

SOMMAIRE :

Les propositions du groupe de travail présidé par Madame Marie-Dominique Hagelsteen concernant « *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente* »

Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson p. 1

Les propositions de la Commission pour la libération de la croissance française en matière de concurrence et relations commerciales

Jean-Christophe Grall et Alexandre Rios p. 8

Réforme du Code de la consommation : avènement des pratiques commerciales déloyales

Emmanuelle Bordenave-Marzocchi p. 13

La Cour d'appel de Paris réforme en grande partie la première décision rendue par le Conseil de la concurrence en 2007 en matière d'ententes

Benoît Laurin p. 16

Modifications législatives récentes en matière de contrefaçon de droits de propriété intellectuelle

Emmanuelle Laur-Pouëdras p. 18

Revirement de la Cour de cassation en matière de sous-traitance internationale

Eleonore Camilleri p. 20

Le Conseil de la concurrence précise les conditions d'application des dispositions de l'article L. 420-5 du Code de commerce

Louis-Gabriel Masson p. 22

Secteur des appareils de sanitaire chauffage plomberie climatisation : suite et fin - Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008

Clémence Ducros p. 24

L'actualité communautaire de la concurrence

Alexandre Rios p. 26

Le CNE : chronique d'un contrat en voie d'extinction

Emmanuelle Tibi p. 29

Quelques informations p. 31

Les propositions du groupe de travail présidé par Madame Marie-Dominique Hagelsteen concernant « *La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente* »

Par Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson

Le 7 février 2008, le groupe de travail présidé par Mme Marie-Dominique Hagelsteen, Conseiller d'Etat et ancienne Présidente du Conseil de la concurrence, a présenté son rapport au Ministre de l'économie et au Secrétaire d'Etat chargé de la consommation, sur la négociabilité des tarifs et des conditions de vente.

Les travaux de ce groupe de travail viennent compléter les réflexions de la Commission pour la libération de la croissance française, dite « *Commission Attali* », qui a notamment préconisé dans son rapport déposé le 23 janvier 2008 :

- l'instauration de la liberté tarifaire¹,
- l'abrogation des dispositifs du Code de commerce qui font obstacle à la libre négociation des conditions commerciales entre fournisseurs et distributeurs²,
- l'abrogation des dispositions des lois « *Royer* » et « *Raffarin* » concernant la réglementation de l'urbanisme commercial³.

Les travaux du groupe de travail présidé par Mme Hagelsteen s'inscrivent clairement dans la

(1) Proposition n°202 du Rapport rendu par la « *Commission Attali* »
(2) Proposition n°204 du Rapport rendu par la « *Commission Attali* »
(3) Proposition n°205 du Rapport rendu par la « *Commission Attali* »

perspective d'une prochaine réforme législative d'envergure concernant les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

Cette réforme viendrait en complément de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite loi «*Chateb*», qui a notamment modifié le mode de détermination du seuil de revente à perte (article L.442-2 du Code de commerce) et la contractualisation des négociations commerciales (article L.441-7 du Code de commerce).

Partant du constat que les réformes législatives successives concernant les pratiques restrictives de concurrence visées au Titre IV du Livre IV du Code de commerce ont contribué à une augmentation des prix de vente aux consommateurs par le gonflement des «*marges arrière*» (1), le groupe de travail présidé par Mme Hagelsteen propose de rendre négociable les conditions générales de vente et tout particulièrement les tarifs (2), et d'accompagner cette réforme de mesures complémentaires (3).

I. Un constat : le gonflement des «marges arrière» a été favorisé par la réglementation des pratiques restrictives

Le rapport Hagelsteen considère que les dispositions du titre IV du Livre IV du Code de commerce répondent à une logique de protection des producteurs :

*«La logique qui le [le dispositif législatif qui règle-
mente actuellement les pratiques restrictives]
sous-tend est assez simple : elle repose sur le constat
selon lequel il existe, structurellement, en raison de
l'instauration d'une situation oligopolistique du côté
des distributeurs, un rapport de force défavorable
aux producteurs, et en particulier aux petites et
moyennes entreprises.*

*Pour y remédier, le législateur a institué un certain
nombre de mécanismes propres à garantir et contrô-
ler la transparence des relations commerciales.*

Sans contester ce rapport de force défavorable aux fournisseurs, le groupe de travail met en cause l'efficacité des réformes législatives, qui depuis une dizaine d'années ont visé à garantir et contrôler la transparence des relations commerciales, mais ont en fait conduit à un déplacement du centre de gravité de la négociation commerciale du prix d'achat vers la négociation de «marges arrière» (services de coopération commerciale et ristournes conditionnelles) non réintégréables dans le prix de vente aux consommateurs («*PVC*»).

Afin de remédier aux effets pervers induits par ces réformes législatives successives et donc de restituer du pouvoir d'achat aux consommateurs, les lois n° 2005-882 du 2 août 2005, dite loi «*Dutreib*» et n° 2008-3 du 3 janvier 2008 dite «*Loi Chateb*» ont réformé la réglementation incriminant l'interdiction de la revente à perte, dispositions qui permettent aujourd'hui à un distributeur de réintégrer dans ses PVC l'ensemble de la «*marge arrière*», à savoir tous les avantages financiers obtenus de ses fournisseurs dans le cadre de la négociation commerciale. Parallèlement, ces deux réformes législatives ont également défini un formalisme plus strict encadrant la fourniture de services de coopération commerciale et de services distincts au sens des dispositions de l'article L.441-7 du Code de Commerce.

Toutefois, le groupe de travail constate que les lois précitées n'ont pas mis fin à «*la préférence des acteurs pour une négociation sur les marges arrière plutôt que sur l'avant*».

Aussi, le groupe de travail présidé par Mme Hagelsteen impute-t-il l'absence de diminution des «*marge arrière*» aux dispositions légales réformées par les lois «*Dutreib*» et «*Chateb*» concernant la revente à perte notamment, mais également à l'absence de négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente.

Plus exactement, alors qu'une certaine négociabilité serait permise par les dispositions actuelles du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, i) du fait qu'aucune disposition législative ne prévoit la primauté des CGV sur les CGA, ii) du fait qu'une différenciation des conditions générales de vente entre différentes catégories d'acheteurs est autorisée par la loi, iii) et du fait que des conditions particulières de vente, dérogoires aux CGV peuvent être négociées entre un fournisseur et un distributeur, cette négociabilité potentielle a été privée d'effets pour les raisons suivantes :

- L'interdiction des pratiques discriminatoires abusives prévue par les dispositions de l'article L.442-6-I-1° aurait freiné la différenciation tarifaire permise par les dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce.
- La non négociabilité des CGV induite par la conjonction des dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce et de l'article L.442-6-I-1°, aurait réduit la concurrence entre les distributeurs. Elle aurait par ailleurs favorisé le développement ou le maintien d'ententes entre les fournisseurs en accroissant la transparence tarifaire. En outre, en empêchant la négoc-

ciation individualisée des tarifs, elle aurait incité les fournisseurs et les distributeurs à privilégier la négociation de «marges arrière», non réintégréables dans le prix de vente aux consommateurs.

Aussi, afin de remédier à ces inconvénients, à l'instar de la «Commission Attali», le groupe de travail Hagelsteen propose donc de modifier les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce en instaurant en particulier une négociabilité des tarifs.

II. Proposition d'instauration d'une négociabilité effective des tarifs et des conditions générales de vente par la modification des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce :

Le groupe de travail propose d'instaurer une négociabilité effective des tarifs et des conditions générales de vente en modifiant les dispositions de l'article L.441-6 (2.1), en supprimant concomitamment les dispositions de l'article L.442-6-I-1° relatives à l'interdiction «*per se*» de la discrimination abusive, et en modifiant de manière accessoire les autres dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce interdisant les pratiques restrictives abusives (2.2).

2.1. Les modifications préconisées concernant l'article L.441-6 du Code de commerce sont minimales dans leur formulation, mais pas dans leurs effets :

Le groupe de travail réaffirme que les conditions générales de vente devraient demeurer le «*socle de la négociation commerciale*» :

«Instaurer la négociabilité tarifaire directe ne suppose ni la suppression des conditions générales de vente, ni même la suppression de l'affirmation selon laquelle elles constituent «le socle de la négociation commerciale», affirmation à laquelle les fournisseurs sont très attachés, pour des raisons autant symboliques que juridiques».

Néanmoins le groupe de travail pointe du doigt la nécessité d'instaurer une négociabilité des conditions de vente et en particulier des tarifs, et préconise pour ce faire :

✓ S'agissant des conditions catégorielles de vente : la suppression du renvoi par l'article L.441-6 du Code de commerce à un décret pour préciser les différentes catégories d'acheteurs entre lesquelles un fournisseur peut procéder à une différenciation de ses conditions de vente :

«S'agissant des conditions générales de vente proprement dites, qui restent soumises à une obliga-

tion de communication, la seule modification proposée consiste à supprimer, à l'article L.441-6, tout renvoi à un décret pour préciser les critères selon lesquelles peuvent être déterminées les différentes catégories d'acheteurs. On a vu que le pouvoir réglementaire a dû renoncer à prendre un tel texte. Il semble préférable de maintenir, dans la loi, le principe d'une faculté, pour le producteur, de différencier ses conditions générales de vente selon les catégories d'acheteurs, en lui laissant toute marge de manœuvre pour définir ces catégories».

On notera que, sur ce point, le groupe de travail s'inscrit pleinement dans la logique de l'avis n°07-D-01 du 12 avril 2007 de la Commission d'examen des pratiques commerciales⁴ qui avait estimé qu'un décret définissant les différentes catégories d'acheteurs ne pourrait qu'être inadapté compte tenu de la trop grande variété des situations particulières de chaque acheteur et contribuerait inutilement à rigidifier la négociation commerciale, ce que l'on ne peut que pleinement approuver.

«Il résulte, ainsi, de l'examen auquel la commission a procédé de la question qui lui a été soumise que les décrets qui seraient susceptibles d'être pris en application de l'article 41 de la loi en faveur des PME n'apparaissent pas apporter la sécurité juridique nécessaire aux opérateurs économiques, ni être souhaitable économiquement».

✓ S'agissant des conditions particulières de vente (CPV) : la suppression de l'exigence d'une contrepartie spécifique à toute condition particulière de vente :

Le groupe de travail se montre favorable au développement de la négociabilité des conditions générales de vente et des tarifs en supprimant l'exigence pour un fournisseur qui accorde des CPV à un distributeur, de justifier du fait que ce dernier lui a accordé une contrepartie spécifique :

«Il existe d'ores et déjà un instrument qui pourrait permettre de passer des conditions générales de vente aux conditions issues de la négociation : il s'agit des conditions particulières de vente. Mais ces conditions, dans la rédaction actuelle de l'article L.441-6, doivent être «justifiées par la spécificité des services rendus» et on a vu qu'elles étaient, jusqu'à présent, peu utilisées.

Or le producteur, dans le respect du droit de la concurrence tant national que communautaire,

⁴ CEPC, Avis N° 07-01 du 12 avril 2007, relatif à l'encadrement de la différenciation tarifaire tel que prévu par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME

doit être libre de moduler ses tarifs en fonction de l'intérêt relatif que présente, pour lui, le fait de vendre à un distributeur plutôt qu'à un autre, sans que cette différence doive nécessairement être justifiée au regard de critères plus ou moins objectifs.

Il convient donc de conserver dans la loi la notion de conditions particulières de vente, non soumises à l'obligation de communication, tout en supprimant les conditions auxquelles le texte actuel subordonne leur mise en œuvre.

La réforme proposée a pour objectif de pouvoir accorder des conditions particulières de vente à tout client qui le souhaitera, sans qu'une contrepartie liée aujourd'hui à la spécificité de la relation commerciale entretenue entre le fournisseur et le distributeur, ne soit exigée.

Une telle modification de l'article L.441-6 va donc logiquement dans le sens de l'ouverture de la négociation commerciale, ne la subordonnant pas à la démonstration de l'existence d'une contrepartie réelle, objective, effective à la dérogation tarifaire ou, plus encore, à l'octroi d'une réduction de prix supplémentaire, dont le principe n'était pas même inscrit dans les conditions de vente du fournisseur.

⇒ **La réforme législative qui est ainsi proposée vise clairement et explicitement à privilégier la négociation individualisée à la transparence tarifaire.**

Les conditions particulières de vente n'ayant surtout pas à être communiquées à ses autres clients qui pourraient en faire la demande, il est bien évident que si les propositions de réforme du groupe de travail sont adoptées par le législateur demain, il sera désormais très difficile à un client/distributeur de savoir quelles sont, in fine, les conditions tarifaires qui ont pu être accordées à l'un de ses concurrents et ce, même avec une très grande lisibilité de l'accord commercial qui se traduira potentiellement par une diminution plus ou moins grande du seuil de revente à perte pour le distributeur.

Il est pour l'heure difficile de prévoir l'impact réel d'une telle diminution de la transparence tarifaire sur les rapports entre fournisseurs et distributeurs, et indirectement, sur les prix de vente aux consommateurs.

2.2. Les modifications législatives préconisées concernant les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce

2.2.1. La discrimination serait désormais possible entre opérateurs économiques concurrents et ce, sans aucune nécessité

de justifier de quoi que ce soit ; ce serait donc la fin de l'interdiction de la discrimination abusive prévue par l'article L.442-6-I-1° actuel.

Concomitamment aux modifications de l'article L.441-6 exposées ci-dessus, **le groupe de travail préconise une suppression pure et simple de l'incrimination «per se» de la discrimination abusive** prévue par les dispositions de l'article L.442-6-I-1° qui prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur le fait :

«de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achats discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence».

Le groupe de travail rappelle que cette interdiction équivaut à une **interdiction «per se»** dans la mesure où la preuve d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence n'est pas nécessaire pour que la discrimination abusive soit sanctionnée, l'avantage ou le désavantage étant présumé dès lors que la pratique discriminatoire est établie, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation⁵.

Selon le groupe de travail, *«ces dispositions interdisent donc toute modulation tarifaire non justifiée par des contreparties et il ne suffit pas que des contreparties existent : elles doivent être proportionnées. De plus, il doit exister un lien étroit entre les avantages consentis et les contreparties réelles».*

Or, les modifications préconisées concernant les dispositions précitées de l'article L.441-6 du Code de commerce auraient précisément pour objet de permettre aux fournisseurs de moduler leur tarifs et leurs conditions de vente sans avoir à justifier de l'existence de contreparties objectives.

Aussi, afin de rendre effective la négociabilité des tarifs et des conditions de vente, le groupe de travail Hagelsteen préconise-t-il une **suppression pure et simple des dispositions de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce**, tout en précisant que **la discrimination, dès lors qu'elle serait constitutive d'une pratique anticoncurrentielle (entente ou abus de position dominante) continuerait bien entendu et de plus fort, de pouvoir être sanctionnée sur le fondement des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce :**

⁵ Cf. Chambre commerciale de la Cour de cassation, 6 avril 1999, pourvoi n°97-11288.

«Il va de soi que la suppression de l'interdiction «per se» des discriminations ne fait pas obstacle à l'application des autres principes qui gouvernent les relations commerciales et, notamment, des dispositions du droit de la concurrence nationales ou communautaires qui prohibent les pratiques discriminatoires lorsqu'elles résultent d'une entente ou d'un abus de position dominante».

C'est donc bien la fin de la discrimination abusive qui est dans la ligne de mire du gouvernement, infraction que l'on connaissait dans le droit français depuis 1958 (pour les plus anciens, on se souviendra de l'application de la loi «Royer» du 27 septembre 1973, dont le non respect était pénalement sanctionné!) et plus récemment depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, plus connue sous le nom d'ordonnance «Balladur».

⇒ **Négocier demain un tarif devrait donc être possible et ce, sans aucune justification à donner quant à la dérogation accordée/obtenue!**

Or négocier un tarif signifie permettre à un client de remettre en cause le prix «*Tarif*» inscrit dans la structure tarifaire de l'industriel et, partant de là, d'aboutir à une remise en cause in fine de la structure des coûts et des marges de l'industriel qui a déterminé son prix de revient industriel puis l'a augmenté d'une marge pour déterminer un prix de vente à ses clients.

Mais négocier un prix «*Tarif*» ne signifie pas pas obtenir par ailleurs une remise promotionnelle (à titre d'exemple), une ristourne de fin d'année, une ristourne de progression, etc.

En outre, négocier un prix «*Tarif*», ce n'est pas interdire l'octroi d'une rémunération à un distributeur/prestataire de service au titre de services relevant de la coopération commerciale ou de services distincts.

Trois questions se posent en conséquence avec une particulière acuité si la négociabilité des tarifs préconisée par le groupe de travail est instaurée :

⇒ Négocier un prix «*Tarif*» signifie-t-il en revanche que l'on pourrait ni plus ni moins que négocier un prix de gré à gré, intégrant globalement la négociation du tarif et les différentes remises et ristournes consenties, aboutissant ainsi à un prix dit de «*cession*» de gré à gré, comme ceci est d'ores et déjà pratiqué dans certaines industries certes éloignées de la grande distribution et du commerce des produits de grande consommation ?

⇒ Est-ce à dire alors que la loi permettrait implicitement de porter sur la facture un prix

négocié, sans avoir à mentionner le prix «*Tarif*» dégradé de la première négociation qui porterait sur ce prix lui-même, en premier lieu, et des différents avantages tarifaires au sens de remises et de ristournes, en second lieu ?

⇒ Ne serait-ce pas là alors, indirectement, une remise en cause des dispositions impératives, pénalement sanctionnées, de l'article L.441-3 du Code de commerce, qui font obligation à tout opérateur économique de porter sur sa facture de vente le prix «*Tarif*» et les différents avantages tarifaires venant dégrader celui-ci ?

Nous pourrions dès lors arriver à une négociation de prix nets et exclusivement de prix nets, comme cela se produit dans de nombreux pays !

2.2.2. Les autres modifications législatives proposées concernant les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce

Tout d'abord, le groupe de travail rappelle la nécessité de conserver les dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce⁶, relatives aux pratiques restrictives, et en particulier les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce, qui assure une protection aux acteurs les plus faibles de la négociation commerciale :

«Les dispositions en cause fournissent en effet aux parties, à l'administration et au juge, une grille de lecture qui présente l'avantage de la clarté et de l'accessibilité, ceci d'autant plus que certains items ont donné lieu à une jurisprudence relativement abondante. Tel est le cas, en particulier, du 5°, relatif à la rupture brutale des relations commerciales. L'interdiction ainsi édictée a montré son utilité et a été en cause dans 35 des 85 décisions juridictionnelles rendues entre le 1er janvier 2004 et le 31 décembre 2007. Elle porte sur un point particulièrement sensible des relations entre fournisseurs et distributeurs et dont l'importance est également soulignée à l'étranger».

Le groupe de travail préconise en outre quelques modifications concernant les dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce, par souci de cohérence avec les propositions concernant l'instauration d'une négociabilité des tarifs et des CGV, dans le but affirmé de faire diminuer les «*marges arrière*» :

(6) Voir notamment la deuxième partie du Rapport intitulée «Une suppression pure et simple du Titre IV ne paraît pas souhaitable».

✓ S'agissant des dispositions de l'article L.442-6-I-2° b) concernant l'abus de dépendance économique :

«Il est suggéré de supprimer dans ces dispositions la référence à des «conditions commerciales injustifiées», en ne conservant plus que la mention des obligations injustifiées. Il convient en effet d'éviter que les dispositions du b) ne puissent être utilisées, le cas échéant, pour limiter la négociabilité des tarifs».

✓ S'agissant des dispositions de l'article L.442-6-I-4° :

«La seule modification proposée, à court terme, tend donc à aménager la rédaction du 4°, par souci de coordination avec l'adaptation proposée pour l'article L.441-6. Le 4° prohibe le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions «manifestement dérogoatoires aux conditions générales de vente».

[Or], la négociabilité des conditions générales de vente implique la possibilité de dérogations ; ce sont, en revanche, les abus qu'il convient de saisir, indépendamment de toute référence aux conditions générales de vente».

✓ S'agissant des dispositions de l'article L.442-6-II relatif aux clauses «noires» prohibées au titre des dispositions de l'article L.442-6-I, le groupe de travail propose d'ajouter une **interdiction des clauses prévoyant «l'obligation, pour le fournisseur, de faire bénéficier, automatiquement le distributeur des conditions éventuellement plus favorables consenties à ses concurrents.**

Cette application aux relations commerciales d'une sorte d'équivalent de la clause de la nation la plus favorisée est incompatible avec la logique de la réforme projetée».

✓ S'agissant des sanctions prévues par les dispositions de l'article L.442-6-III

Afin de renforcer le caractère dissuasif de l'amende civile susceptible d'être prononcée à l'encontre d'une société qui serait sanctionnée sur le fondement des dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce, **le groupe de travail préconise que l'amende civile soit désormais calculée en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise sanctionnée et que les juridictions puissent ordonner la publication judiciaire de la décision :**

«Il apparaît toutefois que le montant de l'amende civile susceptible d'être infligé aux auteurs de pratiques prohibées est encore insuffisamment dissuasif. Or, une augmentation du montant des

sanctions encourues en cas de pratiques abusives est cohérente avec l'instauration d'un système qui laissera aux partenaires commerciaux plus de souplesse et de latitude dans leurs négociations. Il est donc proposé de s'inspirer des dispositions relatives aux sanctions prononcées par le conseil de la concurrence, avec un plafond fixé non pas en valeur absolue, mais en proportion du chiffre d'affaires de l'entreprise (5 % du chiffre d'affaires réalisé en France), et la possibilité ouverte à la juridiction d'ordonner la publication ou l'affichage de sa décision».

Il est certain que le plafond de l'amende actuelle apparaît peu dissuasif (il s'élève **toutefois à 2.000.000 €, mais l'amende maximale prononcée s'établit à 500.000 € à ce jour**), toutefois conviendrait-il encore que les juges des Tribunaux de commerce soient suffisamment sensibilisés à ce type de dossier et à leur impact très négatif, pour qu'ils prononcent des condamnations pécuniaires fortes et donc dissuasives.

Or, nous savons que le juge du commerce, contrairement au juge pénal, n'a pas été formé culturellement au prononcé d'amendes ; il y est même assez réticent.

✓ S'agissant des contrôles effectués par la DGCCRF :

Le groupe de travail invite les pouvoirs publics à mener une réflexion sur un **redéploiement de l'action de la DGCCRF** afin de mieux contrôler l'application des dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce, sans pour autant cesser de contrôler la «fausse» coopération commerciale et la réalité des services.

✓ **Le groupe de travail propose par ailleurs que soit donnée aux juridictions la possibilité de consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales** pour que celle-ci apporte un éclairage utile concernant les pratiques visées à l'article L. 442-6 du Code du commerce.

III. Les mesures complémentaires préconisées par le groupe de travail

Rappelant que la négociabilité des tarifs n'est préconisée que pour que la diminution des prix d'achat attendue d'une telle mesure soit repercutée aux consommateurs, le groupe de travail préconise l'adoption de mesures complémentaires visant à accroître la concurrence entre les distributeurs et permettre ainsi une baisse effective des prix aux consommateurs.

Ces mesures complémentaires visent :

✓ **L'allègement de la législation relative à l'équipement commercial**

A l'instar du Conseil de la concurrence dans son avis n°07-A-12 concernant la législation relative à l'équipement commercial, et à l'instar de la Commission pour la libération de la croissance française⁷, le groupe de travail constate que les dispositions législatives issues des lois Royer et Raffarin, concernant l'équipement commercial ont «*entravé l'entrée et la montée en puissance d'enseignes et de formats de vente susceptibles de remettre en cause les positions établies et de développer ainsi la concurrence dans le secteur de la distribution*».

Aussi préconise-t-il une réforme de ces dispositions sans en proposer l'abrogation, contrairement à la «*Commission Attali*» :

«Une réforme en profondeur des lois Royer et Raffarin doit donc être mise en place. Elle pourrait prendre la forme d'une réforme des Commissions départementales d'équipement commercial et de leurs critères d'examen des projets, de manière à ce qu'elles les évaluent à l'aune de préoccupations exclusivement pro-concurrentielles, urbanistiques ou environnementales».

✓ **Le contrôle des opérations de concentrations et/ou le renforcement du contrôle par le Conseil de la concurrence des abus de position dominante locaux dans le secteur de la distribution :**

La Commission de libération de la croissance française a proposé dans son rapport d'abaisser les seuils de notification ex ante des opérations touchant le secteur de la distribution et du commerce de détail⁸.

Le groupe de travail présidé par Mme Hagelsteen reprend cette proposition à son compte en préconisant qu'un système de contrôle des concentrations particulier soit éventuellement appliqué au secteur de la

distribution.

Le groupe de travail préconise également que le Conseil de la concurrence ait la faculté d'ordonner des injonctions structurelles en cas d'abus de position dominante sur une zone de chalandise, à l'instar de ce qu'avait proposé la «Commission Attali»⁹.

✓ **La mise en place d'un cadre permettant de rééquilibrer les relations entre les fournisseurs et les distributeurs.**

Conscient des déséquilibres dans les relations entre fournisseurs et distributeurs que pourrait provoquer l'instauration d'une négociabilité de conditions générales de vente et des tarifs et donc afin de promouvoir la «*pacification des relations commerciales*», le groupe de travail propose la rédaction d'un «*guide de bonne conduite*» qui pourrait traiter des questions de délais de paiement, des pénalités de retard de livraison, du contenu des CGA, etc.

Pour assurer le respect de ce code de bonne conduite, le groupe de travail propose de recourir à l'arbitrage tout en confiant à la DGCCRF la mission de surveiller la mise en œuvre de ce code et de publier chaque année la liste des magasins ne le respectant pas.

Qu'il nous soit permis de s'interroger sur les vertus «*rééquilibrantes*» de telles mesures, dépourvues de caractère normatif !

⁽⁷⁾ Cf. Proposition n°205 de la Commission pour la libération de la croissance française le 23 janvier 2008.

⁽⁸⁾ Cf. Proposition n°206 de la Commission pour la libération de la croissance française le 23 janvier 2008

⁽⁹⁾ Cf. Proposition n°207 de la Commission pour la libération de la croissance française le 23 janvier 2008.

Les propositions de la Commission pour la libération de la croissance française en matière de concurrence et relations commerciales

Par Jean-Christophe Grall et Alexandre Rios

Le 23 janvier 2008, la Commission pour la libération de la croissance française (ci-après : «*la Commission Attali*») a rendu son rapport final contenant 316 propositions ou «*décisions*» destinées à «*constituer autant de réformes majeures pour «changer la France»*».

D'emblée, le rapport énumère vingt décisions fondamentales organisées autour de huit ambitions qui illustrent la volonté d'ensemble du rapport.

Parmi celles-ci on trouve la «*proposition 7*» qui a notamment pour objet de «*Réduire les délais de paiement des PME par l'Etat et par les grandes entreprises*». Cette décision répond à l'ambition d'«*Améliorer la compétitivité des entreprises françaises, en particulier des PME*».

On trouve également la «*proposition 13*» qui a pour objet d'«*aider les commerçants et les fournisseurs indépendants à prendre part efficacement à la concurrence tout en restaurant complètement la liberté des prix et de l'installation de tous les acteurs de la distribution, de l'hôtellerie et du cinéma, dans le cadre des plans d'urbanisme*».

Ces propositions de fond, l'une concernant les délais de paiement (I), l'autre concernant le commerce et la concurrence en général (II), fondent une série de propositions détaillées dans le reste du rapport et résumées ci-après, étant précisé que certaines d'entre elles ont déjà été entérinées par le législateur à la faveur de la loi «*Chateaubriand*».

I. Les délais de paiement

Afin d'aider les TPE et les PME, la Commission Attali fixe l'objectif de veiller très strictement au respect des délais de paiement. La Commission Attali rappelle en effet que les délais de paiement sont particulièrement élevés en France (66 jours en moyenne ; 120 jours pour la grande distribution) et constate que seules 11 % des entreprises françaises facturaient en 2006 des retards de paiement à leurs clients, sous forme de pénalités. Cette situation affecte l'accès au crédit des TPE et PME.

Pour résoudre cette situation, la Commission propose d'«*imposer (par la loi et si nécessaire par ordonnance) le paiement aux PME à moins de 30 jours à compter de la date de livraison*».

La Commission propose également d'imposer la publication des délais de paiement des groupes cotés.

II. Le développement et l'organisation de la concurrence

Pour «*étendre et mieux organiser la concurrence*», la Commission Attali propose notamment de créer une autorité de la concurrence unique et indépendante (A), de donner plus de pouvoir aux consommateurs en instaurant une action de groupe (B) et de lever les barrières dans la distribution (C).

A. Créer une autorité de la concurrence unique et indépendante

L'instauration d'une autorité de la concurrence unique et indépendante vise à organiser un système de contrôle plus simple et performant, décliné en quatre propositions.

1. Attribuer à une Autorité de la concurrence le contrôle concurrentiel des opérations de concentration

Le rapport souligne que le contrôle des concentrations confié au ministre de l'économie «*entretient la suspicion : l'analyse du ministre [s'exposant] en effet à la critique de dissimuler des considérations extérieures à la concurrence derrière un raisonnement concurrentiel, comme l'a souligné l'OCDE. Cela nuit considérablement à la crédibilité des décisions de concentration et rejaillit sur l'influence des autorités de concurrence françaises, tant auprès de nos partenaires européens que vis-à-vis de la Commission européenne*».

La Commission propose en conséquence de confier l'appréciation de l'intégralité du bilan concurrentiel à l'Autorité de concurrence indépendante (nouvelle) à laquelle seront notifiées les opérations. De son côté, le ministre de l'économie, à l'instar de ses homologues allemand et espagnol, restera en charge du bilan économique et social et aura la faculté de passer outre la décision de l'Autorité de la concurrence en invoquant de façon motivée et transparente d'autres raisons d'intérêt général de nature à prévaloir sur la logique concurrentielle.

2. Accroître l'efficacité de la procédure d'investigation antitrust en intégrant les enquêteurs au sein de l'Autorité de la concurrence

Le rapport souligne qu'en France, à la différence de la quasi-totalité des autres Etats membres de l'Union européenne, l'enquête et l'instruction antitrust ne sont pas menées par les mêmes personnes, la première étant confiée à la DGCCRF et la seconde étant confiée au Conseil de la concurrence.

La Commission estime que les activités d'enquêtes et d'instruction sont indissociables et propose donc de réunir les deux volets de l'investigation « pour éviter tout risque de suspicion » et de les confier à l'Autorité de la concurrence. Cette dernière intégrera par conséquent en son sein les enquêteurs antitrust de la DGCCRF.

3. Autoriser l'Autorité de la concurrence à donner sur sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels de mesures législatives et administratives

Cette proposition vise à permettre à l'Autorité de la concurrence de s'autosaisir, pour avis, de projets législatifs et réglementaires.

4. Permettre à l'autorité de la concurrence de se concentrer sur les dossiers les plus importants

La Commission Attali estime que :

« À la différence des autres autorités de concurrence à l'étranger, le Conseil de la concurrence est aujourd'hui tenu d'instruire toutes les affaires contentieuses qui lui sont soumises, y compris dans les cas où les comportements dénoncés ne portent pas d'atteinte substantielle au fonctionnement du marché en cause. L'Autorité devrait pouvoir concentrer ses ressources d'instruction sur les affaires qui lui paraissent prioritaires du point de vue du maintien de l'ordre public concurrentiel ».

Elle semble ainsi ignorer la consécration de la notion d'effet sensible inscrite depuis la loi NRE à l'article L.464-6-1 du code de commerce.

B. Donner plus de pouvoir aux consommateurs : les actions de groupe

La Commission Attali propose d'introduire l'action de groupe en droit français selon les modalités suivantes :

■ *Réserver l'introduction des actions de groupe à des associations de consommateurs agréées pour une période déterminée par le ministre en charge de l'Économie et des Finances ;*

■ *Prévoir, en cas de procédure abusive, le remboursement par les demandeurs des dommages subis par la défense ;*

■ *Désigner de manière limitative les juridictions compétentes pour traiter ces contentieux ;*

■ *Énoncer le principe selon lequel seuls les consommateurs ayant choisi d'adhérer à l'action de groupe pourront y participer ;*

■ *S'assurer que toute transaction soit homologuée après examen par le tribunal compétent.»*

Il s'agit par conséquent d'une action de groupe type «*opt-in*» (seuls les consommateurs ayant choisi d'adhérer à l'action seront parties), type a priori le plus respectueux de la tradition juridique française selon laquelle «*nul ne plaide par procureur*».

C. Lever les barrières dans la distribution

La Commission Attali estime dans son rapport que les réglementations actuelles réduisent considérablement le potentiel de la distribution et le commerce de détail en termes de pouvoir d'achat, de croissance et d'emploi :

« Plus précisément, les lois Galland et Royer-Raffarin ont eu pour effet d'empêcher ou de rendre plus coûteuse l'implantation de nouvelles entreprises de distribution et ont considérablement réduit la concurrence entre les enseignes existantes. Elles ont ainsi contribué au maintien de prix élevés, qui ont freiné le niveau de l'activité économique, réduisant les perspectives de croissance et les embauches ».

S'agissant de la loi Galland, le rapport estime que :

« [Les marges arrière] ne pouvant bénéficier aux consommateurs (puisqu'elles ne sont pas retranscrites sur le prix de facturation du fournisseur et que leur intégration dans le prix de vente au consommateur constituerait une pratique de vente à perte), elles ont contribué à une diminution de la concurrence entre distributeurs et entre fournisseurs, et donc à une hausse significative des prix ».

S'agissant de la loi Raffarin, le rapport énonce que, en abaissant le seuil de surface de vente au-dessus duquel une autorisation d'implantation doit être demandée, cette loi :

« a particulièrement entravé le développement des grandes surfaces de type maxi-discount au moment même où ce format de vente commençait à séduire les consommateurs ».

Le rapport ajoute que :

« [La loi Raffarin] a également facilité la constitution de positions dominantes locales. En 2004, les quatre premiers groupes détenaient

66 % de parts de marché. Or, le niveau des prix des produits de marque est d'autant plus faible qu'il existe plusieurs enseignes d'hypermarchés au sein de la zone de chalandise, tandis que le prix des marques de distributeurs est plus bas si les enseignes sont concurrencées par des enseignes de maxi-discount».

Le rapport poursuit en énonçant que les lois Galland, Royer et Raffarin :

«ont réduit la concurrence sur ce secteur, entraînant une hausse des prix et une baisse du pouvoir d'achat. Sur la compétitivité, les lois Galland, Royer et Raffarin ont peu incité les acteurs du secteur à l'innovation et à l'accroissement de leur productivité. En effet, le manque de concurrence entre les enseignes existantes (du fait de la loi Galland) et les obstacles à l'entrée (du fait des lois Royer-Raffarin) n'ont pas incité les entreprises à réaliser les investissements nécessaires».

S'agissant des fournisseurs et de la petite distribution, le rapport énonce que :

«Le régime réglementaire adopté en 1996 [...] n'a pas empêché la concentration de la plupart des activités de distribution entre des opérateurs puissants : les fournisseurs filiales de groupe constituent 60 % du chiffre d'affaires de la grande distribution, lui-même réalisé à plus de 80 % par des hypermarchés et des supermarchés.

En outre, l'absence de nouvel entrant sur le marché français du commerce de détail a créé un rapport de force favorable aux enseignes existantes dans leurs négociations avec les fournisseurs indépendants, notamment les plus petits d'entre eux contraints d'accepter des conditions tarifaires et de service inéquitables. Les lois Royer-Raffarin ont donc nettement défavorisé les fournisseurs indépendants sans pour autant parvenir à aider les petits établissements de distribution.

Au contraire, la réglementation actuelle a incité les opérateurs à privilégier les ouvertures d'établissements de taille restreinte, qui sont ainsi venus concurrencer le petit commerce de proximité. Les grands opérateurs, pour leur part, sont restés à l'abri des pressions concurrentielles.

Ainsi, sur la période 1992-2004, le nombre de points de vente de surface inférieure à 400 m², tous secteurs confondus, a diminué et le chiffre d'affaires réalisé par ces magasins a même reculé de 42,2 % du total en 1992 à 38,4 % en 2004.

Ces évolutions globales doivent être complétées par la prise en compte du changement de la nature des activités dans le commerce indépendant. Les services (tels que les banques, les agences de téléphonie, de tourisme, et les agences

immobilières) se sont développés aux dépens des petits artisans et magasins de proximité dans le commerce alimentaire.

Les commerces alimentaires, indépendants et de proximité, qui représentent un tiers des points de vente de moins de 400 m² et qui correspondent le mieux au type d'établissement que ces lois souhaitaient défendre, ont vu leur nombre diminuer sur les vingt dernières années et particulièrement depuis 1996».

La Commission prône par conséquent une abrogation des lois Royer, Raffarin et Galland pour (1) baisser les prix à la consommation, (2) créer «plusieurs centaines de milliers d'emplois» et (3) relancer la croissance.

En conséquence, la Commission fixe sept objectifs :

- favoriser un urbanisme commercial de qualité, sous le contrôle des élus ; (1)
- renforcer la capacité concurrentielle du commerce de détail ; (2)
- renforcer la capacité concurrentielle des fournisseurs indépendants ; (3)
- encourager la coopération entre fournisseurs indépendants ; (4)
- instaurer le principe de liberté tarifaire dans la distribution et le commerce de détail, en levant les interdictions dites de «revente à perte» et de discrimination tarifaire ; (5)
- instaurer la libre négociation des conditions commerciales ; (6)
- instaurer la libre entrée sur le marché ; (7) et
- renforcer le contrôle des règles de concurrence dans une zone locale de chalandise (8).

1. Favoriser un urbanisme commercial de qualité, sous le contrôle des élus

Pour favoriser un urbanisme commercial de qualité, la Commission propose les mesures suivantes :

- a. permettre aux élus de mieux utiliser les Schémas de cohérence territoriale (SCOT) et les Plans locaux d'urbanisme (PLU) ; et
- b. intégrer dans les plans locaux d'urbanisme des obligations de diversité commerciale en faveur des commerces de détail ou de proximité.

2. Renforcer la capacité concurrentielle du commerce au détail

Pour renforcer la capacité concurrentielle du

commerce au détail, la Commission propose les mesures suivantes :

- a. concéder aux commerçants isolés la gestion de certains services publics de proximité ;
- b. permettre aux communes et agglomérations d'opérer un «*remembrement commercial*», de manière à favoriser le regroupement géographique des commerces de détail dans les centres-villes ou certains quartiers périphériques ; et
- c. augmenter et déconcentrer les aides allouées au commerce de proximité.

3. Renforcer la capacité concurrentielle des fournisseurs indépendants

Pour renforcer la capacité concurrentielle des fournisseurs indépendants, la Commission propose les mesures suivantes :

- a. obliger les grands distributeurs à payer dans un délai de 30 jours maximum après la livraison leurs fournisseurs indépendants (moins de 250 salariés), comme c'est déjà le cas pour les produits frais ;
- b. promouvoir l'image et la qualité des fournisseurs indépendants ;
- c. créer au niveau régional une instance arbitrale entre les distributeurs et les fournisseurs indépendants, afin que chacun puisse faire valoir équitablement ses droits ; et
- d. obliger les enseignes de grande distribution à publier dans leur rapport annuel la part de leurs achats provenant de fournisseurs indépendants.

4. Encourager la coopération entre fournisseurs indépendants

La Commission propose d'encourager et faciliter la constitution d'«*Organisations économiques de producteurs (OEP)*, dans le respect des règles de concurrence, afin d'aider les petites entreprises à accroître leur compétitivité et leur pouvoir de négociation vis-à-vis de la grande distribution».

Ces OEP auraient pour objet «*le partage de certains actifs*» et «*gagneraient à la mise en commun de certaines fonctions liées à la distribution*».

5. Instaurer le principe de liberté tarifaire dans la distribution et le commerce de détail, en levant les interdictions dites (a) de «*revente à perte*» et (b) de *discrimination tarifaire*

- a. **Instaurer la liberté tarifaire.**

Selon la Commission : «*l'instauration de la liberté tarifaire permettra d'augmenter le pouvoir d'achat*

du consommateur et l'offre de produits en magasins grâce à une concurrence accrue dans la distribution. Elle favorisera de même la libre entrée dans le commerce de détail, la distribution, l'hôtellerie-restauration et les salles de cinéma, dynamisant le commerce de détail, l'activité des fournisseurs indépendants et régulant les positions dominantes locales».

b. Lever l'interdiction dite de «*revente à perte*».

La Commission affirme que «*la "revente à perte" n'est en général qu'un prix de connivence entre certains producteurs et certaines grandes surfaces*» et que «*les activités de commerce et de distribution doivent être traitées selon le droit commun de la concurrence*» et qu'en conséquence, «*ne seront donc condamnés que les prix prédateurs pratiqués par une firme en position dominante et ayant pour possible effet d'exclure un ou plusieurs concurrents du marché, sous contrôle de l'Autorité de concurrence*» étant précisé qu'une telle mesure devrait entraîner «*une baisse significative des prix, sans pour autant réduire la capacité de production et de recherche des fournisseurs indépendants*».

Elle estime ainsi que «*les consommateurs, dont la protection ne devra pas être affaiblie, pourront bénéficier de soldes toute l'année*».

6. Instaurer la libre négociation des conditions commerciales

La Commission propose d'abroger les dispositifs du code du commerce qui font obstacle à la libre négociation de conditions commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

Elle affirme que «*la liberté contractuelle permettra aux fournisseurs de vendre à des prix différents à chaque distributeur*», étant précisé qu'«*une fois la différenciation tarifaire autorisée, l'entente entre opérateurs demeurera justiciable de l'article L.420-1 du code du commerce dès lors qu'elle a pour objet d'évincer des opérateurs. De même, l'abus de dépendance économique est régi par l'article L.420-2 2e alinéa du même code. La différenciation ne sera pas par elle-même répréhensible mais uniquement ses abus et son utilisation dans des pratiques anticoncurrentielles*».

La suppression de la discrimination abusive dans le droit français, après cinquante années d'existence, dès lors que les premières dispositions applicables en matière de discrimination remontent à l'année 1958 et avaient pour objectif de protéger le petit commerce (!), devrait permettre l'instauration d'une totale liberté tarifaire induisant dès lors la possibi-

lité de pratiquer des prix de vente différents d'un client à un autre, ce qui est encore à ce jour, susceptible d'être sanctionné civilement, en l'absence d'une contrepartie réelle.

La suppression de la discrimination abusive constituerait ainsi une vraie réforme d'envergure telle que le droit français de la concurrence n'en a pas connu depuis l'ordonnance «*Balladur*» du 1er décembre 1986, sur la liberté des prix et de la concurrence. Elle aurait pour conséquence que tout distributeur pourrait exercer une pression plus ou moins forte sur son fournisseur, cette pression se mesurant à l'aune du poids que représenterait ce distributeur dans le chiffre d'affaires du fournisseur.

Quant au fournisseur, il ne pourrait plus se réfugier derrière la barrière protectrice de la discrimination abusive pour refuser de s'inscrire dans une logique clairement discriminatoire visant à accepter un prix de cession différent d'un distributeur à un autre, d'un client à un autre.

Ce pourrait être, dès lors, la loi du plus fort qui l'emporterait et gageons que, malheureusement, les dispositions protectrices dont le renforcement est voulu et qui auraient pour objet de permettre de mieux sanctionner les abus de puissance d'achat ou de vente, les abus de dépendance économique, voire les abus de position dominante de certains opérateurs de la distribution, ne suffiront pas pour lutter efficacement contre le rapport de force établi entre distributeurs et nombre de producteurs/industriels de taille beaucoup plus modeste.

Mais les distributeurs eux-mêmes auront à pâtir d'une telle situation !

A suivre !

7. Instaurer la libre entrée sur le marché

Pour instaurer cette «*libre entrée sur le marché*», la Commission propose de mettre fin aux lois Royer-Raffarin et de supprimer les procédures d'autorisation actuelles gérées par les commissions départementales d'équipement commercial (CDEC).

8. Renforcer le contrôle des règles de concurrence dans une zone locale de chalandise

Pour renforcer le contrôle des règles de concurrence dans une zone locale de chalandise, la Commission préconise les mesures suivantes :

- a. abaisser les seuils de notification des opérations de concentration touchant le secteur de la distribution et du commerce de détail.

La Commission considère en effet que «*ces seuils sont actuellement très importants par rapport au chiffre d'affaires moyen d'un magasin indépendant et le rachat d'un magasin indépendant, y compris par un groupe de distribution important, peut donc échapper au contrôle des concentrations*».

- b. instaurer un contrôle postérieur grâce au renforcement de l'article L.430-9 du code du commerce.

Selon cet article, le Conseil de la concurrence peut, «*en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre à l'entreprise en cause de modifier, de compléter ou de résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique*».

La Commission estime que «*le Conseil de la concurrence devrait pouvoir prononcer lui-même, en cas d'abus constaté, des modifications de la structure d'entreprises en position dominante. Il pourra ainsi imposer la scission ou la vente forcée de certaines activités, magasins ou surfaces*».

Mieux encore, la Commission estime qu'«il ne paraît pas justifié de limiter l'intervention du Conseil aux abus de position dominante résultant d'opérations de concentration (comme le suggère la formulation de l'article L.430-9) : la possibilité d'intervention du Conseil de la concurrence doit s'étendre à tous les abus de position dominante, quelle que soit leur origine» !

Réforme du Code de la consommation : avènement des pratiques commerciales déloyales

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

La directive 2005/29/CE du parlement européen du 11 mai 2005 «relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur» devait être transposée en droit interne au plus tard le 12 juin 2007 et entrer en vigueur au plus tard le 12 décembre 2007.

Avec un peu de retard, cette transposition a été réalisée par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 «pour le développement de la concurrence au service des consommateurs» ou «*loi Chatel*».

L'article 39 de ladite loi modifie le Code de la consommation pour insérer au titre II du livre Ier du Code un chapitre préliminaire intitulé «*Pratiques commerciales déloyales*».

Ce chapitre préliminaire comprend un seul article, l'article L.120-1, qui définit ce qu'est une pratique commerciale déloyale et sanctionne ce type de pratique.

Ainsi, le nouvel article L.120-1 dispose :

«Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.»

L'interdiction de principe ainsi posée se traduira par des sanctions pénales mais aussi par des sanctions civiles (voir infra).

Cette définition des pratiques déloyales reste vague mais les plaideurs pourront se référer aux définitions contenues dans la directive, notamment aux notions de «*consommateur*», de «*pratiques commerciales*» (qui incluent les actions conduites, démarches ou communications, mais aussi les omissions) ou bien encore d'«*altération substantielle*» ou de «*diligence professionnelle*».

La loi du 3 janvier 2008 distingue parmi ces pratiques commerciales déloyales, les pratiques commerciales trompeuses (section 1 du Code de la consommation) et les pratiques commerciales agressives (section 5 dudit Code).

La directive communautaire prévoyait également une liste noire des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes

circonstances, cette liste unique devant s'appliquer dans tous les Etats membres et ne pouvant être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

Le Code de la consommation ne reprend pas cette liste noire, ce qui semble constituer un manquement de la France dans sa transposition.

Toutefois, il ne fait pas de doute que les justiciables pourront, devant le juge national, se référer à la liste noire de la directive pour caractériser la pratique déloyale.

Poursuivant la transposition de la directive, la loi du 3 janvier 2008 modifie la section I du chapitre Ier (Titre II, Livre Ier) du Code de la consommation, anciennement intitulée «*Publicité*» pour l'intituler «*Pratiques commerciales trompeuses et publicité*».

Cette sous-section 1 comprend les articles L.121-1 à L.121-7 du Code de la consommation qui sont également modifiés par la loi.

La loi du 3 janvier 2008 crée également une sous-section 2 intitulée «*Publicité*» qui comprend les articles L.121-8 à L.121-15.3 du Code de la consommation. Cette sous-section sera donc plus particulièrement consacrée à la publicité comparative, qui ne subit pas de modification du fait de la loi du 3 janvier 2008.

Enfin, parachevant la transposition de la directive, la loi du 3 janvier 2008 ajoute au chapitre Ier du Code de la consommation une section 5 intitulée «*Pratiques commerciales agressives*».

La nouvelle sous-section 1 du Code de la consommation «*Pratiques commerciales trompeuses*» ne constitue pas une révolution dans notre droit interne, dans la mesure où les nouveaux articles L.121-1 et suivants élargissent les règles de la publicité fautive ou de nature à induire en erreur aux pratiques commerciales trompeuses.

La pratique commerciale est tout d'abord trompeuse lorsque (article L.121-1.I) :

1°) «*elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent*».

Voici là l'introduction dans le Code de la consommation de la possibilité pour le consommateur de faire sanctionner le parasi-

tisme. Il s'agit là, à notre sens, d'une nouveauté bienvenue.

Mais la pratique commerciale est également trompeuse lorsque, comme ce qui était déjà prévu par le Code de la consommation en matière de publicité :

2°) «*elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses, ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants [...]*».

Par rapport à l'ancien article L.121-1, au titre des éléments nouveaux ainsi listés et directement issus de la directive, on trouve désormais :

- la disponibilité du bien ou du service ;
- ses accessoires ;
- son aptitude à l'usage ;
- les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;
- le mode de calcul du prix, son caractère promotionnel, les conditions de paiement et de livraison du bien ou du service ;
- le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- le traitement des réclamations et les droits du consommateur.

A noter que la directive prévoyait également parmi les éléments susceptibles d'être visés par les pratiques trompeuses, le risque que présente le service ou le produit. Or, cet élément n'a pas été repris par la loi du 3 janvier 2008.

Enfin, l'article L.121-1.I prévoit une troisième circonstance de pratique trompeuse :

3°) «*Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable*».

Aux termes de l'article L.121-1.II «*la pratique commerciale est également trompeuse si compte tenu des limites propres aux moyens de communication utilisés, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps, une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte*».

Il sera donc noté que la «*tromperie*» par omission est maintenant prévue par le Code de la consommation.

L'article L.121-1.II énumère ensuite les informations considérées comme substantielles (carac-

téristique du produit, adresse, identité du professionnel, prix, frais de livraison, modalités de paiement, etc.).

Enfin, l'article L.121-1.III du Code de la consommation nouvelle rédaction précise que le «**D**» est applicable aux pratiques qui visent les professionnels !

Ceci est incontestablement une nouveauté et ne manquera pas d'être largement commenté par la doctrine et les praticiens, d'autant que la directive, elle, ne visait que les «*pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*» (article 3).

L'article L.121-3 du Code de la consommation est également modifié, ce qui permet au consommateur de disposer d'une action en cessation des pratiques trompeuses.

Les sanctions pénales autrefois applicables à la publicité fautive ou de nature à induire en erreur sont désormais applicables aux pratiques trompeuses (article L.121-6).

L'article L.121-5 du Code de la consommation est modifié de façon à étendre les possibilités d'application en France du délit puisque que le nouveau texte prévoit que «*le délit est constitué dès lors que la pratique commerciale est mise en œuvre ou qu'elle produit ses effets en France*».

Enfin, la vraie nouveauté de la transposition de la directive dans le Code de la consommation est sans doute l'instauration des pratiques commerciales agressives à la section V.

L'article L.122-11 du Code de la consommation définit ainsi lesdites pratiques :

«*Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes, ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale :*

- 1°) *elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ;*
- 2°) *elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ;*
- 3°) *elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur*».

Cela fait bien sûr et irrésistiblement penser à nos fameux vices du consentement des articles 1111 et suivants du Code civil, d'autant que l'article L.122-15 du Code de la consommation dispose que :

«*Lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet*».

La vraie nouveauté résulte dès lors des sanctions pénales qui sont prévues par les articles L.122-12, L.122-13 et L.122-14 du Code de la consommation, qui punissent les pratiques commerciales agressives d'une peine d'emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150.000 € au plus pour les personnes physiques, l'amende étant quintuplée pour les personnes morales.

Cette sanction de l'agressivité par le Code de la consommation facilitera sans doute la tâche du

consommateur dans la caractérisation de la contrainte et du vice du consentement.

Les sanctions pénales devraient également avoir un effet dissuasif à l'égard des «*agresseurs*» potentiels.

La consommation étant le pilier de notre économie, le consommateur est plus que jamais une «*proie*» âprement traquée, mais une proie de mieux en mieux protégée.

Le Code de la consommation n'en a donc pas fini de s'étoffer et sans doute de se «*pénaliser*» !

La Cour d'appel de Paris réforme en grande partie la première décision rendue par le Conseil de la concurrence en 2007 en matière d'ententes

Par Benoît Laurin

La Cour d'appel de Paris vient d'annuler, par un arrêt du 15 janvier 2008⁽¹⁰⁾, la décision n° 07-D-01 rendue le 17 janvier 2007 par le Conseil de la concurrence⁽¹¹⁾.

Retour sur les faits :

Le ministre chargé de l'économie avait constaté à partir de l'analyse d'un échantillon d'appel d'offres et de l'exécution de marchés de canalisation d'adduction d'eau potable, d'assainissement et d'évacuation des eaux pluviales passés par 26 communes ou syndicats intercommunaux du département du Morbihan, que les travaux étaient toujours confiés aux mêmes entreprises et que les offres déposées apparaissaient complémentaires.

Pour cette raison, le ministre avait ouvert une enquête le 31 mai 2001 donnant lieu à diverses perquisitions et saisies dans les locaux des entreprises en cause et saisi le Conseil de la concurrence le 22 août 2003 de «*pratiques mises en œuvre dans le secteur des marchés de travaux publics de canalisations dans le département du Morbihan*».

Le Conseil de la concurrence avait alors condamné trois des sociétés mises en cause :

- Dehe TP,
- Devin Lemarchand Environnement, et
- EGC Ouest,

à des amendes respectives de :

- 74.000 €,
- 858.600 €
- et 12.000 €,

correspondant environ à 1% de leur chiffre d'affaires.

Pour annuler la décision du Conseil de la concurrence, la Cour d'appel a retenu deux moyens invoqués par les parties, l'un de pure procédure, l'autre relatif à la question de la preuve en matière d'entente anticoncurrentielle.

1. Sur le motif de procédure

La société Dehe TP avait été placée en redressement judiciaire postérieurement à la notification des griefs.

⁽¹⁰⁾ 1ère Chambre, section H, RG n° 2007/02775.

⁽¹¹⁾ Décision n° 07-D-01 du 17 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics de travaux de canalisations dans le département du Morbihan.

La société Dehe TP avait soutenu auprès de la Cour que l'absence de déclaration de créance par la DGCCRF au passif devait entraîner l'irrecevabilité de la demande de condamnation pécuniaire.

La Cour d'appel constate que :

«à supposer que la créance de l'état née de la sanction pécuniaire, qui trouve son origine dans la décision du Conseil de la concurrence, doit être déclarée à la procédure collective, le délai pour ce faire ne court qu'à compter de la date d'exigibilité de cette créance»,

en application de l'article L.622-24 du Code de commerce, et que :

«une déclaration tardive qui aurait pour seul effet de faire obstacle au recouvrement de la créance est sans emport sur la régularité de la procédure conduisant à son prononcé.»

En revanche, la Cour a donné gain de cause à la société Dehe TP sur le second moyen de procédure soulevé, par lequel elle faisait valoir que l'administrateur et le mandataire judiciaire n'avaient pas été mis en cause dans la procédure.

La Cour d'appel de Paris rappelle alors que :

«à défaut de mise en cause des organes de la procédure collective devant le Conseil de la concurrence, alors que les poursuites en cours étaient susceptibles de conduire à l'adoption d'une décision affectant la situation juridique de l'entreprise, la procédure menée contre la société Dehe TP, représentée par son seul dirigeant, n'est pas régulière ; que la décision doit être annulée à l'égard de cette dernière.»

La Cour d'appel de Paris annule donc certains articles de la décision du Conseil de la concurrence s'agissant de la société Dehe TP, pour absence de mise en cause des organes de la procédure collective [l'administrateur judiciaire «chargé d'assister la débitrice dans tous ses actes de gestion et de disposition» et le mandataire judiciaire] devant le Conseil de la concurrence.

Toutefois, les administrateurs et mandataires judiciaires étant «*désormais présents à la procédure aux côtés de cette entreprise*», la Cour d'appel

statue en fait et en droit sur le grief notifié à la société Dehe TP en faisant référence à l'article L.464-8 du Code de commerce [qui détermine les modes de recours contre les décisions du Conseil de la concurrence] et aux articles 561 et 562 du nouveau Code de Procédure civile qui disposent que :

«L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit»¹².

«L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible»¹³.

2. Sur les arguments de fond

L'un des deux griefs formulés à l'encontre des sociétés DLE, Dehe TP et EGC Ouest était d'avoir mis en œuvre *«une entente anticoncurrentielle en s'échangeant des informations pour se répartir à l'avance les marchés passés par la ville de Vannes, en violation de l'article L.420-1 du Code de commerce»¹⁴.*

Pour établir le grief d'échange d'informations, le Rapport et le Conseil de la concurrence s'étaient essentiellement fondés sur un fichier informatique saisi dans les bureaux de l'entreprise Dehe TP contenant un tableau recensant 50 marchés d'assainissement passés par la ville de Vannes, dont se déduirait la démonstration d'un échange d'informations entre les trois entreprises précitées antérieurement au dépôt des offres, en vue de se répartir les marchés concernés.

La Cour d'appel constate, certes, que ce document :

«présente en effet les apparences d'un tableau de répartition des marchés entre ces trois entre-

prises, en ce qu'il recense une cinquantaine de marchés suivant leur ordre chronologique, confronte les montants des offres présentées par la société Dehe TP avec ceux des offres censées être retenues [...], précisant à quelle entreprise du secteur le marché revient et dans ce cas pour quel montant [...],

mais juge néanmoins que :

«Pour que ce tableau puisse être retenu comme preuve d'une entente entre les entreprises qu'il vise, encore faut-il qu'il soit certain que les montants qui y sont portés résultent d'échanges intervenus entre les entreprises avant le dépôt des offres»,

et que,

«c'est à juste titre que les requérantes objectent qu'aucun élément du dossier ne conforte cette hypothèse».

C'est alors que la Cour d'appel conclut que :

«Cette appréciation, tirée d'un document unique, qu'aucun élément extrinsèque ne conforte, et considérée comme avérée du seul fait que les explications fournies, en particulier par l'auteur du tableau, n'ont pas été jugées convaincantes, ne peut être suivie».

Ainsi, *«aucun acte positif d'échange d'informations en vue de se répartir les marchés n'étant autrement démontré à la charge des sociétés Dehe TP et DLE, le grief ne peut être retenu et ces deux entreprises doivent être mises hors de cause».*

C'est sur cette base que la Cour d'appel de Paris annule en grande partie la décision n° 07-D-01, rendue le 17 janvier 2007 par le Conseil de la concurrence.

Une nouvelle illustration intéressante de la notion de preuve d'une entente anticoncurrentielle à suffisance de droit !

⁽¹²⁾ Article 561 NCPC.

⁽¹³⁾ Article 562 NCPC.

⁽¹⁴⁾ Le second grief portait sur la constitution systématique de groupements d'entreprises pour répondre aux appels d'offres, empêchant ainsi l'accès des entreprises individuelles.

Modifications législatives récentes en matière de contrefaçon de droits de propriété intellectuelle

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

La propriété intellectuelle recouvre plusieurs notions et droits différents : marques, droits d'auteur, dessins et modèles, brevets, pour ne citer que les plus connus, ces droits étant appréhendés par des règles juridiques spécifiques.

La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 dite «*loi de lutte contre la contrefaçon*», publiée au Journal Officiel du 30 octobre 2007, vient, notamment, transposer la directive n°2004/48/CE du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle et harmoniser les règles spécifiques à chaque droit de propriété intellectuelle.

Il ne s'agit pas ici de lister les différentes et multiples modifications introduites par la loi du 29 octobre 2007 mais d'en extraire quelques éléments marquants touchant notamment à la saisie-contrefaçon et à la recherche d'informations sur les marchandises contrefaites, au juge compétent, à la possibilité d'ordonner des mesures provisoires contre le contrefacteur et les intermédiaires, au retrait et à la destruction des produits contrefaisants ainsi que leurs moyens de production, à l'amélioration de la réparation du préjudice subi par les victimes de la contrefaçon.

■ La saisie-contrefaçon :

Si la preuve de la contrefaçon peut être apportée par tous moyens, la saisie-contrefaçon demeure un mode de preuve efficace.

Par la loi du 29 octobre 2007, elle est étendue à des domaines qui lui échappaient jusqu'alors : pour les producteurs de bases de données, les produits semi-conducteurs, les indications géographiques. La saisie en matière de droits d'auteur obéit cependant toujours à des règles particulières.

Ensuite, la saisie-contrefaçon peut désormais permettre la saisie réelle des matériels et instruments utilisés pour produire ou distribuer les objets prétendus contrefaisants, ainsi que des documents s'y rapportant.

Par ailleurs, le délai pour saisir le juge suite à une opération de saisie-contrefaçon va désormais être fixé par voie réglementaire et non plus être inclus dans la loi même. Le respect de ce délai est important car à défaut, l'intégralité de la saisie peut être annulée à la demande du saisi.

Enfin, la personne qui s'estime victime d'actes de contrefaçon et cherche à en établir la preuve peut désigner des experts (en général il s'agira

de conseils en propriété industrielle) afin d'assister l'huissier lors des opérations de saisie-contrefaçon (cette possibilité n'existe toutefois pas en matière de droits d'auteur).

■ Les mesures provisoires :

«*Si les éléments de preuve, raisonnablement accessibles au demandeur, rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente*», le juge saisi en référé ou par voie de requête¹⁵, peut prendre un certain nombre de mesures de nature à faire cesser une atteinte aux droits de propriété intellectuelle¹⁶ invoqués : interdire la poursuite des actes argués de contrefaçon, exiger une garantie destinée à assurer l'indemnisation éventuelle du demandeur, ordonner la remise des produits contrefaisants entre les mains d'un tiers aux fins d'empêcher leur introduction ou leur circulation dans les circuits commerciaux, allouer une provision lorsque l'existence du préjudice du demandeur n'est pas sérieusement contestable.

En outre, le juge peut «*si le demandeur justifie de circonstances de nature à compromettre le recouvrement des dommages et intérêts*», ordonner la saisie conservatoire des biens mobiliers et immobiliers du prétendu contrefacteur, y compris le blocage de ses comptes bancaires et autres avoirs.

Cet éventail de mesures permet de limiter dans les meilleurs délais les effets d'actes de contrefaçon. Néanmoins afin que ces mesures puissent perdurer il conviendra, si elles ont été ordonnées avant tout procès au fond, qu'elles soient suivies, dans un délai à déterminer par voie réglementaire, d'une saisine du juge au fond, à l'instar de l'exigence existant en matière de saisie-contrefaçon.

■ Le juge compétent en matière de contrefaçon de droits de propriété intellectuelle :

La loi consacre une spécialisation des tribunaux de grande instance pour connaître des actes de contrefaçon de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle¹⁷. Néanmoins, un décret

⁽¹⁵⁾ La voie de la requête sera ouverte «*si les circonstances exigent que ces mesures ne soient pas prises contradictoirement, notamment lorsque tout retard serait de nature à causer un préjudice irréparable au demandeur*».

⁽¹⁶⁾ Sauf en matière de droits d'auteur pour lesquels le régime est particulier, les mesures provisoires se confondant avec la saisie-contrefaçon.

⁽¹⁷⁾ Il demeure cependant une incertitude en matière de droits d'auteur, le contentieux devant échoir en vertu de la loi du 29 octobre 2007 à certains tribunaux de grande instance, sans pour autant - selon certains auteurs - que les tribunaux de commerce ne soient totalement privés de ce contentieux s'il oppose deux commerçants. A suivre...

doit préciser quels tribunaux seront compétents.

Auparavant, le contentieux était éclaté : en matière de brevets, une dizaine de tribunaux de grande instance étaient compétents en France ; en matière de marques, tous les tribunaux de grande instance étaient compétents ; en matière de contrefaçon de droits d'auteur ou de dessins et modèles, le tribunal compétent pouvait être le tribunal de grande instance ou le tribunal de commerce selon la qualité des parties au procès.

La nouvelle loi entraîne donc une harmonisation sur ce plan et permettra que les litiges relatifs aux atteintes portées à des droits de propriété intellectuelle qui sont souvent techniques et complexes, soient appréhendés de façon plus spécialisée.

■ La recherche d'informations :

Un droit à l'information est créé permettant aux juges du fond saisis d'exiger du contrefacteur ou de personnes trouvées en possession de marchandises contrefaisantes, ou de personnes qui ont été signalées comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits, qu'ils fournissent des informations sur les quantités et prix de ces marchandises, sur leurs détenteurs antérieurs et leurs destinataires et ce, dans le but de remonter et démanteler les réseaux.

Ce droit d'information sera toutefois soumis à une certaine bonne volonté de la part des personnes interrogées, lesquelles préféreront peut-être s'acquitter d'une astreinte plutôt que de fournir des informations gênantes.

Par ailleurs, ce droit d'information peut être neutralisé s'il existe un «*empêchement légitime*».

Les juges qui seront saisis par la victime d'actes de contrefaçon d'une demande visant à l'exercice de son droit d'information auront à définir le contour de cette notion, qui évoque bien entendu le secret des affaires.

■ L'amélioration de la réparation du préjudice subi par les victimes de la contrefaçon :

Une fois l'existence d'actes de contrefaçon reconnue par un juge, il convient d'évaluer le préjudice subi par la victime de la contrefaçon, une telle évaluation étant en pratique extrêmement délicate.

Cette évaluation est désormais facilitée.

En effet, la nouvelle loi précise pour les différents droits de propriété intellectuelle :

«Pour fixer les dommages et intérêts, la juridic-

tion prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte. (...)

La prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur est une nouveauté et a clairement pour objectif de décourager le contrefacteur puisque ce dernier peut être condamné à réparer plus qu'il ne le devrait si on s'en tenait à la règle précédemment appliquée de ne réparer que le préjudice subi par la victime des actes de contrefaçon.

Par ailleurs la loi a prévu une alternative :

(...) Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte».

Ce système de forfait vient en aide à la victime des actes de contrefaçon qui n'a pas ou peu de preuves de l'étendue de la contrefaçon, ou dont le droit de propriété intellectuelle contrefait n'a pas été encore exploité, ce qui était auparavant de nature à réduire sensiblement le préjudice.

Par ailleurs, la loi prévoit pour l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, à côté de la réparation en termes de dommages et intérêts, le droit pour la victime des actes de contrefaçon de solliciter le rappel des marchandises contrefaisantes, ainsi que des matériaux ou instruments ayant permis de les fabriquer, des circuits commerciaux, la confiscation ou la destruction des marchandises.

En outre, les mesures de publicité de la décision, y compris sur Internet, sont généralisées et consacrées par la loi¹⁸.

Enfin, en matière de droits d'auteur, le juge peut ordonner la confiscation, pour reversement à la partie lésée, de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon.

L'arsenal juridique de lutte contre la contrefaçon ayant été renforcé, il convient désormais d'observer de quelle façon il va être utilisé et interprété, étant précisé qu'il sera complété par un volet pénal dans les années à venir, la loi du 29 octobre 2007 ayant en effet une dimension essentiellement civile.

⁽¹⁸⁾ De telles mesures existaient déjà en matière de droits d'auteur et de marques.

Revirement de la Cour de cassation en matière de sous-traitance internationale

Par Eleonore Camilleri

Dans un arrêt rendu le 30 novembre 2007, la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte, revient sur sa jurisprudence antérieure en qualifiant pour la première fois de **loi de police l'action directe du sous-traitant dans un contrat de sous-traitance internationale** relatif à la construction d'un immeuble en France.

En l'espèce, le maître de l'ouvrage français, la société Basell Production France, avait confié à la société de droit allemand SAB, la réalisation d'un immeuble à usage industriel en France.

L'entrepreneur principal allemand, la société SAB, avait sous-traité la réalisation du lot "tuyauterie" à un sous-traitant français, la société Agintis. Les parties avaient convenu que le contrat de sous-traitance serait soumis à la loi allemande.

Un litige est survenu entre les sociétés et a été porté devant les juridictions françaises.

Confronté à la faillite de l'entrepreneur principal, le sous-traitant entendait se prévaloir des dispositions de l'article 12, alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, selon lesquelles :

«Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage».

S'est alors inévitablement posée la question de la loi applicable à ce contrat de sous-traitance internationale.

Il convient de rappeler très succinctement qu'en matière contractuelle, la loi normalement applicable est, en vertu de l'article 3 de la Convention de Rome, la loi choisie par les parties¹⁹. L'article 7 alinéa 2 de la Convention précise toutefois que cette règle de conflit de lois ne peut **«porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat».**

Ces règles impératives également appelées **«lois de police»** sont définies par la Cour de Justice des Communautés européennes comme étant

des *«dispositions nationales dont l'observation est jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou localisée dans celui-ci»*²⁰.

En l'espèce, la loi normalement désignée par la règle de conflit de lois était la loi allemande, laquelle ne confère pas au sous-traitant une action directe à l'encontre du maître de l'ouvrage.

Les dispositions protectrices du sous-traitant prévues par la loi française du 31 décembre 1975 n'avaient donc pas vocation à s'appliquer, sauf à les considérer comme loi de police au sens de l'article 7 de la Convention de Rome.

Par son arrêt du 30 novembre 2007, la Chambre mixte de la Cour de cassation dit pour droit dans un attendu de principe que «s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles».

La Cour estime ainsi que les dispositions françaises protectrices du sous-traitant sont d'application impérative et qu'elles doivent primer la loi applicable telle que définie par les parties cocontractantes. En l'espèce, la loi allemande devait être évincée sur ce point précis au profit de l'article 12 de la loi française du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance.

Il s'agit d'un revirement de jurisprudence !

En effet, jusqu'alors, les juridictions françaises, faisant une interprétation stricte de la notion de loi de police, refusaient cette qualification à l'action directe du sous-traitant.

Ainsi, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation avait estimé dans un arrêt du 23 janvier 2007 - dans une situation similaire à celle ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre mixte onze mois plus tard - que l'action directe du sous-traitant n'était pas une loi de police au sens de l'article 7 alinéa 2 de la Convention de Rome.

^[19] Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

^[20] CJCE, 23 novembre 1999, affaire C-369/96, Arrêt «Arblade».

La portée de la solution novatrice de la Chambre mixte doit cependant être appréciée à sa juste mesure, la règle ainsi énoncée ayant un domaine expressément défini et limité.

La Cour de cassation précise, en effet, que les dispositions protectrices de la loi du 31 décembre 1975 relèvent d'une loi de police, dès lors que la prestation du sous-traitant concerne «*la construction d'un immeuble en France*».

La Cour semble ainsi poser une condition de «*lien étroit*» avec la France, condition dont l'exigence est en principe réservée aux lois de police étrangères en vertu de l'article 7 alinéa 1er, et non, comme en l'espèce, aux lois de

police de l'Etat du Juge saisi de l'affaire, régies par l'article 7 alinéa 2 précité.

Or, si l'immeuble était situé hors du territoire français, la situation du sous-traitant pourrait être considérée comme n'ayant pas de lien suffisamment étroit avec la France, et la loi du 31 décembre 1975 n'aurait alors pas vocation à primer la loi applicable telle que définie par les parties cocontractantes.

En outre, l'arrêt rapporté ne préjuge pas de la situation relative à une sous-traitance portant sur un bien mobilier ou une prestation de services et ce, même si la prestation est effectuée en France.

Le Conseil de la concurrence précise les conditions d'application des dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce

Par Louis-Gabriel Masson

L'article L.420-5 du Code de commerce concerne la plus méconnue des trois pratiques anticoncurrentielles en droit français, que sont :

- les pratiques d'entente anticoncurrentielle (prohibées par les dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce),
- les pratiques d'abus de position dominante (prohibées par les dispositions de l'article L.420-2 du Code de commerce),
- les pratiques de prix abusivement bas (prohibées par les dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce).

Dans la décision n°08-D-01 du 18 janvier 2008, relative à une saisine présentée par la société Segard, qui a cru pouvoir invoquer les dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce à l'encontre d'un concurrent soumissionnaire dans le cadre d'un appel d'offres, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler les conditions d'application des dispositions précitées.

Le Conseil de la concurrence a, en particulier, précisé le sens qui devait selon lui être donné au terme «consommateur», employé à l'article L.420-5 du Code de commerce.

La société Segard, entendait soumissionner à un appel d'offres lancé par un centre hospitalier du Gard pour la réalisation d'une mission d'assistance générale au maître d'ouvrage à caractère administratif, financier et technique relative à la construction d'un établissement d'hébergement de personnes âgées dépendantes.

Etant confrontée à la concurrence agressive de la Direction départementale de l'équipement du Gard qui avait également répondu à l'appel d'offres en cause, la société Segard a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement des dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce qui dispose que :

«Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. (...)»

Le Conseil de la concurrence, se référant à sa décision n°06-D-23 du 21 juillet 2006²¹, rappelle que «la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives :

- en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ;
- en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation (...) ;
- en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent (...).

S'agissant de la première condition relative au fait qu'une pratique de «prix abusivement bas» n'est prohibée par les dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce que si un consommateur est visé, la société saisissante avait affirmé que l'établissement hospitalier qui avait lancé l'appel d'offres devait être considéré comme un consommateur selon les termes des dispositions précitées.

Or, le Conseil de la concurrence rejette l'argumentation de la saisissante en se référant tout d'abord à la définition de la notion de consommateur au sens des dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce, telle que donnée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 3 juillet 1998²² : un consommateur est une «*personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis*».

Le Conseil de la concurrence convient du fait que l'établissement hospitalier qui a lancé l'appel d'offres pouvait être considéré comme «*sans expérience particulière*» pour ce qui concerne la construction de l'établissement d'hébergement.

En revanche, le Conseil de la concurrence refuse de considérer l'établissement hospitalier comme «*sans expérience particulière*» en ce qui concerne le lancement d'un appel public à la concurrence, et conclut qu'il ne pouvait de ce

⁽²¹⁾ Décision du Conseil de la concurrence n°06-D-23 du 21 juillet 2006, relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique.

⁽²²⁾ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, section H, 3 juillet 1998, SMA / MOS.

fait être considéré comme un consommateur.

Le Conseil relève en effet que le «*centre public hospitalier a élaboré lui-même un dossier d'étude administratif et technique sur le projet de construction*», qu'il a «*établi un cahier des charges et un cahier des clauses administratives qui définissent les prestations dans le détail*», et qu'enfin, il a «*communiqué le tableau d'appréciation des neuf offres reçues sous forme de points attribués sur la base de quatre critères d'attribution*».

Le Conseil de la concurrence déduit donc de cette implication de l'établissement hospitalier dans le lancement de l'appel d'offres que ce dernier ne peut être considéré comme un «*consommateur*» au sens des dispositions de l'article L.420-5 du Code de commerce, de sorte que la première condition d'existence d'une prétendue pratique de «*prix abusivement bas*» n'est pas satisfaite en l'espèce.

Le Conseil de la concurrence constate par ailleurs que la société Segard n'a apporté aucun indice permettant d'apprécier si le comporte-

ment de la DDE du Gard était susceptible de produire un effet d'éviction sur le marché général «*où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné*». Par conséquent, la troisième condition d'existence d'une pratique de prix abusivement bas n'était pas non plus satisfaite en l'espèce.

Ayant estimé que l'établissement hospitalier qui a lancé l'appel d'offres ne pouvait être considéré comme un consommateur et ayant estimé qu'aucun indice établissant une quelconque stratégie d'éviction n'avait été rapporté par la société saisissante, le Conseil de la concurrence a logiquement rejeté la saisine de la société Segard, qui n'était pas étayée par des éléments probants, étant à cet égard inutile d'examiner la seconde condition liée à la détermination et à l'application d'un prix abusivement bas par la DDE du Gard.

Secteur des appareils de sanitaire chauffage plomberie climatisation : suite et fin - Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008

Par Clémence Ducros

Par un arrêt du 29 janvier 2008, la Cour d'appel de Paris est venue confirmer pour l'essentiel la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-03 bis relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation. La Cour a réformé la décision en ce que le Conseil de la concurrence n'avait pas démontré la participation de deux entreprises aux actions de boycott sanctionnées et a réduit la sanction à l'égard d'une société, la pratique en cause ne pouvant être imputée à l'une de ses filiales.

Le Conseil avait sanctionné 70 entreprises spécialisées dans le négoce ou la fabrication d'appareils de chauffage, céramique sanitaire et robinetterie, ainsi que 7 fédérations professionnelles de fabricants, grossistes et installateurs et ce, pour un montant cumulé de près de 30 millions d'euros, pour avoir mis en œuvre, entre 1993 et 1998, une série d'ententes horizontales et verticales visant à évincer les grandes surfaces de bricolage (GSB), ainsi que les coopératives d'installateurs des marchés de l'approvisionnement, de la distribution et de l'installation des produits sanitaires, de chauffage, de climatisation, de plomberie et de canalisation.

Sur le fond et s'agissant de la définition du marché aval de la distribution au détail, la Cour considère que les requérantes ne sont pas fondées pour contester sa délimitation et se prévaloir d'une prétendue contradiction avec la pratique décisionnelle du ministre de l'économie en matière de concentrations «*dès lors que l'analyse de marché intervenue dans le cadre, distinct, du contrôle d'une concentration, dont les effets ainsi qu'éventuellement les facteurs d'évolution ultérieurs doivent être pris en compte, revêt un caractère prospectif, tandis que l'examen au cas d'espèce de pratiques anticoncurrentielles par le Conseil le conduisait seulement à une définition ex post du marché pertinent affecté par ces pratiques*».

S'agissant de l'appréciation des **pratiques horizontales**, la Cour d'appel confirme à l'encontre des sociétés en cause le grief d'entente horizontale entre la principale fédération en cause et ses membres.

La Cour considère en effet que les sociétés condamnées ont bien participé à plusieurs réunions qui se sont tenues au sein de la fédération

en cause et dont l'objet était anticoncurrentiel («*Mise en œuvre d'une stratégie globale d'éviction des coopératives d'installateurs et des GSB, concurrents des grossistes, sur le marché amont de l'approvisionnement en produits de chauffage, robinetterie et céramique sanitaire, et in fine sur les marchés aval de la distribution de ces produits*»), et que la suppression des tarifs publics s'insérait dans cette stratégie globale d'éviction, dès lors qu'elle avait eu pour objet d'interdire aux consommateurs d'effectuer des comparaisons de prix au détail selon qu'il recourait au circuit long ou au circuit court, et non pas de mettre fin à un système de prix imposés.

La Cour valide la position du Conseil sur la définition de **la pratique concertée qui peut être caractérisée** :

- **soit par la participation à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel dès lors que l'entreprise a manifesté une adhésion explicite à l'action collective décidée lors de la réunion ou qu'elle a appliqué les mesures décidées lors de cette réunion ;**
- **soit par la participation à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel.**

Il s'agit là d'un point important à retenir !

Elle ajoute également «*Que la plus ou moins grande assiduité de l'entreprise aux réunions, la mise en œuvre plus ou moins complète des mesures convenues et l'effet anticoncurrentiel des décisions prises ne doivent être prises en compte que pour apprécier le niveau de la sanction*».

Deuxième point important à retenir !

Par ailleurs, la Cour confirme à l'encontre des sociétés en cause le grief d'entente en vue de constituer des groupements de référencement (GSP et GSE) fondé sur des conditions d'agrément discriminatoires vis à vis des grossistes acceptant d'approvisionner les GSB, les entreprises de vente par correspondance et les coopératives d'installateurs, et de mettre en œuvre des mesures de rétorsion à l'encontre de ces derniers.

La Cour a estimé notamment que la politique commerciale des fabricants, lorsqu'elle tendait à la multidistribution, en n'excluant pas les

GSB et les coopératives d'installateurs, constituait bien le critère déterminant d'un refus de référencement au sein du GSP dès lors que le GSP vérifiait systématiquement la politique commerciale des fabricants lors des commissions de référencement et que, si le GSP acceptait malgré tout de référencer certains fabricants alors qu'ils livraient les circuits de distribution concurrents, la raison en était qu'ils s'étaient engagés à cesser d'approvisionner les GSB ou les coopératives !!!

Enfin, s'agissant à présent des ententes verticales entre négociants grossistes et fabricants, la Cour d'appel confirme l'existence, dans les contrats de distribution de certains fabricants réservant la revente de leurs produits aux seuls installateurs professionnels, à l'exclusion des GSB, d'une restriction caractérisée prohibée par l'article L.420-1 du Code de commerce et par l'article 81, § 1, du traité CE, interdisant de bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement n°2790/99 ou de bénéficier d'une exemption individuelle.

✓ La Commission lance une enquête sectorielle dans l'industrie pharmaceutique

Le 16 janvier dernier, la Commission a annoncé le lancement d'une enquête sectorielle concernant l'industrie pharmaceutique.

Cette enquête a été suscitée par des indications selon lesquelles la concurrence pourrait ne pas jouer pleinement son rôle sur les marchés pharmaceutiques européens. De moins en moins de nouveaux produits pharmaceutiques apparaîtraient sur le marché et l'arrivée des produits pharmaceutiques génériques semblerait parfois retardée.

L'enquête a pour objectif d'examiner notamment si les accords passés entre les sociétés pharmaceutiques, comme les règlements de litiges liés aux brevets, enfreignent l'interdiction des ententes prévue à l'article 81-1 du traité CE.

Elle cherchera également à déterminer si les sociétés ont créé des obstacles artificiels à l'entrée sur le marché, que ce soit par l'utilisation abusive des droits de brevet, par des procédures contentieuses à des fins vexatoires ou par d'autres moyens, et si ces pratiques peuvent enfreindre l'interdiction d'abus de position dominante prévue à l'article 82 du traité CE.

La Commission a indiqué qu'elle procédera, dans le cadre de cette enquête dite sectorielle, à des «*inspections surprises*».

Le cas échéant, les résultats de cette enquête pourront déboucher sur des poursuites contre les entreprises soupçonnées d'entente ou d'abus de position dominante.

✓ La saga Microsoft se poursuit devant les autorités communautaires de la concurrence.

On se souvient que le 24 mars 2004, la Commission avait infligé au géant américain de l'informatique une amende qui frisait les 500 millions d'euros. La Commission avait alors sanctionné deux comportements constitutifs chacun d'un abus de position dominante.

Le premier comportement tenait dans le refus de Microsoft de fournir à ses concurrents certaines «*informations relatives à l'interopérabilité*» et d'en autoriser l'usage pour le développement

et la distribution de produits concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. À titre de mesure corrective, la Commission avait imposé à Microsoft de divulguer à toute entreprise souhaitant développer et distribuer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail les «*spécifications*» de ses protocoles de communication.

Le non-respect de cet engagement avait conduit la Commission à infliger une nouvelle amende de 280,5 millions d'euros en juillet 2006 !

Le second comportement sanctionné par la Commission était la vente liée («*pure bundling*») du lecteur multimédias Windows Media Player avec le système d'exploitation Windows pour PC. La Commission avait estimé que cette pratique affectait la concurrence sur le marché des lecteurs multimédias et avait imposé à Microsoft, à titre de mesure corrective, d'offrir à la vente une version de Windows sans Windows Media Player («*mixed bundling*»).

Le 17 septembre 2007, le Tribunal de première instance des Communautés européennes avait confirmé pour l'essentiel la décision de la Commission.

Le 14 janvier 2008, dernier rebondissement de cette saga, la Commission a décidé d'ouvrir deux nouvelles enquêtes contre Microsoft relatives à deux nouvelles infractions présumées à l'article 82 du Traité CE prohibant les abus de position dominante.

La première procédure a été engagée à la suite d'une plainte déposée par ECIS (European Committee for Interoperable Systems) par laquelle il est fait grief à Microsoft d'avoir illégalement refusé de divulguer des informations relatives à l'interopérabilité pour un large éventail de produits, notamment des informations concernant sa suite «*Office*». L'examen de la Commission s'attachera notamment à déterminer si le nouveau format de fichier «*Office Open XML*» de Microsoft, mis en place dans «*Office*», permet une interopérabilité suffisante avec les produits de ses concurrents.

La seconde procédure, ouverte consécutivement à une plainte d'Opéra, concerne la vente liée de produits logiciels distincts. Opéra allègue que Microsoft a illégalement lié la vente

de son navigateur Internet Explorer à celle de son système d'exploitation dominant Windows. L'attention de la Commission a également été attirée sur des allégations de vente liée, par Microsoft, d'autres produits logiciels distincts tels que «*Windows desktop search*» et «*Windows Live*». L'enquête de la Commission se concentrera donc sur les allégations selon lesquelles les ventes d'une série de produits ont été illégalement liées à celles du système d'exploitation dominant de Microsoft.

Affaire à suivre ...

✓ **La Commission inflige une amende de 38 millions d'euros à E.ON pour bris de scellés lors d'une enquête de concurrence**

Le 30 janvier dernier, la Commission européenne a fait une première application remarquable de l'article 23, paragraphe 1, point e) du règlement 1/2003 qui prévoit la possibilité pour la Commission d'infliger à une entreprise une amende jusqu'à concurrence de 1% de son chiffre d'affaires total lorsqu'elle a, de propos délibéré ou par négligence, brisé des scellés lors d'une inspection de concurrence.

En l'occurrence, l'entreprise qui fait les frais de cette première application est la société E.ON, opérateur historique du marché allemand de l'électricité qui se voit infliger ni plus ni moins qu'une amende de 38 millions d'euros !

Les scellés avaient été apposés par les enquêteurs de la Commission lors d'une inspection de concurrence le 29 mai 2006.

Les agents de la Commission peuvent en effet apposer des scellés sur tous locaux de l'entreprise inspectée, tels des bureaux, afin que celle-ci ne puisse soustraire des documents utiles à l'instruction d'une pratique anticoncurrentielle présumée.

Ces scellés de la Commission présentent la particularité de faire apparaître la mention «*VOID*» lorsqu'ils sont retirés.

Or, lorsque les enquêteurs sont retournés dans les locaux d'E.ON le lendemain, ils ont constaté la mention «*VOID*» sur l'un des scellés apposés la veille et de la colle autour laissant présumer que celui qui l'avait brisé avait tenté de le refixer.

E.ON avait alors tenté de nier le bris de scellés en prétextant que l'apparition des marques «*VOID*» pouvait s'expliquer par les vibrations provoquées par la préparation d'une conférence dans le local voisin, par l'utilisation d'un produit de nettoyage agressif ou bien encore par l'ancienneté des scellés ou une forte humi-

dité. Autant de justifications démenties après une enquête approfondie de la Commission qui a notamment eu recours à des experts extérieurs.

La Commission estime que le bris de scellés est une infraction grave aux règles de concurrence. Elle précise toutefois qu'elle a tenu compte du fait que c'était la première fois que des scellés étaient brisés par une société soumise à une inspection et qu'une amende était infligée en vertu des dispositions du règlement n° 1/2003 régissant les cas d'obstruction ou d'entrave à une enquête menée par la Commission.

Notons qu'en droit français, les cas d'obstruction à une enquête de concurrence constituent le délit d'entrave prévu par l'article L.450-8 du Code de commerce et sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement de 6 mois et une amende de 7 500 euros pour les personnes physiques (37 500 euros pour les personnes morales). Des sanctions, en ce qui concerne l'amende, qui tranchent avec l'ampleur de la sanction infligée à E.ON.

✓ **La Commission inflige une amende de 34 millions d'euros à BAYER et ZEON pour une entente sur les prix entre 2000 et 2002**

Le 23 janvier dernier, la Commission a annoncé par voie de communiqué de presse avoir infligé aux groupes Bayer et Zeon des amendes d'un montant total de 34 230 000 € pour une entente sur les prix dans le secteur du caoutchouc-synthétique. Il s'agit de la quatrième décision de condamnation d'une entente dans ce secteur.

La Commission précise qu'entre 2000 et 2002, les groupes en cause se réunissaient périodiquement pour discuter des prix et coordonner leur augmentation, échanger des renseignements commerciaux sensibles et contrôler la mise en œuvre de leurs accords.

Les amendes de Bayer et Zeon ont été respectivement diminuées de 30 et 20 % en raison de leur coopération lors de l'enquête, en application de la communication de la Commission sur la clémence du 19 février 2002.

En revanche, l'amende de Bayer a été majorée de 50% en raison de la situation de récidive dans laquelle elle se trouvait. La Commission précise toutefois dans son communiqué de presse que les trois précédentes décisions de condamnation de Bayer pour des ententes dans le secteur du caoutchouc n'ont pas été prises en compte pour une augmentation supplémentaire de l'amende car «*elles ont été commises*

approximativement durant la même période et constituent de ce fait des infractions parallèles».

La notion d'«*infractions parallèles*» attire particulièrement l'attention. Elle paraît constituer une limite à la prise en compte de la circonstance de récidive.

Or, on a pu constater ces dernières années que la Commission et les juridictions communau-

taires avaient une conception particulièrement large - et critiquable - de la notion de récidive comme circonstance aggravante (voir récemment l'arrêt de la CJCE du 8 février 2007 dans l'affaire «*Danone*» qui annonce toutefois un certain infléchissement).

La publication de la décision de la Commission nous fournira très certainement de plus amples informations et nous ne manquerons pas de vous en tenir informés.

Le CNE : chronique d'un contrat en voie d'extinction

Par Emmanuelle Tibi

Depuis sa création par l'ordonnance du 2 août 2005, le CNE (Contrat Nouvelles Embauches), soumis à un régime spécifique dérogatoire au droit commun, est sujet à controverse.

Ce contrat à durée indéterminée, conçu pour les entreprises de 20 salariés au plus, a séduit bon nombre de chefs d'entreprise en ce qu'il permet de recruter des salariés sans avoir à justifier des éventuels licenciements pendant une période de deux ans.

Mais, dès son lancement, et bien que le Conseil d'Etat ait validé, par décision du 19 octobre 2005, l'ordonnance créant le CNE, ce dernier a fait l'objet de vives contestations de la part des syndicats et des salariés.

Le CNE remis en cause en droit interne et considéré comme non-conforme au droit international par l'OIT (Organisation Internationale du Travail), branche sociale de l'ONU, a un avenir plus qu'incertain.

Un contrat remis en cause en droit interne !

Le CNE a donné lieu, en droit interne, à plusieurs contentieux devant les conseils de prud'hommes et cours d'appel²³.

Il faut rappeler que le CNE a été créé pour favoriser notamment l'embauche dans les entreprises n'employant aucun salarié ou n'employant qu'un petit nombre de salariés.

Le recours au CNE permet en effet à l'employeur, pendant une période de deux ans, dite période de «*consolidation de l'emploi*», de rompre le contrat sans avoir à justifier d'un motif ni à respecter la procédure contradictoire de licenciement (convocation à l'entretien préalable, entretien préalable, exigence d'une notification écrite des motifs du licenciement, exigence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement).

Dans un arrêt rendu le 6 juillet 2007, la Cour d'appel de Paris a énoncé que, «*durant une période de deux années, le contrat nouvelles embauches prive le salarié de l'essentiel de ses droits en matière de licenciement... ; que cette régression qui va à l'encontre des principes fondamentaux du droit du travail, dégagés par la jurisprudence et reconnus par la loi, prive les salariés des garanties d'exercice de leur droit au travail ; que dans la lutte contre le chômage, ... il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements* ».

L'arrêt précité a également relevé qu'«*aucune législation de pays européens, comparable à la France, n'a retenu un délai aussi long durant lequel les salariés sont privés de leurs droits fondamentaux en matière de rupture du contrat de travail*».

Les juridictions nationales ont jugé que les dispositions de l'ordonnance du 2 août 2005 créant le CNE étaient contraires à la convention internationale n° 158 de l'OIT sur le licenciement²⁴.

Un contrat non-conforme au droit international !

Remis en cause en droit interne, le CNE l'a également été, en novembre 2007, au regard du droit international.

Saisi d'une réclamation formée le 25 août 2005 par le syndicat FO, le BIT²⁵ a émis, le 6 novembre 2007, un rapport concluant à la non-conformité du CNE à la convention internationale n° 158 de l'OIT portant sur le licenciement.

Par décision du 14 novembre 2007, le conseil d'administration de l'OIT, qui a approuvé le rapport du BIT, a ainsi reconnu que la France n'assurait pas une application effective de la convention n° 158 de l'OIT, et ce notamment pour deux raisons.

✓ La période de «*consolidation*» de deux ans, pendant laquelle est écartée l'application des dispositions du droit commun relatives à la procédure de licenciement, n'est pas raisonnable

L'objectif de la convention n° 158 est d'assurer la protection de tous les salariés contre les licenciements injustifiés.

Or, une période d'ancienneté excessivement longue pourrait priver les salariés de la protection prévue par la convention.

L'OIT relève qu'il appartient à chaque pays pour lequel la convention est applicable de déterminer ce qui est raisonnable.

Les juridictions nationales françaises se sont à plusieurs reprises prononcées sur le caractère

⁽²³⁾ CPH Longjumeau, 28 avril 2006 ; CA Paris, 18^{ème} ch., 6 juillet 2007, n° 06-06992 ; CA Bordeaux, 18 juin 2007 n° 06-04806..

⁽²⁴⁾ Convention internationale du travail n° 158 élaborée au sein de l'OIT, adoptée le 22 juin 1982, ratifiée le 16 mars 1989 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990.

⁽²⁵⁾ Bureau International du Travail de l'OIT.

raisonnable de périodes d'essai ou d'ancienneté en référence à la convention n° 158.

Dans sa jurisprudence établie sur la durée de la période d'essai, la Cour de cassation²⁶ a considéré qu'est raisonnable la période comprise entre deux semaines et six mois suivant le poste occupé.

Ainsi, «*la durée normalement considérée comme raisonnable de la période d'ancienneté requise n'excède pas six mois en France*».

L'OIT a en conséquence invité le gouvernement à prendre, en consultation avec les partenaires sociaux, toutes les mesures nécessaires pour garantir la conformité du droit interne à la convention n° 158 sur le licenciement.

✓ **Un contrat de travail ne peut en aucun cas être rompu «en l'absence d'un motif valable»**

La convention n° 158 énonce qu'il doit exister un motif valable de licenciement pour tous les salariés.

Or, privés de la possibilité de connaître le ou les motifs de leur licenciement, les salariés sous CNE pourraient se voir contraints de saisir les tribunaux simplement pour avoir connaissance de ce ou ces motifs.

L'OIT en conclut que l'ordonnance du 2 août 2005 s'éloigne de manière significative des prescriptions de la convention n° 158.

L'OIT a en conséquence invité le gouvernement à prendre, en consultation avec les partenaires sociaux, toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les CNE ne puissent en aucun cas être rompus en l'absence d'un motif valable.

Dans sa décision du 14 novembre 2007, l'OIT a ainsi considéré le CNE comme non-conforme à la convention internationale n° 158 sur le licenciement.

Un contrat au devenir incertain !

S'il existe encore officiellement, le CNE se voit, en revanche, vidé de sa substance.

Ses principales caractéristiques, à savoir la période de «*consolidation*» de deux ans et l'absence de justification des licenciements entrepris pendant cette période, sont aujourd'hui remises en question au regard du droit international.

Le CNE a, dès lors, un avenir plus qu'incertain.

Les juridictions nationales, qui estimaient déjà, avant la décision de l'OIT du 14 novembre 2007, le CNE contraire à la convention n° 158, vont poursuivre sur cette voie.

C'est le cas par exemple de l'arrêt rendu le 18 décembre 2007 par la Cour d'appel de Versailles²⁷.

Par ailleurs, et dans le prolongement des recommandations de l'OIT, syndicats et patronat français ont signé le 11 janvier 2008 un accord sur la modernisation du marché du travail qui laisse présager la fin imminente du CNE.

Cet accord prévoit, en son article 4, que, pour les contrats à durée indéterminée, il sera institué une période d'essai interprofessionnelle dont la durée sera comprise pour :

- les ouvriers et les employés entre 1 et 2 mois maximum,
- les agents de maîtrise et les techniciens entre 2 et 3 mois maximum,
- les cadres entre 3 et 4 mois maximum.

Cette période d'essai pourra être renouvelée, une fois, par un accord de branche étendu, sans que ces durées, renouvellement compris, ne puissent, respectivement, dépasser 4, 6 et 8 mois.

L'article 11 de l'accord énonce, quant à lui, que tout licenciement doit être fondé sur un motif réel et sérieux qui doit être porté à la connaissance du salarié concerné.

Les parties signataires de l'accord ont demandé aux pouvoirs publics de prendre les dispositions nécessaires pour que ce principe s'applique à tous les contrats de travail, ce qui vise implicitement le CNE.

Ainsi, il ne reste plus qu'à attendre l'adoption des dispositions législatives et réglementaires pour que le sort du CNE soit définitivement tranché.

En attendant cette clarification, pour réduire le risque d'un contentieux et d'une éventuelle condamnation par les tribunaux, il est fortement conseillé à l'employeur de justifier toute rupture de CNE par un motif réel et sérieux.

^[26] Cass. Soc. 25 février 1977 ; Cass. Soc. 9 juin 1988 ; Cass. Soc. 17 mars 1993 ; Cass. Soc. 30 novembre 2000..

^[27] CA Versailles, 18 décembre 2007, n° JurisData 2007-350191.

QUELQUES INFORMATIONS

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

■ **A la loi relative au développement de la concurrence au profit des consommateurs (loi «Chatel») du 3 janvier 2008 :** négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2008 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et services distincts, non discrimination, règles de facturation, «Trois fois net» comme nouveau seuil de revente à perte depuis le 1^{er} janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, «NIP», etc.

■ **Au contrôle des concentrations**

■ **Contrôle communautaire des concentrations :** [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;

Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.] ;

■ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**

■ **A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles

L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;

■ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

■ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire] ;

■ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**

■ **Aux promotions des ventes** [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.].

* * *

Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / Services de coopération commerciale et services distincts / SRP.

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site
www.mgavocats.fr**

MG

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr