

## CONCURRENCE

### • **Loi de modernisation de l'économie (« LME » n° 2008-776 du 4 août 2008) : les modifications apportées au droit de la concurrence**

L'ordonnance destinée à parachever les modifications apportées par la LME au droit de la concurrence a été adoptée le 13 novembre 2008 (Ord. n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modification de la régulation de la concurrence). L'ordonnance inclut des dispositions visant à (i) réformer les pouvoirs d'enquête de la nouvelle « Autorité de concurrence » (qui dispose désormais de ses propres services d'instruction sous la direction du rapporteur général) et certaines règles de procédure, (ii) permettre à l'Autorité de s'autosaisir de toute question de concurrence et de formuler des recommandations pour mettre en oeuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés, (iii) instaurer un pouvoir d'injonction et de transaction au profit du ministre chargé de l'Économie pour traiter les pratiques anti-concurrentielles (ententes, abus de position dominante, pratiques de prix abusivement bas) de portée locale n'affectant pas le commerce intra-communautaire, ce afin de permettre à l'Autorité de se concentrer sur les affaires les plus complexes, de portée nationale.

Le traitement par le ministre de ces pratiques de portée locale (les « micro-PAC ») concerne les entreprises réalisant individuellement en France un chiffre d'affaires n'excédant pas 50 millions d'euros et 100 millions d'euros en chiffres d'affaires cumulés par toutes les entreprises participant à la pratique en cause. Il donne la possibilité au ministre d'enjoindre aux entreprises de mettre un terme à des pratiques anticoncurrentielles commises sur un « marché de dimension locale », ou de proposer une transaction qui ne pourra excéder 75 000 € ou 5% du dernier chiffre d'affaires connu en France si cette valeur est la plus faible.

### • **Abus de position dominante : projet de communication de la Commission européenne**

La Commission a publié le 3 décembre 2008 un document d'orientation (non encore publié au J.O) sur les priorités qu'elle retient dans l'application de l'article 82 du Traité de l'Union Européenne relatif aux abus de position dominante. Ce document a pour objet d'établir un cadre d'analyse que la Commission utilise pour évaluer les pratiques d'exclusion les plus courantes, telles que les accords d'exclusivité, les remises, les licences liées et groupées, les pratiques prédatrices, le refus d'approvisionnement et l'amenuisement des marges.

### • **Contrôle des concentrations communautaires : lignes directrices sur les concentrations**

La Commission européenne a adopté des lignes directrices applicables aux concentrations entre entreprises entretenant des relations verticales et conglomerales (J.O. C 265 du 18 octobre 2008), qui complètent les lignes directrices sur les concentrations horizontales. L'objectif de ce document est de donner aux entreprises des indications sur la façon dont la Commission analyse les effets de ce type de concentrations sur la concurrence.

### • **Facturation : mentions sur les factures et « fausses factures »**

- ✓ La facture doit obligatoirement mentionner la dénomination précise des produits vendus et des services rendus : la Cour de cassation a récemment rappelé cette exigence de précision sur les factures, au visa de l'article L 441-3 du Code de commerce (non modifié par la LME), en cassant un arrêt de la Cour d'appel de Besançon qui n'avait pas retenu d'infraction pénale pour non-respect de l'article susvisé. La Cour de cassation considère que la Cour d'appel aurait dû rechercher si la mention dans les factures de dénominations telles que « dynamique commerciale, présence des produits du fournisseur sur des opérations magasin au cours de l'année, en animation rayon au sein du magasin » ou « promotion publicitaire, présence de produits du fournisseur sur des opérations publicitaires au cours de l'année, soit sur prospectus, soit en animation rayon au sein du magasin », sans autres précisions sur la date et la nature des services rendus permettait de vérifier la réalité et la valeur de ces services (Cass.crim. 23 septembre 2008, Le Procureur Général près la Cour d'appel de Besançon).

✓ La réalité du prix de vente et des prestations de services : les factures de vente comportant des prix majorés qui ne correspondent pas à la réalité des transactions – prix majorés dans l’objectif de rémunérer une centrale d’achat au titre de prestations de services fictives (fausse coopération commerciale) – constituent des faux au sens de l’article 441-1 du Code pénal, tout comme les factures de prestations de services établies par la centrale. En effet, ces factures répondent aux deux conditions de la définition du faux, en ce qu’elles (i) altèrent de manière frauduleuse la réalité des transactions et (ii) sont de nature à causer un préjudice consistant dans l’atteinte portée à la force probante des écrits (Cass.crim. 25 juin 2008, Sté Compagnie générale de conserve).

### • **Concurrence déloyale et parasitisme : la reproduction illicite des conditions générales de vente de son concurrent**

La reproduction, mot à mot, des conditions générales de vente, publiées sur le site Internet de son concurrent (en l’espèce, la société Vente Privée.com), est-elle constitutive d’un acte de contrefaçon ou de concurrence déloyale ? Ni l’un, ni l’autre. Faute de répondre à l’exigence d’originalité qui caractérise une oeuvre de l’esprit, les conditions générales de vente ne sauraient bénéficier de la protection au titre du droit d’auteur et faire l’objet d’une contrefaçon au sens des articles L 112-2 et L-335-2 du Code de la propriété intellectuelle. Leur reproduction n’est pas de nature, par ailleurs, à générer un risque de confusion dans l’esprit d’une clientèle, normalement attentive et raisonnablement informée et avisée, entre les entreprises concurrentes de sorte qu’elle n’est pas constitutive de concurrence déloyale. En revanche, cette reproduction, qui a permis à son auteur de faire l’économie des services d’un conseil juridique, révèle un parasitisme commercial caractérisé par la reprise des investissements humains, intellectuels et financiers du concurrent, sanctionné en tant que tel et, en l’espèce, à hauteur de 10 000 € (CA Paris, 24 septembre 2008, Sté Vente Privée.com c./Sté Kalypso).

### • **L’abus de dépendance économique et la clause attributive de juridiction**

La clause attributive de juridiction introduite dans un contrat de distribution est pleinement applicable à un litige portant sur une réclamation de dommages-intérêts pour abus de dépendance économique (au titre de l’article L 442-6 du Code de commerce dans sa rédaction précédant la loi LME). La Cour de cassation casse l’arrêt d’une Cour d’appel qui, pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, avait évoqué l’application de « dispositions impératives relevant de l’ordre public économique constitutives de loi de police » ayant pour objet de « sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ». La Cour de cassation précise que la clause attributive de juridiction contenue dans un contrat visant tout litige né du contrat doit être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige (Cass. 1er civ. 22 octobre 2008, Sté Monster Cable Products Inc c./Sté Audio marketing services).

## **DISTRIBUTION – PROPRIETE INTELLECTUELLE**

### • **Distribution sélective de produits cosmétiques et d’hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques**

Dans sa décision du 8 mars 2007 (décision n°07-D-07) impliquant plusieurs fournisseurs de produits cosmétiques et d’hygiène corporelle (Bioderma, Caudalie, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavallès...), le Conseil de la concurrence avait conclu qu’en application des règles régissant le droit de la concurrence, et eu égard à l’application faite par l’autorité de concurrence communautaire de ces règles, la vente sur Internet ne pouvait être prohibée en principe, sauf circonstances exceptionnelles liées par exemple à des raisons de sécurité, et que par ailleurs les restrictions posées à cette forme de vente devaient être proportionnelles à l’objectif visé. Il avait obtenu des engagements de la part des fournisseurs concernés d’adapter leurs contrats de distribution de façon à concilier la distribution adéquate de leurs produits avec le recours à la distribution par Internet.

Dans sa décision du 29 octobre 2008 (décision n°08-D-25), le Conseil confirme sa position et enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de modifier, dans un délai de trois mois, ses contrats afin d’autoriser ses distributeurs agréés à distribuer ses produits sur Internet. Le Conseil affirme que l’interdiction, faite aux distributeurs agréés des produits commercialisés par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique sous les marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic de vendre sur Internet équivaut à une interdiction de vente active et passive (« restriction caractérisée »).

- **Force majeure : l'événement constitutif de force majeure**

En l'absence de dispositions contractuelles relatives à la force majeure, est constitutif d'un cas de force majeure l'évènement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui, pour débouter une société de sa demande de dommages-intérêts à la société EDF, retient que les ruptures dans la fourniture d'énergie, résultant de mouvements sociaux causés en juin 2004 par l'annonce du projet de privatisation de la société EDF, bien que prévisibles puisqu'annoncées publiquement, étaient irrésistibles, inévitables et insurmontables dans les conditions de leur survenance et que dans le domaine contractuel, dans de telles circonstances d'irrésistibilité, l'imprévisibilité n'est pas requise (Cass. 1er civ. 30 octobre 2008, SA Figeac Aéro c./EDF).

- **Sous-traitance : paiement direct du sous-traitant d'un marché public**

La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit un droit au paiement direct du sous-traitant, dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, pour les marchés passés par l'Etat, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics, toute renonciation du sous-traitant étant réputée non écrite (titre II de la loi n°75-1334). La Cour de cassation rappelle que l'institution dans les marchés publics d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage ne fait pas disparaître le contrat de sous-traitance et laisse au sous-traitant la faculté d'agir en paiement contre l'entrepreneur principal, sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître de l'ouvrage (Cass. 3ème civ. 3 décembre 2008, Sté Bluntzer c./ Sté See Simeoni).

## CONSOMMATION

- **Perte du bien commandé à distance en cours de transport : responsabilité du vendeur**

Conformément à l'article L 121-20-3 du Code de la consommation, le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure.

En application de cet article, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par un vendeur professionnel, condamné en première instance à rembourser l'intégralité de la valeur de bons d'achat d'une valeur de 1298,85 €, commandés par téléphone par un consommateur, et perdus par La Poste.

La Cour de cassation énonce que le transporteur auquel a eu recours le vendeur n'est pas un « tiers » au contrat à distance et que le professionnel, responsable de plein droit, en vertu de dispositions d'ordre public, de la bonne exécution des obligations nées d'un contrat conclu à distance, ne peut conventionnellement exclure ni limiter la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat (Cass. 1er civ. 13 novembre 2008, Sté SLG c./Rima.M).