

► Concurrence

• Entente anticoncurrentielle : l'affectation « sensible » du commerce entre Etats membres et la restriction « sensible » de concurrence

L'affectation « sensible » du commerce entre Etats membres et la restriction « sensible » de la concurrence sont des conditions de la sanction des ententes entre entreprises (notamment entre entreprises concurrentes) sur le fondement du droit européen de la concurrence (article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TFUE).

La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler dans deux affaires récentes (i) l'une opposant Air France à plusieurs compagnies pétrolières, à qui Air France reprochait de s'être concertées à l'occasion d'un appel d'offres pour l'approvisionnement de ses avions en carburants sur l'escale de la Réunion, cette concertation ayant fait obstacle à une négociation loyale sur le prix des carburants, (ii) l'autre opposant la société Expédia et la SNCF à l'Autorité de la concurrence.

Dans la première affaire, les compagnies pétrolières avaient été condamnées par le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) au paiement d'une amende globale d'un montant de 40 millions d'euros sur le fondement de l'article 81 du Traité CE (devenu l'article 101 du TFUE susvisé). Les compagnies pétrolières considéraient toutefois que l'affectation sensible du commerce entre Etats membres du fait de la pratique qualifiée d'entente par le Conseil de la concurrence n'avait pas été démontrée. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui a rejeté cette contestation en appel des compagnies pétrolières en considération de la taille mondiale des groupes pétroliers concernés et de leur activité sur le territoire de l'Union. La taille des entreprises et leur lieu d'activité sont insuffisants à établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, qui aurait dû être appréciée en priorité au regard du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de l'Etat membre concerné (Cass.com. 1er mars 2011 n°09-72.655). Dans la seconde affaire, la SNCF et la société Expédia avaient été également condamnées par le Conseil de la concurrence pour entente sur le fondement du droit européen (article 81 du Traité CE devenu l'article 101 du TFUE susvisé) et du droit français de la concurrence (article L 420-1 du Code de commerce). La société Expédia avait contesté en appel le caractère sensible de la restriction de concurrence, condition de la sanction de l'entente prononcée par le Conseil de la concurrence. Sans se prononcer sur le caractère sensible de la restriction de concurrence dans l'espèce concernée, la Cour d'appel de Paris avait répondu que les autorités nationales de la concurrence étaient en tout état de cause autorisées à poursuivre des pratiques mises en œuvre par des entreprises dont les parts de marché se trouvaient en deçà des seuils fixés par le droit français (article L 464-6-1 du Code de commerce) et le droit communautaire de la concurrence (communication de minimis sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas « sensiblement » le jeu de la concurrence). En réponse aux critiques formulées par la société Expédia sur cette argumentation de la Cour d'appel, la Cour de cassation décide de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante : une entente susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par le droit européen de la concurrence dans sa communication de minimis concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence, peut-elle être poursuivie et sanctionnée par une autorité nationale de la concurrence sur le double fondement du droit européen (article 101 du TFUE susvisé) et du droit national de la concurrence ? (Cass. com. 10 mai 2010 n°10-14.881).

• Sanctions des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante : publication du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

L'Autorité de la concurrence publie un communiqué visant à accroître la transparence pour les entreprises dans les modalités de calcul des sanctions en cas d'entente ou d'abus de position dominante, en fonction de la gravité des faits reprochés, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient, et de l'éventuelle réitération des pratiques prohibées. Ce communiqué intègre les bonnes pratiques partagées par l'ensemble des autorités de concurrence européennes visant à assurer une harmonisation de l'application des règles de concurrence dans l'Union.

• Pratiques restrictives de concurrence : la disproportion entre la valeur du service rendu et l'avantage perçu au titre de ce service

Dans une affaire opposant la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du Cher à Carrefour concernant des rémunérations versées par des fournisseurs en contrepartie de services de coopération commerciale (tête de gondole, mises en avant,...), la Cour d'appel de Bourges avait jugé que ces rémunérations étaient disproportionnées en raison de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par Carrefour sur les produits concernés par l'action de coopération commerciale et de l'absence de progression significative des ventes pendant la période de référence. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel et énonce que les distributeurs qui concluent des accords de coopération commerciale ne sont pas tenus à une obligation de résultat et que ces éléments (faiblesse et absence de progression du chiffre d'affaires) ne peuvent constituer à eux seuls la preuve d'une disproportion manifeste entre le montant de la rémunération versée par les fournisseurs et la valeur du service rendu par le distributeur (Cass.com. 27 av. 2011, Sté Carrefour France c./Ministre de l'économie).

• Pratiques restrictives de concurrence : réponse à la question prioritaire de constitutionnalité sur l'article L 442-6 du Code de commerce relatif aux relations commerciales

Saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Système U Centrale Nationale, dans le cadre d'un litige l'opposant au ministre de l'économie mettant en cause ses pratiques commerciales, le Conseil constitutionnel décide que l'article L 442-6 III, alinéa 2 du Code de commerce, par application duquel le ministre de l'économie peut solliciter la nullité des clauses ou contrats illicites (notamment contrats prévoyant l'octroi rétroactif de remises et ristournes, le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande), demander la répétition de l'indu en l'absence dans la procédure des fournisseurs concernés (voire sans l'accord de ceux-ci) et le prononcé d'une amende, est conforme à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide qu'en égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assigné, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales et que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; il décide également que ces dispositions ne sont pas contraires au principe du contradictoire dans la mesure où le partenaire (notamment le fournisseur) lésé par la pratique restrictive de concurrence peut intenter lui-même l'action en justice, se joindre à celle du ministre de l'économie ou être mis en cause par l'entreprise poursuivie, sous la réserve toutefois que les parties intéressées par la pratique en cause aient été informées de l'introduction d'une action par le ministre ; il décide enfin que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit de propriété dès lors que les sommes auxquelles la personne poursuivie peut être condamnée (dommages-intérêts, restitutions de sommes indûment perçues) sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition et dès lors que ces sommes dues en vertu d'une condamnation judiciaire ne peuvent être considérées comme propriété de la personne condamnée (Décision n°2011-126 QPC, en date du 13 mai 2011).

► Distribution - Propriété intellectuelle

• Délai d'exécution du contrat d'entreprise en l'absence de date de livraison des travaux

Des travaux de réfection de peinture d'appartements à louer avaient été confiés à un entrepreneur. Un litige était né sur des malfaçons et sur le retard d'exécution des travaux, dont il était résulté, selon le maître d'ouvrage, un préjudice lié à l'impossibilité pour lui de louer les appartements. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en ce que celle-ci avait rejeté toute indemnisation du préjudice du fait d'un retard dans l'exécution des travaux au motif que le devis de travaux ne mentionnait aucun délai d'exécution et qu'aucun planning n'avait été fixé. En l'absence de délai contractuel d'exécution des travaux, le maître de l'ouvrage peut rechercher la responsabilité de l'entrepreneur qui ne les a pas achevés dans un « délai raisonnable » (Cass. 3ème civ. 16 mars 2011 n°10-14051).

• Contrat d'intermédiaire : qualification de courtier

A la demande de l'un de ses clients souhaitant effectuer un investissement, un agent général d'assurance met en relation ce client avec le représentant d'une société suisse spécialisée dans le placement financier en organisant un rendez-vous dans son cabinet. N'ayant pu obtenir la restitution des fonds placés auprès de la société suisse, le client de l'agent d'assurance engage sa responsabilité pour manquement de ce dernier à son obligation d'information et de conseil en sa qualité de courtier. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui a rejeté la qualification de courtier de l'agent d'assurance au motif que ce dernier, dont l'activité habituelle n'était pas celle d'un courtier en placements financiers, n'était pas intervenu dans la négociation du contrat conclu directement entre le client et la société suisse. La Cour de cassation constate que la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations concernant l'entremise de l'agent d'assurance dans la conclusion du contrat entre le client et la société suisse (Cass.com.21 juin 2011, n°09-72.788).

- **Obligation de conseil d'une société de bourse : charge de la preuve**

Un particulier signe une convention de compte titres et un contrat de conseil prévoyant l'obligation pour une société de bourse, contre rémunération, de conseiller le particulier dans le choix de ses investissements. Suite à des pertes enregistrées dans les investissements effectués, le particulier engage la responsabilité de la société de bourse pour manquement de celle-ci à son obligation de conseil et d'information. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait rejeté la demande d'indemnisation du particulier au motif qu'il n'avait pas précisé les opérations sur lesquelles la société de bourse avait failli à son obligation d'information et de conseil, mettant la Cour dans l'impossibilité de déterminer, opération par opération, le défaut de conseil ou d'information. La Cour de cassation rappelle que c'est à celui qui est contractuellement tenu d'une obligation particulière de conseil de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation (Cass.com. 22 mars. 2011, n°10-13727).

► Consommation

- **Promotions commerciales : la loi n°2011-525 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit**

Cette loi du 17 mai 2011, entrée en vigueur le 19 mai 2011, apporte des modifications à certaines dispositions du Code de la consommation dans un objectif d'harmonisation avec les dispositions de la directive n°2005/29 du 11 mai 2005, telles qu'interprétées par la Cour de Justice de l'Union européenne. Les modifications apportées concernent notamment les loteries commerciales, les ventes avec prime et les ventes jumelées, qui ne sont désormais interdites que si elles revêtent un caractère déloyal et constituent une pratique commerciale déloyale (articles L 121-6, L 121-35 et L 122-1 du Code de la consommation). En outre, la définition de la vente forcée est modifiée : sont constitutives de vente forcées les ventes et prestations de services sans commande préalable, sauf lorsqu'il s'agit d'un bien ou d'un service de substitution (article L 122-12 du Code de la consommation).

- **Résiliation des contrats renouvelables par tacite reconduction : application de l'obligation d'information prévue par la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 aux « non-professionnels »**

Un syndicat de copropriétaires conclut un contrat d'entretien pour une durée d'un an, reconductible de plein droit à l'expiration de chaque période contractuelle d'un an. La Cour de cassation casse le jugement rendu par une juridiction de proximité qui avait conclu à la non application aux personnes morales des dispositions protectrices de la loi susvisée (article L 136-1 du Code de la consommation), obligeant les prestataires de services à informer par écrit les consommateurs et non-professionnels au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite (Cass.com. Cass. 1er civ. 23 juin 2011, Syndicat des copropriétaires X. c./Sté Somainnet).