MG AVOCATS Meffre & Grall

La lettre du Cabinet

OCTOBRE-NOVEMBRE 2008

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Sommaire

2 Publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence
Jean-Christophe Grall et Alexandre Rios

8 Nouveau cas d'entente condamnée très sévèrement par la Commission européenne : le cartel du verre automobile ; 1,3 milliards d'euros d'amende infligée aux quatre Producteurs mondiaux du verre automobile, dont le groupe Saint Gobain
Jean-Christophe Grall

10 Règlement «*Rome I*» : Modification du droit applicable aux contrats de distribution
Nathalia Kouchnir-Cargill

11 Va-t-on estourbir le contrat de référencement ?
Thomas Lamy

14 Distribution sur Internet : le Conseil de la concurrence confirme sa position et la Commission européenne lance une consultation publique sur le sujet
Nathalia Kouchnir-Cargill

17 La procédure de transaction - non contestation des griefs devant le Conseil de la concurrence : un choix à double tranchant
Louis-Gabriel Masson

19 Décision du 7 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé – Application de la procédure d'engagements
Clémence Ducros

21 Actualités communautaires de la concurrence : Ententes, Abus de position dominante, Programme de Clémence et «Regulatory»
Caroline Menguy

24 Rupture conventionnelle du contrat de travail : un réalisme imparfait ?
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

26 Règlement Intérieur, Code de bonne conduite ou Charte Ethique : mode d'emploi
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Jean-Alain Jonvel

29 Principaux aspects de la réforme des règles d'urbanisme commercial mise en place par la loi n°2008-776 du 4 août 2008
Ariane Mangin

32 Quelques informations

Publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence

par Jean-Christophe Grall et Alexandre Rios

La publication de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008[1] portant modernisation de la concurrence parachève la réforme du droit de la concurrence initiée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (« LME »).

Les articles 97 et 164-VI de la LME avaient habilité le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires (i) à la régulation de la concurrence et (ii) au renforcement des droits de la défense en matière d'enquêtes de concurrence dites lourdes (visites et saisies).

L'entrée en vigueur des dispositions de la LME instituant la nouvelle Autorité de la concurrence (article 95) et réformant le contrôle français des concentrations économiques (article 96) était en outre subordonnée à la publication de ladite ordonnance.

L'ordonnance du 13 novembre portant modernisation de la concurrence était de ce fait très attendue !

Précisons d'emblée, au risque de décevoir le lecteur, que si les dispositions précitées de la LME sont désormais entrées en vigueur, elles ne sont pas pour autant applicables. Elles nécessitent en effet la publication des décrets de nomination des membres du collège de la nouvelle Autorité et de l'arrêté de nomination du Rapporteur général.

L'article 5 de l'ordonnance portant modernisation de la concurrence prévoit en conséquence des dispositions transitoires spécifiques, aux termes desquelles :

- les membres du Conseil de la concurrence sont maintenus dans leurs fonctions jusqu'à la première réunion de l'Autorité de la concurrence et jusqu'à cette date, le Conseil de la concurrence et le Ministre de l'économie continuent à exercer les compétences qui leurs sont dévolues par les dispositions antérieures au vote de la LME ;
- la validité des actes de poursuite, d'instruction et de sanction accomplis antérieurement à la première réunion de l'Autorité de la concurrence est appréciée au regard des textes antérieurs au vote de la LME.

Par ailleurs, un projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement, au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant la publication de cette ordonnance. Le vote de la loi de ratification conférera à l'ordonnance force légale. En attendant, l'ordonnance revêt la forme d'un acte réglementaire, obligatoire, pouvant être modifié par un décret en Conseil d'État et Conseil des ministres.

Ceci étant précisé, sur le fond, l'ordonnance réforme les dispositions relatives aux enquêtes de concurrence (I), précise les contours de la nouvelles Autorité de la concurrence (II) et confie un pouvoir de sanction au ministre de l'économie en matière de pratiques anticoncurrentielles (III).

I. Les nouvelles dispositions relatives aux enquêtes de concurrence

S'agissant des enquêtes de concurrence, les nouvelles dispositions introduites par l'ordonnance sont finalement assez proches de celles qui figuraient dans l'avant projet que nous avions commenté dans le précédent numéro de la Lettre du Cabinet.

Pour l'essentiel, ces nouvelles dispositions renforcent les pouvoirs d'enquête et d'instruction de la nouvelle Autorité de la concurrence (1), précisent l'articulation des pouvoirs d'enquête de cette dernière avec ceux des services du ministre chargé de l'économie (2) et modifient substantiellement les règles applicables aux enquêtes dites lourdes (3).

1. Le renforcement des pouvoirs d'enquête de l'Autorité de la concurrence

Dans le système actuel, les fonctions d'enquête et d'instruction au sein du Conseil de la concurrence sont confiées aux seuls rapporteurs du Conseil, lesquels sont contraints de recourir aux services du Ministre de l'économie pour mener les enquêtes de terrain et, plus particulièrement, les enquêtes dites lourdes (perquisitions et saisies).

En pratique, ce système aboutit à séparer (i) **les fonctions d'enquête**, exercées par les agents de la DGCCRF, et (ii) **les fonctions d'instruction**, exercées par les rapporteurs du Conseil.

Dans son avis n° 08-A-05 du 18 avril 2008 relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence, le Conseil de la concurrence dénonçait ce partage «*scindant (…) la chaîne des investigations des pratiques anticoncurrentielles (…), dispersant les moyens*

(1) JORF n°0265 du 14 novembre 2008, page 17391, texte n°8.

nécessaires à leur contrôle, engendrant (…) des délais et des incohérences qui nuisent à l'efficacité de la régulation de la concurrence».

Pour remédier à ces pertes d'efficacité, le Rapport Attali pour la libération de la croissance avait proposé de réunir les fonctions d'enquête et d'instruction au sein de la nouvelle Autorité de la concurrence en y intégrant les enquêteurs spécialisés dans la détection de pratiques anticoncurrentielles.

Dans ce droit fil, la LME s'était fixée pour objectif de doter la nouvelle Autorité de la concurrence de «*moyens d'investigation renforcés*». Elle avait ainsi modifié l'article L.461-4 du code de commerce pour prévoir que «*l'autorité de la concurrence* ***dispose de services d'instruction*** *dirigés par un rapporteur général* […]», *ayant pour mission de procéder aux « investigations nécessaires »* à l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle français des concentrations économiques.

L'ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence parachève la création de ce corps d'enquêteurs au sein de la nouvelle Autorité en modifiant l'article L.450-1 du code de commerce qui dispose désormais que : « ***I. Les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général peuvent procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions*** **[du droit des pratiques anticoncurrentielles] et [du contrôle français des concentrations]** ».

Ce sont vraisemblablement des enquêteurs de la DGCCRF qui se consacraient aux enquêtes d'importance nationale (DNECCRF) qui rejoindront les effectifs de l'Autorité de la concurrence pour y exercer les fonctions d'enquête et d'instruction.

Par ailleurs, afin de renforcer l'effectivité des pouvoirs d'enquête de la nouvelle Autorité, l'ordonnance prévoit deux dispositions particulières :

- aux termes de la première, l'Autorité de la concurrence pourra prononcer, à la demande du Rapporteur général, des injonctions sous astreinte à l'entreprise ou l'organisme qui ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans les délais à une demande de renseignements ou de communication de pièces, le montant de l'astreinte pouvant s'élever jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires journalier de l'entreprise en cause !
- aux termes de la seconde, l'Autorité de la concurrence pourra, à la demande du Rapporteur général et après avoir entendu l'entreprise en cause, infliger une sanction pécuniaire à l'entreprise qui se rend coupable d'une obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées. Le montant de la sanction pécuniaire pourra s'élever jusqu'à 1% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par l'entreprise au cours de l'un des exercices clos depuis la mise en œuvre des pratiques.

Cette seconde disposition avait été expressément demandée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 08-A-05 précité.

Ajoutons enfin que, dans le cas où des investigations seront menées au nom et pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre Etat membre de l'UE, ce n'est plus le Ministre de l'économie mais le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence qui pourra autoriser les agents de l'autre Etat membre à assister les enquêteurs de l'Autorité française.

L'ordonnance opère donc un sensible rapprochement du fonctionnement de l'Autorité de la concurrence avec celui de la Commission européenne et des autorités de concurrence des autres Etats membres de l'UE.

La création de services d'instruction au sein de l'Autorité de la concurrence, disposant de moyens pour réaliser de manière effective des enquêtes de concurrence, permettra d'asseoir un peu plus l'indépendance de l'Autorité vis-à-vis des services du Ministre de l'économie.

2. L'articulation des pouvoirs d'enquêtes de l'Autorité de la concurrence et du Ministre chargé de l'économie

La LME et l'ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence ne suppriment pas les pouvoirs d'enquêtes confiés aux fonctionnaires habilités du Ministre de l'économie, lesquels continueront donc à mener des enquêtes en matière de pratiques restrictives ainsi qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations.

Dans son avis précité, le Conseil de la concurrence regrettait qu'il n'ait pas été envisagé « *un véritable rassemblement des attributions et des moyens administratifs et budgétaires consacrés à la régulation de la concurrence* » au sein de la Autorité de la concurrence, selon le modèle en vigueur dans l'ensemble des autres Etats membres de l'Union européenne.

Ces pouvoirs d'enquête concurrents en matière de pratiques anticoncurrentielles et de droit des concentrations présentent toutefois d'indéniables avantages, les services du ministre disposant d'un important maillage territorial au travers des huit brigades interrégionales d'enquêtes de

concurrence (« BIEC ») et des unités départementales, composées d'un nombre important d'enquêteurs, rompus à l'expérience du terrain.

Se pose néanmoins la question de l'articulation des pouvoirs d'enquêtes du Ministre avec ceux de la nouvelle Autorité.

Sur ce point, l'ordonnance prévoit que le Ministre de l'économie doit informer le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence des investigations qu'il souhaite diligenter en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Le Rapporteur général devra en outre être tenu informé, sans délai, du résultat des investigations par les services du Ministre. Il pourra alors proposer à l'Autorité de se saisir d'office.

Notons enfin, la suppression d'une disposition qui figurait dans l'avant projet d'ordonnance et qui assez curieusement prévoyait la possibilité pour le Ministre de demander au Rapporteur général de faire réaliser des enquêtes par les services de l'Autorité de la concurrence. La suppression de cette disposition avait été recommandée par le Conseil de la concurrence qui y voyait une atteinte à l'indépendance de la nouvelle Autorité.

3. Le renforcement des droits de la défense en matière d'enquêtes dites « lourdes »

S'agissant des procédures d'enquêtes, l'ordonnance réforme essentiellement les enquêtes dites lourdes et ce, dans le sens d'un renforcement des droits de la défense.

Les enquêtes lourdes sont celles en vertu desquelles les agents habilités procèdent à des perquisitions et des saisies. A la différence des enquêtes simples, ces enquêtes coercitives atteignent aux libertés individuelles des personnes morales et physiques faisant l'objet de l'enquête et doivent par conséquent être autorisées préalablement par le Juge des libertés et de la détention territorialement compétent (« JLD »).

Or, et ainsi que nous l'évoquions dans le précédent numéro de la Lettre du Cabinet, l'autorisation du JLD n'était jusqu'ici susceptible que d'un pourvoi devant la Cour de cassation, laquelle, à la différence des juridictions du fond (tribunaux et cours d'appel), ne statue qu'en droit et pas en fait.

Dans le désormais célèbre arrêt RAVON c/ France, rendu le 21 février 2008 en matière fiscale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné cet état du droit qui ne permettait pas un contrôle juridictionnel effectif, en droit comme en fait, de l'autorisation judiciaire des visites domiciliaires et saisies.

L'ordonnance entérine la jurisprudence RAVON en prévoyant que l'autorisation du JLD pourra désormais faire l'objet d'un appel devant le Premier Président de la Cour d'appel compétente, dans les 15 jours suivant la notification de l'autorisation du JLD. Cet appel n'est toutefois pas suspensif ; en clair, il ne permettra pas d'interrompre les opérations en cours.

De manière parfaitement symétrique, l'ordonnance instaure un recours non suspensif devant le Premier Président de la Cour d'appel **contre le déroulement des opérations de visites et saisies**. Ce recours devra également être formé dans un délai de 15 jours à compter de la notification de l'ordonnance d'autorisation du JLD ou, pour les personnes n'ayant pas fait l'objet de visites ou saisies et qui sont mises en cause ultérieurement au moyen des pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification des griefs par le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence.

Les ordonnances du Premier Président de la Cour d'appel sont elles-mêmes susceptibles d'un pourvoi en cassation dans un délai de 15 jours. Les pièces saisies sont alors conservées jusqu'à l'intervention de l'arrêt de la Cour de cassation.

Les nouvelles règles relatives au recours contre l'autorisation du JLD sont immédiatement applicables aux procédures en cours. Sur ce point, l'article 5 de l'ordonnance portant modernisation de la régulation de la concurrence prévoit quelques dispositions intéressantes :

- les parties ayant formé un pourvoi pendant devant la Cour de cassation disposent d'un mois pour interjeter appel de l'ordonnance d'autorisation du JLD, l'appel valant désistement du pourvoi ;
- si l'autorisation des visites et saisies n'a pas fait l'objet d'un pourvoi ou si le pourvoi a été rejeté, un recours en contestation de l'ordonnance d'autorisation du JLD est ouvert devant la Cour d'appel de Paris saisie sur recours contre la décision de sanction du Conseil de la concurrence, hormis le cas des affaires ayant déjà fait l'objet d'une décision irrévocable ;
- en présence d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris statuant sur recours contre une décision du Conseil de la concurrence, les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d'appel de Paris pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation des visites et saisies délivrée par le JLD.

Toujours dans le sens d'un renforcement des droits de la défense, il convient de noter la consécration du droit pour l'occupant des lieux

de faire appel au conseil de son choix. La mention de ce droit devra figurer dans l'ordonnance d'autorisation du juge. Son exercice n'entraînera toutefois pas la suspension des opérations. Dans la pratique actuelle, les enquêteurs acceptent généralement de différer le début des opérations pendant une heure.

Notons enfin la suppression de la disposition qui figurait dans l'avant projet et qui devait permettre aux enquêteurs d'opérer des saisies conservatoires de documents n'entrant pas dans l'objet de l'enquête et de recueillir ensuite l'autorisation du JLD pour procéder à leur saisie incidente. Nous ne pouvons qu'approuver la suppression de cette disposition qui était gravement attentatoire aux droits de la défense et qui avait, à juste titre, été vivement critiquée par les commentateurs de l'avant-projet.

II. Les nouvelles dispositions concernant l'organisation et la procédure devant l'Autorité de la concurrence

Les principales dispositions concernant l'Autorité de la concurrence ont été introduites par la LME et ont déjà fait l'objet de nos commentaires dans le précédent numéro de la Lettre du Cabinet [Spécial LME – Septembre 2008].

Sur ce point, les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 13 novembre visent à renforcer la nouvelle Autorité (1) et à opérer des aménagements procéduraux d'inégale importance (2).

1. Le renforcement de l'Autorité de la concurrence

Les nouvelles dispositions relatives aux enquêtes de concurrence, évoquées plus haut [*supra I.1*], participent très largement à ce renforcement de la nouvelle Autorité.

Parmi les autres dispositions, nous notons également la possibilité pour l'Autorité de se saisir de toute question concernant la concurrence pour émettre un avis public et recommander au Ministre chargé de l'économie, ou au ministre du secteur concerné, de mettre en œuvre les mesures qu'elle juge nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

L'ordonnance se situe une fois de plus dans le droit fil du Rapport Attali qui préconisait de permettre à l'Autorité de « *donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels des mesures législatives ou administratives* ».

Nous notons également la possibilité offerte à la nouvelle Autorité de former un pourvoi en cassation contre les arrêts de la Cour d'appel de Paris annulant ou réformant l'une de ses décisions.

Cette possibilité avait été vivement demandée par le Conseil de la concurrence dans son avis n°08-A-05, précité, dans lequel il soulignait que :

> *« le Conseil n'est pas un juge de première instance, mais une autorité administrative indépendante dont les décisions, exemptes de tout caractère juridictionnel, peuvent être directement soumises au contrôle de la cour d'appel de Paris. Il a objectivement un intérêt au maintien des actes dont il est l'auteur, au même titre que toute autorité administrative. Aucune raison ne conduit à le traiter différemment des autres autorités administratives indépendantes. Celles-ci sont irrecevables à présenter des observations à la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi faisant suite à un règlement de différend entre parties, mais en revanche admises à participer aux procès visant leurs décisions administratives et à se pourvoir en cassation, même en l'absence de texte sur ce point. Il apparaît donc justifié d'aligner la situation du Conseil sur celle de ces autorités en lui permettant de se pourvoir en cassation pour défendre ses décisions lorsqu'elles sont annulées ou réformées par la juridiction d'appel, sur le modèle prévu dans de nombreux autres pays européens. Cette faculté est absolument cruciale pour pouvoir faire trancher des points de droits importants pour la défense de l'ordre public concurrentiel. L'exemple de la Commission européenne, admise à se pourvoir en cassation devant la Cour de justice des Communautés européennes suivant le modèle du contentieux administratif français, le montre bien : la question du standard de preuve et du degré de contrôle exercé par le juge d'appel, soulevée dans l'affaire de la concentration Tetra Laval / Sidel, est typiquement une question sur laquelle la formation plénière de la Cour de justice n'aurait jamais pu se prononcer si la Commission européenne ne l'y avait pas invitée* ».

2. Les aménagements procéduraux

L'ordonnance procède à de nombreux aménagements de la procédure devant l'Autorité de la concurrence.

Parmi les modifications les plus marquantes de la procédure, nous relèverons d'emblée une forte atténuation du pouvoir d'auto-saisine dont disposait le Conseil de la concurrence. La nouvelle Autorité ne pourra en effet s'autosaisir de pratiques susceptibles de contrevenir aux règles de concurrence que sur proposition du Rapporteur général.

Le Ministre de l'économie et, bien entendu, les entreprises et certains organismes, tels que les

associations de consommateurs, pourront saisir l'Autorité de la concurrence.

Nous relevons également la possibilité pour le Président de l'Autorité, ou un Vice-président désigné par lui, de prendre un certain nombre de décisions seul, parmi lesquelles (i) les décisions d'irrecevabilité, d'incompétence ou de rejet d'une saisine, (ii) les décisions de sanctions lorsque l'Autorité est saisie par le Ministre d'une « *micro pratique anticoncurrentielle* » (ou « *micro-PAC* ») [**cf infra**], ou bien encore (iii) les décisions de « *phase I* » en matière de contrôle des concentrations économiques.

Cette possibilité de recourir à une décision individuelle du Président ou de son Vice-Président permettra un traitement plus rapide des affaires les plus simples. Elle prive cependant les parties des garanties découlant d'une décision collégiale.

On note également un renforcement considérable des attributions du Rapporteur général de l'Autorité.

C'est à sa demande que la nouvelle Autorité pourra prononcer des injonctions sous astreinte ou infliger des sanctions pécuniaires en matière d'enquêtes.

Par ailleurs et ainsi qu'évoqué ci-dessus, il se voit confié la possibilité de proposer à l'Autorité de se saisir de faits susceptibles de constituer une infraction aux règles du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit des concentrations.

Il se voit en outre confié certaines attributions qui étaient jusqu'ici dévolues au Président du Conseil de la concurrence.

Ainsi l'initiative de la procédure d'urgence prévue par l'article L.463-2 du code de commerce, initialement confiée au Président du Conseil de la concurrence, sera désormais dévolue au Rapporteur de la nouvelle Autorité qui pourra en conséquence, décider que l'affaire sera jugée par l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport. Dans son avis précité, le Conseil de la concurrence s'était accommodé de cette modification en relevant que le collège de la nouvelle Autorité pourra toujours demander une instruction complémentaire s'il l'estime nécessaire.

De même, c'est désormais le Rapporteur général, et non plus le Président de l'Autorité, qui pourra accorder des délais aux parties pour présenter leurs observations en réponse à la notification des griefs.

Enfin, c'est désormais le Rapporteur général qui pourra refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Le Conseil de la concurrence s'était inquiété d'une telle disposition qui, selon lui, imposerait au Rapporteur général de mettre en balance les besoins de l'instruction avec les intérêts des personnes en cause, ce qui le placerait en position de juge et partie.

Notons, s'agissant du secret des affaires, que les parties pourront prendre connaissance d'une version non confidentielle et d'un résumé des pièces ou éléments protégés par le secret.

Parmi les autres aménagements procéduraux, nous relevons une disposition destinée à empêcher les actes interruptifs de prescription de prolonger les poursuites au-delà de dix ans, sur le modèle prévu par le droit communautaire et déjà transposé par plusieurs droits nationaux.

Nous relevons également que la procédure de non-contestation des griefs, qui permet à une entreprise de bénéficier d'une réduction de moitié de l'amende encourue, n'est plus subordonnée à l'engagement de modifier le comportement en cause pour l'avenir. En revanche un tel engagement peut permettre à l'entreprise de bénéficier d'une réduction complémentaire, laquelle pourra être proposée à l'Autorité par… le Rapporteur général.

III. Les pouvoirs du ministre en matière de « micro pratiques anticoncurrentielles » (ou « micro-PAC »)

L'article 2 de l'ordonnance consacre la possibilité pour le Ministre de l'économie d'enjoindre la cessation de pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante ou prix abusivement bas) lorsque ces pratiques (i) affectent un marché de dimension locale, (ii) ne relèvent pas du droit communautaires des pratiques anticoncurrentielles et que (iii) le chiffre d'affaires de chacune des entreprises en cause pour le dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions €, sans que leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent 100 millions €.

Le Ministre pourra également proposer une transaction dont le montant ne pourra toutefois pas dépasser 75 000 € ou 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France si cette valeur est plus faible.

Le respect des injonctions du Ministre **et** l'acceptation de la transaction éteindra toute action devant l'Autorité de la concurrence.

Ces dispositions visent à permettre une répression plus systématique des micro-pratiques anticoncurrentielles, sans encombrer les services de l'Autorité de la concurrence.

Dès leur introduction dans l'avant projet d'ordonnance, ces dispositions ont suscité d'importantes inquiétudes de la part des commentateurs, ces mêmes inquiétudes qui sont traditionnellement formulées à l'encontre de la transaction adminis-

trative dont le caractère opaque est dénoncé.

Ce pouvoir de sanction confié au Ministre priverait en effet les entreprises en cause des garanties attachées à la procédure devant l'Autorité de la concurrence et créerait en outre une rupture d'égalité entre les PME, situées en dessous des seuils précités, et les autres entreprises qui elles bénéficieraient d'une procédure systématiquement contradictoire.

Il a été également souligné l'asymétrie des forces ; la petite entreprise face à l'administration serait plus facilement amenée à accepter de transiger sur des faits que l'administration estime constitutifs d'une infraction aux règles de concurrence et ce, afin d'éviter une procédure plus longue et couteuse devant l'Autorité.

Ces inquiétudes ont été illustrées par le fait que bon nombre des pratiques considérées comme anticoncurrentielles par le Ministre et pour lesquelles il saisit le Conseil de la concurrence ne sont finalement pas considérées illicites par ce dernier.

C'est pourquoi certains commentateurs ont émis le souhait que le Ministre ne fasse usage de ses pouvoirs que pour les seules restrictions caractérisées, les violations flagrantes du droit de la concurrence. Mais alors on comprendrait mal pourquoi le Ministre ne saisirait pas l'Autorité, laquelle dispose des instruments procéduraux nécessaires pour apporter une réponse rapide à de telles pratiques flagrantes.

Il convient toutefois de souligner que les nouveaux pouvoirs du Ministre sont assortis de certaines garanties pour les entreprises :

- premièrement, et c'est le propre de toute transaction, chacune des entreprises en cause peut refuser de transiger ; dans ce cas le Ministre saisit l'Autorité de la concurrence ;
- deuxièmement, le Ministre ne peut proposer de transaction ni prononcer d'injonction lorsque les mêmes faits ont, au préalable, fait l'objet d'une saisine de l'Autorité de la concurrence par une entreprise ou l'un des organismes visés par l'article L.462-1 du code de commerce (par exemple, une association de consommateurs agréée) ;
- troisièmement, le Rapporteur, qui est tenu d'être informé des enquêtes que le Ministre souhaite diligenter ainsi que de leurs résultats, pourra proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir des micro-PAC en cause. Toutefois, le respect de l'injonction de cesser du Ministre et l'acceptation de la transaction éteindront l'action devant l'Autorité et empêcheront donc cette dernière de statuer sur l'affaire.

Pour conclure, il convient de noter que les souhaits, maintes fois exprimés, notamment par le Rapport Attali, de voir l'application du droit de la concurrence réunifiée au sein d'une autorité indépendante n'a pas été exhaussé. Les nouvelles dispositions relatives aux micro-PAC contribuent à un certain renforcement du caractère dualiste du système français qui fait désormais figure d'exception au sein de l'Union européenne depuis la réforme du droit espagnol de la concurrence et la création de la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, autorité de contrôle indépendante et unique.

Nouveau cas d'entente condamnée très sévèrement par la Commission européenne : le cartel du verre automobile ; 1,3 milliards d'euros d'amende infligée aux quatre Producteurs mondiaux du verre automobile, dont le groupe Saint Gobain.

Par Jean-Christophe Grall

Une fois de plus, la Commission européenne, certes après avoir été informée par un « *dénonciateur anonyme* », vient de condamner de manière très sévère les acteurs significatifs du marché du verre et de la distribution de verre automobile destiné aux grands constructeurs mondiaux.

La Commission européenne a donc infligé des amendes pour un montant de **1.383.896.000 €** aux entreprises Asahi, Pilkington, Saint-Gobain et Soliver pour avoir conclu des accords illicites de partage de marchés et échangé des informations commercialement sensibles concernant des livraisons de verre automobile dans l'EEE, en violation des dispositions du traité CE et de l'accord EEE relatifs à l'interdiction des ententes et pratiques commerciales restrictives (article 81 du traité CE et article 53 de l'accord EEE).

Il s'agit des amendes les plus élevées que la Commission ait jamais infligées dans une affaire d'entente, tant à une seule entreprise (896.000.000 € pour Saint Gobain) qu'à l'ensemble des membres d'une entente.

Rappel des faits condamnés :

Asahi, Pilkington et Saint Gobain sont les trois principaux opérateurs du secteur en Europe.

Les quatre entreprises en cause contrôlaient, à l'époque, approximativement 90 % des ventes de verre utilisé dans l'EEE pour les véhicules neufs ainsi que pour les pièces de rechange d'origine destinées aux véhicules automobiles, marché qui représentait quelque 2 milliards € la dernière année complète de l'infraction.

Entre début 1998 et début 2003, ces entreprises se sont consultées sur les prix cibles, le partage de marchés et la répartition de la clientèle à l'occasion d'une série de réunions et d'autres contacts illicites. L'entreprise belge Soliver a également pris part à certains de ces échanges.

Asahi, Pilkington, Saint Gobain et Soliver se sont consultées à intervalles réguliers en vue de se répartir les livraisons de verre automobile aux constructeurs automobiles, en veillant à ce que leurs parts de marché restent aussi stables que possible à l'échelle européenne.

Les preuves recueillies par la Commission ont révélé l'organisation de plusieurs réunions dans des aéroports et hôtels de différentes villes européennes, au cours desquelles Asahi, Pilkington, Saint Gobain et Soliver se sont consultées sur la répartition des livraisons de verre automobile destinées aux nouveaux modèles de voitures en cours de production, ainsi que sur la renégociation des contrats en cours, et ont échangé des information commercialement extrêmement sensibles.

La prime à la dénonciation :

La Commission européenne a certes ouvert une enquête dans le secteur du verre automobile, à sa propre initiative, mais sur la base d'informations jugées suffisamment fiables transmises par un informateur anonyme, ce qui a incité la Commission à réaliser des inspections inopinées en 2005 sur plusieurs sites de production de verre automobile en Europe.

A la suite de ces inspections communautaires, la société de droit japonais Asahi Glass Co et sa filiale AGC Flat Glass Europe se sont rapprochées de la Commission européenne afin de bénéficier d'une immunité en termes de sanction, dans le cadre du programme de clémence mis en place par la Commission européenne en 2002 [**cf également infra, l'article de Caroline Menguy, faisant référence à différents autres cas récents de condamnations exemplaires par les autorités communautaires : « *Maffia de la cire de paraffine* » et « *Cartel de la banane* »** !].

La société Asahi et sa filiale située sur le territoire communautaire, ont manifestement coopéré de manière pleine et entière avec les enquêteurs et ont fourni à la Commission suffisamment d'informations qui lui ont permis de mettre au jour et de l'étayer matériellement, l'existence de l'infraction. Le programme de clémence a pleinement joué à l'avantage de ces deux entreprises qui ont vu leur amende réduite de 50 %, la Commission européenne, au cas d'espèce, ne faisant qu'appliquer les dispositions du programme de clémence bien connu à présent.

Les amendes prononcées sont redoutablement fortes et, selon le porte-parole du groupe Saint Gobain, « *manifestement excessives et disproportionnées* ».

En effet, les amendes infligées dans cette affaire ont été fixées sur la base des lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006. Ces lignes directrices prévoient que les amendes reflètent l'importance économique générale de l'infraction, ainsi que la participation des différentes entreprises impliquées.

L'entente en cause constitue une infraction très grave aux règles du traité CE applicables en matière d'ententes. Pour fixer le montant des amendes, la Commission a pris en compte la valeur des ventes concernées par l'infraction, réalisées par chaque entreprise en cause, ainsi que la part de marché cumulée et la portée géographique des accords collusifs.

La Commission a majoré l'amende infligée à Saint Gobain de 60 % pour cause de récidive, l'entreprise s'étant déjà vu infliger des amendes pour participation à des ententes dans de précédentes décisions de la Commission, à savoir en 1988 dans l'affaire « *Verre plat Benelux* » (Voir IP/88/784) et en 1984 dans l'affaire « *Verre plat Italie* ».

Pour sa part, le groupe Saint Gobain, qui a été le plus gravement sanctionné avec une amende record de 896.000.000 € a immédiatement saisi le TPICE, en privilégiant le dépôt d'une garantie bancaire plutôt que le paiement immédiat de l'amende précitée, la saisine du TPICE n'étant pas suspensive du paiement de l'amende ainsi que l'a rappelé le porte-parole de la Commission européenne pour les questions de concurrence, Jonathan Todd.

Et ce n'est pas fini compte tenu des actions en réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles, qui peuvent désormais être introduites par toute partie ayant subi un préjudice au titre des ententes intervenues entre les quatre fabricants mondiaux de verre automobile.

Ainsi que la Commission le rappelle à l'occasion de chacune de ses décisions désormais, l'Autorité de concurrence française ayant d'ailleurs précisé à plusieurs reprises une telle possibilité, tout opérateur économique lésé par des pratiques anticoncurrentielles peut saisir un tribunal, tel qu'un Tribunal de commerce en France, aux fins d'obtention de dommages et intérêts venant réparer le préjudice subi.

La jurisprudence de la Cour et le règlement CE n° 1/2003 du Conseil confirment à cet égard que dans les affaires portées devant les juridictions nationales, la décision de la Commission constitue une preuve contraignante de l'existence et du caractère illicite des pratiques en cause.

N'oublions pas à cet égard que le Conseil d'Etat a d'ores et déjà sanctionné, au titre de la responsabilité civile délictuelle, des entreprises s'étant entendues lors d'appels d'offre lancés par la SNCF :

« Considérant que la cour a suffisamment motivé son arrêt, au regard des moyens soulevés devant elle par les sociétés requérantes, en se référant, après avoir exposé les faits, aux constatations du Conseil de la concurrence pour caractériser la faute et en qualifiant, au vu de l'instruction, de dolosif le comportement des entreprises ; que, de même, elle n'a pas entaché son arrêt d'une insuffisance de motivation en jugeant que le préjudice subi par la S.N.C.F. correspondait au surcoût supporté à raison des manoeuvres dolosives des entreprises et, plus spécifiquement, en estimant que la Société Nord France Boutonnat était, au regard de l'instruction, partie prenante à ces manoeuvres dolosives ; (…)

(…) que, la S.N.C.F. ayant opté pour une action visant non à la constatation de la nullité du contrat mais à l'octroi d'une indemnité réparant son préjudice, a placé le litige, ainsi qu'elle en avait la possibilité, sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle des entreprises mises en cause ; que les fautes des entreprises, au regard des règles du doit de la concurrence, ont été effectivement examinées par la cour sur ce terrain ; que, si la cour a relevé à tort que le dol, bien qu'affectant le consentement sur le prix offert, ne devait pas entacher de nullité l'ensemble du contrat, cette circonstance a été sans incidence sur les motifs sur lesquels elle s'est fondée pour retenir la responsabilité des entreprises dès lors qu'elle ne s'est pas prononcée en qualité de juge du contrat sur la validité de celui-ci, mais a statué, ainsi qu'il a été dit, sur la responsabilité quasi-délictuelle des entreprises à raison de leurs agissements dolosifs ; (…)[2] »

* * *

La décision Saint Gobain est ainsi une illustration supplémentaire, si tant est qu'elle soit nécessaire, de la sévérité et de l'intransigeance des autorités de concurrence, qu'elles soient communautaires ou nationales.

S'entendre coûte cher, très cher : le message est clair ! Il n'a rien de subliminal !

Les dispositions du droit de la concurrence sont connues ; elles doivent être respectées. Leur non-respect fini toujours par être sanctionné.

On ne plaisante plus avec le droit antitrust !

(2) Conseil d'Etat, 19 décembre 2007, Campenon Bernard, requête n°268918.

Règlement « Rome I » : Modification du droit applicable aux contrats de distribution

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Le 17 juin 2008, le Parlement européen et le Conseil ont adopté le règlement n°593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit règlement « ***Rome I*** ».

Ce règlement a pour vocation de se substituer à la Convention de Rome du 19 juin 1980, qui avait posé des règles uniformes au sein de la Communauté économique européenne pour la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles dans les situations comportant un conflit de lois. Il sera applicable à partir du **17 décembre 2009** pour les contrats conclus après cette date.

L'innovation majeure de ce règlement, qui réaffirme, par ailleurs, comme principe que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, est de poser, à défaut de choix, des critères de rattachement pour certaines catégories de contrats.

Ce ne sera que lorsque le contrat en cause n'entrera dans aucune des catégories de contrats prévues par le règlement, que la règle posée par la Convention de Rome selon laquelle le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, retrouvera à s'appliquer.

Pour certaines des catégories de contrats pour lesquelles le règlement prévoit la loi applicable, celle-ci demeurera la même que par application de la Convention de Rome et de la jurisprudence subséquente de la Cour de cassation.

Ainsi, le contrat de vente reste régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle et le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle.

En revanche, la règle change pour ce qui concerne les contrats de distribution, puisque le **nouveau** règlement pose, à titre de principe, que **le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle**, et traitant à part le contrat de franchise, que celui-ci est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle.

Or, sous l'empire de la Convention de Rome, la Cour de cassation avait jugé de manière constante, certes sous des motivations différentes, que la loi applicable aux contrats de distribution était celle du pays où le fournisseur était établi.

C'est donc à un changement radical de solution de règle de conflit de lois que le règlement aboutit dans le but notamment d'harmoniser des solutions qui étaient jusqu'alors différentes selon les Etats membres.

Va-t-on estourbir le contrat de référencement ?

Par Thomas Lamy

Peut-être, à la façon de l'ours de la fable de La Fontaine qui, d'un coup de pierre, tue son maître endormi en voulant chasser la mouche qu'il croyait l'incommoder, les promoteurs de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 « *de modernisation de l'économie* », vont-ils faire le malheur du consommateur, alors qu'ils ne voulaient que son bien : tel serait certainement le cas, dans l'hypothèse où l'on viendrait, dans le contexte particulier du référencement, à utiliser l'article L.441-7-I du Code de commerce, appareillage certes un peu grossier, non pas comme l'outil juridique qu'il est, mais plutôt comme une massue…

On rappellera pour mémoire que ledit article L.441-7-I du Code de commerce est cette disposition légale, qui prévoit qu'un « *fournisseur* » et un « *distributeur* » doivent s'organiser afin de formaliser, au plus tard le 1er mars, au travers d'une convention annuelle, les conditions de leur collaboration au titre de la vente des produits du fournisseur.

De manière synthétique, il est ainsi prévu que cette convention annuelle, constituée ou bien d'un contrat-cadre assorti d'un contrat d'application, ou bien d'un contrat unique, agrège trois éléments principaux, à savoir :

- en premier lieu : les **conditions de vente**, générales, catégorielles et particulières, les tarifs, des remises et des ristournes consenties par le fournisseur au distributeur,
- en deuxième lieu, les services de coopération commerciale ayant vocation à promouvoir la revente des produits du fournisseur auprès des clients des distributeurs,
- et enfin les « ***autres obligations*** » considérées comme de nature à ***favoriser*** la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur.

S'agissant précisément de ces « ***autres obligations*** », il est prévu, aux termes de la loi, que celles-ci soient rémunérées via l'octroi, par le fournisseur, de remises ou de ristournes au distributeur, voire, selon certains distributeurs, par le biais d'une réduction de prix directement intégrée au tarif de vente de produits, ce qui nous paraît néanmoins juridiquement impossible dans la mesure où l'article L.441-3 du Code de commerce prévoit, à peine d'une amende pénale, le fait que précisément la facture doit mentionner « *toute réduction de prix acquise à la date de la vente* ».

Comme on le voit, seuls les services de coopération commerciale - c'est-à-dire les services qui ont pour conséquence que le client, professionnel ou non, du fait des prestations mises en œuvre (têtes de gondole, message publicitaire diffusée dans les enceintes de vente, PLV, prospectus, etc.), choisira le produit du fournisseur plutôt qu'un produit concurrent – pourront et devront légalement, être facturés par le distributeur au fournisseur.

Mais qu'en est-il alors des obligations qui, tout en ne relevant pas de la coopération commerciale, ne peuvent cependant pas, pour des raisons de simple mécanique juridique, figurer sur la facture de vente des produits du fournisseur, à titre de réduction de prix ?

La question se pose, de manière fort pressante, s'agissant des **contrats de référencement**.

A propos du référencement, on rappellera brièvement qu'il s'entend d'une opération d'intermédiation aux termes de laquelle un opérateur économique, à savoir la centrale de référencement, procède à la mise en relation d'un fabricant - ou d'un fournisseur de produits - avec un distributeur adhérent de la centrale, en communiquant à ce dernier la liste et le tarif des produits du fournisseur qu'il serait susceptible de vendre, et en négociant, le cas échéant, avec ce fournisseur, à titre de prestation complémentaire, des réductions de prix susceptibles de bénéficier aux distributeurs.

Il se trouve que, par le passé, certains opérateurs économiques ont fait du terme même de référencement un usage galvaudé, et c'est ainsi notamment que tel ou tel groupement de distribution succursaliste a pu, sous couvert de "référencement", chercher à obtenir des fournisseurs la rémunération d'un "droit d'entrée" pur et simple de leurs produits dans les surfaces de vente ; de semblables dérives, quoique par la suite prohibées par le législateur (article L.442-6-II, b du Code de commerce), ont eu néanmoins pour conséquence fâcheuse de laisser planer sur la notion même de référencement un léger parfum de suspicion…

Pourtant, rien ne semble plus injustifié que cette défiance manifestée encore aujourd'hui par certains acteurs de la vie économique au sujet d'un mécanisme dont ont rappellera qu'il est indissociable de pans entiers de l'activité commerciale nationale (négoce, secteur alimentaire, distribution d'appareillages mécanique, secteur pharmaceutique et parapharmaceutique, etc.). Et, sur le plan juridique, il n'existe aujourd'hui aucune ambiguïté sur le fait que l'opération de référencement, telle qu'appréhendée par la

jurisprudence et la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, relève d'un simple mécanisme de courtage.

A titre de d'illustration, on peut par exemple se référer à la décision n° 03-D-39 en date du 4 septembre 2003 du Conseil de la concurrence, dite « *Cuisine Plus* », à l'occasion de laquelle le Conseil a apporté, s'agissant du référencement, les précisions suivantes : « *Pour obtenir leur référencement, les fournisseurs consentent des conditions avantageuses de vente, notamment de prix, négociées entre eux-mêmes et la centrale, dont bénéficieront les distributeurs affiliés. La centrale de référencement agit* ***en tant que courtier*** *en mettant en contact les fournisseurs référencés et les distributeurs affiliés* ***sans intervenir dans la conclusion des contrats de vente*** ». On retrouve une approche similaire, notamment, dans les décisions « *Opéra* » (03-D-11) et « *Lucie* » (05-D-62). Quant à la Cour de cassation, celle-ci consacré la fonction de courtier de la centrale de référencement dès 1988 (Cass. Com., 6 décembre 1988, Unibis SA c. Sogepros et alii, JBJ), puis régulièrement par la suite et, notamment, à l'occasion de l'affaire dite « *Best Western* » (Cass. Com., 17 mars 2004, n°01-10.103, Mapotel Best Western c/ SAS Quadriga France). Dès lors qu'aucune opération de vente n'intervient entre le fournisseur, d'une part, et la centrale-courtier, d'autre part, on voit mal comment la rémunération due à la centrale-courtier au titre de son opération d'intermédiation pourrait figurer, sous forme de remise ou de ristourne, sur une facture de vente de marchandises émise par le fournisseur ; il semblerait en revanche logique, comme c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui, que cette prestation de référencement continue de donner lieu à l'émission, par la centrale, d'une facture de service de référencement adressée au fournisseur.

Seulement voilà : selon certains commentateurs de la loi, la rémunération des services de référencement, article L.441-7-I oblige, devrait désormais, d'une façon ou d'une autre, "remonter" sur la facture de vente des produits émises par le fournisseur, et donc prendre la forme d'une remise ou d'une ristourne assise sur le prix des produits en cause ; la raison invoquée est que le référencement serait, en quelque sorte, consubstantiel de l'opération de vente des produits, et que cette qualité d'accessoire de l'opération de vente aurait nécessairement pour corollaire que la rémunération du référencement devrait prendre la forme d'une réduction de prix.

Sur le plan juridique, soyons sans détour : il s'agit là d'un contresens. A aucun moment, ni à aucun titre, un courtier, qui met en relations les parties, n'est associé à l'acte de vente et, sur ce point, on ne manquera pas d'opérer une comparaison peut-être un peu farfelue, mais néanmoins démonstrative : de même qu'en matière de courtage matrimonial, ça n'est pas *in fine* le courtier des cœurs qui épousera la mariée, de même, en matière commerciale, jamais la centrale – courtier n'achètera les produits du fournisseur : dans l'un et l'autre cas, on en reste bien entendu à une honnête intermédiation…

Donc, mécaniquement, un courtier ne pourrait pas être rémunéré de ses services au moyen d'une réduction de prix, car cela supposerait qu'il achète des produits : or, le courtier n'achète rien. CQFD.

Quant à l'éventualité, parfois évoquée, d'une rémunération du référencement qui interviendrait via un versement direct à la centrale d'une ristourne par ailleurs mentionnée sur les factures de vente destinées aux adhérents, celle-ci paraît relever, pour des raisons cette fois plutôt psychologiques que juridiques, de l'hypothèse d'école.

Très sérieusement, c'est donc la question de la pérennité même du contrat de référencement qui est aujourd'hui en cause, et celle-ci revêt une importance fondamentale, non seulement, et bien évidemment, s'agissant du cas des grandes centrales de référencement alimentaires, mais également, et peut être surtout, pour ce qui est d'autres secteurs de l'économie, eux-aussi concernés par la transversalité de la LME, et où le mécanisme du référencement se rencontre fréquemment : si le contrat de référencement devait disparaître, comment par exemple les industriels qui commercialisent des articles de bricolage auprès de petites quincailleries via de petites centrales de référencement pourraient-ils atteindre les consommateurs de manière optimale ? La même question se pose à propos des fabricants de produits d'hygiène corporelle, dès lors qu'aujourd'hui, c'est bien souvent grâce aux services de groupements de pharmaciens, dont ils peuvent rémunérer les services de référencement, que ces laboratoires/industriels peuvent atteindre de manière efficace la clientèle nombreuse et dispersée des officines pharmaceutiques (sachant que, dans l'un et l'autre cas, les centrales - courtiers n'entretiennent aucune relation d'achat-vente avec les industriels en cause, et qu'il ne leur est par conséquent adressé aucune facture de vente de produits).

En somme, la disparition du contrat de référencement, système dont l'efficacité n'est plus à démontrer, pourrait induire une complication extrême et sans doute aussi un renchérissement du processus d'acheminement des produits vers l'utilisateur final : on en revient donc toujours, sous couvert d'argutie légale, à la question, centrale dans le contexte induit par la loi LME, du bien-être du consommateur…

Et sur le plan juridique, justement, ça n'est ni plus ni moins que de l'avenir même du contrat de courtage dont il s'agit : il serait évidemment très fâcheux, pour ne pas dire plus, que passe par pertes et profits une activité qui, conjointement avec celle des commissionnaires, des transporteurs et des agents commerciaux constituent l'un des piliers du Code de commerce.

Distribution sur Internet : le Conseil de la concurrence confirme sa position et la Commission européenne lance une consultation publique sur le sujet

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

On se souviendra que par plusieurs décisions rendues en 2006 et 2007, le Conseil de la concurrence avait validé les engagements d'entreprises de secteurs divers qui avaient accepté de modifier leurs contrats de distribution sélective afin d'autoriser et/ou de ne pas poser de contraintes injustifiées à la vente de leurs produits sur Internet par leurs distributeurs agréés.

Le Conseil de la concurrence avait notamment dans sa décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, précisé que l'absence de règle applicable à la vente sur Internet dans un accord de distribution revenait à limiter de fait le recours à Internet et donc à limiter ce moyen de vente active et passive de manière illicite. Le Conseil avait cependant admis qu'un fournisseur puisse sélectionner ses distributeurs en retenant notamment comme critère qu'ils disposent d'un magasin pour accueillir le public et exposer les produits contractuels, c'est-à-dire en excluant de son réseau les vendeurs « *exclusivement Internet* ».

Dans l'intéressante décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, le Conseil de la concurrence avait passé au crible les contrats de distribution des principaux intervenants de ce secteur en précisant à chaque fois si l'exigence posée par les fournisseurs était légitime ou non au regard des règles de concurrence.

A titre d'exemple, avaient été analysées les dispositions des contrats relatives à l'obligation de répondre aux demandes de la clientèle en plusieurs langues, à l'interdiction d'utiliser le nom et les marques des produits en cause comme mots-clés de référencement dans les moteurs de recherche, aux délais de réponse aux questions formulées par les internautes et aux conditions de disponibilité des « *hotlines* » et plus généralement aux conditions visant à faire respecter l'image de marque des produits.

La plupart des sociétés alors mises en cause avaient accepté d'entrer dans une procédure d'engagements afin de modifier, dans le sens souhaité par le Conseil, les clauses de leurs contrats de distribution sélective pour que les exigences ou restrictions posées par lesdits contrats soient strictement proportionnelles au but recherché et donc objectivement justifiées.

Seule, à l'époque, la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique avait refusé de s'engager dans la voie suivie par les autres sociétés et avait décidé de défendre ses arguments devant le Conseil.

Par une décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008, le Conseil de la concurrence a, tout en précisant ne pas être lié par sa précédente décision qui, rendue dans une procédure d'engagements, n'avait procédé à aucune qualification juridique des faits, a confirmé en tous points la position qui était la sienne jusqu'ici sans céder aucunement aux arguments de la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique qui ne manquaient pourtant pas de pertinence.

Le Conseil de la concurrence confirme tout d'abord que selon lui, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre sur Internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter des clients par l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site et équivaut donc à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs.

Selon le Conseil, l'interdiction de vendre sur Internet constitue donc, en vertu du c) de l'article 4 du règlement n° 2790/1999, une restriction caractérisée qui retire à l'accord en cause le bénéfice de l'exemption sans que le fournisseur ne puisse invoquer le droit que lui reconnaît, par ailleurs, le règlement d'interdire des ventes par un distributeur agréé « *à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* ».

Le Conseil considère en effet qu'« *un site Internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques* ».

Pour écarter certains autres arguments de la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique, notamment sur l'absence d'effet sur la concurrence intra marque, le Conseil de la concurrence n'hésite pas, par ailleurs, à répondre :

> *« Les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence, ni d'analyser les effets des pratiques».*

Fort de ce constat, le Conseil a donc limité sa démonstration qui ne convainc d'ailleurs pas totalement.

Ainsi, lorsque la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique rappelle au Conseil de la concurrence que le point 51 des lignes directrices de la Commission européenne en date du 13 octobre 2000 prévoit lui-même que l'interdiction de vendre sur Internet est admissible si « *elle est objectivement justifiée* », le Conseil de la concurrence répond que « *même si la Commission ne mentionne pas explicitement ce qu'il faut entendre par cette expression, elle se réfère à l'interdiction de sites spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs* ».

Or, une lecture attentive du point 51 des lignes directrices ne permet pas de tirer une telle conclusion de ce que serait la pensée exacte de la Commission, mais une autre interprétation aurait remis en cause la démonstration du Conseil selon laquelle **l'interdiction de vendre sur Internet serait une pratique illicite par son objet même, indépendamment de ses effets**.

Sur le fond, le Conseil considère, comme confirmé par son communiqué de presse, qu'un réseau de distribution sélective offre en lui-même les garanties suffisantes à une marque soucieuse de son prestige et de sa notoriété, sans que l'interdiction de vendre sur Internet puisse se justifier.

Le Conseil de la concurrence entérine donc, dans une décision contentieuse cette fois, sa position sur le commerce en ligne en posant en principe que celui-ci ne saurait être interdit dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

Le sujet étant particulièrement d'actualité, on notera que parallèlement, **la Commissaire européenne à la concurrence, Madame Neelie Kroes, a animé une table ronde de consommateurs et d'industriels le 17 septembre 2008 sur les opportunités et les freins du commerce en ligne au sein du marché commun européen**.

La Commissaire a soumis lors de cette table ronde un document de travail en posant très clairement ses intentions en ces termes :

> *« On a promis aux citoyens européens une union, un territoire sans frontières : mais sur Internet, nous n'en sommes pas là encore* »,

Monsieur Charlie Mc Creevy, Commissaire en charge du marché intérieur, ajoutant :

> *« Il est temps d'ébranler des barrières inutiles, pour améliorer l'environnement réglementaire et faire du marché intérieur sur Internet une réalité »*.

Les intentions de la Commission sont donc claires ...

La lecture du document de travail est également édifiante car la Commission y pose des questions sans tabou, notamment et outre les épineux problèmes liés au respect des droits d'auteur, sur la possible modification des règles de concurrence en la matière.

La Commission interroge notamment le groupe de travail sur **l'opportunité du maintien de la distinction entre ventes actives et ventes passives dans un réseau de distribution exclusive lorsqu'il s'agit de commerce en ligne** et pose clairement **la question des blocages inhérents au système de distribution sélective** en posant plusieurs questions révélatrices :

- Comment s'assurer que les critères imposés pour la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective ne seront pas comparativement plus sévères que ceux qui sont posés pour les magasins physiques ?
- Comment s'assurer que les systèmes de distribution sélective et leurs limitations subséquentes des ventes sur Internet ne concerneront pas des produits qui ne justifient pas le recours à un tel système de distribution ?
- Comment s'assurer que les systèmes de distribution sélective ne bloqueront pas le développement de nouvelles méthodes de distribution ?
- Est-il de l'intérêt des consommateurs qu'un fournisseur pose comme critère d'agréation l'existence d'un magasin physique ou d'un show room où le produit pourra être testé ou essayé, ce qui exclut les distributeurs exclusivement Internet ?

Cette dernière question, si elle devait aboutir à une réponse négative, pourrait entraîner une remise en cause par la Commission de la jurisprudence précitée du Conseil de la concurrence validant comme critère de sélection dans un réseau de distribution sélective l'exigence d'un point de vente physique.

Nul ne sait encore ce qui ressortira de cette consultation publique de la Commission mais il reste à espérer que celle-ci restera modérée sur le sujet, au regard notamment des arguments qui avaient été fort justement retenus par le Conseil de la concurrence à l'appui de ses décisions en la matière, liés entre autres aux coûts de constitution et de fonctionnement d'un réseau et au risque de parasitisme lié à la vente exclusive sur Internet.

On soulignera enfin que de manière assez novatrice, la Commission s'interroge sur les possibilités d'appréhender les comportements unilatéraux, notamment intragroupes, générant des restrictions injustifiées du commerce en ligne, notamment lorsque l'entreprise en cause a un important pouvoir de marché.

Les règles relatives aux ententes ne pouvant appréhender ce type de comportement, la Commission interroge le groupe de travail sur l'opportunité d'une nouvelle règle en la matière.

La Commission européenne ayant invité toutes les personnes intéressées à soumettre leurs commentaires jusqu'au 15 octobre 2008, les résultats de cette consultation devraient être publiés prochainement.

Affaire à suivre ...

La procédure de transaction - non contestation des griefs devant le Conseil de la concurrence : un choix à double tranchant

par Louis-Gabriel Masson

Dans une décision n°08-D-20 du 1er octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des filiales de la société Compagnie Financière de Participation, le Conseil de la concurrence a sanctionné une entente verticale de prix imposés en matière d'alimentation pour bétail sur le marché spécifique des « *pierres à lécher*[3] » en faisant une application apparemment plutôt magnanime de la procédure de transaction prévue par l'article L. 464-2 du Code de commerce. Cependant le caractère incitatif de cette procédure de transaction (dite également «*procédure de non contestation des griefs*») prévue par les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce doit néanmoins être nuancée.

Dans sa décision, le Conseil de la concurrence a fait application de la méthode, maintenant éprouvée[4] du « ***triple test*** » pour constater l'existence de pratiques constitutives d'entente verticale (**I**).

L'originalité de la décision n°08-D-20 précitée réside néanmoins dans le pourcentage plutôt élevé (20 %) de réfaction de la sanction, accordé par le Conseil à l'entreprise mise en cause en l'espèce, en contrepartie de la non contestation des griefs notifiés et de la prise d'engagements importants, conformément aux dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce (**II**).

I) Une application classique du *« triple test »* :

A titre liminaire, on rappellera que le « *triple test* » est le standard de preuve retenu par le Conseil de la concurrence pour prouver l'existence d'une entente verticale de prix imposés entre un fournisseur et un distributeur, dès lors que cette preuve ne ressort pas explicitement d'un document contractuel écrit.

Mettre en œuvre le « *triple test* » consiste pour le Conseil de la concurrence à établir qu'un fournisseur a imposé des prix de revente de ses produits à un ou des distributeurs, en démontrant cumulativement que :

- des prix ont été conseillés par le fournisseur à son/ses distributeur(s) ;
- ces prix conseillés ont été appliqués significativement par le(s) distributeur(s) ;
- le fournisseur a mis en œuvre des actions de police des prix pour s'assurer que le(s) distributeur(s) applique(nt) bien les prix conseillés.

En l'espèce, dans la décision n°08-D-20, le Conseil de la concurrence a relevé que les trois indices précités étaient réunis et permettaient d'établir l'existence d'une pratique de prix imposés, constitutive d'une entente anticoncurrentielle, mise en œuvre par Compagnie financière de participation Roullier.

S'agissant de l'indice d'« *évocation de prix* », le Conseil de la concurrence a relevé que les directeurs régionaux des filiales de CFPR diffusaient non seulement à leurs distributeurs un tarif « *distributeurs* », mais également un tarif dit « *culture* » destiné à être appliqué aux clients desdits distributeurs. De plus, ledit tarif « *culture* » de vente au détail de « *pierres à lécher* » pouvait également être remis par les agents technicaux commerciaux (ATC) de CFPR lors de leurs tournées, soit aux distributeurs, soit directement aux clients finals démarchés par les ATC de CFPR au nom et pour le compte de ses distributeurs.

S'agissant de l'indice d' « *application des prix* », le Conseil de la concurrence a constaté que lors des prises de commandes de « pierres à lécher » sur le terrain et lors des téléventes, le tarif appliqué par la force de vente de CFPR s'avérait être, par défaut, le tarif « culture » (fixé par CFPR), peu de distributeurs disposant de leur propre tarif de revente. Et des constatations ou des déclarations recueillies au cours de l'enquête ont établi que les tarifs « *culture* » étaient appliqués par les distributeurs.

S'agissant de l'indice dit de « *police des prix* », le Conseil de la concurrence a relevé que, dans de nombreux cas, CFPR était intervenue auprès d'un distributeur ou de ses forces de vente pour faire remonter le prix de détail et faire appliquer le tarif « *culture* » qu'elle avait fixé.

Au vu de ces éléments, et notamment du contrôle très pesant exercé par CFPR pour réduire quasiment à néant l'autonomie commerciale de ses distributeurs dans la détermination du prix de revente des « *pierres à lécher* », le Conseil de la concurrence n'a sanctionné aucun des distributeurs de CFPR, alors que le Conseil sanctionne en général tant le fournisseur qui impose des prix à ses distributeurs que les distributeurs qui prennent part à l'entente de prix imposés.

(3) Compléments alimentaires sources d'apports de minéraux essentiels à une nutrition équilibrée des animaux : mélange de minéraux et d'oligo-éléments.

(4) Voir notamment les décisions du Conseil de la concurrence n°05-D-70 du 19 décembre 2005 (affaires des « *cassettes video Disney* »), n°06-D-04 bis du 13 mars 2006 (affaire dite des « parfums ») et n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 (affaire dite des « *jouets* »).

Le Conseil a en revanche sanctionné CFPR à payer une amende de 2 millions d'euros, dont le montant aurait pu être plus élevé au regard du surcoût payé par les éleveurs du fait des pratiques en cause, évalué par le Conseil à 3,64 millions d'euros.

II) Une sanction apparemment « *réduite* » en contrepartie d'engagements particulièrement importants :

Le Conseil a consenti à réduire de 20 % le montant de l'amende infligée à CFPR de 2,5 à 2 millions d'euros au regard des engagements pris par cette société dans le cadre de la procédure de non contestation de griefs dont elle a sollicité la mise en œuvre, conformément aux dispositions de l'article L. 464-2-III du Code de commerce[5].

En effet la CFPR n'a pas seulement consenti à prendre des engagements comportementaux classiques concernant notamment la mise en conformité de sa politique commerciale avec les règles du droit de la concurrence ou l'information des distributeurs sur chaque courrier de transmission de tarifs conseillés, que ceux-ci ne revêtent qu'un valeur indicative et que chaque distributeur demeure libre de déterminer librement ses tarifs.

CFPR s'est également engagée à prendre des engagements structurels contraignants, qui selon le Conseil de la concurrence doivent permettre de mettre fin à l'implication trop active des ATC et des dirigeants de CFPR dans la commercialisation au client final des « *pierres à lécher* ». CFPR, lorsqu'elle agit en tant que mandataire des distributeurs auprès des clients finals, ne pourra plus conclure de vente au nom et pour le compte du distributeur en l'absence de communication préalable et écrite des conditions générales de vente et du tarif du distributeur ou en l'absence de tels documents, d'une consigne écrite du distributeur indiquant le ou les prix qu'il entend voir pratiqué(s).

CFPR s'est par ailleurs engagée à mettre en œuvre un programme de « *compliance* » contraignant dans le cadre duquel des notes d'instructions, signées par le Président du directoire de CFPR et rappelant les grands principes qui régissent le droit de la concurrence, seront communiquées aux nouveaux salariés, seront disponibles sur l'intranet et seront régulièrement diffusées aux salariés. Une charte de bonne conduite sera établie à l'attention des télévendeurs, des ATC et des cadres commerciaux. Un plan de formation concernant les dirigeants et les cadres commerciaux de CFPR sera établi et mis en oeuvre au sein de la CFPR, et les documents prouvant que ces obligations de formation ont été respectées seront archivés.

En outre, un interlocuteur unique chargé de veiller au respect des règles du droit de la concurrence sera nommé au sein du groupe. Ses documents de travail devront être conservés pendant trois ans. La direction générale du groupe devra quant à elle assurer un contrôle interne suivi et adresser annuellement au Conseil de la concurrence un rapport détaillé sur le respect des engagements souscrits.

Enfin la CFPR s'est engagée à sanctionner par un licenciement tout manquement par un salarié à l'une quelconque des règles faisant l'objet de ces engagements.

Bien que la réduction de la sanction dont a bénéficié la CFPR puisse paraître somme toute relativement importante, le bénéfice que la CFPR a effectivement tiré de la procédure d'engagements doit toutefois être nuancé au regard de méthode de calcul incertaine de la sanction théorique[6] (2,5 millions d'euros) qui a été prise en compte pour le calcul de la sanction effectivement infligée.

De plus, l'incitation à recourir à la procédure d'engagements doit également être nuancée au regard des contraintes certaines que représenteront à l'avenir les engagements pris. Désormais la CFPR devra se comporter de manière irréprochable au regard du droit de la concurrence, sous peine de voir majorées les sanctions qui pourraient lui être infligées dans le cadre d'une nouvelle procédure devant le Conseil de la concurrence…

(5) L'article L. 464-2-III du Code de commerce prévoit que :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié».

(6) On peut se demander si la sanction infligée par le Conseil à CFPR n'aurait pas été moindre si elle n'avait pas renoncé à contester les griefs qui lui ont été notifiés, pour pouvoir bénéficier de la réfaction de 20% du montant théorique de l'amende, et s'était défendue au fond. Le Conseil de la concurrence n'apporte aucun élément de réponse à cette question dans la mesure où, conformément à sa pratique décisionnelle, il a déterminé le montant théorique de la sanction sans justification réellement objective

Décision du 7 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé – Application de la procédure d'engagements

par Clémence Ducros

Dans une décision n° 08-D-21 du 7 octobre 2008, le Conseil a accepté les engagements présentés par France Télécom et a mis fin à une procédure introduite par Solutel prestataire d'ingénierie, de conseil et de contrôle des installations de téléphonie qui se plaignait des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur ce marché.

Fin 2006, Solutel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par France Télécom et sollicité à ce titre le prononcé de mesures conservatoires. Elle faisait ainsi valoir que France Telecom détenait un quasi monopole sur ce marché et abusait de cette position par **des pratiques de dénigrement, de refus de vente et de rétorsions qui visaient à empêcher le développement d'une concurrence sur ce même marché**.

L'instruction ayant établi la matérialité des faits dénoncés, le Conseil a rendu dans un premier temps une décision dans laquelle il a prononcé à titre conservatoire plusieurs injonctions à l'encontre de France Telecom puis a finalement accepté les engagements présentés par France Télécom et a mis fin à la procédure.

I. Les pratiques mises en œuvre par France Telecom sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé : dénigrement et pratiques discriminatoires

Dans sa décision n° 07-MC-03 du 7 juin 2007, le Conseil a constaté que France Télécom avait mis en œuvre non seulement des pratiques de dénigrement à l'encontre de la société Solutel et de rétorsion à l'encontre de ses clients, mais également des pratiques discriminatoires liées à l'application d'un tarif pour des prestations de fourniture du point de raccordement, ayant pour effet, soit d'entraver l'entrée sur le marché de l'ingénierie, du conseil et du contrôle technique d'installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé, les sociétés concurrentes de France Télécom, soit d'exclure celles qui s'y trouvaient encore.

Ces pratiques ont été considérées d'autant plus graves que France Télécom, opérateur historique, détient une position dominante sur ce marché.

Le Conseil de la concurrence a dès lors prononcé, à titre conservatoire, les injonctions suivantes à l'encontre de France Télécom :

- cesser toute pratique de dénigrement à l'encontre de la société Solutel et faire respecter cette injonction par ses unités régionales ;
- suspendre l'application du tarif de la prestation appelée « *fourniture de PR avec déplacement* » ;
- procéder au raccordement au réseau ouvert au public des résidents des sites sur lesquels est intervenue Solutel dans les huit jours à compter de la date de demande branchement ;
- cesser toute pratique consistant à réclamer aux clients de Solutel le paiement de prestations déjà réalisée par cette dernière.

France Telecom a, alors, présenté dans le cadre de la procédure au fond, une proposition d'engagements que le Conseil de la Concurrence a acceptée.

II. Application de la procédure d'engagements

En dépit de la gravité des pratiques mises en œuvre par France Telecom, le Conseil de la concurrence a consenti à mettre fin à la procédure au regard des engagements pris en application de l'article L 464-2-I du Code de commerce.

Rappelons que la procédure d'engagements est la procédure par laquelle une entreprise qui y est partie propose des engagements de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles dénoncées.

Les engagements pris doivent respecter les deux conditions suivantes :

- **les engagements pris doivent être précis[7] ;**
- **les engagements doivent apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations**

(7) «*Les engagements de Festina France, qui prennent la forme de propositions de nouveaux contrats de distribution sélective aux membres de son réseau ont un contenu précis et il sera aisé de vérifier que Festina France a effectivement proposé ces nouveaux contrats aux membres actuels de son réseau et à ses futurs membres*» (décision visée dans l'article de Nathalia Kouchnir Cargill - n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 Festina France)

de concurrence identifiées dans son évaluation préliminaire[8].

En l'espèce, le Conseil a considéré que les engagements présentés par France Telecom répondaient aux préoccupations de concurrence soulevées et permettaient d'éviter que des entreprises placées dans la même situation que la société Solutel ne se trouvent exposées aux mêmes obstacles.

Le Conseil a donc accepté les engagements suivants :

- obligation de fournir aux entreprises commercialisant des services d'ingénierie, de conseil et de contrôle technique des installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé des ensembles immobiliers qui en feraient la demande, une prestation de localisation du point d'adduction au réseau téléphonique (PAR) avec ou sans déplacement in situ de la part des personnels de France Télécom ;
- mise en place d'un « *guichet unique* » pour le traitement sur l'ensemble du territoire métropolitain de ces demandes de localisation du point d'adduction au réseau téléphonique. Cette centralisation est censée éviter les pratiques en cours par le passé, dues, si l'on en croit le Conseil, à l'hostilité des anciens collègues et collaborateurs des fondateurs de la société Solutel, hostilité qui s'est traduite par le dénigrement des compétences de cette dernière, ainsi que par des pressions et des rétorsions sur ses clients ;
- réduction des délais des prestations d'étude de câblage et de pose du câble dans le cadre du raccordement du client final ;
- réorientation des prix auxquels seront facturées les prestations de localisation vers les seuls coûts supportés pour sa fourniture.

Ainsi, alors même qu'une entreprise, de surcroît en position dominante, a mis en œuvre des pratiques dont la gravité est établie, le recours à la procédure d'engagements lui permet d'éviter toute sanction.

Cependant, l'incitation à recourir à la procédure d'engagements doit être nuancée au regard des contraintes certaines que représenteront à l'avenir les engagements pris. En cas de non-respect des engagements par France Telecom, le Conseil de la concurrence pourra prononcer des astreintes pour la contraindre à respecter cette décision ayant accepté et rendu ses engagements obligatoires et lui infliger des sanctions pécuniaires.

(8) *Afin de permettre aux engagements proposés de mieux répondre aux préoccupations de concurrence exprimées et pour tenir compte des observations de la FADETEQ, le Conseil, lors des débats, a demandé des précisions ou des modifications dans la rédaction des engagements proposés*» (décision n°05-D-29 du 16 juin 2005 concernant les Haras nationaux)

Actualités communautaires de la concurrence : Ententes, Abus de position dominante, Programme de Clémence et «Regulator »

par Caroline Menguy

Alors que la Commissaire européenne de la concurrence, Madame Neelie Kroes, s'est prononcée récemment le 25 septembre 2008, à New York, au colloque annuel de l'Université de Fordham, et a présenté l'approche de la Commission sur les pratiques unilatérales d'exclusion mises en œuvre par les entreprises dominantes[9] ; à quelques jours d'intervalle, la Commission condamnait sévèrement des groupes d'entreprises pour ententes et pour abus de position dominante.

En effet, depuis le début du mois d'octobre, la Commission a intensifié ses contrôles de cartels. Certains exemples illustrent les importantes condamnations infligées par la Commission pour entente sur les prix, sur la répartition des marchés et des clients. Ces décisions de la Commission (pas encore publiées à ce jour) mettent également en exergue les immunités dont peuvent bénéficiées certaines des entreprises, parties aux ententes, en application de la communication sur le programme de clémence de 2002.

- Dans une affaire, dite de la « *mafia de la paraffine* »[10], la Commission a infligé, le 1er octobre 2008, des amendes parmi les plus élevées, environ 676 millions d'euros, à neuf groupes énergétiques : l'italien ENI, l'américain ExxonMobil, les allemands Hansen & Rosenthal, Tudapetrol, et RWE, le hongrois Mol, Repsol, le sud africain Sasol, et le français Total, pour s'être entendus illicitement sur les prix et s'être répartis les marchés et les clients, du marché des cires de paraffine.

L'ensemble de ces producteurs de cire de paraffine et de gastch[11] se sont réunis régulièrement pendant treize ans (de 1992 à 2005), dans des salons privés d'hôtels de luxe, afin de fixer communément les prix des cires de paraffine. Certains d'entre eux, notamment, ExxonMobil, Mol, Repsol, Sasol, Shell, et Total, se sont également répartis les marchés de produits et entendus sur les prix qu'ils allaient pratiquer aux consommateurs finals.

L'enquête menée par la Commission a débuté en avril 2005, à la suite à une demande d'immunité de la société Shell. En effet, Shell, partie à l'entente, a été la première à transmettre des informations sur l'existence du cartel. De ce fait, bien que ladite société ait participé antérieurement à d'autres ententes, et que son amende était initialement majorée de 60 %, Shell a bénéficié d'une immunité totale d'amende, en application du programme de clémence[12]. Pour avoir également coopéré, les sociétés Sasol, Repsol et ExxonMobil se sont vues accorder une réduction d'amende de 50 %, 25 % et 7 %. Toutefois, Sasol, considéré comme « *meneur* » au sein du cartel, reste condamné à verser l'amende la plus lourde, soit **318 millions d'euros** !

L'amende globale administrée à la « *mafia de la paraffine* » est la quatrième plus lourde sanction infligée par la Commission dans des affaires de cartels (rappelons le, environ **676 millions d'euros** !). L'importance de cette sanction s'explique notamment, par l'importance du marché concerné, comme a pu le relever Madame Neelie Kroes :

> *« Il n'y a probablement aucun ménage ni aucune entreprise en Europe qui n'ait acheté des produits concernés par la « mafia de la paraffine » (…). Les ententes illégales de ce genre ne sauraient être tolérées par la Commission, et tant les dirigeants d'entreprises que leurs actionnaires devraient en prendre acte»[13].*

Compte tenu de l'importance de son amende, il y a de fortes chances que la société Sasol fasse appel… Affaire à suivre…

- Dans une seconde affaire, qu'on pourrait appeler « ***l'affaire des bananes*** », la Commission a annoncé par voie de communiqué de presse du 15 octobre 2008, que certains importateurs de bananes avaient coordonné leurs comportements en matière de prix de référence des bananes, sur plusieurs territoires d'Etats membres de l'Union européenne. La Commission leur a donc

(9) http://europa.eu/rapid/pressReleasesActiondo?reference=SPEECH/08/457&format=HTML&format&aged=0&format&aged&language=EN&format&aged&languag&guiLanguage=fr.

(10) Op.cit. Le Commissaire européen à la concurrence, Madame Neelie Kroes, Press Releases du 1er octobre 2008, réf. : IP/08/1434.

(11) Il s'agit d'une matière première nécessaire à la production de cire de paraffine, et qui est un sous-produit de la production d'huile de base à partir de pétrole brut dans les raffineries.

(12) Communication de la Commission sur le programme de clémence de 2002.

(13) Communiqué de presse, Press Releases, du 1er octobre 2008, réf. : IP/08/1434.

infligé une amende d'un montant global de ***60,3 millions pour un cartel sur les prix*** [14]!

A ce titre et concernant les produits en cause, Madame Neelie Kroes a déclaré:

> *« Les consommateurs européens dépensent des sommes importantes en bananes chaque année. Il est totalement inacceptable que des entreprises se soient concertées sur les prix de cette manière et les entreprises concernées doivent maintenant apprendre que la Commission ne tolèrera pas un tel comportement ».*

En l'espèce, les entreprises concernées, importateurs principaux des marques dominantes de bananes, à savoir, les sociétés Chiquita, Dole, Weichert/ Del Monte, ont coordonné la fixation de leurs prix de référence des bananes, entre les années 2000 et 2002. Ils annonçaient toutes les semaines les prix pratiqués pour la semaine suivante. Selon les investigations de la Commission, de nombreuses communications téléphoniques bilatérales étaient établies, durant lesquelles les entreprises discutaient et se révélaient leurs intentions sur la fixation des prix de référence.

Le procédé de démantèlement du cartel se rapproche de la première affaire dite de la « ***mafia de la paraffine*** ». En effet, l'une des entreprises concernées par l'entente, prend conscience des risques d'une telle pratique anticoncurrentielle et se rapproche des autorités de la concurrence, afin de leur transmettre des informations relatives à l'entente illicite.

C'est ainsi qu'en 2005, en contrepartie d'une demande d'immunité (en application de la communication sur le programme de clémence de 2002, précitée), la société Chiquita a fourni des informations permettant à la Commission d'ouvrir une enquête et de mener, ensuite, des inspections inopinées au sein des locaux des entreprises concernées.

Pour violation de l'interdiction des ententes et des pratiques restrictives prévue aux dispositions de l'article 81 du traité CE, la Commission a infligé, dans cette affaire, des amendes d'un montant total de **60,3 millions d'euros à Dole et à Weichert, aucune amende n'a été infligée à Chiquita.**

Il convient de relever que, malgré l'importance du montant des amendes infligées, elles ont été, dans un premier temps, réduites de 60 % au regard du régime réglementaire propre au secteur de la banane, puis de 10 % en ce qui concerne la société Weichert, ayant participé partiellement à l'entente. Del Monte est tenu conjointement et solidairement avec la société Weichert pour le paiement de l'amende, car cette société contrôlait Weichert à l'époque des faits.

(14) Communiqué de presse, Press Releases, du 15 octobre 2008, réf. : IP/08/1509.

Au regard de ces amendes, mais également, des immunités au bénéfice de quelques unes des entreprises concernées en application du programme de clémence, notons, mais ceci est l'application même dudit programme, qu'il paraît aisé pour des parties membres d'un cartel, de participer à des pratiques illicites, et ensuite, souhaitant mettre fin à leur participation, de se rapprocher des autorités de la concurrence, de dénoncer lesdites pratiques, et par conséquent, de bénéficier d'une immunité totale ou partielle de sanctions pécuniaires…

Il peut même s'agir d'une stratégie de firme !

* * *

« Regulatory » :

- Les services de « *courriers hybrides* » slovaques : La monopolisation d'une activité commerciale libéralisée…

Rappelons très brièvement que le législateur communautaire est intervenu dans le secteur postal[15], comme dans de nombreux secteurs, pour supprimer les entraves à la concurrence, tout en préservant le service universel[16].

C'est ainsi que lors d'une affaire relative aux services postaux slovaques, la Commission a conclu que la nouvelle « *monopolisation* » du marché slovaque libéralisé des services de « *courriers postaux hybrides* »[17] était contraire à l'article 82 du traité CE, en liaison avec l'article 86, et qu'il convenait d'y mettre fin[18].

En l'espèce, la livraison d'envois postaux en République slovaque était ouverte à la concurrence et plusieurs entreprises privées actives se répartissaient le marché.

Toutefois, le 15 février 2008, la République slovaque a modifié sa loi sur la poste, redistribuant les services de courriers hybrides à l'opérateur historique, Slovenskà Posta. Par conséquent, depuis l'entrée en vigueur de ces modifications de la loi slovaque, la fourniture de ces services postaux est à nouveau monopolisée.

Les opérateurs économiques privés ne peuvent donc plus exercer leurs activités sur ce domaine

(15) Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15/12/1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service. Modifiée par la Directive 2002/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 10/06/2002 modifiant la Directive 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté.

(16) Le service universel est le terme communautaire pour les exigences d'intérêt général correspondant aux obligations de service public.

(17) Le courrier hybride est une forme de spécifique de service postal qui consiste à transmettre par voie électronique le contenu de l'expéditeur vers l'opérateur du service postal, qui se charge de l'impression, de la mise sous pli, du tri et de l'acheminement des envois postaux.

(18) Communiqués de presse, press releases du 18 juin 2008, réf. : IP/08/969, et du 7 octobre 2008, réf. : IP/08/1467.

et subissent des pertes, mettant « *leur viabilité commerciale en péril* ».

Le 18 juin 2008, en raison des sérieux doutes quant à la compatabilité de la loi slovaque au regard du droit de la concurrence, la Commission avait invité la Slovaquie à clarifier ces modifications, qui, comme le précise le communiqué de presse[19]:

> *« pourraient être contraires aux règles du traité CE sur les abus de position dominante (article 82) ainsi qu'aux règles du traité obligeant les Etats membres à veiller à ce que les mesures concernant les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs respectent toutes les dispositions du traité, y compris celles en matière d'entente et d'abus de position dominante (article 86) ».*

Dans l'attente de ces éclaircissements, la Commission avait informé la Slovaquie qu'elle prendrait des mesures provisoires pour suspendre les nouvelles dispositions. A compter de cette mise en demeure, le Gouvernement slovaque disposait de deux semaines pour présenter ses observations et d'un mois pour répondre à la Commission.

Or, rappelons que la Directive « *postale* » (97/67/CE, modifiée par 2002/39/CE) prévoyait que certains services postaux pouvaient continuer à être réservés à l'opérateur historique, s'il parvenait à démontrer que cela était nécessaire au maintien du service universel.

A l'issue de son enquête, la Commission a annoncé, par voie de communiqué de presse en date du 7 octobre 2008, que ni la République slovaque, ni l'opérateur historique, Slovenskà Posta, n'avaient pu justifier de leur restriction aux règles de libre concurrence. Autrement dit, ils n'ont pas été en mesure de démontrer que le retour à la *monopolisation* du secteur postal slovaque était nécessaire au bon fonctionnement du service postal universel.

La Commission a donc enjoint au gouvernement slovaque de mettre fin à ces dispositions contraires aux principes du traité CE !

(19) Communiqué de presse, press releases du 18 juin 2008, réf. : IP/08/969.

Rupture conventionnelle du contrat de travail : un réalisme imparfait ?

par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail introduit dans notre droit social une modalité nouvelle de rupture du contrat de travail. Il s'agit de la **rupture conventionnelle** prévue par les articles L.1237-11 à L.1237-16 du Code du travail.

La rupture conventionnelle n'est ni un licenciement, ni une démission. Il s'agit d'un mode original de rupture résultant du commun accord des deux parties, formalisé par un contrat.

Ce mode de rupture était très attendu, notamment par les employeurs, de façon à mettre fin à l'hypocrisie qui régnait jusqu'à présent au travers des licenciements « *négociés* » afin d'acheter la paix sociale et de permettre au salarié de bénéficier des indemnités de chômage.

L'avènement de ce mode de rupture est donc le fruit d'un certain réalisme.

La rupture conventionnelle est ouverte à tous les salariés employés à durée indéterminée y compris les salariés protégés. Ce contrat de rupture est encadré par le Code du travail au moyen de délais stricts et d'une procédure préalable d'homologation afin que cette convention puisse produire son plein effet.

Tout d'abord, le salarié comme l'employeur peuvent se faire assister dans le cadre des entretiens qui précèdent la rupture conventionnelle.

Pour les salariés, les modalités de l'assistance ne diffèrent pas de celles prévues en matière d'entretien préalable au licenciement.

Pour l'employeur, « *l'assistant* » peut être une personne appartenant au personnel de l'entreprise, mais aussi dans les entreprises de moins de 50 salariés, une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou un autre employeur relevant de la même branche.

L'assistance des parties par un avocat n'est pas prévue par le texte et n'est donc pas possible.

Ceci est regrettable puisque l'assistance par un avocat aurait permis de garantir une parfaite information des parties et notamment du salarié et de prévenir une éventuelle remise en cause de la convention de rupture en raison d'un éventuel vice du consentement.

Un ou plusieurs entretiens pourront ainsi avoir lieu préalablement à la signature de la convention de rupture.

L'objet de cet entretien sera de déterminer le contenu de l'accord et ses modalités.

En application de l'article L.1237-13 du Code du travail, la convention de rupture doit impérativement définir les conditions de celle-ci et au premier chef le montant de l'indemnité spécifique qui sera versée au salarié et qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement prévue par l'article L.1234-9 du Code du travail.

La convention de rupture fixe également la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation.

En effet, « la rupture était trop belle », et il fallait y ajouter une coquetterie administrative : c'est chose faite avec la procédure d'homologation prévue par l'article L.1237-14 du Code du travail !

Ainsi, à l'issue du délai de rétractation (nous reviendrons sur ce délai ; cf. infra), la partie la plus diligente adresse-t-elle une demande d'homologation à l'autorité administrative pour s'assurer du respect des conditions prévues par le Code du travail et de la liberté de consentement des parties.

L'autorité administrative en question est la Direction départementale de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP). La demande d'homologation est évidemment adressée à la DDTEFP avec un exemplaire de la convention de rupture.

L'arrêté du 18 juillet 2008 fixe le modèle de demande d'homologation. Une circulaire DGT n° 2008-11 du 22 juillet 2008 précise les conditions relatives à l'examen par la DDTEFP de la demande d'homologation. La demande d'homologation doit être adressée (par prudence, par lettre recommandée avec accusé de réception) à la DDTEFP dont relève l'établissement où est employé le salarié.

L'administration dispose d'un délai d'instruction de 15 jours ouvrables à compter de la réception de la demande. A défaut de notification dans ce délai, l'homologation est réputée acquise et la DDTEFP est dessaisie.

La validité de la convention est subordonnée à son homologation. La circulaire du 22 juillet 2008 précise qu'en cas d'envoi d'une demande incomplète (absence d'information sur les salaires perçus, sur le délai de rétractation, absence de signature, etc.), cet envoi ne peut faire courir le délai d'homologation implicite.

La circulaire énumère ensuite les éléments qui devront être considérés comme substantiels par la DDTEFP pour retenir la validité de la convention de rupture. Ces éléments sont les suivants :

- les informations relatives aux parties ;
- l'ancienneté du salarié ;

- les éléments de rémunération : les 12 derniers salaires bruts versés au salarié doivent impérativement être communiqués ;
- la mention de la tenue d'au moins un entretien ;
- les conditions d'assistance des parties et les qualités des assistants ;
- la signature de la convention de rupture ;
- la vérification de l'indemnité spécifique de rupture calculée sur la moyenne des 3 ou 12 derniers mois de rémunération selon le mode le plus favorable ;
- la date envisagée de rupture du contrat ;
- le droit de rétractation : le délai devant être impérativement respecté.

La décision explicite d'homologation ou de refus d'homologation est notifiée à chaque partie à la convention de rupture. Le rejet de l'homologation par la DDTEFP doit être motivé en fait et en droit. Cette motivation ne peut reposer que sur l'absence d'un libre consentement des parties et sur le non respect des garanties prévues par la loi.

Le contrat est rompu le lendemain du jour de la notification de l'acceptation de l'homologation, ou en cas de silence de la DDTEFP, après que le délai de 15 jours ouvrables se soit écoulé, après réception de la demande par l'administration.

Tout litige relatif à la rupture conventionnelle est de la compétence du Conseil de prud'hommes et le délai de recours est de 12 mois à compter de la date d'homologation de la convention.

A noter que pour les salariés protégés, l'inspecteur du travail reste compétent pour accorder une autorisation qui vaut homologation.

L'homologation en elle-même peut donc faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention.

Toutefois, tous ces litiges relèvent de la compétence exclusive du Conseil de prud'hommes.

Le véritable avantage de la rupture conventionnelle réside dans son régime fiscal et social, et surtout dans le bénéfice de l'assurance chômage.

L'indemnité de rupture est en partie exonérée au titre des cotisations sociales.

Le salarié bénéficiera de l'assurance chômage, en principe, dans les conditions de droit commun.

La rupture conventionnelle censée faciliter la rupture et permettre au salarié de bénéficier de l'assurance chômage ne constitue pas pour autant, pour l'employeur, une panacée.

En effet, la rupture conventionnelle n'est pas une transaction avec les effets que le Code civil attache à celle-ci (renonciation à tous droits et actions, autorité de la juge jugée).

La rupture conventionnelle n'a en effet pour objet que de mettre fin à la relation issue du contrat de travail et non pas de prévenir ou de mettre fin à un litige résultant de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail.

Cela veut dire que, nonobstant la signature d'une convention de rupture telle que prévue par l'article L.1237-11 du Code du travail, le salarié pourra toujours saisir un Conseil de prud'hommes pour réclamer à son ancien employeur toute somme ou tout droit qu'il estimerait ne pas avoir obtenu à l'occasion de l'exécution du contrat de travail (heures supplémentaires, rémunérations, accessoires, mais aussi réparation de préjudices particuliers issus d'une discrimination ou bien d'un éventuel harcèlement).

Par ailleurs, la rupture conventionnelle est un contrat soumis aux règles de droit commun du Code civil s'agissant de l'accord des volontés et des vices du consentement.

La convention de rupture peut donc être entachée de nullité si le consentement a été donné par erreur, ou du fait de violences ou surpris par dol.

En outre, l'article L.1237-13 du Code du travail prévoit que chacune des parties dispose d'un délai de rétractation de 15 jours calendaires à compter de la date de la signature de la convention de rupture.

Ce droit est exercé sous la forme d'une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l'autre partie.

En cas d'usage de la faculté de rétractation par un salarié, l'employeur pourra certes toujours procéder, dans un second temps, à un licenciement classique.

Mais en cas de contestation du motif de ce licenciement, le salarié aura une tâche grandement facilitée dans la démonstration de l'absence de cause réelle et sérieuse du fait de la tentative de rupture conventionnelle antérieure.

Le recours à la rupture conventionnelle nous paraît également être à déconseiller dans l'hypothèse où les relations de travail se seraient déroulées dans des conditions conflictuelles.

En effet, toute preuve d'une relation de travail difficile, pouvant évoquer par exemple un éventuel harcèlement, pourra permettre au salarié de soulever la nullité de la convention pour vice du consentement ou violence.

L'on voit que la rupture conventionnelle peut séduire par sa relative facilité (si l'on excepte la procédure d'homologation), mais constituera à n'en pas douter un exercice délicat, un soin particulier devant être apporté à la rédaction de la convention s'agissant notamment de la parfaite information des parties.

Il sera également prudent de procéder à une analyse préalable du contexte de la rupture avant que de recourir à la rupture conventionnelle.

Règlement Intérieur, Code de bonne conduite ou Charte Ethique : mode d'emploi

par par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Jean-Alain Jonvel

Sous l'influence anglo-saxonne mais aussi nipponne, les filiales françaises de groupes internationaux se voient contraintes, souvent dans l'urgence, d'adopter au plan national des chartes éthiques ou codes de bonne conduite afin d'harmoniser les méthodes de travail au sein du groupe, de définir les comportements à adopter face à des situations spécifiques et d'éviter certaines dérives. Le but ainsi poursuivi est d'instaurer une véritable éthique commune à tout le groupe et de forger un certain esprit d'entreprise empreint de loyauté et de transparence.

Mais, ces instruments issus de systèmes libéraux ne trouvent pas aisément leur place dans notre droit social national.

La difficulté réside dans le fait que, si le régime et le contenu du Règlement Intérieur sont fixés par le Code du travail, aucune norme ne définit ce qu'est un Code de bonne conduite, ni ne fixe son régime juridique.

Dans ces conditions, c'est la jurisprudence qui a établi peu à peu les normes applicables à ces codes.

A ce titre, la Cour de cassation a récemment rappelé, dans un arrêt en date du 28 mai 2008 **(Cass. Soc. n°07-15.744)**, qu'un Code de bonne conduite n'a pas en principe force obligatoire, sauf à constituer une adjonction au Règlement Intérieur.

Par ailleurs, si au travers du Règlement Intérieur ou du Code de bonne conduite, l'employeur peut édicter un certain nombre de règles contraignantes pour ses salariés, ainsi que les mesures de contrôles et les sanctions liées au non respect des ces règles, celles-ci ne doivent pas porter une atteinte injustifiée aux droits et aux libertés du salarié.

La Cour de cassation s'assure donc que les juges du fond veillent à ce que les restrictions portées aux libertés individuelles des salariés soient effectivement justifiées et que l'intimité du salarié soit respectée. Elle a ainsi rappelé récemment les précautions que doit prendre l'employeur avant d'ouvrir le casier de ses salariés **(Cass. Soc. 15 avril 2008 n°06-45.902)**.

Ces deux arrêts récents nous donne ainsi l'occasion de rappeler les règles en la matière.

I. Le Code de bonne conduite : modalités d'application du Règlement Intérieur ou adjonction à celui-ci :

Pour bien comprendre la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 mai 2008 (Soc. n°07-15.744), il convient de rappeler les principales règles afférentes au Règlement Intérieur (article 1321-1 et suivants du Code du travail), qui prévoient notamment que :

> « *Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement (…)* ***les règles générales et permanentes relatives à la discipline,*** *notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur* » (article L.1321-1 3° du Code du travail).

> « *Le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du Comité d'entreprise ou à défaut de délégué du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* » (article L. 1321-4 du Code du travail)

Or, à défaut de soumettre le Règlement Intérieur aux représentants du personnel, ce dernier est considéré, par la jurisprudence désormais bien établie[20], comme nul et ne peut être appliqué.

En outre, l'article L. 1321-5 du Code du travail précise que « *les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L.1321-1 et L.1321-2* ***sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérés comme des adjonctions à celui-ci****. Ils sont en toute hypothèse soumis aux dispositions du présent titre.* ».

En application de cet article, la Cour de cassation a pu considérer qu'une note interne « *concernant le travail des caissières de la société et faisant notamment à celles-ci l'obligation de nettoyer leurs caisses ainsi qu'une partie de l'établissement » constituait « dans le domaine de l'hygiène, une règle permanente et générale relevant des dispositions afférentes au règlement intérieur, telles que prévues par les articles L. 122-34 et L. 122-39 du Code du travail* », (aujourd'hui articles L. 1321-4 et L. 1321-5 du code du travail), (Cass. Crim. 26 Juin 1990 n°88-84.251).

Au contraire, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé que « *la note de service se bornait à préciser le costume à porter selon les saisons, et qu'elle n'était, sur ce point de détail, qu'une modalité d'application du règlement intérieur imposant dans son article 24-b le port d'une tenue au personnel en relation avec la clientèle, a*

(20) Cassation sociale 4 juin 1969, n° 68-40.377

décidé à bon droit qu'elle s'appliquait (...) sans avoir à être soumise à l'avis du comité d'établissement) (Cass. Soc. 7 octobre 1992 n°89-45.283).

L'article 1321-5 du Code de travail visant les notes de services et « ***tout autre document*** », un Code de bonne conduite peut donc lui aussi être assimilé à une adjonction au Règlement Intérieur.

Dès lors, en fonction de son contenu, le Code de bonne conduite sera, comme les notes de service, soumis ou non aux règles de validité du Règlement Intérieur, notamment aux règles de consultation des instances représentatives du personnel, sous peine d'être annulé.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le **28 mai 2008 (Soc. n°07-15.744)** en est une illustration parfaite.

En l'espèce, un syndicat avait demandé l'annulation d'un Code de déontologie adopté par une société de crédit sans que les formalités requises par l'article L. 1321-4 du Code du travail n'aient été remplies, alors que, selon lui, le contenu de ce code constituait une adjonction au Règlement Intérieur dans la mesure où il obligeait le « *personnel sensible* » à communiquer certaines informations sur les comptes dont il était titulaire.

Estimant que « *ce code comporte de nouvelles règles de discipline par rapport au règlement intérieur* », la Cour d'appel a déclaré nulles et non avenues les dispositions du Code de déontologie en cause.

La Cour de cassation a, au contraire, estimé que « *les obligations d'information ou de levée du secret bancaire (…) figuraient déjà dans le règlement intérieur, de sorte que le code de déontologie n'en constituait pas une adjonction mais une simple modalité d'application* » et a en conséquence cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour violation des articles L. 122-36 et L. 122-39 (aujourd'hui articles L. 1321-4 et L. 1321-5) du Code du travail.

Ainsi, pour la Cour de cassation, le Code de bonne conduite qui ne fait que préciser les modalités d'application d'un Règlement Intérieur préexistant n'a pas à être soumis à la procédure d'adoption de ce dernier.

A contrario, il faut en déduire que le Code de conduite qui ne serait pas qu'une modalité d'application d'un Règlement Intérieur préexistant mais constituerait effectivement une véritable adjonction à ce dernier, en édictant de nouvelles règles, sera soumis au même régime que le Règlement intérieur et devra donc être adopté selon la même procédure, sous peine d'être annulé.

Ce Code de bonne conduite aura alors la même valeur, le même caractère obligatoire que le Règlement Intérieur.

En tout état de cause, les sanctions et les moyens de contrôle prévus par le Règlement Intérieur et/ou le Code de bonne conduite devront être respectueux des droits des salariés.

II. Les atteintes à la vie privée et aux libertés individuelles du salarié doivent être encadrées :

En vertu de l'article L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché* ».

Or, très souvent les Codes de bonne conduite ou les Chartes éthiques prévoient un droit d'accès et de contrôle au profit de l'employeur, lequel droit entre en conflit avec notamment le droit au respect de la vie privée des salariés ou au respect du secret des correspondances.

La question du secret des correspondances –dont la violation est pénalement sanctionnée – connait une certaine acuité avec le développement des courriers électroniques dans l'entreprise.

Or, depuis un jugement du Tribunal correctionnel de Paris du 2 novembre 2000, le secret des correspondances sur internet est consacré dans les termes du droit commun.

La jurisprudence a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de valider ou au contraire de sanctionner les pratiques des employeurs dans le cadre de la surveillance de leur salariés, notamment concernant la possibilité pour l'employeur d'accéder à l'ensemble des courriers électroniques du salarié ou à ses affaires personnelles.

Deux arrêts importants ont ainsi été rendus en 2001, sur ces deux points.

Tout d'abord, le célèbre arrêt Nikon, du 2 octobre 2001 (n° 99-42.942), dans lequel la Chambre sociale de la Cour de cassation a posé comme principe que :

> « *Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de libertés fondamentales prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail* ***et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur*** ».

Elle a ensuite précisé, dans un arrêt du 17 mai 2005 (n° 03-40017), que :

> « *Sauf risque ou évènements particuliers, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers identifiés par le salarié comme personnels contenus sur le disque dur de l'ordinateur mis à sa disposition*

qu'en présence de ce dernier ou celui-ci dûment appelé ».

Dès lors, pour pouvoir consulter les fichiers personnels dans la messagerie d'un salarié, l'employeur doit justifier d'un risque ou d'un évènement particulier. Par ailleurs il ne peut procéder à l'ouverture de ces fichiers qu'en présence de ce dernier, ou après l'avoir dûment appelé.

Soulignons que la CNIL a adopté le 5 février 2002 un rapport sur la cyber surveillance sur les lieux de travail, qui pose un certain nombre de principes s'agissant du contrôle de l'usage de l'internet ou de la messagerie électronique.

Au sujet de l'ouverture des armoires contenant les affaires personnelles des salariés, la Cour de cassation a adopté une position similaire à celle prise au sujet du courrier.

Dans son arrêt du 11 décembre 2001 (n°99-43.030), la chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé, au visa des articles L.120-2 et L. 122-35 (aujourd'hui articles L.1121-1 et L.1321-3) du Code du travail, que « *l'employeur ne peut apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés de restrictions que si elles sont justifiées par la nature de la tache à accomplir et proportionnées au but recherché ; que spécialement l'employeur ne peut procéder à l'ouverture de l'armoire individuelle d'un salarié que dans les cas et aux conditions prévus par le règlement intérieur et en présence de l'intéressé ou celui-ci prévenu* ».

Dans cet arrêt elle avait reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché « *quelles étaient les dispositions du règlement intérieur* [en la matière] *alors que la fouille, effectuée hors la présence de l'intéressé, n'était justifiée par aucun risque ou évènement particulier* ».

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence **(Cass. Soc. 15 avril 2008 n° 06-45906)**, en constatant qu'une fouille était licite, dans la mesure où l'employeur avait avisé le salarié et que la fouille s'était déroulée en présence d'un représentant du personnel.

En effet, elle a approuvé la Cour d'appel qui, après avoir constaté que « *le salarié avait été personnellement avisé trois semaines à l'avance par affichage sur son propre casier de la date d'ouverture de tout vestiaire non identifié et revendiqué et que l'ouverture, limitée aux seuls casiers non identifiés dans le délai prévu à cette fin, avait eu lieu en présence d'un représentant du personnel et d'un agent de sécurité d**ans les conditions prévues par la procédure d'identification et d'attribution des vestiaires mise en place avec l'accord des partenaires sociaux*** », avait estimé que l'ouverture du casier était licite.

Il est important ici de noter qu'une procédure propre à l'entreprise pour l'ouverture des casiers avait au préalable été adoptée avec l'accord des partenaires sociaux et que la fouille en question respectait ladite procédure.

Dans cette affaire, la fouille avait permis de découvrir que le salarié détenait dans son casier des objets non autorisés par le Règlement Intérieur, ce qui constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Or, une fouille irrégulière aurait pu priver le licenciement de sa cause réelle et sérieuse.

* * *

Ces arrêts s'inscrivent dans le cadre de la jurisprudence relative au contrôle des pouvoirs de l'employeur lors de la surveillance des salariés sur leur lieu de travail.

A ce titre, « *la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite* » de la faute du salarié justifiant son licenciement (cass. Soc. 26 avril 2006 n°04-43.582).

Mais, en fonction du mode de surveillance choisi, les précautions à prendre seront plus ou moins importantes.

On a vu que la fouille des casiers et l'ouverture des fichiers personnels ne pouvaient intervenir qu'après avoir averti le salarié et qu'en sa présence ou en présence d'un représentant du personnel.

Les obligations à la charge de l'employeur peuvent être encore plus contraignantes. Ainsi, si ce dernier souhaite mettre en place un traitement informatisé des données, par exemple dans le cadre d'un système d'alerte instauré au sein de l'entreprise, il devra dans certains cas en informer non seulement les instances représentatives du personnel, mais aussi la CNIL.

Il convient donc, à l'occasion de l'adoption d'un Code de bonne conduite ou d'une Charte éthique de ne pas agir à la légère et de s'interroger à la fois sur sa portée et son contenu afin de respecter les procédures applicables et de ne pas porter atteinte aux libertés individuelles.

A défaut, c'est pour le coup que l'Ethique serait mise à mal ! Le résultat ainsi obtenu serait alors bien loin de l'effet escompté.

Principaux aspects de la réforme des règles d'urbanisme commercial mise en place par la loi n°2008-776 du 4 août 2008

Par Ariane Mangin

La réforme des règles de l'urbanisme commercial a constitué l'un des plus grands sujets de controverse du projet de loi de modernisation de l'économie (« *LME* »).

Le gouvernement, soucieux d'accroître le pouvoir d'achat des consommateurs français, s'est vu, en effet, contraint de défendre âprement son projet de réforme devant l'Assemblée nationale et le Sénat et ce, afin de favoriser l'implantation des magasins de « *hard discount* », catégorie apparemment encore sous-représentée en France, contrairement à d'autres pays européens.

En outre, la législation existante avait fait l'objet de vives critiques de la part de la Commission européenne qui considérait qu'elle constituait une barrière à l'entrée sur le marché en raison des exigences et de la lourdeur de la procédure d'autorisation[21], incompatibles avec l'article 43 du Traité relatif à la liberté d'établissement.

L'objectif clairement affirmé de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie « LME » était donc de rendre les règles d'urbanisme commercial compatibles avec les exigences du droit communautaire, de stimuler la concurrence, tout en prenant en compte les impératifs de protection du commerce de proximité.

En conséquence, figurent notamment, parmi les mesures phares de la loi, le relèvement du seuil exprimé en surface de vente déclenchant la procédure d'autorisation assorti, toutefois, d'un pouvoir d'intervention non négligeable accordé aux maires, la modification de la composition des membres des commissions départementales d'aménagement commercial, l'allègement des critères et de la procédure d'autorisation et enfin, un renforcement des mesures destinées à sanctionner le non-respect des nouvelles règles d'urbanisme commercial.

Précisons que ces nouvelles dispositions entreront en vigueur à une date qui sera fixée par décret et au plus tard le 1er janvier 2009 à l'exception, toutefois, de certaines mesures transitoires d'application immédiate.

- **Relèvement du seuil de surface de vente de 300 à 1 000 mètres carrés déclenchant la procédure d'autorisation :**

Afin de favoriser la création de moyennes surfaces, catégorie de prédilection des « *hard discounters* », **une des principales mesure de la réforme est donc de relever de 300 à 1 000 mètres carrés** (article L.752-1 du code de commerce), **le seuil de surface de vente déclenchant l'exigence d'une autorisation d'implantation d'une surface commerciale.**

Cette mesure a d'autant plus de poids que l'article 102 XXIX de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 prévoit que « ***dès la publication de la présente loi les projets portant sur une superficie inférieure à 1 000 mètres carrés ne sont plus soumis à l'examen de la Commission départementale d'équipement commercial ou de la Commission nationale d'équipement commerciale*** » !

En conséquence, depuis le 6 août 2008, tout distributeur est libre de s'implanter à condition que sa surface de vente soit inférieure à 1 000 mètres carrés.

Ceci étant, les maires, ayant fait part au législateur de leurs inquiétudes au regard des risques d'implantations massives des magasins de « *hard discount* » au sein de leur communes, se sont vus accorder la possibilité de s'opposer à de tels projets, sous réserve que soient remplies trois conditions cumulatives posées par l'article L.752-4 modifié du code de commerce.

Ce nouvel article du code de commerce permet ainsi, aux maires de communes de moins de 20 000 habitants, lorsqu'ils sont saisis d'un projet d'une surface commerciale comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés, nécessitant l'octroi d'un permis de construire, de proposer au Conseil municipal, de saisir la Commission départementale d'aménagement commercial afin qu'elle statue sur la conformité du projet aux critères énoncés à l'article L.752-6 du code de commerce.

En outre, les projets portant sur une superficie inférieure à 1 000 mètres carrés n'étant plus soumis à autorisation à compter du 6 août 2008, l'article 102 XXIX de la loi n°2008-776 du 4 août 2008, suivant la même logique, autorise les maires, saisis d'une demande de permis de construire d'un équipement commercial dont la surface est comprise entre 300 et 1 000 mètres carrés, à proposer au conseil municipal, de saisir la Commission départementale d'aménagement commercial afin qu'elle statue sur la conformité du projet.

Précisons, pour mémoire, que sur les 36.000 communes françaises, seules 444 dépassent le seuil de 20.000 habitants, ce qui donne la mesure du contrepoids accordé aux maires.

(21) Avis motivé C 2006-6201

En conséquence, la liberté d'exploiter, sans autorisation, une surface de vente comprise entre 300 et ne dépassant pas 1 000 m² risque fort d'être freinée par l'opposition des maires à de tels projets.

- **Composition des Commissions départementales d'aménagement commercial :**

Précisons à titre liminaire que les commissions départementales d'équipement commercial ainsi que la Commission nationale deviendront, à compter du 1er janvier 2009, respectivement les commissions départementales d'aménagement commercial **(CDAC)** et la Commission nationale d'aménagement commercial **(CNAC)**.

La composition de ces commissions était largement décriée en ce qu'elles comprenaient des représentants des Chambres de commerce et d'industrie et des Chambres des métiers, dont la présence était fortement critiquée, les candidats à l'implantation les accusant d'être à la fois juge et partie car ils représentaient les commerçants et artisans en place.

La loi nouvelle a, par conséquent, supprimé la présence de ces représentants jugés trop partiaux, les élus locaux détenant désormais la majorité des sièges au sein des nouvelles commissions.

Par ailleurs, afin de mettre un terme à des comportements d'obstruction, de la part des membres, qui consistaient à ne pas assister aux réunions ou à s'abstenir afin d'obtenir le rejet de l'autorisation, la loi nouvelle a supprimé toutes règles de quorum !

En conséquence, la Commission départementale saisie d'une demande autorise désormais les projets par un vote à la majorité absolue des membres présents, conformément à l'article modifié L.752-14-I du code de commerce.

- **Allègement des critères et de la procédure d'autorisation :**

Soucieuse de respecter la législation communautaire, la loi nouvelle a considérablement diminué le nombre de critères d'autorisation, ne retenant que ceux susceptibles de justifier l'atteinte au principe de liberté d'établissement.

Les Commissions départementales ou nationale, le cas échéant, seront donc invitées à prendre en compte, dans leur analyse du projet qui leur est soumis, ses effets en matière d'aménagement du territoire et de développement durable ; les critères économiques tels que l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de cette zone ayant été supprimés.

En outre, la lourdeur de la procédure d'autorisation existante, ainsi que la complexité de son contentieux, notamment mises à l'index par la Commission européenne et le Conseil de la concurrence, ont suscité de la part du législateur, une tentative de simplification.

L'article L.752-14 II modifié du code de commerce prévoit ainsi, que la Commission départementale d'aménagement commercial se prononcera dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, contre quatre actuellement.

La décision sera réputée favorable une fois passé ce délai.

Par ailleurs, tous les recours devront être formés devant la Commission nationale d'aménagement commercial dans un délai d'un mois, contre deux actuellement, y compris les recours formés par les tiers.

- **Sanctions applicables :**

Actuellement, l'article R.752-44 du code de commerce, punit d'une amende contraventionnelle de 15 000 euros (30 000 euros en cas de récidive) par jour d'exploitation et autant de fois qu'il y a de mètres carrés couverts ou utilisés irrégulièrement, le fait de contrevenir aux dispositions réglementant l'urbanisme commercial.

Le législateur, considérant que cette sanction manquait d'efficacité, a mis en place une procédure de sanction administrative, dont les modalités seront précisées par décret (article L.752-23 et suivants du code de commerce).

En conséquence, les agents de la DGCCRF, constatant l'exploitation d'une surface de vente en méconnaissance des dispositions du code de commerce, établiront un rapport qu'ils transmettront au Préfet du département d'implantation du magasin.

Ce dernier pourra mettre en demeure l'exploitant concerné, dans un délai d'un mois, de se conformer à la décision d'autorisation de la Commission départementale d'aménagement commercial.

A défaut, le Préfet pourra prendre un arrêté ordonnant, dans un délai de 15 jours, la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement jusqu'à régularisation effective, assortie d'une astreinte journalière de 150 euros.

***

Nous ne pouvons à cet égard que saluer les efforts du législateur visant à relancer la concurrence dans le secteur des moyennes surface de distribution.

Ceci étant, le pouvoir d'intervention accordé par la loi aux maires de communes de moins de 20 000 habitants est malgré tout susceptible de ralentir le développement de ce secteur.

Précisons enfin que le nouveau régime mis en place, a vocation à être provisoire.

En effet, à la demande de certains parlementaires, le gouvernement s'est engagé à entamer

un processus de réflexion afin d'aboutir à une convergence entre le droit général de l'urbanisme et celui de l'urbanisme commercial, solution déjà retenue dans d'autres pays européens.

Le gouvernement devrait donc déposer un projet de loi en ce sens devant l'Assemblée nationale, avant la fin de l'année ; le député du Loiret, Monsieur Jean-Paul Charié à été chargé de la rédaction de ce rapport.

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 du plan d'affaires annuel 2009 :** 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 depuis le **1er 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 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 : **[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 dans le cadre 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 autres obligations favorisant la relation commerciale / SRP / prix de vente conseillés : libertés et contraintes.

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

MG AVOCATS Meffre & Grall

Société Civile Professionnelle MG Avocats

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

Octobre-Novembre 2008 - Tous droits réservés - Comme toute information à caractère général, la Lettre du Cabinet ne saurait engager la responsabilité de MG Avocats.