

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Le droit de la concurrence déloyale au soutien du RGPD

LUCAS BETTONI
Maître de conférences
Centre de droit des affaires

Université Toulouse Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

L'organisation de stages d'immersion du candidat prouvent, aux yeux des juges, que l'étape de validation du dossier de candidature avait été franchie. Les juges constatent, d'autre part, que le franchiseur, malgré l'association étroite du candidat à la création de la nouvelle franchise, a entrepris un flou sur l'issue du projet durant plus d'un an. Ainsi la convention encadrant le stage d'immersion, conclue en octobre 2018, contient-elle une clause rappelant que la réalisation de ce stage n'implique aucune obligation, pour les parties, de conclure ultérieurement le contrat de franchise, en contradiction avec un SMS, adressé en juillet 2018 au candidat, l'informant que « (...) c'est validé pour toi, c'est bon ». En conséquence, le candidat a pu légitimement croire en l'issue favorable de sa candidature jusqu'au message, reçu en novembre 2018, l'informant que sa candidature était écartée en raison de doutes sur sa capacité à manager.

La Cour déduit ainsi la mauvaise foi du franchiseur de l'opacité de la procédure d'examen de la candidature : « *aucun élément de la grille de critères très précis (...) ne permet de considérer que le traitement de la candidature [de M. Y.] a suivi un processus de validation compréhensible et lisible pour ce dernier, lui permettant d'anticiper les étapes et projeter que sa candidature n'était pas encore validée* ». Cette opacité a en effet créé une distorsion entre la réalité de l'état d'avancement de la candidature et une croyance dont M. Y. peut légitimement se prévaloir au regard de la durée de la relation précontractuelle et de son étroite association au projet d'implantation.

La question des chefs de préjudice et du quantum est également discutée, les premiers juges ayant retenu, à la charge du franchiseur, une obligation d'indemniser M. Y. à hauteur de 20 000 euros, « *au titre de ses préjudices matériels (déplacements, stages, temps de négociation, temps de travail...) et moral* ».

II.- Le préjudice causé par le manquement du franchiseur à son devoir précontractuel de bonne foi – Le candidat évincé réclame réparation pour des pertes financières directes et indirectes. Ainsi fait-il d'abord valoir qu'il a bloqué des liquidités à hauteur de 300 000 euros pendant trois ans pour mettre en œuvre le projet de franchise. Il estime en conséquence avoir perdu l'intérêt au taux légal. Il sollicite ensuite le remboursement des sommes avancées durant les pourparlers et chiffre à 840 heures le temps passer à travailler sur ce projet avorté. Il demande enfin indemnisation pour les pertes d'exploitation du restaurant qu'il aurait pu ouvrir, soit 224 457 euros pour trois années. Son estimation est fondée sur les comptes prévisionnels établis par le cabinet d'expertise comptable. Seuls les deux derniers chefs de préjudice retiennent notre attention.

S'agissant des frais exposés par le candidat malheureux, la Cour rappelle que l'indemnisation ne saurait inclure l'ensemble des frais avancés par M. Y. durant la phase de discussion. Seuls sont concernés les frais découlant de la faute du franchiseur, qui a consisté à laisser son interlocuteur dans la croyance que le contrat allait être conclu, alors qu'il savait que ce ne serait pas le cas. Retenant que la seconde candidature avait mis fin à la première sans volonté d'y répondre pour le franchiseur, la Cour retient, au titre du préjudice indemnisable, l'ensemble des frais engagés en raison du déroulement de la négociation et y inclut les frais d'expertise comptable. Enfin, la clause exprimant clairement l'absence d'engagement définitif n'étant apparue que lors d'un troisième stage, doivent être indemnisés les frais engagés par M. Y. lors des précédentes immersions. En revanche, les frais restés à la charge de chacune des parties quelle que soit l'issue des pourparlers sont exclus.

S'agissant des sommes réclamées au titre de la perte d'exploitation, M. Y. n'ayant pas pu ouvrir le restaurant sous l'enseigne du franchiseur, le demandeur est à juste titre débouté. En effet, ne constitue pas un préjudice, faute d'être actuel et certain, la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus d'un contrat qui n'a pas été conclu. La liberté contractuelle s'oppose à la reconnaissance d'une probabilité, même faible, de conclusion du contrat, ce qui réduit à néant la chance de percevoir les gains espérés. L'article 1112 alinéa 2 du code civil, issu de la réforme du droit des contrats, entérine une telle solution, déjà consacrée en jurisprudence (cf. Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, publiés au Bulletin, dit arrêt Manoukian).

Il demande enfin 100 000 euros au titre de son préjudice moral. Retenant l'existence d'un tel préjudice au regard de l'investissement que le demandeur a mis dans le projet, en changeant d'orientation professionnelle, et de la déception de ne pas être retenu après un processus de plus de dix-huit mois, la Cour lui alloue 20 000 euros.

A. Bories

CJUE, 4 octobre 2024, aff. C-21/23

Le droit de la concurrence déloyale au soutien du RGPD

Faits. La présente décision préjudicielle trouve son origine dans un litige opposant deux pharmaciens allemands. Le premier commercialise des médicaments dont la vente est réservée aux

pharmacies sur la plateforme en ligne « Amazon-Marketplace ». Lors de la commande en ligne, les clients du pharmacien doivent saisir des informations personnelles, telles leur nom, l'adresse de livraison et les éléments nécessaires à l'individualisation desdits médicaments. Le second, qui exploite une officine concurrente, saisit la justice d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint au premier de cesser de commercialiser sur Amazon les médicaments, tant qu'il n'est pas garanti que les clients puissent donner leur consentement préalable au traitement de données concernant leur santé. À l'appui de son recours, le plaignant fait valoir que la commercialisation sur un marketplace de médicaments est déloyale, compte tenu de la méconnaissance d'exigences légales relatives à l'obtention du consentement du client requis par la législation européenne concernant la protection des données à caractère personnel (le « RGPD » du 27 avril 2016). Les juges du fond donnent raison au concurrent en qualifiant la commercialisation sur Amazon de médicaments de pratique commerciale déloyale au sens de la loi allemande contre la concurrence déloyale du 3 juillet 2004. Saisie d'un recours en révision, la Cour fédérale de justice allemande estime qu'il existe un doute sur l'interprétation à donner aux dispositions du RGPD invoquées par le plaignant et décide de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle.

Problème. Deux questions sont posées. D'abord, les dispositions du RGPD s'opposent-elles à des règles nationales qui confèrent, en parallèle des pouvoirs d'intervention des autorités de contrôle nationales chargées de surveiller et de faire appliquer le RGPD et aux possibilités de recours des personnes concernées, aux concurrents de l'auteur présumé d'une atteinte à la protection des données personnelles la qualité pour agir contre celui-ci devant les juridictions civiles, sur le fondement de l'interdiction de la concurrence déloyale ? Ensuite, les données que les clients doivent saisir sur la plateforme de vente en ligne, lors de la commande de médicaments, telles que le nom, l'adresse de livraison et les données nécessaires à l'individualisation des médicaments commandés, constituent-elles des données personnelles concernant la santé au sens du RGPD ?

Solution. Réunie en grande chambre, la Cour de justice répond à ces deux interrogations par l'affirmative. Le RGPD ne s'oppose pas à ce que les États membres de l'Union prévoient dans leur droit national la possibilité pour les concurrents de l'auteur présumé d'une violation du RGPD de se prévaloir de cette méconnaissance devant les juridictions civiles en tant que pratique commerciale déloyale. De plus, les données sur les achats en ligne de médicaments, de nature à révéler des informations sur l'état de santé des clients, constituent bien des données à caractère personnel concernant la santé au sens de cette législation européenne, peu important que la vente des médicaments commandés n'est pas soumise à prescription médicale.

Analyse. Le présent commentaire se concentrera sur la première réponse puisqu'il est reconnu, pour la première fois, la possibilité pour une entreprise d'agir contre un rival en raison d'une violation du RGPD pour concurrence déloyale. L'identification des raisons de cette solution (I) précèdera l'évaluation de son impact sur le droit français (II).

I.- Les justifications de la solution – Un doute animait la cour suprême allemande car le RGPD n'envisage pas expressément la possibilité pour les concurrents d'une entreprise d'introduire contre celle-ci une action civile pour violation de la législation sur la protection des données. Rappelons en effet que le RGPD renferme un chapitre VIII consacré aux voies de recours destinées à protéger les droits de la personne concernée lorsque les données à caractère personnel la concernant font l'objet d'un traitement contraire aux dispositions de ce règlement. La protection de ces droits peut ainsi être réclamée soit directement par les personnes concernées (articles 77 à 79), soit par des organismes, organisations ou association habilités (article 80). Cela étant, aucune de ces dispositions n'exclut expressément la possibilité pour le concurrent d'introduire un recours devant les juridictions civiles contre l'entreprise ayant prétendument violé la protection des données personnelles de ses clients. La Cour de justice souligne à cet égard que les voies de recours prévues aux articles 77 et suivants du RGPD s'entendent « sans préjudice » de tout autre recours (§ 53).

En outre, si la violation des règles de fond du RGPD est de nature à affecter au premier chef les personnes concernées par les données en cause, elle est également susceptible de porter atteinte à des tiers. Dans un contexte en effet où l'accès aux données à caractère personnel ainsi que leur exploitation revêtent une importance majeure dans le cadre de l'économie numérique et, partant, deviennent un paramètre significatif de la concurrence entre entreprises (§ 55 et 56), la Cour de justice avait déjà eu l'occasion de constater que la violation d'une règle relative à la protection des données personnelles pouvait entraîner la violation simultanée de règles relatives à la protection des consommateurs ou aux pratiques commerciales déloyales (CJUE, 28 avr. 2022, *Meta Platforms Ireland*, aff. C-319/20). Dans le même ordre d'idées, elle avait

aussi jugé que la violation du RGPD pouvait constituer un indice important aux fins d'apprécier l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE (CJUE, 4 juill. 2023, *Meta Platforms et al.*, aff. C-252/21).

La Cour de justice va donc ici plus loin en estimant que l'action en concurrence déloyale devant les juridictions civiles s'ajoute aux voies de recours instituées par le RGPD, qui sont d'ailleurs pleinement préservées et peuvent toujours être exercées par les personnes concernées et les entités habilitées. Plus encore, la coexistence de voies de recours relevant du droit de la protection des données et du droit de la concurrence contribue selon elle à renforcer l'effet utile des dispositions matérielles du RGPD et ainsi le niveau élevé de protection des personnes concernées à l'égard du traitement de leurs données personnelles (§ 62). En particulier, une action en cessation d'un concurrent, comme en l'espèce, peut s'avérer particulièrement efficace pour assurer une telle protection dans la mesure où elle est susceptible de prévenir un grand nombre de violations des droits des personnes concernées par le traitement de leurs données personnelles (§71).

II.- Les incidences de la solution en droit français – Dans cette affaire, la Cour de justice admet que le concurrent du pharmacien puisse se prévaloir d'une violation du RGPD en tant que pratique commerciale déloyale stigmatisée par la loi allemande contre la concurrence déloyale (art. 3a : « *Commet un acte déloyal celui qui enfreint une disposition légale destinée, notamment, à réglementer le comportement sur le marché dans l'intérêt de ses acteurs dès lors que cette infraction est susceptible d'affecter sensiblement les intérêts des consommateurs, des autres acteurs du marché ou des concurrents* »). Est-ce à dire que la décision n'aura aucune incidence en droit français ? La réponse est assurément négative. Bien que la France ne dispose pas de législation équivalente, la jurisprudence interne a retenu à plusieurs reprises que le non-respect d'une obligation légale ou réglementaire est susceptible de constituer une faute de concurrence déloyale au sens de l'article 1240 du Code civil. L'explication avancée est la rupture d'égalité des moyens dans la lutte concurrentielle. En se dispensant des contraintes imposées par la loi, l'entreprise s'octroie en effet un avantage économique indu au détriment des autres professionnels qui s'efforcent de respecter la réglementation en vigueur. Plusieurs cas de violation de la loi ont ainsi été assimilés à de la concurrence déloyale : exercice d'une activité de taxi sans autorisation administrative (Com., 16 mai 1984, n° 83-11.678, Bull. civ. IV, n° 167), soldes pratiques hors périodes autorisées (Com., 18 oct. 1994, n° 92-21.087, Bull. civ. IV, n° 299), non-respect du taux de TVA (Lyon, 31 janv. 2008, n° 06/05922), etc. En somme, la jurisprudence française est assez proche de la législation allemande précitée. En conséquence, la décision sous étude fait office également de piqure de rappel pour les entreprises françaises. Lorsqu'elles s'affranchissent d'une réglementation obligatoire, elles s'exposent aux demandes financières de leurs concurrents, en sus du risque de contrôle des autorités et de l'amende associée. De ce point de vue, cette décision est à mettre en parallèle avec un arrêt récent de la Cour de cassation qui affirme que le fait pour une entreprise de s'affranchir de ses obligations en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme peut être constitutif d'un acte de concurrence déloyale (Com., 27 sept. 2023, n° 21-21.995, publié au Bull., *Contrats, conc. consom.* 2023, comm. 185, note H. Aubry, *JCP E* 2023, 1374, note L. Bettoni). Ces deux arrêts illustrent ainsi la plasticité et l'aptitude du « petit » droit de la concurrence à soutenir la mise en œuvre des obligations légales de compliance supportées par de plus en plus d'entreprises (v. notre note préc.).

L. Bettoni

CA Paris, 2 octobre 2024, n° 21/22032

Pas de rupture brutale dans la diminution importante du chiffre d'affaires pour une relation commerciale par nature sujette à d'amples fluctuations

Faits. Un prestataire en « rechoix et conditionnement » (différentes opérations impliquées par la vérification qualité de produits en palette et reconditionnement) est sous-traitant d'une société liée avec son client par un contrat de 2011, contenant une « clause de flexibilité » en raison du caractère intrinsèquement aléatoire en termes de volumes de la prestation de rechoix. L'entrepreneur principal résilie le contrat en janvier 2016 et le client, pour assurer la continuité de son activité, lance un appel d'offres que l'ancien sous-traitant emporte. Trois ans plus tard, en mai 2019, le client notifie la fin de leur contrat avec un préavis de 18 mois et le lancement d'un nouvel appel d'offres à cette échéance. Le prestataire cesse son activité avant le terme du préavis et sollicite de son cocontractant l'indemnisation de la rupture partielle intervenue un peu avant la notification de la rupture totale, par une importante diminution du flux d'affaires.

Le premier problème intéresse la loi applicable à la rupture litigieuse car celle totale fut notifiée formellement en mai 2019, tandis que celle partielle est située par le demandeur entre décembre 2018 et janvier 2019. La première est antérieure à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, tandis que la seconde lui est postérieure.

La solution emporte une exacte application des règles en la matière, la Cour soulignant que la rupture totale étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 24 avril 2019, elle sera appréciée selon les nouvelles dispositions de l'article L. 442-1, II, C. com., tandis que celle partielle, intervenue avant cette modification législative, l'est en application de l'ancien article L. 442-6, I, 5°.

Analyse. La Cour respecte scrupuleusement les règles d'application de la loi dans le temps. Cela dit, le cadre juridique de la rupture brutale ne fut guère altéré par la modification législative de 2019, si ce n'est en ce que l'article L. 442-1, II, énonce depuis lors l'absence de responsabilité de l'auteur d'une rupture qui l'accompagne d'un préavis de 18 mois. Cette modification n'est pas anodine puisqu'elle permet ici d'écarter le grief de brutalité - sans même apprécier la suffisance de ce préavis au vu des caractéristiques de la relation - de la rupture totale notifiée sous son empire et intervenue avec « un préavis de 18 mois, soit le maximum prévu ».

Le deuxième problème est celui de l'ancienneté de la relation, le demandeur tentant de se prévaloir de la durée de la relation initialement conclue entre son partenaire, maître d'ouvrage, et son donneur d'ordre et en laquelle il n'intervenait qu'en tant que sous-traitant.

La solution est claire. Quand bien même la sous-traitance confiée au demandeur fut expressément acceptée par le maître d'ouvrage, « la relation commerciale nouée sur son fondement ne liait que les parties à cet acte à l'exclusion [de la demanderesse] avec laquelle aucun flux d'affaires n'est prouvé antérieurement à son appel d'offres » ; « Une relation commerciale s'entendant d'échanges commerciaux conclus directement entre les parties (en ce sens, Com., 7 oct. 2014, n° 13-20.290), deux partenariats se sont ainsi succédés, le premier, avec [le donneur d'ordre], et le second [avec la demanderesse à l'issue de l'appel d'offres...]. Seule la caractérisation d'une commune intention des parties de poursuivre la même relation, qui ne peut se suffire de sa poursuite aux mêmes conditions avec le même personnel, de reprendre le partenariat établi avec [l'entrepreneur principal] peut fonder l'ancienneté dont se prévaut [la sous-traitante]. Or, cette dernière, qui n'évoque d'ailleurs pas cette condition, ne produit pas le moindre élément en ce sens ». Bien au contraire, le maître d'ouvrage avait, durant la première relation de sous-traitance, formulé des réserves sur les insuffisances du sous-traitant (couverture des risques et assurance en cas de mauvaise exécution) pour souligner que seule la présence du donneur d'ordre, en charge du risque, permettait l'intervention du sous-traitant. Les juges en induisent que le maître d'ouvrage « n'a pas entendu reprendre la relation antérieure avec un partenaire qu'elle estimait initialement inapte à contracter avec elle et qui n'a été sélectionné, les carences explicitement soulignées manifestement comblées, qu'après un appel d'offre ». Dès lors, la relation n'a que 3 ans d'ancienneté.

Analyse. Ici encore la solution appelle approbation.

La relation est un fait juridique qui s'identifie par des échanges économiques prolongés, réguliers et stables entre les mêmes parties. Dès lors, le sous-traitant n'est en relation qu'avec l'entrepreneur principal, sans qu'il importe que le maître d'ouvrage connaisse son existence voire, comme en l'espèce, l'agrée explicitement. Tant qu'il n'y a pas de flux financier entre eux, le sous-traitant n'est pas partie à la relation nouée par le maître d'ouvrage avec l'entrepreneur principal. Et lorsque l'ancien sous-traitant est devenu cocontractant direct, c'est une relation nouvelle qui s'établit puisque les partenaires changent, sans qu'il importe que la prestation du sous-traitant soit identique à celle qu'il réalisait avant. Bien sûr, il peut en aller autrement si des échanges économiques directs avaient existé entre le maître d'ouvrage et son sous-traitant ou, plus largement, si l'entrepreneur principal devait être transparent. Tel pourrait être le cas si, en dépit de la qualification du contrat, celui-ci n'était qu'un intermédiaire transparent (mandataire ou courtier). A défaut, ce sont bien deux relations successives (v. déjà en ce sens Paris, 17 mai 2019, n° 17/18282, Lettre distrib. 06/2019).

Par exception, un partenaire est autorisé à se prévaloir de l'ancienneté d'une relation en laquelle il n'était pas partie s'il ne fait que la poursuivre. Comme le rappelle la Cour, la fiction qu'est la poursuite d'une relation est conditionnée à l'identification de « l'intention » en ce sens des nouveaux partenaires. L'absence d'intention est ici motivée par un indice qui nous paraît peu pertinent car antérieur à l'entrée du demandeur dans la relation qu'il estime poursuivre. En effet, il serait cohérent que l'intention de poursuivre une relation soit celle concomitante à l'entrée du « poursuivant » dans la relation initiale, voire dans les brefs temps qui lui succèdent. L'ancienne perception que le partenaire pivot pouvait entretenir de son nouveau cocontractant est