

Sommaire

- 2** Visites et saisies en droit de la concurrence : la protection au titre du Legal Privilege, une question fondamentale aujourd'hui !
Jean-Christophe Grall et Mathilde Lefèvre
- 5** La Question Prioritaire de Constitutionnalité : une vraie réforme ! Le Conseil constitutionnel devient juge de la loi !
Jean-Christophe Grall, Mathilde Lefèvre et Marine Grall
- 7** Avis n° 10-08 de la CEPC : quelques précisions s'imposent
Thomas Lamy
- 9** Rupture du contrat de travail : illustrations récentes en matière de prise d'acte
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi
- 11** Moteur de recherche et droit des marques : arrêt de la CJUE du 23 mars 2010
Emmanuelle Laur-Pouédras
- 13** Rappels de l'ADLC sur les échanges d'informations entre concurrents
Nicolas Geay
- 14** Brève : Nouvel avis n° 10-08 de la CEPC
Sarah Darmon
- 15** Le dommage causé à l'économie ne se présume pas : Arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2010 (Bouygues Telecom, SFR et Orange France, n° 09-12.984, 09-13.163 et 09-65.940)
Orange est écoutée !
Sarah Darmon
- 17** Les taxis à l'arrêt !
Décision de l'Autorité de la concurrence n°10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « Groupement des Taxis amiénois et de la métropole »
Peggy Turret
- 19** Quelques informations



Visites et saisies en droit de la concurrence : la protection au titre du Legal Privilege, une question fondamentale aujourd'hui !

Par Jean-Christophe Grall et Mathilde Lefèvre

Le 29 avril 2010, l'avocat général Julianne Kokott a fait connaître ses conclusions dans l'affaire Akzo Nobel devant la Cour de justice de l'Union européenne, en s'opposant à l'extension de la protection du "**Legal Privilege**" aux documents et opinions émanant de juristes d'entreprise inscrits à un Barreau national.

Un mouvement de contestation s'accroît à l'encontre des saisies informatiques massives et indifférenciées des enquêteurs des autorités de concurrence françaises comprenant pour partie des documents bénéficiant du **Legal Privilege** ; dans ce contexte, quelles sont les règles applicables à la protection de ces documents ?

Le **Legal Privilege** est une protection accordée à certains types de documents échangés entre un client et son avocat qui, à ce titre, bénéficient de la confidentialité liée au secret des affaires. Cette protection a pour conséquence et ce, tant en matière **fiscale** que **pénale** ou bien entendu dans le cadre d'une enquête diligentée et conduite par les autorités de **concurrence**, une impossibilité pour les enquêteurs de saisir ces pièces et pour les autorités ou juridictions de se fonder sur ces documents en vue de démontrer l'existence d'une infraction ; ce point est fondamental ! Le principe du **Legal Privilege** est visé par l'article 28 du Règlement Communautaire n°1/2003 du 16 décembre 2002. S'agissant du droit interne, ce principe est rappelé indirectement par l'article L.450-4 du Code de commerce visant l'article 56 du Code de procédure pénale.

S'il faut, en premier lieu, identifier la nature des documents qui peuvent être protégés par le **Legal Privilege**, il convient également de revenir sur la procédure de saisie informatique de ces documents, en second lieu.

1) Les documents susceptibles d'être protégés par le Legal Privilege :

Les pouvoirs des enquêteurs intervenant dans le cadre de visites et saisies en droit de la concurrence sont très larges ! Ils permettent de saisir une multitude de documents en lien avec l'objet de l'enquête, exclusivement circonscrit par l'ordonnance du Juge des libertés et de la détention (JLD) autorisant les visites et saisies ou par la Commission européenne en matière Communautaire.

L'une des limites à la saisie des documents en lien avec l'objet de l'enquête, tient à la protection de la

confidentialité des communications échangées entre une entreprise et son avocat externe.

La jurisprudence française et communautaire a pu préciser les documents pouvant bénéficier à cet égard du **Legal Privilege**.

- **La protection des communications intervenant entre une entreprise et un avocat indépendant :**

S'il est clair que les communications doivent avoir été échangées entre un avocat et son client, l'interprétation de la notion d'« **avocat** » a suscité des débats houleux, très polémiques et demeure aujourd'hui un sujet d'actualité dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire Akzo-Nobel¹.

En l'état de la jurisprudence actuelle, les communications protégées par le **Legal Privilege** doivent émaner d'un avocat externe et indépendant sans lien salarial avec l'entreprise cliente.

En France, un juriste ne peut être simultanément salarié d'une entreprise et exercer l'activité d'avocat indépendant ; toutefois, une telle possibilité existe dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ; c'est le cas notamment en Allemagne, en Belgique ou aux Pays-Bas où des juristes internes peuvent par ailleurs être inscrits à un Barreau national. Cette possibilité impose aux juristes de respecter des règles déontologiques strictes et la plupart de ces pays reconnaissent que des documents émanant des juristes internes membres d'un Barreau peuvent être protégés par le **Legal Privilege** au même titre que les correspondances adressées par un avocat indépendant ou qui lui sont adressées.

Pourtant et en dépit de l'existence de telles règles nationales, la Commission européenne, dans ses décisions AM&S² puis Akzo-Nobel, a fermement refusé la protection des pièces émanant ou adressées à un juriste interne au sein d'une entreprise (in house counsel) alors même qu'il était inscrit à un Barreau national !

Ainsi dans l'arrêt Akzo-Nobel, le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPI) a pu préciser que :

⁽¹⁾ Décision Akzo Nobel Chemicals du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPI) du 17 septembre 2007, aff. jointes T-125/03 et T-253/03.

⁽²⁾ Décision AM&S de la Cour de Justice des Communautés européennes du 18 mai 1982, aff. 155/79.

« La Cour consacre, ainsi, le critère d'une assistance légale fournie « en toute indépendance » (arrêt AM & S, point 24), qu'elle identifie avec celle fournie par un avocat qui est, structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement, un tiers par rapport à l'entreprise qui bénéficie de cette assistance.

Dès lors, il y a lieu de rejeter la thèse avancée à titre principal par les requérantes et de conclure que la correspondance échangée entre un avocat lié à Akzo Nobel par un rapport d'emploi et un directeur d'une société appartenant à ce groupe n'est pas couverte par la confidentialité, tel que défini par l'arrêt AM & S ».³

Si cette décision est actuellement en cours d'examen devant la CJUE et fermement critiquée de façon récurrente, il faut relever que l'Avocat général, Juliane Kokott, a suivi la position du Tribunal dans ses conclusions récentes du 29 avril 2010, en s'opposant à l'extension du **Legal Privilege** aux juristes d'entreprise, suivant ainsi la position communautaire actuelle.

Rappelons par ailleurs que l'avocat libre et indépendant doit avoir la capacité d'exercer sa profession dans l'un des pays de l'Union européenne sans importance du lieu où se situe le client⁴.

• **Les catégories de documents protégés :**

Le bénéfice du **Legal Privilege** va permettre de confidentialiser tous les documents échangés postérieurement à l'ouverture de la « procédure de concurrence » comme antérieurement à celle-ci, lorsqu'ils ont un lien de connexité avec l'objet de l'enquête. En outre, cette correspondance doit intervenir dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client.

Au-delà des communications classiques échangées entre un avocat et un client, la jurisprudence a étendu les catégories de documents protégés pour désormais englober deux autres catégories de pièces :

- En premier lieu, le TPI, dans son ordonnance Hilti⁵, a étendu la protection du **Legal Privilege** aux notes émanant de juristes d'entreprise et circulant en interne dès lors qu'elles se bornent à reprendre le contenu de communication clients/avocats comprenant des avis juridiques :

« **Dès lors, compte tenu de sa finalité, le principe de protection accordée aux communications entre l'avocat et son client doit être regardé comme s'étendant également aux notes internes qui se bornent à reprendre le**

texte ou le contenu de ces communications ».

→ **Si les notes internes ajoutent ou modifient des éléments contenus dans l'avis juridique donné par l'avocat, alors elles ne pourront pas être protégées au titre du **Legal Privilege**.**

- En second lieu, une extension supplémentaire de la protection du **Legal Privilege** est accordée aux documents préparatoires rédigés par le client en vue d'un échange avec son conseil externe, alors même que ces documents n'auraient pas été adressés ou envoyés audit Avocat. Pour que ces documents bénéficient du **Legal Privilege**, il suffira qu'ils aient été rédigés exclusivement dans le but d'obtenir un avis juridique d'un avocat indépendant dans l'exercice des droits de la défense⁶.

→ **En raison de la difficulté d'identification de ces documents, il sera nécessaire de les identifier clairement par une mention figurant directement sur ceux-ci ou par l'indication du caractère préparatoire du document à une communication avec un avocat, afin d'éviter le risque de non protection au titre du secret d'affaires.**

Par ailleurs, il convient d'observer que la seule indication sur les documents et pièces de la mention « **Legal Privilege** » ou de toute autre mention similaire ne saurait prévenir leur saisie !!!

Une fois l'étendue de la protection déterminée, il convient d'examiner la procédure de saisie des pièces lors d'une enquête de concurrence afin d'envisager les conséquences sur la saisie de documents bénéficiant du **Legal Privilege**.

II) La saisie de documents susceptibles d'être protégés par le Legal Privilege et le cas particulier de la saisie de messagerie électronique :

En matière de visites et saisies, certaines distinctions apparaissent entre les procédures appliquées par les enquêteurs français et les enquêteurs de la Commission européenne. Nous illustrerons ces distinctions par l'exemple des saisies de messageries électroniques.

Lors de perquisitions (enquêtes dites « *lourdes* » françaises et inspections communautaires), de multiples documents et pièces sont susceptibles d'être saisis immédiatement par les enquêteurs.

Lorsque les parties ou leur avocat allèguent que certaines pièces, certes en lien avec l'enquête, ne peuvent être saisies en raison de leur confidentialité au titre du **Legal Privilege**, les parties devront motiver leur demande d'absence de saisie. Les enquêteurs, tel que l'explique le guide de la

⁽³⁾ Décision Akzo-Nobel précitée, paragraphes 168 et 169.

⁽⁴⁾ Décision AM&S précitée, paragraphes 25 et 26.

⁽⁵⁾ Ordonnance Hilti du Tribunal de première instance du 4 avril 1990, aff. T-30/89, paragraphe 18.

⁽⁶⁾ Décision Akzo Nobel précitée, paragraphes 120 à 123.

Commission sur les Bonnes pratiques liées au déroulement des procédures relatives aux articles 101 et 102 TFUE non encore publié⁷, pourront visualiser la présentation générale, le titre ou d'autres aspects superficiels des pièces afin de savoir s'ils sont effectivement couverts par le *Legal Privilege*. Il est, en outre, possible que les parties demandent aux enquêteurs de ne pas examiner de tout certaines pièces, en raison de motifs spécifiques.

En droit français, aucune procédure particulière n'envisage un recours spécifique relatif aux pièces protégées par le *Legal Privilege*.

En droit Communautaire, si les enquêteurs estiment qu'il n'est pas exclu qu'un document litigieux bénéficie du *Legal Privilege*, alors la pièce en cause sera placée sous enveloppe scellée en vue de son examen futur de telle sorte que soit résolue ultérieurement la question de sa confidentialité.

Si la Commission rejette les motifs invoqués par les parties pour obtenir le bénéfice du *Legal Privilege* pour certains documents, elle devra rendre une décision de refus et les parties pourront contester sa décision devant la CJUE. La Commission ne pourra pas ouvrir l'enveloppe scellée contenant les pièces litigieuses avant que ne soit rendue la décision !

Mais attention, les requêtes dilatoires relatives au *Legal Privilege* nullement justifiées et visant uniquement à retarder la procédure pourront être sanctionnées financièrement⁸.

En droit interne, pour contester la saisie de pièces couvertes par le *Legal Privilege*, les parties devront contester le déroulement des visites et saisies (cf. art. 450-4 du Code de commerce et **Lettre du Cabinet mars-avril 2010**) sans toutefois avoir un recours spécifique permettant le placement des pièces litigieuses sous scellés ainsi que prévu en droit communautaire.

Les précautions prises par les autorités communautaires se retrouvent notamment dans l'examen des pièces numérisées et plus particulièrement dans la saisie des messageries électroniques.

En droit français, les juges considèrent les messageries électroniques de type « *Outlook* » ou « *Lotus Note* » comme une pièce unique et insécable, c'est-à-dire comme un document ne pouvant pas être différencié, en considérant les éléments

qu'il contient. C'est sur ce principe que les enquêteurs français se fondent pour saisir l'intégralité des messageries électroniques alors même que s'y trouveraient des correspondances privées ou des documents bénéficiant du *Legal Privilege*.

C'est ainsi que la Cour de cassation dans l'affaire Shering-Plough⁹ a annulé la décision du Juge des Libertés et de la Détention autorisant la restitution de documents informatiques non différenciés qui avaient été saisis grâce au procédé du ciblage par mot-clé. La Cour réaffirme le principe de l'insécabilité des messageries électroniques et estime, dans la mesure où les documents saisis contiennent au moins en partie des éléments permettant de démontrer l'existence des pratiques anticoncurrentielles suspectées, que la saisine globale est alors licite.

Ces méthodes de saisie diffèrent de la procédure mise en œuvre par les enquêteurs de la Commission qui ne considèrent pas ab initio que les messageries électroniques ou tout autre document constituent un tout insécable. Les enquêteurs examineront chacun des éléments et notamment les courriers électroniques de la messagerie. La saisie globale s'opèrera uniquement dans des cas particuliers où les enquêteurs manqueront de temps pour inspecter chacune des pièces sur site ; il leur est par conséquent permis de saisir des pièces de façon globale mais ces documents seront placés sous enveloppes scellées qui ne seront ouvertes qu'en présence des parties afin de procéder à l'examen des pièces.

Par cet exemple, on peut observer que le respect du *Legal Privilege* est davantage garanti en droit communautaire où des procédures strictes ont été édictées.

Malgré une extension du *Legal Privilege* à de nouvelles catégories de documents et l'existence de procédures tendant à favoriser le respect de ce principe, cette protection demeure somme toute encore limitée notamment en ce qui concerne les pièces, opinions ou documents émanant de juristes d'entreprise.

Il nous faut donc attendre la suite et la fin de la saga Akzo-Nobel qui apportera certainement de précieux enseignements en matière de protection au titre du *Legal Privilege* !

Nous vous en tiendrons informés.

⁽⁷⁾ "Best Practices on the conduct of proceedings concerning the articles 101 and 102 TFEU".

⁽⁸⁾ Article 23(1) du Règlement 1/2003.

⁽⁹⁾ Décision du 20 mai 2009, n°07-8643.





La Question Prioritaire de Constitutionnalité : une vraie réforme ! Le Conseil constitutionnel devient juge de la loi !

Par Jean-Christophe Grall, Mathilde Lefèvre et Marine Grall

Depuis son entrée en vigueur le 1er mars 2010, la question prioritaire de constitutionnalité, nouvel outil juridique des parties à l'instance, connaît un succès sans précédent avec aujourd'hui plus d'une quarantaine de questions posées au Conseil constitutionnel et déjà quatre décisions rendues.

La question prioritaire de constitutionnalité (ci-après « **QPC** ») a été introduite par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ajouté un article 61.1 à la Constitution par lequel :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

Par ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 62 prévoit qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

Par cette réforme, le contrôle du Conseil constitutionnel se fait désormais

- non seulement par voie d'action, a priori et en amont de la promulgation de la loi ;
- mais aussi par voie **d'exception, a posteriori et en aval de la promulgation de la loi.**

Cette réforme a un triple objectif :

- donner un droit nouveau au justiciable en lui permettant de faire valoir les droits qu'il tire de la Constitution ;
- purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles ;
- assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre interne.

Pourquoi parle-t-on de question **prioritaire** de constitutionnalité ? La question est dite prioritaire car, d'une part, lorsqu'elle est posée devant une juridiction de première instance ou en appel, la question doit être examinée sans délai et le temps d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité doit s'imputer sur le temps de la procédure et ne doit pas la retarder.

D'autre part, elle est considérée comme prioritaire car, dès lors que la juridiction est saisie de moyens contestant à la fois la constitutionnalité de la loi et le défaut de conformité de cette loi aux traités et accords internationaux (exception dite **d'inconventionnalité**), la juridiction doit d'abord examiner la **question de constitutionnalité**.

Comment se déroule le processus de la question prioritaire de constitutionnalité ?

Il est tout d'abord important de préciser que le justiciable ne peut saisir directement le Conseil constitutionnel : en effet, la question prioritaire de constitutionnalité doit être posée au cours d'une instance, administrative ou judiciaire. La question peut en outre être posée en première instance, en appel ou devant la Cour de cassation en matière judiciaire ou le Conseil d'Etat en matière administrative.

C'est la juridiction saisie de l'instance qui procède sans délai à un premier examen. La juridiction examine si la question est recevable. Les critères de recevabilité de la question sont fixés par la loi organique ; pour qu'une **QPC** soit recevable, il faut que :

- la disposition législative critiquée soit applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- la disposition législative critiquée n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ;
- la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

Le Conseil d'État ou la Cour de cassation procède à un examen plus approfondi de la **QPC** et décide de saisir ou non le Conseil constitutionnel. Ces deux cours ont donc un rôle de **filtrage** des questions prioritaires de constitutionnalité, afin d'éviter un engorgement du Conseil constitutionnel dû à un véritable tsunami de contentieux.

Il faut préciser que ces deux cours ne sont pas des juges constitutionnels : leur fonction se limite à accepter ou refuser de transmettre la **QPC** au Conseil constitutionnel.

S'il est saisi, le Conseil constitutionnel doit juger la **QPC** dans un délai de trois mois :

- si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est conforme à la Constitution, cette disposition conserve sa place dans l'ordre juridique interne. La juridic-

tion doit l'appliquer, à moins qu'elle ne la juge incompatible avec une disposition d'un traité international ou du droit communautaire.

- si le Conseil constitutionnel déclare que la disposition législative contestée est contraire à la Constitution, la décision du Conseil constitutionnel a pour effet d'abroger cette disposition. Elle disparaît de l'ordre juridique français.

La **QPC**, qui permet désormais que le contrôle de constitutionnalité des lois se fasse à la fois par voie d'action et par voie d'exception, a priori et a posteriori, contribuera à renforcer le pouvoir du Conseil constitutionnel dans sa mission de gardien du respect de la Constitution et de protecteur des droits fondamentaux.

Il assure désormais la plénitude des missions habituellement dévolues aux juridictions constitutionnelles tel qu'envisagé par exemple aux Etats-Unis avec le « *Judicial Review* » ; Robert Badinter voulait même l'appeler « *Cour Constitutionnelle* » pour souligner ses nouvelles prérogatives qui tendent à le rapprocher de plus en plus des autres cours constitutionnelles européennes.

En chiffres : on compte déjà 132 **QPC** posées à la cour de cassation et 72 **QPC** posées au conseil d'Etat en mai 2010. Au 14 juin 2010, le Conseil a déjà rendu 4 décisions statuant sur des questions prioritaires de constitutionnalité.

La première décision n°2010-1 du Conseil constitutionnel a été rendue le 28 mai 2010 après une saisine du Conseil d'Etat relative au régime spécial des pensions applicables aux ressortissants des pays et territoires autrefois sous souveraineté française et, en particulier, aux ressortissants algériens. Le Conseil constitutionnel a reconnu comme inconstitutionnelles les dispositions législatives sur les pensions de retraites des militaires étrangers dès lors qu'elles prévoyaient une revalorisation différente de celles prévues par le Code des pensions civiles et militaires de retraite. En présence d'une différence de traitement, contraire au principe d'égalité, le

Conseil s'est donc vu contraint d'abroger de telles dispositions.

La décision n°2010-6/7 rendue le 11 juin 2010, a reconnu que la radiation des listes électorales des personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public, lorsqu'elles commettent certaines infractions, contrevenait au principe d'individualisation des peines dans la mesure où cette radiation est considérée comme une sanction ayant le caractère de punition. Par conséquent le Conseil décide d'abroger l'article L.7 du Code électoral prévoyant une telle sanction.

Enfin, il est à noter que par une décision n°2010-2 rendue ce même 11 juin, le Conseil a estimé que l'article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles souvent critiqué, interdisant à l'enfant de réclamer la réparation d'un préjudice du seul fait de sa naissance, ne contrevenait pas à la Constitution, tout en rappelant que le législateur avait fondé son choix sur des considérations éthiques et sociales ainsi que sur des motifs financiers qui relèvent de son pouvoir d'appréciation.

Au regard de ces décisions et en vue des nombreuses autres à venir (**une QPC a notamment été posée en fin de semaine dernière et vise l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.450-4 du Code de commerce en matière de visites et saisies!**), il ne fait nul doute que la réforme a permis au Conseil constitutionnel de trouver une place centrale dans le contentieux juridictionnel et de devenir une véritable cour constitutionnelle.

En conclusion, si certains voient dans cette réforme des désavantages tels que la perte de stabilité juridique ou encore la banalisation de la place de la loi, une majorité s'accorde à reconnaître les nombreuses possibilités qu'offre désormais cette saisine du Conseil constitutionnel au travers du prisme de la question prioritaire de constitutionnalité !





Avis n° 10-08 de la CEPC : quelques précisions s'imposent

Par Thomas Lamy

La Commission d'Examen des Pratiques Commerciales [CEPC] a, dans le droit fil de l'adoption de la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008, mis en place un « *dispositif de questions / réponses* », dont chaque jour qui passe confirme l'utilité pour les opérateurs économiques et à ce titre tout particulièrement les industriels, les négociants-grossistes et les distributeurs.

Cela étant, la tâche dévolue aux membres de la CEPC est un peu ingrate, confrontés qu'ils sont à la gageure de devoir répondre rapidement, avec des mots simples, à des questions pratiques relevant dans certains cas de problématiques juridiques complexes. A cela s'ajoute le fait que, par ailleurs, les prises de position de la CEPC, parce qu'elles sont justement très attendues par les entreprises, sont souvent sorties de leur contexte, déformées, voire « *montées en épingle* », chaque glossateur y allant de son interprétation avertie ...

Le résultat – un peu contreproductif – est alors que les avis de la Commission perdent en lisibilité et peuvent avoir pour corollaire une polémique qui ne devrait pas être.

C'est typiquement ce genre de débat que pourrait susciter la publication, le 12 mai 2010, de l'avis n° 10-08 rendu par la CEPC sur le fondement de l'interpellation suivante :

« Qu'est-ce qu'une réduction conditionnelle ? Suffit-il que le service donnant lieu à réduction soit soumis à la bonne volonté du débiteur pour que la réduction soit conditionnelle (par exemple : la réduction est versée si le distributeur transmet les informations statistiques) ? ».

Sur ce point, la Commission apporte une réponse de nature strictement juridique, puisqu'elle prend le parti de répondre à la question posée en évoquant la notion de conditionnalité, au sens donné à ce terme par le droit civil des obligations : ainsi, citant en exemple le cas – archi-classique – des barèmes des ristournes qui sont, comme on le sait « conditionnés » par la progression des achats du distributeur par rapport à un niveau antérieur, la CEPC livre une analyse construite autour de la notion de potestativité, telle qu'énoncée par l'article 1174 du Code civil (« *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* »).

Cette approche, pour intéressante qu'elle soit, conduit toutefois à se demander si, ce faisant, la CEPC répond réellement aux attentes des opérateurs économiques : de fait, un débat scolastique portant sur le point de savoir si la potestativité pure doit s'entendre d'une option laissée à l'arbitraire d'un débiteur pourrait évidemment intéresser un cercle

restreint de juristes ; pour notre part, nous considérons que la question soumise à la Commission, quoiqu'imprécise dans sa formulation, conduisait avant tout à s'interroger sur le degré « *d'inconditionnalité* » à partir duquel une réduction de prix doit être considérée comme acquise et, de ce fait, à peine de sanction pénale, mentionnée sur les factures de vente émises par le fournisseur : on rappellera en effet, pour mémoire, les termes de l'article L.441-3 du Code de commerce qui prévoient que « *la facture doit mentionner [...] toute réduction de prix acquise à la date de vente ou de la prestation de service et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de service [...].* »

A cette question pratique, quoique seulement sous-entendue, la CEPC n'apporte pas de réponse dans l'avis du 12 mai dernier : sans doute cela s'explique-t-il par le fait que les règles de droit très strictes applicables en la matière sont demeurées inchangées depuis l'entrée en vigueur de l'ancienne loi « *Galland* » du 1^{er} juillet 1996, dont les dispositions précitées de l'article L.441-3 sont une subsistance, certes historique, mais néanmoins très vivace, à l'ère de la « *LME* ».

Sur les conditions de mention des réductions de prix sur facture, on rappellera donc les principes suivants :

- S'agissant précisément des réductions de prix à effet différé (« *ristournes* ») dont l'octroi est « *conditionné* » par un certain montant d'achats ou par la progression des achats par rapport à un niveau antérieur, évoquées par la CEPC dans l'avis précité, on relèvera tout d'abord que, dès le 3 février 1988, donc antérieurement à la loi « *Galland* », la DGCCRF considèrerait, à l'occasion d'une note de service, que « *le fournisseur [répond] à son obligation [de mention sur facture] en mettant en place un système lui permettant de repérer la date à laquelle les seuils de chiffre d'affaires donnant droit à ristourne sont atteints par le distributeur* ».

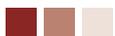
Par la suite, cette solution a été appliquée par le Tribunal de commerce de Bobigny, à l'occasion d'un jugement du 26 avril 1993 : « *la variabilité avec effet rétroactif du taux de ristourne applicable en fonction du chiffre d'affaires réalisé ne fait [...] en aucune manière obstacle au calcul du montant chiffré de cette ristourne au taux applicable lors de l'émission de chaque facture, même si par la suite ce taux est susceptible d'augmenter à raison du développement, possible mais nullement certain, du chiffre d'affaires* ».

- Par application du même principe, mais à l'inverse, le Conseil de la concurrence, à l'occasion de sa décision dite des « *petits appareils électroménagers* » du 13 novembre 1991, énonçait le point suivant : « *les remises assurées sur des objectifs qui ne sont pas encore atteints ne peuvent être considérées comme acquises et être chiffrées au moment de l'émission de la facture* ».
- Enfin, à l'occasion d'un arrêt du 12 juin 1997, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, s'agissant des ristournes de progression de chiffre d'affaires, posé le principe suivant : « *les ristournes de fin d'année dont le bénéfice n'est acquis au distributeur des produits d'une marque qu'après réalisation de certains seuils*

de chiffre d'affaires ou d'opérations de promotion, ne sauraient être regardées, faute d'accomplissement des conditions auxquelles elles sont subordonnées, comme acquises au moment de la vente ».

Tel est donc l'état du droit actuel, s'agissant de la question sensible du traitement légal de l'obligation de mention des réductions de prix ; on aura garde d'oublier que l'administration entend à l'avenir contrôler avec régularité la conformité des factures échangées par les opérateurs économiques, ce qu'évoquait la DGCCRF à l'occasion des récents bilans d'application de la « *LME* ». Disons-le tout net : les prises de position de la CEPC à l'occasion de l'avis précité n° 10-08 ne remettent en aucun cas en cause les principes rappelés ci-dessus.





Rupture du contrat de travail : illustrations récentes en matière de prise d'acte

Par **Emmanuelle Bordenave-Marzocchi**

Entre la démission et le licenciement, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail constitue un mode original de rupture du contrat de travail créé par la jurisprudence qui en a élaboré le régime à partir de 2003.

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation en février et en mars 2010 viennent compléter cette construction jurisprudentielle.

La prise d'acte de la rupture est une initiative du salarié qui intervient dans un contexte conflictuel avec l'employeur, le salarié rompant le contrat de travail en raison de griefs reprochés à l'employeur.

Rappelons que la prise d'acte de la rupture n'est pas conditionnée au respect d'un formalisme particulier : l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception par le salarié à l'employeur est toutefois le mode le plus sûr et le plus communément employé.

Depuis les arrêts fondateurs de juin 2003, la prise d'acte de la rupture « *produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiait, soit dans le cas contraire, d'une démission* » (Cassation Sociale 25 juin 2003 n° 0142.335 et n° 0142.578).

La seule chose certaine au moment de la prise d'acte est que la rupture est définitive et entraîne la cessation immédiate du contrat dès réception par l'employeur de la lettre de prise d'acte.

Il en ressort comme conséquence importante que l'employeur n'a pas à accepter ou à contester la prise d'acte, elle s'impose à lui et aucune autre procédure, notamment de licenciement mise en œuvre par l'employeur, ne peut venir anéantir les effets de la prise d'acte par le salarié.

La conséquence pratique en est que dès la prise d'acte de la rupture par le salarié, l'employeur est tenu de délivrer à celui-ci le certificat de travail et l'attestation destinée à Pôle Emploi.

De la même façon, le délai pour lever une éventuelle clause de non concurrence court à compter de la prise d'acte de la rupture.

S'agissant de l'exécution du préavis, le contexte conflictuel de la prise d'acte de la rupture autorise le salarié à ne pas accomplir son préavis compte tenu de la gravité des faits reprochés à l'employeur.

Mais les conséquences définitives de la prise d'acte de la rupture ne connaîtront leur épilogue qu'après la saisine du Conseil de prud'hommes et l'appréciation qu'auront portée les juges saisis sur le bien fondé des griefs invoqués par le salarié.

S'agissant de ces griefs, contrairement à ce qui est jugé en matière de licenciement, l'exposé des griefs contenus dans la lettre de prise d'acte de la rupture ne lie pas le salarié qui est donc libre d'invoquer n'importe quels faits, à charge pour lui de les établir et de les justifier.

Si les griefs invoqués par le salarié pour justifier la rupture du contrat de travail sont justifiés, la prise d'acte produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, entraînant ainsi la condamnation de l'employeur :

- au versement de l'indemnité compensatrice de préavis,
- à l'indemnité de licenciement légale ou conventionnelle,
- au paiement de dommages et intérêts,
- éventuellement au remboursement à l'ASSEDIC des allocations de chômage versées au salarié.

Au contraire, si les griefs ne sont pas fondés, la rupture produira les effets d'une démission et le salarié sera en principe tenu de payer à son employeur l'indemnité compensatrice de préavis qu'il n'aura pas exécuté.

S'agissant des griefs qui ont été jusqu'ici retenus pour requalifier la prise d'acte de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, la jurisprudence nous fournit les exemples suivants :

- le non paiement du salaire ;
- le non paiement des commissions à un VRP ;
- le non respect du repos hebdomadaire ;
- le manquement à l'obligation de sécurité ;
- la modification à la baisse de la rémunération ;
- les violences morales et psychologiques.

Les deux arrêts rendus par la Chambre Sociale de la Cour de cassation les 3 février 2010 (n° 08-40.338) et 30 mars 2010 (n° 08-44236) illustrent cette appréciation des griefs par le juge.

Dans l'arrêt du 3 février 2010, le litige opposait l'Ecole bilingue Montessori à l'une de ses anciennes enseignante qui avait été embauchée afin d'enseigner et encadrer une classe en journée continue selon les critères pédagogiques définis par l'Association Montessori International.

Au retour de son congé de maternité, cette enseignante s'était vue notifier qu'elle serait désormais

affectée aux côtés de la directrice dans sa classe de maternelle pour les 3-6 ans.

L'enseignante, après avoir repris son travail, avait ensuite pris acte de la rupture et reprochait à son employeur une modification de son contrat de travail ainsi qu'une rétrogradation.

L'école en retour faisait valoir qu'il existait une pratique courante de travail des enseignants en binôme au sein de l'établissement constitutive d'un usage, ce qui excluait toute notion d'enseignante principale ; cet usage, selon l'école, établissait l'absence de toute modification du contrat de travail de l'enseignante.

La Cour de cassation ne va pas suivre l'argumentation de l'école et va considérer que « *la salariée qui antérieurement à son congé de maternité encadrait une classe avec l'aide d'un assistant ou, éventuellement, d'un autre enseignant, s'était vue affectée au retour de son congé dans la classe où la directrice était enseignante, ce qui privait nécessairement l'intéressée d'une partie de ses fonctions d'encadrement* ».

La Cour a estimé que le manquement de l'employeur à son obligation légale de fournir à Madame Vidal un emploi similaire à celui qu'elle occupait avant son départ en congé de maternité, justifiait la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par l'intéressée, laquelle s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Une partie des fonctions de la salariée lui avait donc été retirée du fait de cette modification unilatérale du contrat de travail et ceci a été jugé suffisamment grave pour caractériser une rupture aux torts de l'employeur.

En effet, il ne suffit pas à un salarié d'alléguer des griefs et de démontrer que ces derniers sont fondés pour obtenir une requalification de la rupture en licenciement sans cause réelle et sérieuse, encore faut-il que les griefs en question correspondent à des manquements d'une gravité suffisante.

Dans l'arrêt du 30 mars 2010, la Cour de cassation va de façon encore plus explicite caractériser cette notion de gravité.

En l'espèce, une société appelée Bio Rad Laboratoires ayant décidé une réorganisation impliquant des licenciements économiques avait établi un plan social prévoyant notamment des départs volontaires.

Une salariée s'était portée candidate au départ volontaire le 15 mars 2000 sur la base d'une proposition de poste de l'Institut Pasteur.

La candidature de la salariée avait reçue un avis favorable de la cellule de gestion de la procédure de reclassement mais la validation du projet de reclassement externe était conditionnée à un accord motivé de l'employeur au plus tard le 5 mai 2000.

L'employeur n'ayant pas répondu à la salariée malgré ses demandes, la salariée avait donc pris acte de la rupture de son contrat de travail par lettre du 9 mai 2000 et rejoint l'Institut Pasteur.

Elle avait ensuite saisi la juridiction prud'homale afin de voir condamner la société Bio Rad Laboratoires au paiement de diverses sommes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La Cour d'appel avait retenu que l'absence de réponse de l'employeur à la demande de validation du projet de reclassement externe de la salariée dans le délai prévu par le plan social, constituait un manquement suffisamment grave pour fonder la prise d'acte.

La Cour de cassation va censurer cette décision en estimant « *qu'il résultait de ses constatations que s'il y avait manquement de l'employeur, celui-ci n'était pas de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail* ».

Cet arrêt donne un éclairage important sur l'appréciation des griefs.

Pour que la rupture soit jugée imputable à l'employeur, il faut certes des griefs graves mais il faut maintenant des griefs graves « ***de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail*** ».

En l'espèce, le grief était avéré (défaut de réponse dans le délai imparti). Les conséquences pour la salariée étaient graves puisque ce défaut de réponse l'empêchait de bénéficier d'un reclassement externe et des indemnités prévues au plan social, mais pour autant cela ne justifiait pas, selon la Cour de cassation, une rupture de son contrat de travail.

La Cour de cassation rajoute ici par cet arrêt une condition supplémentaire à la requalification en licenciement de la prise d'acte de la rupture qui est : « *l'obstacle à la poursuite du contrat de travail* ».

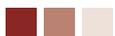
Or, en l'espèce, le défaut de réponse de l'employeur, même s'il préjudiciait au salarié, ne faisait pas obstacle à la poursuite du contrat de travail.

Cet arrêt restreint donc de façon importante le recours par les salariés à la prise d'acte de la rupture.

Il devrait donc permettre aux employeurs confrontés à ce type de rupture et dont les agissements auraient été par ailleurs critiquables, d'échapper à la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse en démontrant la possibilité de la poursuite du contrat de travail, nonobstant le bien fondé des griefs reprochés à l'employeur.

Les salariés qui ont donc pris acte de la rupture de leur contrat de travail en l'état du droit positif antérieur à cet arrêt peuvent donc avoir quelques soucis à se faire dans l'attente de la décision des juges qu'ils auront entre-temps saisis ...





Moteur de recherche et droit des marques : arrêt de la CJUE du 23 mars 2010

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

L'Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 23 mars 2010 - rendu dans les affaires jointes C-236/08 à C-238/08 ayant opposé les sociétés Google France et Google Inc. à Louis Vuitton Malletier, Google France à Viaticum et Luteciel, et Google France au CNRRH, Monsieur Thonet, Monsieur Raboin et Tiger – constitue une déconvenue importante pour les titulaires de marques qui s'étaient jusqu'à présent plutôt vus encourager par les juridictions françaises dans la lutte menée contre Google ou eBay du fait des atteintes portées selon eux à leurs marques.

■ Le cadre général :

Dans les trois affaires, la CJUE a été saisie par la Cour de cassation de questions préjudicielles, étant précisé que les demandeurs avaient tous obtenu en première instance, puis en appel, la condamnation de Google pour actes de contrefaçon de marques.

Les questions posées par la Cour de cassation concernaient deux aspects principaux :

- **d'une part, l'emploi de mots clés correspondant à des marques d'autrui dans le cadre d'un service de référencement sur internet.**

Ce qui est en cause ici c'est le service de référencement payant « **AdWords** » de Google qui permet à un annonceur qui a choisi des mots clés (ces mots clés pouvant être des marques appartenant à des tiers ou des mots déjà utilisés à titre de nom commercial), de faire apparaître un lien commercial vers son site internet lorsque les mots clés choisis apparaîtront dans une requête formulée par un internaute dans le moteur de recherche Google.

La question qui se pose plus précisément est celle de la possibilité de vendre à des annonceurs des marques d'autrui, sans l'autorisation de ces tiers, bien entendu, en tant que mots clés : est-ce en soi un acte de contrefaçon ou non ?

Le problème est d'autant plus aigu quand le service de référencement peut conduire à établir des liens vers des sites de concurrents, voire vers des sites de vente de produits contrefaisants comme dans le cas de l'affaire Vuitton, notamment si les mots clés choisis sont associés à des expressions évoquant la contrefaçon tels que « *copie* » ou « *imitation* ».

- **d'autre part, la responsabilité du prestataire du service de référencement.**

Se pose ici la question de la neutralité de Google en tant que prestataire de service technique : a-t-il un rôle passif et innocent dans la mise à disposition à titre payant de mots clés reproduisant des marques protégées ? Etant rappelé que la rémunération de Google pour ce service est loin d'être négligeable.

La réponse de la CJUE aux questions préjudicielles de la Cour de cassation vient valider la pratique de Google en l'encadrant, à peine, et risque fort d'intéresser la société Ebay autre grand acteur du Web fréquemment mis en cause par les titulaires de marques renommées.

■ La décision :

La CJUE a décidé que Google n'était pas contrefacteur, ni même complice d'actes de contrefaçon, en permettant à ses clients annonceurs de choisir à titre de mots clés des marques d'autrui, sans le consentement des titulaires de ces marques, de stocker ces mots clés et d'afficher les annonces de ses clients à partir des mots clés, au motif que ces actions n'impliquaient pas pour autant que Google faisait lui-même un usage de ces mots clés.

La CJUE affirme que sa position doit être maintenue même si Google perçoit une rémunération au titre de ses services. La Cour estime, en effet, que le fait de créer des conditions techniques nécessaires pour l'usage d'un signe et d'être rémunéré pour ce service ne signifie pas que celui qui le rend procède lui-même à un usage du signe.

La Cour a ainsi écarté la responsabilité de Google sous l'angle de la contrefaçon de marque liée à un usage de la marque d'autrui : **le service de référencement de Google n'est pas en soi un usage non autorisé de marques d'autrui et n'est donc pas un acte de contrefaçon !**

Se posait par ailleurs la question de savoir si au-delà du cadre de la contrefaçon, et dans le contexte de la société de l'information, Google ne pouvait être considéré comme responsable en tant qu'hébergeur.

Or, les hébergeurs peuvent bénéficier d'une exonération de responsabilité aux termes de la directive commerce électronique transposée en France par la Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Néanmoins, la Cour n'exclut pas toute responsabilité à ce titre estimant que tout dépendra du point de savoir si le prestataire a joué un rôle « *purement technique, automatique et passif* » impliquant qu'il n'a pas la connaissance ni la maîtrise des informations transmises ou stockées ou s'il a participé à l'élaboration du message commercial, à la sélection des mots clés.

La responsabilité du prestataire pourra ainsi être engagée, si ayant pris connaissance du caractère illicite des données transmises ou stockées ou des activités d'un annonceur, il n'a pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données.

En l'espèce la Cour ne s'est pas prononcée sur le rôle de Google à ce titre et renvoie cette question aux juridictions nationales.

■ **Conclusion :**

La position de la Cour a sans doute été influencée par les conclusions de l'Avocat général qui estimait que les titulaires de marques ne peuvent disposer d'un droit absolu de contrôle de l'usage de leurs marques au vu de la nature particulière d'internet et du rôle des mots clés dans l'internet.

Les mots clés permettent en effet d'atteindre des sites associés à ces mots or, un certain nombre de ces sites sont parfaitement légitimes et licites bien qu'ils ne soient pas ceux des titulaires des marques : il peut s'agir de sites consacrés aux critiques des produits, de comparaison de prix, de vente de produits d'occasion, etc.

Au vu de la décision de la CJUE qui risque de marquer un coup d'arrêt dans la jurisprudence française jusqu'ici relativement favorable aux titulaires de marques, un conseil aux titulaires de marques : avoir une action préventive à l'égard des prestataires de référencement consistant à les avertir officiellement des droits de propriété intellectuelle dont ils disposent sur des signes protégés.

Une telle démarche aura pour effet de rendre les prestataires de mauvaise foi et de permettre ainsi d'engager leur responsabilité, à tout le moins en qualité d'hébergeur.

Néanmoins, cela peut se révéler fastidieux lorsque qu'une société dispose d'un important portefeuille de marques à surveiller !

Précisons enfin que les trois affaires qui ont ensuite donné lieu aux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation ne visaient que la mise en cause de la responsabilité de Google pour son service de référencement « **AdWords** » mais, qu'aux côtés de cette responsabilité éventuelle de Google, la responsabilité des annonceurs qui acquièrent des marques de tiers à titre de mots clés peut être mise en cause si une confusion sur l'origine des produits est susceptible de résulter de leur comportement ou si les produits ou services de ces annonceurs sont présentés comme une alternative par rapport à ceux des titulaires des marques en cause.

Ceci est clairement affirmé par la CJUE et est bien entendu satisfaisant. Néanmoins, cela imposera aux titulaires des marques d'agir de façon distincte à l'encontre de chacun des annonceurs indéliçats, ces titulaires ne pouvant plus dans un certain nombre de cas agir contre le prestataire du service de référencement.





Rappels de l'ADLC sur les échanges d'informations entre concurrents

Par Nicolas Geay

L'Autorité de la concurrence (ADLC) vient de rappeler dans un avis n°10-A-11 du 7 juin 2010 les principes sur lesquels se fonde sa pratique décisionnelle en matière d'échanges d'informations entre concurrents, notamment au sein d'organismes professionnels.

Rappelons tout d'abord que le fonctionnement d'un marché repose sur l'autonomie des différentes entreprises dans la détermination de leur politique commerciale et donc l'incertitude de chaque opérateur quant au comportement futur de ses concurrents, et que les échanges d'informations stratégiques entre concurrents qui ne sont pas accessibles à l'ensemble du marché rompent ce degré d'autonomie et sont susceptibles de conduire à un équilibre collusif sur le marché (alignement des offres tarifaires par exemple).

Toutefois, les échanges d'informations peuvent également permettre aux entreprises de mieux connaître le marché et donc d'améliorer leur efficacité interne, notamment au moyen de méthodes *d'échelonnement* ou « *benchmarking* » par rapport à leurs concurrentes.

Dès lors, le caractère pro-concurrentiel ou anticoncurrentiel d'un système d'échanges d'informations relève d'une analyse au cas par cas, en fonction de critères définis par la pratique des autorités de concurrence et que l'Autorité de la concurrence rappelle dans son avis en s'attachant tout particulièrement à la nature des informations échangées (1), aux caractéristiques du système d'échange (2) et à la prise en compte des caractéristiques du marché concerné (3).

1. La nature des informations échangées :

L'Autorité de la concurrence rappelle que les échanges d'informations entre concurrents, même ceux portant sur des coûts ou sur des prix, ne sont pas anticoncurrentiels en soi mais qu'ils ne doivent pas « *avoir pour conséquence de restreindre la concurrence sur le marché concerné, par une fixation artificielle des prix de vente sur le marché, ou en dissuadant chaque entreprise d'établir ses prix en fonction de ses coûts et de sa stratégie commerciale propres* ».

Ainsi, les échanges d'informations stratégiques futures portant par exemples sur des prix ou les études de coûts sont généralement proscrits dès lors qu'ils empêchent ou dissuadent les entreprises de fixer leurs prix de manière autonome.

S'agissant des données passées, les critères pris en considération sont « *leur caractère public ou confidentiel, leur caractère stratégique ou de secret d'affaires, leur degré d'ancienneté (c'est-à-dire leur*

proximité ou non avec les derniers résultats connus), ainsi que leur niveau d'agrégation ».

Par exemple, relèvent du secret des affaires les informations sur des volumes de ventes réalisés, ou encore des parts de marchés détenues, surtout lorsqu'il s'agit de performances récentes.

S'agissant des informations publiques, l'autorité rappelle que leur échange n'est en principe pas interdit dès lors que leur collecte n'est pas difficile, notamment au regard de leur coût.

Enfin, nous rappellerons que les échanges sont d'autant plus susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels qu'ils portent sur des données récentes et individuelles ou trop peu agrégées.

En effet, l'Autorité de la concurrence souligne la nécessité que la mise en forme des informations permette de garantir l'anonymat des entreprises participant à l'échange et celui des informations mises en commun, ce qui doit conduire à privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles les mercuriales de prix, les valeurs moyennes ou les indices.

2. Les caractéristiques du système d'échange :

L'Autorité de la concurrence rappelle qu'il convient également de prendre en compte la fréquence des échanges et son aptitude à éliminer ou restreindre l'incertitude sur la stratégie commerciale des concurrents : les données doivent donc être collectées a posteriori et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation, afin que l'échange d'informations n'empêche pas les entreprises de déterminer leur politique commerciale en totale autonomie par rapport à celle de leurs concurrents.

3. Les caractéristiques du marché concerné :

L'impact d'un échange d'informations diffère selon le nombre d'entreprises actives sur le marché, leur force commerciale respective et l'intensité de la concurrence les opposant : un dispositif collusif est ainsi d'autant plus facile à coordonner et les éventuelles déviations plus aisément détectables que le marché est fortement concentré, voire oligopolistique, et que la part de marché combinée des participants à l'échange est importante !

En revanche, sur un marché atomisé, les effets anticoncurrentiels pouvant résulter d'un échange d'informations sont a priori moins probables. L'Autorité de la concurrence précise toutefois que sur un tel marché atomisé où la taille des entreprises est souvent réduite, un organisme professionnel peut néanmoins jouer un rôle décisif dans la coordination du comportement des opérateurs, notamment lorsqu'il joue un rôle de prescripteur, car les opérateurs économiques seront alors incités à calquer leur poli-

tique commerciale sur les informations reçues, ce qui peut avoir pour objet ou pour effet de « discipliner » la concurrence dans le secteur en cause.

A cet égard, s'il est clair que les échanges d'informations collusifs peuvent avoir lieu en dehors de toute structure syndicale ou organisation professionnelle, l'Autorité de la concurrence confirme qu'un syndicat, ou un ordre professionnel, peut mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles lesquelles s'entendent d'ailleurs comme un accord entre ses membres, toutes les fois où il délivre des informations ou des conseils à destination de ses adhérents qui n'ont pas un degré de généralité suf-

fisant et/ou interfèrent dans leur processus de décision et de négociation commerciale !

Ainsi, si cet avis n'apporte aucune nouveauté particulière dans la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, il n'en constitue pas moins une pique de rappel à destination des syndicats professionnels dont l'Autorité de la concurrence n'hésite pas aujourd'hui à sanctionner les comportements anticoncurrentiels, en parallèle avec ceux de leurs membres.

La prudence s'impose donc toujours davantage !



Brève : Nouvel avis n° 10-08 de la CEPC

Par Sarah Darmon

Nous vous signalons la mise en ligne, le 12 mai 2010, d'un nouvel avis n° 10-08 de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), venant compléter le dispositif des Questions-Réponses relatif à la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'économie. Deux questions étaient posées : l'une relative à la définition d'une réduction conditionnelle, l'autre sur le point de savoir **s'il pourrait être répréhensible pour un fournisseur de réclamer des pénalités de retard de paiement à certains de ses distributeurs et pas à d'autres**. Nous ne retranscrivons ici que l'avis relatif aux pénalités de retard, l'avis de la CEPC sur la notion de réduction conditionnelle ayant été commenté dans la présente **Lettre du Cabinet**.

■ « Pénalités de retard de paiement :

L'abolition par la LME de l'interdiction formelle des pratiques discriminatoires s'applique-t-elle aussi aux pénalités de retard de paiement ? En d'autres termes, un fournisseur serait-il encore répréhensible d'en réclamer le paiement à certains et pas à d'autres (notamment pour des raisons commerciales) ?

De même, est-il dorénavant possible de convenir de taux d'escompte différents selon les clients ?

I - Exigibilité

L'article L 441-6 du Code de commerce fait des conditions de règlement une mention obligatoire des Conditions Générales de Vente. Celles-ci

doivent donc mentionner les conséquences des retards de paiement.

Les pénalités de retard sont exigibles de plein droit, sans qu'un rappel soit nécessaire (L. 441-6 alinéa 12) : il n'est pas nécessaire d'adresser une mise en demeure à son débiteur. La créance naît automatiquement à l'échéance légale, soit le lendemain de la date à laquelle le paiement était prévu.

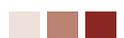
Le terme « exigible » ne signifie pas que le créancier a l'obligation de les réclamer, mais qu'il a la possibilité de les réclamer.

Le fait de ne pas exiger le paiement de ces pénalités n'est pas en soi répréhensible.

Une pratique consistant à exiger les pénalités de retard de paiement auprès de certains débiteurs et pas à d'autres peut constituer une pratique abusive (L. 442-6 7° : soumettre le partenaire à des conditions de règlement qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux), en particulier s'il peut être démontré que cette renonciation, sans contrepartie, a entraîné un préjudice pour un concurrent du débiteur.

II – Taux d'escompte différencié

Convenir de taux d'escompte différent est autorisé au titre des conditions particulières de vente. Il s'agit d'un élément de la négociation commerciale ».





Le dommage causé à l'économie ne se présume pas : Arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 2010 (Bouygues Telecom, SFR et Orange France, n° 09-12.984, 09-13.163 et 09-65.940)

Orange est écoutée !

Par Sarah Darmon

Par un arrêt rendu le 7 avril 2010, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, pour la seconde fois, censuré partiellement la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la téléphonie mobile. Si la Cour de cassation valide cette fois l'existence d'un échange d'informations anticoncurrentiel entre les trois opérateurs mobiles, Orange, SFR et Bouygues Telecom, ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre de SFR (35 millions d'euros) et Bouygues Telecom (16 millions d'euros), elle estime, en revanche, que la Cour d'appel de Paris a insuffisamment motivé l'évaluation du dommage à l'économie pour déterminer la sanction d'Orange.

■ Sur la preuve du caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations :

Il convient de rappeler que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 29 juin 2007 dans la même affaire, avait censuré la Cour d'appel de Paris une première fois, en lui reprochant de ne pas avoir recherché « *de façon concrète* » si l'échange régulier d'informations, de 1997 à 2003, entre les trois opérateurs mobiles, avait pour objet ou pour effet potentiel de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné. Ainsi, la Cour de cassation avait refusé de considérer qu'un échange d'informations entre concurrents constituait une pratique anticoncurrentielle « *per se* » sans que soit démontré concrètement l'objet ou l'effet anticoncurrentiel, potentiel ou réel d'un tel échange.

La Cour de cassation a cette fois, au contraire, estimé que le nouvel arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 11 mars 2009, est suffisamment motivé :

« *La cour d'appel qui ne s'est pas bornée à reprendre les motifs propres et adoptés de l'arrêt partiellement cassé du 12 décembre 2006, qui n'a pas présumé à partir du seul caractère oligopolistique du marché, et de données abstraites, qu'un échange régulier d'informations était de nature à altérer sensiblement la concurrence, qui ne s'est pas bornée à déduire le caractère stratégique des données échangées du seul fait qu'elles étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs et qui n'a pas décidé que l'absence de distinction entre les forfaits et les cartes prépayées, importait peu, mais a véri-*

fié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections, avaient été effectivement utilisées par les opérateurs pour ajuster leur stratégie, a légalement justifié sa décision ». (Souligné par l'auteur)

La Cour d'appel avait en effet relevé, en se servant des constatations du Conseil de la concurrence, que les informations échangées avaient été utilisées concrètement par les opérateurs pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, la politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts de marché. Elle en avait conclu que « *ces échanges avaient accru la transparence du marché et révélé aux opérateurs leurs stratégies respectives en leur permettant, par leur accord de volonté, de limiter la concurrence résiduelle* ».

Si la Cour de cassation estime que la Cour d'appel a cette fois légalement justifié sa décision s'agissant de la démonstration des effets anticoncurrentiels concrets de l'échange d'informations entre les opérateurs mobiles, elle censure l'arrêt de la Cour d'appel quant à l'évaluation des sanctions, au visa de l'article L.464-2 du Code de commerce.

■ Sur l'évaluation des sanctions et la démonstration du dommage à l'économie :

Ainsi que l'affirme de manière particulièrement claire la Cour de cassation :

« *Il résulte de [l'article L.464-2 du Code de commerce] que le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; ce dommage ne saurait être présumé* ». (Souligné par l'auteur)

En l'espèce, la Cour d'appel avait déduit le dommage à l'économie de l'existence d'une entente.

Or, la preuve d'un dommage à l'économie doit être apportée pour sanctionner les entreprises qui ont participé à l'entente. Cette solution est particulièrement protectrice des parties à l'entente.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris, après avoir sanctionné l'Autorité de la concurrence dans l'affaire

du négoce des produits sidérurgiques¹⁰ pour défaut de motivation du montant des sanctions et absence d'approfondissement de la « *question du dommage aux consommateurs finaux* », l'a été à son tour par la Cour de cassation.

De plus, il convient de noter que la Cour de cassation considère que doit figurer au nombre des éléments à prendre en compte pour mesurer le dommage à l'économie, outre la taille du marché concerné et l'implication de la totalité des offreurs sur le marché dans l'échange d'informations, la démonstration d'une faible sensibilité de la demande au prix :

« *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans tenir compte de la sensibilité de la demande au prix, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Ceci rappelle la conception du dommage à l'économie exposée par le Conseil de la concurrence dans son rapport annuel pour l'année 2005 :

« *Le dommage causé par une pratique anticoncurrentielle peut être analysé schématiquement à travers les effets d'une hausse de prix sur un marché de produits de consommation à la suite d'un cartel de prix :*

– *d'une part, moins de consommateurs sont prêts à acheter le produit à ce niveau de prix et les quantités échangées diminuent. Plus la demande est élastique, c'est-à-dire sensible au prix, plus l'effet sur les quantités est important ;*

– *d'autre part, les consommateurs qui ont malgré tout acheté le bien, l'ont payé plus cher : en quelque sorte, ils sont victimes d'une spoliation. Celle-ci est d'autant plus importante que ces consommateurs sont captifs ou peu sensibles au prix, parce qu'il s'agit par exemple d'un bien de première*

⁽¹⁰⁾ CA de Paris, arrêt du 19 janvier 2010 (statuant sur le recours formé contre la décision 08-D-32 du Conseil de la concurrence)

nécessité pour lequel la demande a une faible élasticité au prix.[...]

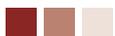
En revanche, l'incitation à mettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle permettant d'élever le prix de vente est d'autant plus forte que l'élasticité prix est faible, (cas par exemple, de biens indispensables). Lorsque la hausse des prix considérée entraîne peu de variation des quantités achetées, le dommage est essentiellement constitué du surprix payé par les consommateurs, au bénéfice des entreprises qui ont augmenté leur prix, et la pratique est d'autant plus profitable pour elles.

En conséquence, comme cela a été rappelé ci-dessus, les pratiques qui ont pour effet de renchérir le prix de biens de première nécessité ou pour lesquels la demande est inélastique pour d'autres raisons, comme les médicaments, sont considérées par la jurisprudence comme particulièrement dommageables ». (Souligné par l'auteur)

Le Conseil de la concurrence avait réitéré la nécessité de prendre en compte la sensibilité de la demande au prix au stade de l'évaluation du dommage à l'économie, dans sa décision n° 08-D-13 du 11 juin 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux : « *Le dommage à l'économie est d'autant plus important qu'il existe une faible sensibilité de la demande aux prix* ».

La Cour d'appel se devra donc ici d'évaluer, mais seulement à l'égard de la société Orange, dans la mesure où les deux autres requérantes, qui n'avaient pas jugé bon de soulever ce moyen, voient confirmer les sanctions qui leur avaient été infligées, dans quelle mesure la relative captivité des clients des trois opérateurs mobiles, liés à ces derniers par des engagements de 12 ou 24 mois et par d'autres mécanismes de fidélisation, rendait leur demande faiblement sensible aux prix.





Les taxis à l'arrêt !

Décision de l'Autorité de la concurrence n°10-D-15 du 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE « *Groupement des Taxis amiénois et de la métropole* » !

Par Peggy Tourret

L'Autorité de la concurrence a rendu, le 11 mai 2010, une nouvelle décision dans le secteur des taxis. Cette décision a sanctionné des pratiques d'entente sur le fondement de l'article L.420-1 du Code de commerce, mises en œuvre par le groupement d'intérêt économique « *Groupement des Taxis amiénois et de la métropole* » (ci-après le « *GIE GRTAM* »). Ce GIE, constitué en 1976 à l'initiative des taxis d'Amiens, a regroupé, selon l'Autorité de la concurrence, entre 80% et 90% de la flotte de taxis en activité sur l'agglomération amiénoise entre les années 1999 et 2009. Le secteur du transport de voyageurs par taxi a déjà fait l'objet de plusieurs décisions du Conseil de la concurrence, qui a eu à connaître de pratiques anticoncurrentielles relevant du droit des ententes, sur des marchés locaux de taxis caractérisés par un nombre limité d'offres regroupés au sein d'un GIE ou d'une organisation professionnelle.

Ces pratiques, visant à restreindre la concurrence et mises en œuvre par un GIE, sont condamnées par l'Autorité de la concurrence. Dans une décision du 27 juin 2001¹¹, le Conseil de la concurrence a, en effet, estimé qu' : « *un groupement d'intérêt économique, créé en vue d'améliorer les conditions d'exploitation de ses membres, ne constitue pas en soi une entente prohibée par les dispositions de l'article L.420-1 du code de commerce ; que, toutefois, le recours à une telle structure ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions, lorsqu'il est établi qu'elle a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence* ».

Et le secteur des taxis n'échappe pas à la règle !

On se souvient en effet de l'affaire des taxis marseillais¹² dans laquelle des syndicats de taxis et des réseaux de radio-taxis ont été condamnés pour avoir fixé le prix de cession des licences professionnelles ou plus récemment l'affaire du syndicat de taxis des Alpes-de-Haute-Provence¹³ dans laquelle

le syndicat et certains de ses membres ont été sanctionnés pour s'être entendus dans le but de limiter l'installation de nouveaux taxis dans le département et de se réserver ainsi le marché du transport de « *malades assis* ».

En France, la profession de chauffeur de taxi fait l'objet d'une réglementation stricte.

La loi du 20 janvier 1995¹⁴ (dite « *loi Pasqua* ») subordonne en effet l'accès à la profession aux conditions suivantes : la détention d'un certificat de capacité professionnelle, l'obtention d'une carte professionnelle et l'autorisation de stationnement sur la voie publique.

Cette autorisation de stationnement sur la voie publique, plus communément dénommée « *licence* », peut être obtenue en France par deux moyens :

- elle peut être délivrée gratuitement par l'autorité administrative compétente, mais la liste d'attente des candidats peut être longue puisque cette attribution repose sur un principe de *numerus clausus*.
- elle peut être achetée sur un marché secondaire auprès d'un titulaire de cette licence qui présente, à titre onéreux, son successeur à l'autorité administrative qui l'a délivrée.

C'est pourquoi, dans ce cadre juridique strict, dans lequel l'accès et l'exercice à la profession sont déjà fortement limités par la réglementation, les pratiques anticoncurrentielles ont des conséquences d'autant plus graves sur la concurrence.

Dans la décision d'espèce, l'enquête menée par l'Autorité de la concurrence a permis de relever une entente mise en place par le GIE GRTAM visant à éliminer la concurrence à la fois entre ses membres et vis-à-vis des exploitants non-adhérents.

Trois pratiques, relevant de l'article L.420-1 du Code de commerce, ont été dénoncées par l'Autorité de la concurrence.

- Tout d'abord une concertation sur les prix de cession des licences, formalisée par l'accord

⁽¹¹⁾ Conseil de la concurrence, décision n°01-D-32 du 27 juin 2001 relative à une saisine de Monsieur Henri Faraut dirigée contre des pratiques mises en œuvre dans le secteur des taxis à Saint-Laurent du Var.

⁽¹²⁾ Conseil de la concurrence, décision n°06-D-30 du 18 octobre 2006, Marseille Taxis.

⁽¹³⁾ Conseil de la concurrence, décision n°08-D-23 du 15 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par le syndicat des artisans et entrepreneurs de taxis des Alpes-de-Haute-Provence et certains de ses membres.

⁽¹⁴⁾ Loi n°95-66 du 20 janvier 1995 relative à l'accès à l'activité de conducteur et à la profession d'exploitant de taxi qui réglemente tant l'accès et l'exercice de la profession que la fixation des tarifs.

explicite des membres dans le cadre des instances du GIE. Cette concertation avait directement un objet anticoncurrentiel puisqu'elle visait, en fixant un prix de vente unique, à aligner voire à augmenter régulièrement les prix de cession. Cet accord avait donc pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence sur le marché secondaire des autorisations de stationnement sur l'agglomération amiénoise.

- Ensuite ont été mises en évidence des restrictions à l'entrée dans le GIE.

Ces restrictions étaient de deux ordres :

- Premièrement un droit d'entrée très élevé réclamé aux seuls adhérents non-successeurs à un membre du GIE GRTAM. La justification donnée par les dirigeants du GIE selon lequel ce droit d'entrée permettrait de « *rattraper* » les coûts historiquement supportés par les membres fondateurs n'a pas été retenue. La distinction opérée entre un nouveau membre et un successeur constituait donc une discrimination artificielle suivant le seul critère de rachat de licence à un membre du GIE et introduisait une barrière artificielle à l'accès au marché ;
- Deuxièmement, un examen des demandes d'adhésion au GIE ne reposant sur aucun critère objectif. En effet les statuts du GIE prévoyaient que les décisions de refus d'adhésion n'avaient pas à être motivées et que le Conseil d'administration du GIE pouvait se réserver le droit de proposer l'exclusion d'un nouvel adhérent à l'Assemblée générale extraordinaire ou de récuser le nouvel exploitant pendant sa

période d'essai d'un an. Or, du fait de sa prédominance dans le secteur des taxis à Amiens, l'adhésion au GIE GRTAM constitue une condition essentielle d'accès au marché.

- Enfin, l'autorité de la concurrence a relevé des entraves au développement de la clientèle propre des membres du GIE.

Les dispositions des statuts et du règlement intérieur du GIE limitaient l'exercice de l'activité de taxi tant en interdisant l'acquisition d'une clientèle propre, qu'en interdisant le recours à tout moyen propre de communication. Ces pratiques rendaient donc impossible la constitution d'une clientèle propre et limitaient la liberté commerciale des membres du GIE.

→ Les pratiques d'ententes horizontales sur les prix mises en places par le GIE GRTAM, sont graves par nature et ce d'autant plus qu'elles interviennent dans un secteur où les atteintes à la concurrence réduisent un espace concurrentiel déjà limité par la réglementation des prix et les conditions d'accès et d'exercice de la profession. Par ailleurs, les autres pratiques décelées, relatives au fonctionnement du GIE, ont conduit à supprimer les faibles marges où peut s'exercer la concurrence.

Ces pratiques, poursuivies sur 10 ans et dont le caractère était répété et continu ont eu pour effet de renchérir artificiellement les coûts d'entrée sur le marché et d'éliminer durablement la concurrence entre membres du GIE, au détriment des consommateurs. Le GIE GRTAM a ainsi été condamné par l'Autorité de la concurrence à une sanction pécuniaire de 30 000 euros !





Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

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

- **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **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 dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;
- **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 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;**

- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009 ;**
- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME du 4 août 2008, et de la jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs :** responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- **Proposition d'audit de structures tarifaires :** Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

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

