

A LA UNE

DDC202r8 La carence du ministre de l'Économie à rapporter la preuve de la soumission des développeurs sur le Google Play

• CA Paris, 5-4, 23 oct. 2024, n° 22/15754

« le haut niveau de généralité du raisonnement du ministre chargé de l'économie recèle une première carence décisive : si la position du groupe Google sur le marché est incontestablement avantageuse (...), son pouvoir sur les développeurs n'a à l'évidence pas la même portée à l'égard d'une petite entreprise et à l'endroit des développeurs français (...) qui captent l'essentiel des parts de marché (...) une distribution directe d'applications compatibles avec Android est envisageable (...) ».

Google avait été condamné en première instance dans l'affaire Google Play (T. com. Paris, 28 mars 2022, n° 2018017655 : LEDICO juin 2022, n° DDC200w3, note M. Behar-Touchais ; RDC sept. 2022, n° RDC200u2, note J.-C. Roda). Ce jugement est ici réformé par la cour d'appel de Paris dans une décision aussi bien motivée sur l'absence de preuve de soumission, que critiquable sur la nature de l'action du ministre (v. aussi LEDICO déc. 2024, n° DDC202r9). Sur la soumission, l'arrêt est très intéressant. D'abord, la cour d'appel distingue bien la soumission de l'ancien article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, du contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil : « dans le contrat d'adhésion, le consentement est, par hypothèse, donné sans réflexion et l'acceptation de l'intégralité des clauses est posée comme un fait définitivement acquis. La soumission, caractérisée en situation, implique pour sa part une impossibilité de négocier effectivement éprouvée, le consentement étant alors contraint, non par la force des choses mais par celle du partenaire » (pt 106). Le rapprochement avec la contrainte par abus de dépendance est sous-jacent.

Ensuite et surtout, le ministre a voulu prouver la soumission de manière globale, alors qu'il aurait fallu une analyse concrète et individualisée. Certes, la Cour de cassation, dans l'affaire *Pizza Sprint* (Cass. com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314 : LEDICO avr. 2024, n° DDC202f1, note M. Behar-Touchais), s'est contentée d'une analyse globale parce que la situation des franchisés de l'espèce était homogène. Mais ici, les développeurs sont très hétérogènes (pt 114). Le pouvoir de Google sur les développeurs n'a pas la même portée « à l'égard d'une petite entreprise et à l'endroit des développeurs français (...) qui captent l'essentiel des parts de marché, tels Gameloft » (pt 115). Et la cour montre bien que le Google Play n'est pas incontournable pour tous, puisque Epic Games a pu faire le choix de le contourner « pour distribuer directement son jeu Fortnite », ce dont elle déduit que « certains éditeurs, sans doute rares (...) disposent d'un pouvoir compensateur réel » (pt 115). Si la cour relève que les développeurs ont moins peur des pratiques de Google que des conséquences de l'action du ministre (pt 116), elle décide que les preuves globales apportées par le ministre ne permettent « pas de retenir une forme de dépendance économique systématique des développeurs à l'égard des sociétés Google, toute approche plus concrète étant rendue impossible par l'absence d'audition du moindre développeur » (pt 116). Cela ne permet pas non plus « d'identifier clairement le processus concret de souscription en ligne faute de constatation et de description détaillée opérées par le ministre » qui se contente « de déduire péremptoirement l'impossibilité de négocier de la seule souscription en ligne » (pt 118), alors que le ministre « dispose de moyens étendus pour prouver positivement ses assertions » (pt 108).

Le ministre doit faire la preuve précise et individualisée de la soumission, ce qui est normal pour une autorité publique qui poursuit une infraction, fût-elle qualifiée de civile !

Martine Behar-Touchais, professeure à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), of counsel, Gouache Avocats

SOMMAIRE

► GÉNÉRAL

- Le concurrent affecté, acteur de la protection des données à caractère personnel 2
- La Cour de justice impose une définition extensive de la notion d'entreprise 2
- Incompétence des juridictions non spécialisées en matière de concurrence 3

► CONTRATS DE DISTRIBUTION

- Distribution exclusive : condamnation en demi-teinte d'un distributeur pour violation d'une exclusivité territoriale 3
- Résiliation du contrat de franchise en l'absence de preuve du droit de concéder l'usage de la marque 4

► PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

- Le ministre de l'Économie n'est pas placé dans la même situation que les personnes privées victimes du déséquilibre significatif 4
- Vers une prise en considération de circonstances postérieures à la rupture en matière de rupture de relations commerciales établies ? 5

► PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

- Arrêt *Intel 2* : confirmations relatives à l'étendue du contrôle juridictionnel du Tribunal et à la preuve du caractère abusif des rabais d'exclusivité 5
- Médicaments, brevets et abus de position dominante 6
- Ententes anticoncurrentielles : quand le soutien à un distributeur cache une pratique anticoncurrentielle 6

► AIDES D'ÉTAT

- Transport aérien, Covid19, surcompensation, cumul d'aides de portée et nature différentes : d'intéressantes précisions 7

► DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- Le droit des pratiques restrictives ne relève pas de l'ordre public international 7