

► Concurrence

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

Les huit décrets prévus pour l'application de la réforme du droit de la concurrence, introduite par la LME et complétée par l'ordonnance du 13 novembre 2008 (Ord. n°2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modification de la régulation de la concurrence), ont été publiés :

- décret n°2009-140 du 10 février 2009 : ce décret précise les conditions du traitement par le ministre de l'économie des pratiques anticoncurrentielles commises sur un « marché de dimension locale » (les « micro-PAC ») ;
- décrets n°2009-142, n°2009-139 du 10 février 2009 et décrets n°2009-185 et n°2009-186 du 17 février 2009 : ces décrets précisent les nouvelles règles de procédure instaurées par l'ordonnance précitée concernant notamment la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence, la publicité des décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations transféré du ministre de l'économie à l'Autorité de la concurrence ;
- décret n°2009-141 du 10 février 2009 : ce décret précise les modalités de représentation de l'Autorité de la concurrence par son président ;
- décret n°2009-311 du 20 mars 2009 : ce décret précise les conditions dans lesquels les pouvoirs d'enquête de l'Autorité de la concurrence (qui dispose désormais de ses propres services d'instruction sous la direction du rapporteur général) s'articulent avec les pouvoirs d'enquête conservés par le ministre de l'économie (par l'intermédiaire des agents de la DGCCRF) ;
- décret n°2009-335 du 26 mars 2009 : ce décret précise les modalités d'intervention du « conseiller auditeur » auprès de l'Autorité de la concurrence, dont la fonction a été créée par la LME ; il est chargé de recueillir les observations des parties sur le déroulement des procédures les concernant après la notification de griefs, de transmettre au président de l'Autorité un rapport évaluant ces observations, et de proposer tout acte permettant d'améliorer l'exercice de leurs droits par les parties.

• Accords dérogatoires sur les délais de paiement

Conformément aux dispositions de l'article 21 de la LME, il est permis aux professionnels intervenant dans un secteur déterminé de conclure des accords interprofessionnels définissant un délai de paiement supérieur aux délais maximum de 60 jours ou 45 jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture sous réserve que le dépassement du délai légal soit motivé par des raisons économiques objectives et spécifiques à ce secteur, que l'accord prévoie la réduction progressive du délai dérogatoire vers le délai légal et l'application d'intérêts de retard en cas de non-respect du délai dérogatoire fixé dans l'accord, que l'accord soit limité dans sa durée et que celle-ci ne dépasse pas le 1er janvier 2012. Ces accords conclus avant le 1er mars 2009, sont reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Ce décret peut étendre le délai dérogatoire à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord.

En application de ces dispositions, l'Autorité de la concurrence a émis des avis favorables pour la dérogation aux délais de paiement imposés par la LME (i) dans le secteur du livre en ce qui concerne les librairies indépendantes, les grandes surfaces spécialisées et la vente à distance s'abstenant toutefois de se prononcer en ce qui concerne la grande distribution généraliste (avis n°09-A-08 du 9 avril 2009), (ii) le secteur des matériaux, produits et services pour le BTP (avis n°09-A-06 du 19 mars 2009), (iii) le secteur du sanitaire, du chauffage et du matériel électrique (avis n°09-A-07 du 19 mars 2009), (iv) le secteur du jouet (avis n°09-A-03 du 20 février 2009), (v) le secteur de l'horlogerie, la bijouterie, la joaillerie et l'orfèvrerie (avis n°09-A-04 du 20 février 2009), (vi) le secteur du bricolage (avis n°09-A-02 en date du 20 février 2009). Suite aux trois derniers avis, des décrets autorisant les dérogations ont été publiés (sous les numéros 2009-372, 2009-373, 2009-374).

• Entente anticoncurrentielle : suspension de l'exclusivité consentie par Apple pour la commercialisation de l'iPhone

Par décision rendue suite à une plainte de la société Bouygues Telecom (décision n°08-MC-01 du 17 décembre 2008), le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Apple Sales International, Apple Inc. et France Telecom, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre l'application pour la France des stipulations faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les produits iPhone et désignant Orange en qualité de grossiste habilité, à titre exclusif, à acheter des produits iPhone à des fins de distribution.

Il leur est également enjoint de ne pas introduire dans les éventuels contrats qui seraient conclus pour la commercialisation des futurs modèles d'iPhone des exclusivités de même nature d'une durée supérieure à trois mois. Le Conseil de la concurrence a relevé en effet que les accords conclus entre France Telecom (et Orange) et Apple contenaient des restrictions de concurrence qui, sous réserve d'une instruction au fond, ne pouvaient bénéficier d'une exemption. Le Conseil de la concurrence a relevé notamment qu'Orange détenait une part substantielle du marché en tant qu'opérateur de réseau, supérieure au seuil de 30% prévu dans le règlement d'exemption par catégorie sur les accords verticaux, et que la durée de cinq ans d'exclusivité consentie à Orange était inhabituelle dans ce secteur. Le recours formé par les sociétés Apple Inc., Apple Sales International, France Telecom et Orange France contre la décision du Conseil a été rejeté (CA Paris, 4 février 2009).

• Concurrence déloyale : matérialité de la faute

Après avoir rappelé, en 2008, que l'originalité d'un produit non couvert par un droit de propriété intellectuelle et la situation de concurrence entre l'auteur et la victime d'une pratique déloyale ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale, la Cour de cassation énonce dans une affaire opposant la société Louis Vuitton Malletier à la société Parisac, importatrice de sacs en provenance de Chine, que le fait que les sacs litigieux aient été commandés en vue de leur revente est une faute constitutive de concurrence déloyale, même si les sacs saisis en douane n'ont pas effectivement été revendus (Cass. com. 10 février 2009, Sté Parisac c./Sté Louis Vuitton Malletier).

► Distribution - Propriété intellectuelle

• Franchise : sanction du défaut d'information précontractuelle du franchisé

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler récemment que le manquement par le franchiseur à l'obligation précontractuelle d'information du franchisé, imposée par l'article L 330-3 du Code de commerce, peut être sanctionné par la nullité du contrat si ce manquement a vicié le consentement du franchisé mais pas seulement. Le franchisé peut alternativement demander des dommages-intérêts, sans poursuivre le franchiseur pour obtenir la nullité du contrat, si le manquement à l'obligation d'information lui a causé un préjudice (Cass.com. Sté Phone pratique c./Sté SFR).

• Force majeure - Obligation de reprendre les relations contractuelles

La Cour d'appel de Paris confirme l'ordonnance de référé du tribunal de commerce de Paris qui a ordonné sous astreinte à un fournisseur d'acier de reprendre les relations contractuelles avec son client équipementier automobile, lequel avait refusé de se voir appliqué au 1er juillet 2008 une augmentation de prix de 30% sur des prix négociés en janvier 2008 que son fournisseur d'acier avait cessé de livrer de ce fait. La Cour d'appel confirme que le juge des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite, que le fournisseur d'acier a méconnu les dispositions contractuelles convenues entre les parties pour l'année 2008 et qu'il ne pouvait se retrancher derrière la force majeure résultant de l'augmentation du prix du minerai de fer qui lui était appliquée par ses propres fournisseurs sidérurgistes alors qu'une telle hausse n'était ni irrésistible, ni imprévisible (hausse à l'ordre du jour depuis quatre ans) ni extérieure, le fournisseur étant une société intégrée à un groupe contrôlant l'intégralité du processus de production (CA Paris, 28 janvier 2009, Sté New Steel c./Sté Défi group).

• Sous-traitance : action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage /loi de police

- La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit une obligation à la charge du maître de l'ouvrage, lorsqu'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant et que les travaux réalisés par ce sous-traitant portent sur des travaux de bâtiment et des travaux publics, de mettre en demeure l'entrepreneur principal pour qu'il lui fasse agréer le sous-traitant et ses conditions de paiement (article 14-1 de la loi n°75-1334). Cet agrément permet en effet au sous-traitant d'exercer une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur ne paie pas les sommes qui lui sont dues. Faisant application de cette règle, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la SCI HSG, entrepreneur principal, contre un arrêt de Cour d'appel l'ayant condamné à réparer le préjudice subi par la société Colas Sud-Ouest, société sous-traitante chargée de la réalisation de travaux de terrassement d'un court de tennis, qu'elle n'avait pas faite agréer (Cass. 3ème civ. 16 décembre 2008, SCI HSG c./Sté Colas Sud-Ouest).

- La loi du 31 décembre 1975 est une loi de police. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt confirmant l'analyse d'une cour d'appel qui avait admis l'action directe exercée par un sous-traitant belge, liée par un contrat de sous-traitance soumis au droit allemand avec un entrepreneur principal allemand, contre un maître de l'ouvrage français. La Cour de cassation relève que s'agissant de travaux de modernisation d'un immeuble à usage industriel (usine de la société Saint-Louis Sucre) situé en France, le contrat soumis au droit allemand présentait un lien étroit avec la France et que l'article 7 de la Convention de Rome, prévoyant qu'il peut être donné effet aux lois de police d'un Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, devait recevoir application dans la présente espèce (Cass. 3ème civ. 25 février 2009, SNC Saint-Louis Sucre).

- **Pénalités de retard dues en cas de retard de livraison dans le cadre d'un marché public**

Le Conseil d'Etat a considéré pour la première fois, dans une affaire opposant l'office public HLM de la ville de Puteaux à une entreprise privée (la société Serbois) « qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ». En l'espèce, les pénalités réclamées par l'office public HLM représentaient 56,2% du montant global du marché.

► Consommation

- **Clauses abusives : liste de « clauses noires » et de « clauses grises »**

En application des dispositions de l'article 86 de la LME, un décret a été publié le 18 mars 2009 (décret n°2009-302) pour établir une liste de clauses qui, dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfutable présumées abusives (article R-132-1 du Code de la consommation modifié) au sens de l'article L 132-1 du Code de la consommation, et celles qui sont simplement présumées abusives (article R-132-2 du Code de la consommation modifié).