAL Id: hal-03183592

<https://hal.science/hal-03183592v1>

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales Chroniques

| Concurrences N° 1-2021 | pp. 130-140

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Université Aix-Marseille

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherches CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice

CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

offre par ses concurrents à leurs clients d'un abonnement pouvant être suspendu. Néanmoins, cela aurait représenté un coût supplémentaire pour *Orange* qui, selon une décision de l'ARCEP (l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes) du 4 mai 2006, devait nécessairement être reflété dans les tarifs de l'offre VGAST.

Concrètement, cela signifiait que, selon l'ARCEP, les tarifs de l'offre VGAST devaient augmenter afin de permettre de proposer des offres interruptives aux clients. Or, tous les fournisseurs, y compris *SFR*, s'étaient opposés à cette proposition de l'ARCEP.

Même s'il n'apparaît pas clairement pourquoi *Orange* était capable de proposer ce service alors même que ses concurrents ne le pouvaient pas du fait de l'offre VGAST, la Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel aurait dû examiner plus en détails si le refus de *SFR* à la proposition de l'ARCEP ne retirait pas tout caractère fautif au comportement d'*Orange*.

Il appartiendra à la Cour d'appel d'examiner une troisième fois cette affaire sous cet angle.

A. W. & N.Z. ■

Action privée – Procédure d'engagement – Divertissement – Internet: La Cour de cassation confirme la faute civile imputable à un opérateur dominant qui n'a pas séparé ses masses d'enjeux en points de vente physiques et en ligne (Cass. com., 14 oct. 2020, *Betclie c/ GIE Pari Mutuel Urbain*, n°18-24221)

Le 14 octobre 2020, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le groupement d'intérêt économique Pari Mutuel Urbain (*PMU*) dans l'affaire qui l'opposait à la société *Betclie* (voir Alain Ronzano, Faute civile: La Cour de cassation confirme l'existence d'une faute civile imputable à l'opérateur dominant qui n'a pas procédé à la séparation de ses masses d'enjeux en dur et en ligne (*Betclie/PMU*), 14 octobre 2020, *Concurrences* N° 4-2020, Art. n° 97533). L'affaire s'inscrit dans le contexte de la libéralisation du secteur des jeux d'argent et de hasard, initiée par la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. Si la loi a ouvert le secteur à la concurrence, elle a cependant octroyé au *PMU* la possibilité de conserver son monopole sur les paris hippiques enregistrés dans son réseau physique (les paris hippiques dits "en dur"). Le *PMU* était donc actif sur le marché des paris hippiques en dur, pour lesquels il disposait d'un monopole, et sur le marché des paris hippiques en ligne, pour lesquels il faisait face à la concurrence.

Après l'entrée en vigueur de la loi, l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office des conditions d'exercice de la concurrence dans le secteur des jeux en ligne (Avis 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne). Elle soulignait alors que

la coexistence de ces deux activités (en dur et en ligne) pouvait présenter certains risques pour la concurrence, notamment du fait de l'exploitation de la notoriété des marques du *PMU*. Par ailleurs, elle relevait un risque de distorsion de la concurrence liée à l'avantage concurrentiel détenu par le *PMU* du fait de l'importance de la masse des enjeux qu'il collecte, notamment dans ses points de vente en dur.

Quelques mois après la publication de l'avis, la société *Betclie* avait saisi l'Autorité de la concurrence, en dénonçant des pratiques abusives mises en œuvre par le *PMU*. Il lui était reproché de mutualiser, dans une masse unique pour chaque pari et pour chaque course, des mises enregistrées en ligne et relevant de son activité concurrentielle, et des mises enregistrées dans son réseau physique, relevant de son activité sous monopole. La pratique étant susceptible d'être qualifiée d'abus de position dominante, l'opérateur avait soumis une proposition d'engagement, qui fut rendue obligatoire par l'Autorité dans une décision en date du 25 février 2014 (voir Frédéric Marty, Paris en ligne: L'Autorité de la concurrence rend obligatoires par voie de décision les engagements de l'opérateur dominant sur le marché des paris hippiques en ligne visant à prévenir l'éviction de ses concurrents (*Betclie/PMU*), 25 février 2014, *Concurrences* N° 2-2014, Art. n° 65689, pp. 102-105).

Mais avant que la séparation des masses ne soit effective, à savoir le 10 décembre 2015, la société *Betclie* a assigné – avec succès – le *PMU* devant le Tribunal de grande instance de Paris en réparation sur le fondement des articles 1382 et 1383 du C. civ. (actuels 1240 et 1241 C. civ.). Dans un jugement du 22 février 2018, la 5^{ème} Chambre du TGI de Paris avait fait droit à cette demande (voir Frédéric Marty, Abus d'éviction: Le Tribunal de grande instance de Paris prononce un jugement ouvrant droit à un versement de dommages et intérêts de la part d'un opérateur historique dans le domaine des jeux d'argent et de hasard au profit d'un nouvel entrant sur la base d'un abus de position dominante (*Betclie/PMU*), 22 février 2018, *Concurrences* N° 3-2018, Art. n° 87586, pp. 102-104; Jean-Paul Tran Thiet, Emily Xueref-Poviac, Jeux en ligne: L'Autorité de la concurrence obtient de l'opérateur historique des paris hippiques la séparation de ses activités de paris en ligne de celles qui relèvent de son réseau de points de vente physiques sous monopole (*Betclie/PMU*), 25 février 2014, *Concurrences* N° 2-2014, Art. n° 66041, pp. 192-193), et la Cour d'appel, par un arrêt du 12 septembre 2018, avait confirmé le jugement. Les deux juridictions considéraient que le maintien de sa pratique de mutualisation des masses d'enjeux dans les points de vente physiques et en ligne après l'entrée en vigueur de la loi de 2010 était constitutif d'un abus de position dominante et que cette faute anticoncurrentielle constituait également une faute civile ouvrant droit à réparation. Le *PMU* a donc formé un pourvoi en cassation qui sera rejeté, à la faveur d'un arrêt en date du 14 octobre 2020. Fondé sur un seul moyen, divisé en neuf branches, l'arrêt de la Cour de cassation s'articule autour de deux axes principaux: le principe de sécurité juridique (et de confiance légitime) et la démonstration de la faute anticoncurrentielle.

Le principe de sécurité juridique et de confiance légitime

Les moyens à l'appui du pourvoi invitent à s'interroger sur le principe de sécurité juridique, et son corollaire, le principe de confiance légitime. Ceux-ci impliquent-ils que la faute constitutive d'un abus de position dominante résulte d'un manquement à un devoir préexistant ?

Le *PMU* arguait en effet qu'à l'époque des faits reprochés, aucune obligation légale de séparation des masses n'existait, ce qui faisait obstacle à la qualification de faute concurrentielle. Deux éléments abondaient en ce sens : d'abord, le comportement litigieux, qui existait lors de l'adoption de la loi de libéralisation, avait été pris en considération par le législateur. D'une part, il n'avait pas été regardé comme un comportement anticoncurrentiel, et, d'autre part, il avait même été considéré comme étant de nature à résoudre les questions de concurrence. Ensuite, dans son avis 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, l'Autorité de la concurrence n'avait pas estimé nécessaire de recommander un changement de comportement et notamment de suggérer une séparation des masses. En conséquence, pour l'opérateur, caractériser l'infraction reviendrait à lui imposer une obligation inexistante et porterait atteinte aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime. C'était sans doute surestimer la réception juridique des avis de l'Autorité de la concurrence et leur portée individuelle. En l'espèce, l'avis relatif à la prévention des risques de distorsion de concurrence dans le secteur des paris hippiques en ligne n'avait pour objet que de mettre en exergue des préoccupations de concurrence plus larges que la seule recherche et la seule sanction de comportements anticoncurrentiels. En ne formulant que des recommandations à l'égard des pouvoirs publics, celui-ci ne pouvait donc être inféré de la pratique administrative et décisionnelle.

L'invocation du principe de sécurité juridique s'avérait, par ailleurs, un terrain glissant dès lors que la jurisprudence constante admet que la liste des articles L. 420-2 C. com. et 102 TFUE n'est pas limitative. Écartant l'argument, la Cour de cassation reprend le raisonnement du juge d'appel, lequel avait rappelé qu'aucune confiance légitime ne peut être tirée des travaux parlementaires qui émanent d'autorités non spécialisées en droit de la concurrence et ne comportent aucune assurance précise ou aucun acte positif d'autorisation, ni des avis et décisions rendus par l'Autorité à l'issue de ses procédures administratives. En revanche, les dispositions susvisées ayant été interprétées par les juridictions, quant à leur application aux titulaires de droit exclusifs, les opérateurs économiques ne peuvent prétendre rester dans l'ignorance des comportements sanctionnés par le droit de la concurrence. La faute ne peut donc pas être écartée sur un tel fondement. Cela est d'autant plus vrai que la responsabilité particulière qui pèse sur l'entreprise implique que l'opérateur historique aurait dû déduire de son monopole légal la nécessité impérative de séparer ses masses de jeux en ligne et en dur. La Cour de cassation confirme donc l'existence d'une faute civile consistant pour l'opérateur dominant à n'avoir pas procédé à la séparation des masses d'enjeux en dur et en ligne.

La faute anticoncurrentielle

Un second argument tenait, quant à lui, à l'absence de comportement abusif. L'on sait, à cet égard, que la violation des règles de concurrence par une décision définitive d'une autorité nationale entraîne une présomption irréfragable de responsabilité dans le cadre d'une action civile (art. 9, directive du 26 novembre 2014, 2014/104/CE relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne). Mais cette présomption n'était pas applicable à l'espèce, puisque la décision a été prise à l'occasion d'une procédure d'engagements qui n'emporte nullement la constatation d'une infraction. Il fallait donc démontrer la faute.

Selon l'opérateur, la Cour d'appel, qui s'était attardée à la démonstration des effets anticoncurrentiels de la pratique en cause, n'avait pas démontré le caractère déloyal ou abusif du comportement en cause. Mais le caractère objectif de la notion d'exploitation abusive, de jurisprudence constante, fait obstacle à cet argument. Les juges d'appel avaient en effet rappelé que la notion d'exploitation abusive est une notion objective "*visant les comportements d'une entreprise en position dominante de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur le base de prestations des opérateurs économiques, au maintien d'une concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*".

La Cour reprend ici le raisonnement du juge d'appel, lui-même inspiré de la décision d'engagement et de l'avis de l'Autorité de la concurrence : la pratique en cause pouvait avoir pour effet la captation de la demande, doublée d'un effet d'édition pour les nouveaux entrants. Ainsi, le *PMU* a tiré profit d'un avantage qui ne résultait pas de son efficacité passée mais de ses droits exclusifs. Plus encore, en tant que monopole public intervenant sur un marché récemment ouvert à la concurrence, le *PMU* était tenu à une "*particulière vigilance*" quant à l'utilisation des ressources du monopole sur ces marchés. Dans ce contexte, la Cour d'appel de Paris a caractérisé, à bon droit, une faute résultant du manquement à son devoir de ne pas mettre en œuvre un comportement autre que ceux autorisés dans le cadre de la concurrence par les mérites. En d'autres termes, le juge de droit commun a qualifié la faute civile, assimilable à une inaction fautive par le maintien du système de mutualisation.

En première instance, c'est la portée de la décision d'engagement qui posait question, le Tribunal ayant alors estimé qu'"*une décision d'engagement ne saurait créer une confiance légitime à l'égard des entreprises concernées quant au fait que leur comportement serait conforme aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE, et ne peut aucunement avoir pour effet de légaliser rétroactivement le comportement de l'entreprise concernée sur le marché*" (voir notamment Muriel Chagny, Preuve de la

faute : Le Tribunal de grande instance de Paris fait droit à la demande en réparation du préjudice causé par des pratiques ayant antérieurement donné lieu à une décision d'engagements de l'Autorité de la concurrence (*Betcliv PMU*), 22 février 2018, Concurrences N° 2-2018, Art. n° 86645). Devant la Cour de cassation, c'est la portée des avis de l'Autorité qui a occupé une place centrale. De prime abord, il peut paraître curieux d'exclure un tel avis du champ de la pratique décisionnelle tout en tirant des conséquences pour qualifier les effets anticoncurrentiels. Mais, d'une part, les informations tirées de ces avis ne sont que des indices factuels permettant d'apprécier le caractère anticoncurrentiel des pratiques litigieuses. D'autre part, sur le terrain de la normativité, les avis de l'Autorité ne sont pas des décisions individuelles faisant grief et ils ne créent pas d'obligation, qu'ils s'agissent d'obligation de faire ou de ne pas faire et, *a fortiori*, ne créent aucune confiance légitime à l'égard des opérateurs du secteur en cause quant à la licéité de leur comportement.

En revanche, les effets de cet arrêt sur l'attractivité de la procédure d'engagements sont certainement à double tranchant : alors que les entreprises susceptibles de recourir à la procédure d'engagements demeurent exposées au risque financier de la réparation, l'arrêt de la Cour de cassation va indéniablement dans le sens des droits des victimes, davantage incitées à saisir le juge civil (voir en ce sens Muriel Chagny, *op. cit.*, Concurrences N° 2-2018, Art. n° 86645). Dans notre cas d'espèce, à la réparation du préjudice subi s'ajoutera le paiement d'une amende de 900 000 euros pour non-respect des engagements, infligée peu de temps avant l'arrêt de la Cour de cassation par l'Autorité de la concurrence (Alain Ronzano, Engagements : L'Autorité de la concurrence inflige une sanction pécuniaire de 900 000 euros à une entreprise n'ayant pas respecté l'engagement de séparer les masses d'enjeux commercialisées "en dur" et "en ligne" (*PMU*), 7 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. n° 94207 ; Christophe Lemaire, Marie Florent, Sanctions : L'Autorité de la concurrence adopte une nouvelle décision de sanction pour non-respect d'engagements (*PMU*), 7 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. N° 96098, pp. 153-155).

M. C. ■

Propriété intellectuelle – Internet – Presse – Mesures conservatoires :
La Cour d'appel de Paris confirme l'essentiel de la décision imposant à un moteur de recherche, à titre de mesures conservatoires, de négocier avec les éditeurs de presse (*CA Paris*, 8 oct. 2020, *Google c/ SPEM*, RG n° 20/08071)

On se souvient que dans une décision en date du 9 avril 2019 l'Autorité de la concurrence avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de *Google*, dans le cadre d'un potentiel abus de position dominante (voir notre précédente chronique, Discrimination : L'Autorité de la concurrence prononce au profit des agences et des

éditeurs de presse des mesures conservatoires à l'encontre d'une entreprise susceptible d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché français des services de recherche généraliste (*Google/Syndicat des éditeurs de la presse magazine, Alliance de la presse d'information générale et Agence France-Presse*), 9 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. n° 96039, pp. 101-103). La décision est, pour l'essentiel, confirmée par la Cour d'appel de Paris.

L'affaire avait débuté lors de l'adoption de la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 sur les droits voisins tendant à créer un droit voisin au profit des agences et des éditeurs de presse, qui transpose l'article 15 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins sur le marché unique numérique. L'objectif était de créer les conditions d'une négociation équilibrée entre les éditeurs, les agences de presse et les services de communication au public en ligne. Dès la transposition de certaines dispositions de la directive en droit français, *Google* avait annoncé que les aperçus de contenus en France pour les éditeurs de presse européens ne seraient plus affichés, et que les éditeurs de presse ne seraient pas rémunérés pour la reprise de leurs contenus éditoriaux. Dans ce contexte, et dénonçant une modification unilatérale et brutale de la politique d'affichage par *Google*, ayant pour objectif de contraindre les éditeurs à accepter la reprise de leur contenu sans rémunération, plusieurs syndicats d'éditeurs et l'agence France-Presse ont saisi l'Autorité de la concurrence. En retenant que ce comportement était susceptible de constituer un abus de position dominante, elle avait alors prononcé plusieurs injonctions au titre de mesures conservatoires.

Parmi ces injonctions, l'Autorité avait notamment ordonné à *Google* de négocier de bonne foi avec les éditeurs de presse selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires (article 1) et de prendre les mesures nécessaires pour que l'issue des négociations n'affecte, ni le classement, ni l'indexation, ni la présentation des contenus protégés repris par *Google* (article 5), ni les relations économiques qui existeraient entre *Google* et les éditeurs et les agences de presse (article 6).

Google a formé un recours, dont l'essentiel des moyens est rejeté par la Cour d'appel de Paris. Plusieurs volets de la décision attirent l'attention : outre la question de l'application de la directive dans le temps, la Cour d'appel de Paris entérine le raisonnement de l'Autorité concernant le marché pertinent et l'abus de position dominante supposé. Ensuite, elle réforme – en la limitant – la portée de l'injonction imposant à *Google* de prendre les mesures nécessaires pour que l'issue des négociations n'affectent ni le classement, ni l'indexation, ni la présentation des contenus protégés.

Application de la directive dans le temps

C'est d'abord sur le terrain de l'application de la norme dans le temps que *Google* appuyait son recours. Selon *Google*, la décision de l'Autorité était contraire à l'article 26(2) de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins sur le marché unique numérique, en ce qu'elle prévoyait une date d'entrée en vigueur antérieure