

SOMMAIRE :

Un bilan positif de la loi du 2 août 2005 par Renaud Dutreil

Jean-Christophe Grall p. 1

Conditions générales de vente/conditions catégorielles : que doit-on communiquer et à qui?

Deux affaires :

* Tribunal de commerce de Paris - 11 mai 2006 ;

* Cour d'appel de Paris - 21 juin 2006

Jean-Christophe Grall et Julienne Chang p. 4

Distribution sélective et Internet ; Le Conseil de la concurrence valide, comme critère de sélection, l'exigence d'un point de vente physique

Nathalia Kouchnir-Cargill p. 6

Exclusivité territoriale du franchisé et vente par Internet

Nathalia Kouchnir-Cargill et Nicolas Geay p. 8

Sanction, « transaction », clémence... et les instruments d'action du Conseil de la concurrence

Erwan Le Morhedec p. 9

Quelques brèves en droit social

Grégory Desbrandes p. 12

Petit questionnaire autour de la responsabilité du salarié

Grégory Desbrandes p. 14

Quelques informations

p. 15

Nous avons le plaisir de vous annoncer le renforcement de notre équipe concurrence par l'arrivée de Marianne Mousseron et d'Arlette Gastaldy à partir du 1^{er} septembre 2006.

Un Bilan jugé positif de la loi du 2 août 2005 par Renaud Dutreil.

Par Jean-Christophe Grall

Lors de l'installation de la nouvelle Commission d'examen des pratiques commerciales, le 4 juillet dernier, Renaud Dutreil s'est largement félicité des premiers résultats - très encourageants - enregistrés après un peu plus de six mois d'application de la Loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, plus connue, il est vrai, sous le nom de « *Loi Dutreil* ».

Il y a un peu plus d'un an, la loi Dutreil était publiée au Journal officiel¹ ; cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, réformant très sensiblement les dispositions législatives issues de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996.

Le Ministre des PME, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions Libérales a

(1) J.O. du 3 août 2005).

mis en avant la baisse des prix des produits de marque nationale vendus en Grandes et Moyennes Surfaces (GMS), ces prix ayant reculé de 0,10% sur les cinq premiers mois de l'année 2006 et ce, pour la première fois depuis 1997, ce qu'il convient de comparer aux 4% d'augmentation constatés au cours de l'année 2003, le Ministre concluant que les prix des produits de marque pouvaient continuer à baisser raisonnablement.

Il est ressorti cependant de ce premier bilan que l'objectif poursuivi par le Gouvernement, et continuellement réitéré au cours de l'année passée de voir les prix reculer de 5% entre 2004 et fin 2007, ne sera manifestement pas facile à atteindre.

Et ce, d'autant plus que les prix des PGC ont progressé de 1,5% entre juin et juillet par rapport à la même période un an plus tôt! [source TNS World panel]. Trente-six catégories de PGC ont même augmenté de 3%. En revanche, le nombre de références a baissé dans les magasins, ce que relève cet institut!

Le Ministre a, dans le cadre de ce pré-anniversaire, et à un mois près de la publication au Journal Officiel de la loi Dutreil, l'année passée, mis l'accent également sur la place désormais redonnée aux PME dans les linéaires des GMS, affichant à cet égard une satisfaction certaine quant à l'objectif poursuivi par la loi du 2 août 2005 qui est, rappelons-le, en faveur des Petites et Moyennes Entreprises.

Autrement dit, Renaud Dutreil a estimé que sa loi avait d'ores et déjà rempli ses deux objectifs principaux, à savoir, d'une part, protéger les PME qui créent des emplois et, d'autre part, redonner aux consommateurs les bénéfices de la concurrence, en leur permettant d'accéder aux produits de grande consommation à un prix moins élevé!

Cependant, après un bilan plutôt positif dressé par le Ministre, force a été de constater que le bilan dressé cette fois par les services de la DGCCRF est apparu moins positif, pour ne pas dire négatif, la loi Dutreil n'ayant pas réussi à éradiquer certaines pratiques de la Grande Distribution.

Que retenir de ce bilan?

La DGCCRF constate que:

- **La marge arrière n'a pas diminué!** Bien au contraire, cette marge arrière n'a cessé de dériver, certains services de coopération commerciale ayant été, ni plus, ni moins, remplacés par des services distincts. Pour s'en convaincre, si cela était nécessaire, il suffit de relire les contrats proposés par les enseignes nationales, qu'elles soient alimentaires ou spécialisées;
- **La supériorité des conditions générales de vente sur les conditions d'achat qu'a souhaité instaurer la loi Dutreil, même si cette primauté n'est pas clairement indiquée dans la loi, demeure un vœu pieux,** les grands distributeurs souhaitant, bien au contraire, faire prévaloir leurs propres conditions d'achat, contrats de référencement et autres accords qu'ils ont eux-mêmes rédigés, et ainsi soumettre l'accord annuel aux seules conditions

prévues dans le contrat de référencement et/ou les conditions d'achat;

- **La qualification de nombre de services est critiquable,** qu'il s'agisse de services de coopération commerciale ou bien encore et surtout de services distincts;
- **Les conditions particulières de vente sont utilisées à tort et à travers** et certains distributeurs comme Le Galec demandent ni plus ni moins aux industriels de faire un effort de créativité quant à la rédaction des dites conditions particulières de vente (CPV), ne souhaitant pas en effet prendre l'initiative de leur rédaction;
- **Les ristournes faussement conditionnelles se sont multipliées** avec des libellés plus ou moins fantaisistes;

Les pénalités infligées par les distributeurs se sont multipliées, qu'elles soient motivées par une livraison tardive, une non-conformité de la marchandise, un code barre erroné ou bien encore le non respect de certaines modalités logistiques, l'objectif recherché étant en effet de reconstituer de la marge, compte tenu de la perte de marge enregistrée sur certains produits à la suite de l'entrée en vigueur de la loi Dutreil et de la réintégration possible de tout au partie de la marge arrière excédant le taux de 20% depuis le 1^{er} janvier dernier;

- **L'administration a multiplié les enquêtes de concurrence et entend s'inscrire dans une logique précontentieuse,** voire contentieuse, afin que les nouvelles dispositions issues de la loi Dutreil s'appliquent;

La DGCCRF a utilisé et continuera d'utiliser, mais de plus en plus, les voies civile et pénale, la loi Dutreil ayant en effet renforcé les sanctions pénales et créé ou importé des nouvelles voies que sont:

- ▶ la transaction administrative (cf. à cet égard le décret n° 2006-513 du 4 mai 2006)
- ▶ la composition pénale (transaction pénale),
- ▶ l'ordonnance pénale désormais applicable au droit économique à l'instar de ce qui peut exister en matière d'infractions au Code de la Route!

S'agissant de l'utilisation de la procédure pénale, rappelons que cent soixante jugements ont été rendus au cours de l'année

2005, les juridictions pénales ayant eu l'occasion de sanctionner différentes pratiques telle que l'émission de factures non respectueuses des dispositions de l'article L.441-3 du Code de Commerce en matière de coopération commerciale (cf. notamment les jugements prononcés par les Tribunaux correctionnels de Nantes, le 29 septembre 2005 (Système U), de Créteil, le 16 décembre 2005 (Baud Franprix), et de Bar-le-Duc, le 4 octobre 2005 (Intermarché) [voir **Lettre du Cabinet des mois de mars et juin 2006**].

Les jugements qui ont été prononcés au cours de l'année 2005 ont permis également de sanctionner différentes autres pratiques telles que la revente à perte, l'absence de contrat de coopération commerciale, le non-respect des délais de paiement réglementés, l'absence de communication de conditions générales de vente ou bien encore l'application discriminatoire de conditions tarifaires. S'agissant des mentions sur facture, on doit attirer l'attention des lecteurs de la **Lettre du Cabinet** sur l'absence de mansuétude des services de la DGCCRF, lors de leurs contrôles, compte tenu de ce que la loi Dutreuil n'a pas modifié les dispositions en matière de facturation, mais que celles-ci ressortent bien en effet des dispositions issues de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, codifiées, sous l'article L.441-3 du Code de Commerce, dispositions qui ne donnent plus lieu à beaucoup d'interprétations, ce pourquoi il ne faut pas attendre de clémence, puisque le mot est à la mode en droit de la concurrence, des fonctionnaires de la DGCCRF lors de leurs contrôles.

S'agissant de la dénomination des produits, le Tribunal correctionnel de Grasse a sanctionné, dans son jugement du 21 octobre 2005, l'absence de dénomination précise de produits chimiques, l'entreprise en cause

n'ayant porté sur les factures émises que la seule codification résultant de son logiciel de gestion «SAP», codification certes mondiale mais qui ne permettait pas de répondre aux exigences de l'article L.441-3 du Code de commerce précité, une codification ne peut pas en effet se substituer à la dénomination précise d'un produit!

On doit également citer le jugement prononcé par le Tribunal correctionnel de Bordeaux, le 30 mars dernier, qui a sanctionné un fournisseur pour ne pas avoir porté des réductions de prix, en l'occurrence des ristournes, sur ses factures, alors même que l'administration considérait que celles-ci étaient acquises à la date d'émission des factures litigieuses.

Attention en conséquence, au strict respect des dispositions en matière de facturation!

A cet égard, rappelons le principe de co-responsabilité édicté par les dispositions en matière de facturation, induisant une responsabilisation tant de l'émetteur de la facture que de son destinataire.

Dès lors, s'agissant de la facturation des services de coopération commerciale, rappelons une fois encore que le distributeur, prestataire de services, émettant une facture au titre de la rémunération de services - qu'il s'agisse d'ailleurs de coopération commerciale ou de services distincts - est certes responsable de l'émission d'une facture non-conforme, mais que l'industriel la recevant et l'acceptant en procédant à son règlement, est également responsable, encourant de ce fait les sanctions pénales définies par le Code du Commerce, à savoir 75.000 euros pour le représentant légal de l'entreprise ou son délégué en cas de délégation de pouvoirs et 375.000 euros (soit le quintuple), pour l'entreprise!

Conditions générales de vente / conditions catégorielles : Que doit-on communiquer et à qui ?

Par Jean-Christophe Grall et Julienne Chang

Première affaire :

Tribunal de commerce de Paris - Jugement du 11 mai 2006, SA Back Europ France c/ GIE Lesaffre.

La transparence tarifaire est prévue par l'article L.441-6 du Code de commerce qui fait obligation à « *tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur de produits ou demandeur de prestations de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, son barème de prix et ses conditions de vente [...]* ».

Ce même texte prévoit que « les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs ou de produits ou de demandeurs de prestations de services [...] ».

L'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestations de services d'une même catégorie ».

Un acheteur économique demandant des conditions de vente peut-il contester la catégorie dans laquelle le situe le producteur, afin que lui soient appliqués les avantages réservés à une autre catégorie à laquelle il estime appartenir, et à quelles conditions ?

En l'espèce, Lesaffre, fabricant de levures, avait segmenté sa clientèle en fonction du mode de distribution de ses produits. A ce titre, elle accordait des tarifs préférentiels aux industriels, la catégorie des négociants ne pouvant pas y prétendre.

La société Back Europ France (« BEF »), qui s'estimait désavantagée, a donc demandé la communication des barèmes de prix applicables aux industriels à titre probatoire afin d'établir l'existence de pratiques prétendument discriminatoires.

La décision du Tribunal de commerce de Paris doit retenir l'attention, en ce qu'elle définit les conditions requises pour la communication de barèmes de prix catégoriels ; conditions qui n'étaient pas satisfaites dans la présente espèce :

1. L'acheteur doit se situer dans la même catégorie de clientèle que celle concernée par le barème de prix sollicité

La transparence ne joue en effet qu'à l'égard d'entreprises concurrentes entre elles. Cette condition a d'ailleurs été précisée par la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 et reprise par la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005, et une jurisprudence constante. Ainsi, « *il n'est pas interdit aux vendeurs d'établir plusieurs barèmes qu'ils destinent à plusieurs catégories de clientèle auprès desquelles ils commercialisent leurs produits ou leurs services, et qui ne sont pas placées sur le même marché, c'est-à-dire qui ne sont pas placées en concurrence entre elles. La diversité des situations dans lesquelles sont placés les acheteurs justifie qu'un vendeur établisse des conditions générales de vente différenciées selon les catégories d'acheteurs* ».

- En pratique, cette tendance jurisprudentielle impose de définir avec une attention particulière chacune des catégories de professionnels auxquelles doivent s'appliquer le barème.

Afin d'opérer cette catégorisation de la clientèle, il est nécessaire, au préalable, de définir le marché pertinent à partir des produits en cause et de la demande de ces produits. Dans le cas présent, le Tribunal de commerce ne se satisfait pas des seules allégations des parties au litige, mais effectue un examen approfondi aboutissant ainsi à la définition d'un autre marché, à savoir celui de la levure.

Compte tenu du marché en cause, le Tribunal de commerce conclut que le choix de Lesaffre de considérer dans sa stratégie commerciale deux segments distincts de clientèle, l'un étant celui des négociants, l'autre celui des industriels, impliquant des produits et services spécifiques, correspondait à la réalité du marché et qu'il n'y avait donc aucun objet ou effet restrictif dans ce choix d'organisation !

En effet, tandis que les négociants achètent pour revendre, d'ailleurs principalement aux artisans de la boulangerie/pâtisserie/viennoiserie, sans utiliser eux-mêmes les produits, les industriels, en revanche, utilisent les levures, améliorants et/ou

produits mixtes pour les transformer en les incorporant à leurs propres produits.

Or BEF, par les conditions d'exercice de son activité, appartenait bien à la catégorie des négociants.

A ce titre, n'étant pas en concurrence avec les industriels dans ses achats de levure à Lesaffre, la société BEF n'était pas en droit de demander la communication des barèmes de prix réservés aux industriels.

2. Le demandeur des conditions générales de vente, autrement dit l'acheteur, ne doit pas se situer, pour son activité, en concurrence directe avec le fournisseur

Cette exigence est conforme à l'intention du législateur d'écarter du bénéfice de cette communication les concurrents qui n'ont aucune intention d'acquérir les produits, mais souhaitent seulement obtenir ces barèmes ou conditions générales pour connaître la politique tarifaire d'un fournisseur concurrent !

En l'occurrence, BEF avait vocation à livrer également aux industriels les produits que fournissait Lesaffre ; elle se situait ainsi en concurrence directe avec ledit fournisseur et ne pouvait dès lors obtenir lesdits tarifs !

Seconde affaire :

Cour d'appel de Paris - 21 Juin 2006 - TPS c/ Free

Il s'agit là également d'une décision particulièrement importante en matière de communication de conditions générales de vente, ou plus précisément en l'espèce de prestation de services. L'opérateur satellite TPS, opérateur bien connu, demandait depuis plusieurs années au fournisseur d'accès Internet Free, ses conditions générales de transport et de diffusion afin de pouvoir diffuser son bouquet de chaînes.

Free ayant systématiquement refusé l'accès à TPS, ce dernier a assigné ledit fournisseur d'accès Internet pour non communication de ses conditions générales de prestation de services et discrimination abusive, ce dernier moyen étant invoqué du fait même que Free permet la diffusion du bouquet de chaînes de Canal Satellite.

Contre toute attente, la Cour d'appel de Paris a purement et simplement débouté la société TPS de l'intégralité de ses demandes au premier motif que Free n'avait pas à communiquer ses conditions générales de

prestation de services, pour la simple raison qu'elle n'était pas tenue à leur élaboration du fait même du service qu'elle rend, service ne permettant pas l'établissement de conditions de prestation de services ; on ne peut qu'être très surpris par une telle motivation !

S'agissant des pratiques discriminatoires et de l'application des dispositions visées sous l'article L.442-6-I-1^{er} du Code de Commerce sanctionnant toute forme de discrimination abusive, notre surprise va crescendo, la Cour d'appel considérant que ces dispositions ne sont censées s'appliquer qu'à des pratiques commises à l'égard d'un partenaire économique qui ne peut s'entendre que d'une personne déjà en relation d'affaires avec l'auteur des faits allégués, ce qui n'était pas le cas de la société TPS qui n'avait justement pas pu entrer en relation d'affaires avec le fournisseur d'accès Internet !

Pour notre part, nous ne comprenons pas cette décision, car, d'une part, s'agissant de la communication des conditions de vente, on peut être étonné que la Cour d'appel ait légitimé le refus de communication de ces conditions de prestation de services par Free, alors qu'il nous semble que de telles conditions doivent pouvoir être élaborées sans trop de difficultés et s'agissant, d'autre part, de l'absence de condamnation au titre des pratiques discriminatoires, l'argumentation développée par la Cour d'appel de Paris quant à une prétendue nécessité de relation commerciale préalable pour que les dispositions réprimant la discrimination abusive puissent trouver application, n'est guère convaincante et ne constitue pas une exigence de l'article L.442-6-I-1^{er} du Code de commerce.

Force est d'ailleurs de constater que ces dispositions ont été appliquées par les tribunaux en matière de refus d'agrément, aucune relation commerciale n'ayant été entretenue auparavant s'agissant en effet d'une demande d'agrément et donc d'intégration à un réseau de distribution, induisant une absence totale de relation commerciale préalable !

Si l'arrêt de la Cour d'appel de Paris devait être confirmé par la Cour de Cassation et si d'autres décisions devaient intervenir dans le même sens, ce serait alors la fin de la prohibition des pratiques discriminatoires dans le droit français, ce type de pratiques ne pouvant dès lors plus être sanctionné que dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Affaire à suivre !

Distribution sélective et Internet: Le Conseil de la Concurrence valide, comme critère de sélection, l'exigence d'un point de vente physique

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Dans la **Lettre du Cabinet** du mois de juin 2006, nous évoquions la procédure d'engagements concernant la société Festina France devant le Conseil de la Concurrence.

Cette société, attaquée par le site de vente en ligne «*Bijourama*» pour refus d'agrément, tout en confirmant qu'elle ne souhaitait pas vendre ses produits par l'intermédiaire de distributeurs «*exclusivement Internet*», mais sensible aux préoccupations de concurrence évoquées par le Conseil dans le cadre de son évaluation préliminaire, avait proposé des engagements consistant principalement à poser les conditions de la vente sur Internet de ses produits par ses distributeurs agréés.

Ainsi, dans le cadre du «*Contrat de vente à distance en ligne*» proposé par la société Festina France à laquelle le Conseil reprochait justement de ne pas avoir prévu de conditions pour la vente de ses produits sur Internet, il était expressément mentionné :

«Le site Internet doit avoir pour objet de promouvoir l'activité et les produits des points de vente physiques du distributeur».

Si la société Festina France répondait ainsi aux préoccupations de concurrence soulevées par le Conseil et que nous évoquions dans la **Lettre du Cabinet** du mois de juin 2006, elle ne répondait en revanche pas aux préoccupations du plaignant, puisque excluant de facto de son réseau les distributeurs vendant exclusivement en ligne.

La question se posait donc de savoir si le Conseil de la Concurrence allait accepter les engagements ainsi proposés, la portée de la décision à venir dépassant le cadre strict de l'affaire concernée pour avoir des répercussions sur l'organisation de l'ensemble des réseaux de distribution sélective.

Par une décision n°06-D-24 du 24 juillet 2006, très attendue et très motivée, le Conseil de la concurrence a considéré que les engagements proposés par la société Festina France apportaient une réponse satisfaisante aux problèmes de concurrence identifiés en l'espèce et a donc accepté les engagements proposés, non sans rappeler en écho à la déception de la société Bijourama, plaignante, que :

«rendue par une autorité de concurrence qui remplit une mission ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique, la décision d'accepter des engagements n'intervient pas pour satisfaire la demande d'une partie mais pour mettre fin à une situation objectivement préjudiciable à la concurrence».

La réponse est donc claire : un fournisseur peut, dans le cadre de l'organisation de son réseau de distribution sélective, fermer la porte aux distributeurs «*exclusivement Internet*», le Conseil considérant que :

«... s'il ne dépasse pas une part de marché de 30 %, un fournisseur peut 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».

Dès lors qu'il est couvert par le règlement d'exemption n°2790/1999, un tel fournisseur n'a pas à justifier de ses choix en démontrant que dans son cas particulier l'exemption est justifiée, c'est-à-dire que les effets positifs sur le marché l'emportent sur les effets négatifs, contrairement à ce qui pouvait être le cas avant l'entrée en vigueur de ce règlement, ou comme doit le faire un fournisseur dont la part de marché dépasse 30 %...».

Si cette décision peut surprendre de prime abord en ce qu'elle valide l'exclusion d'un certain type de commerce et pénalise l'activité des sites spécialisés de vente en ligne, elle est motivée par le Conseil par le risque de parasitisme lié au développement de ce type de commerce, le Conseil rappelant une réalité qui, certes, ne fera pas plaisir à tous :

«Lorsqu'elle vient en concurrence avec un réseau de distribution physique organisé, notamment un réseau de distribution sélective, la vente exclusive sur Internet pose la question de la prise en compte des coûts de constitution de réseau et du parasitisme, c'est-à-dire le fait pour une entreprise de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par une autre, sans en partager les coûts. Le consommateur peut notamment se rendre dans les points de vente physiques où le produit est mis en valeur, peut être testé et peut faire l'objet de

démonstration ou de conseils. Ces services à la clientèle sont le fruit d'investissements du point de vente ou du réseau. Le consommateur peut ensuite être tenté, une fois son choix arrêté, d'aller sur Internet où il est susceptible d'acquérir le produit à un prix plus attractif, puisque le vendeur sur Internet n'a pas à supporter les investissements des points de vente physiques. Si elle est favorable, dans un sens, au consommateur dès lors qu'elle facilite la concurrence par les prix, la vente sur Internet peut donc aussi être source de distorsions de concurrence entre vendeurs, et, en étant susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains

services, induire des effets moins positifs pour le consommateur.»

Il s'agit là d'un constat pragmatique et lucide justifiant la position du Conseil.

Désormais, si il est clair qu'un fournisseur ne peut en aucun cas interdire à l'un de ses distributeurs agréés de commercialiser ses produits sur Internet et qu'il lui appartient en conséquence de poser les critères et conditions de cette vente en ligne, il pourra exiger que ce mode de commercialisation ne soit qu'accessoire à la vente de ses produits en magasin.

Exclusivité territoriale du franchisé et vente par Internet

Par Nathalia Kouchnir-Cargill et Nicolas Geay

Tout contrat de franchise comporte en principe une clause d'exclusivité territoriale au profit du franchisé, qui le protège contre les ventes dites «actives» de la part du franchiseur et des autres franchisés sur le territoire qui lui a été concédé. En revanche, aucune forme de ventes dites «passives» ne peut être interdite ou limitée: ainsi, un franchisé ne peut pas s'opposer à la vente des produits objet de la franchise par le franchiseur, ou tout autre franchisé, à des clients localisés sur le territoire de vente qui lui a été concédé, dès lors que cette vente a été sollicitée par les clients.

S'agissant plus spécifiquement du franchiseur, la jurisprudence admet que la clause d'exclusivité territoriale accordée par celui-ci, ne lui interdit pas d'ouvrir et d'exploiter un point de vente sur un territoire non encore concédé à un franchisé, quand bien même ce point de vente se situerait dans une même agglomération que celle où un territoire a été concédé (Cass. Com. 06 avril 1999, *Sté Ancestrale c/ SA Moly*).

La question s'est néanmoins posée de savoir si un franchiseur pouvait mettre en place un site Internet pour vendre les produits pour lesquels il avait accordé des franchises de vente et des zones d'exclusivité territoriale.

Dans un cas d'espèce opposant un franchisé à son franchiseur (la société Flora Partner), la Cour d'appel de Bordeaux avait considéré que l'obligation d'exclusivité territoriale était essentielle et déterminante pour le franchisé afin de le protéger de toute vente à l'initiative du franchiseur, directement ou indirectement. Dès lors, elle avait jugé que la vente par Internet de la part du franchiseur, bien que constituant une vente passive, devait être considérée comme portant atteinte à l'exclusivité territoriale du franchisé dès lors qu'elle était réalisée sans contrepartie financière pour ce dernier.

La Cour de Cassation vient de casser cette décision en jugeant que «le contrat souscrit

*par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, [...], peu important le règlement CE n° 2790/1989 de la Commission CE du 22 décembre 1999, inapplicable en l'espèce» (Cass. Com. 14 mars 2006 *Sté Flora Partner c/ Sté Laurent Portal Rouvelet*).*

Cette décision est logique.

En effet, et quand bien même la Cour de Cassation écarte l'argument communautaire avancé par la Cour d'appel, il est manifeste qu'une interdiction faite au franchiseur de vendre à travers son site Internet revenait à cloisonner de façon absolue les territoires de vente concédés aux franchisés, en interdisant toute vente passive de la part du franchiseur-distributeur de produits.

Or, on rappellera qu'en vertu du règlement communautaire du 22 décembre 1999, relatif à l'exemption des accords verticaux, la vente par Internet est une vente passive qui ne peut être interdite, pour autant qu'elle soit le résultat d'une démarche libre et non sollicitée de l'internaute.

Interdire au franchiseur de créer un site Internet était donc une sévère entorse aux règles du droit de la concurrence.

Par ailleurs, et d'un point de vue purement contractuel, le contrat prohibait seulement l'ouverture d'un point de vente physique par le franchiseur.

La position de la Cour d'Appel de Bordeaux était donc non seulement contraire aux règles du droit de la concurrence sur les accords verticaux mais également contestable quant à l'interprétation des dispositions contractuelles qui n'interdisaient pas au franchiseur de créer un site Internet.

Quel que soit l'angle juridique retenu, la cassation s'imposait donc.

Sanctions, « transaction », clémence... et les instruments d'action du Conseil de la concurrence

Par Erwan Le Morhedec

Le Conseil de la concurrence consacre chaque année une étude thématique à un sujet spécifique qu'il entend développer et sur lequel il souhaite apporter des précisions. La conséquente livraison de l'édition 2005 est intégralement consacrée à l'examen des « instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence », un domaine qui a connu nombre de bouleversements récents, notamment par l'introduction de procédures originales.

Cette étude thématique est intéressante à plusieurs titres. Elle synthétise l'approche du Conseil de ses instruments d'action, et l'utilisation qu'elle entend en faire. A ce titre, cette étude est un outil pédagogique important pour les entreprises et leurs conseils et, s'il est permis, à certains égards, de ne pas partager ce qui ne reste qu'une *position* du Conseil de la concurrence, cette étude a le mérite de l'exposer amplement et d'offrir ainsi aux entreprises une certaine prévisibilité de l'action du Conseil de la concurrence.

Cette étude thématique expose également des éléments de procédure informelle, que l'on ne retrouve ni dans la loi ni dans le décret, telle que l'association du collège des membres du Conseil de la concurrence à la négociation des engagements susceptibles d'être adoptés par les entreprises, ou les modes de mise en relation des entreprises souhaitant bénéficier du programme de clémence du Rapporteur ou de la DGCCRF, y compris au moyen d'une procédure orale (comme il sera développé ci-après).

Enfin, cette étude permet également, via l'exposé de certains fondements théoriques – essentiellement économiques – de la politique d'action du Conseil de la concurrence, de l'appréhender dans toute sa cohérence.

■ **L'établissement des sanctions pécuniaires :**

Outre les éléments connus de détermination du montant des sanctions pécuniaires sur lesquels il n'est pas déterminant de revenir, telles que la durée et la gravité des pratiques, ou le dommage causé à l'économie, le Conseil développe des éléments moins connus de détermination du montant de la sanction, que ce soit dans son aspect dissuasif ou dans sa dimension punitive.

Le Conseil de la concurrence cite en propos introductifs une intervention de Monsieur Guy Canivet, alors Premier Président de la

Cour d'appel de Paris, reprenant la distinction bien connue des juristes entre le caractère rétributif de la peine et l'exemplarité de la peine, avant d'évoquer divers travaux économiques qui font le pendant à cette distinction, en ce qu'ils examinent les conditions auxquelles les sanctions doivent répondre afin de satisfaire « cette double finalité, dissuasive et punitive ».

Le Conseil de la concurrence note que « le niveau de la sanction optimale dépend [...] du type de dommage que l'on cherche à éviter » ainsi que « de la probabilité de détection des pratiques par les autorités de concurrence » ce qui pourrait surprendre, à tout le moins, pour le deuxième de ces critères : fait-on ainsi, en droit pénal, varier les peines en fonction de la probabilité pour les délinquants et criminels de se faire prendre ?

A cet égard, le Conseil de la concurrence conclut en considérant que « le niveau de sanction optimal pour dissuader les entreprises d'adopter des comportements préjudiciables au bien-être des consommateurs est un multiple du bénéfice tiré de la pratique (ou surprofit) ».

Il évoque à ce titre le projet de lignes directrices de la Commission Européenne dans lequel celle-ci envisage d'augmenter la sanction jusqu'au niveau du surprofit lorsque celui-ci est quantifiable. **A cet égard, il semble assez évident, tant au vu de l'analyse proposée par le Conseil, que de la mention même de ces lignes directrices, que le Conseil de la concurrence appelle de ses vœux une modification du niveau de sanction en ce sens, sauf à ce qu'il souhaite simplement provoquer un débat à ce titre.**

Le Conseil fait également référence aux travaux de plusieurs économistes, Garry Becker (et ses successeurs) ainsi que Wouter P.J. Wils, qui établissent **une corrélation entre le montant optimal de la sanction et la probabilité de détection des pratiques :**

« Schématiquement, si une entreprise retire un bénéfice de 100€ de la pratique anticoncurrentielle et si la probabilité de se faire prendre est de 10 %, alors la sanction dissuasive s'élève à $100 \times 10 \% = 1.000€$ ».

Ainsi « schématiquement » exposée, cette corrélation a de quoi surprendre, tout comme la possibilité même de calculer avec précision une quelconque « probabilité de se faire prendre » avec une précision suffisante. Nul doute

qu'un exposé complet de la démonstration serait, en revanche, convaincant.

L'important est surtout de retenir que les premiers économistes cités préconisent une sanction pécuniaire très élevée avec une faible surveillance et donc une faible probabilité de détection.

Cette approche est critiquée par un autre économiste que suit le Conseil, qui semble préférer à des sanctions très élevées mais prononcées rarement, des sanctions plus faibles mais plus fréquentes.

Le Conseil note par ailleurs que les sanctions ne doivent pas mettre en danger ni fragiliser les entreprises et que, par conséquent, le niveau de sanction optimal doit dépendre de la capacité contributive des entreprises, ce qui a d'ailleurs le bon goût de s'accorder avec le principe constitutionnel de personnalité des peines.

Enfin, ceux qui croiraient que **la multiplication des communiqués de presse et autres annonces de sanctions** dans les quotidiens correspondent à une simple volonté de mise en avant du Conseil de la concurrence, constateront donc, au regard des développements précédents, qu'elle **relève davantage d'une politique raisonnée, visant à accroître «encore leur exemplarité et leur visibilité pour les entreprises et [à assurer] la mise à jour régulière de leurs anticipations sur le niveau des sanctions encourues»** (page 106 du rapport).

■ Les injonctions :

On mentionnera brièvement un élément qui souligne à nouveau l'originalité du droit de la concurrence, en ce que sa finalité est avant tout de préserver la concurrence, de la rétablir, et non de sanctionner ou de protéger des entreprises spécifiques.

C'est ainsi que le Conseil de la concurrence souligne la préférence qu'il porte à la procédure d'engagement - dans laquelle c'est l'entreprise, auteur d'une pratique anticoncurrentielle, qui propose les engagements susceptibles de mettre fin aux préoccupations de concurrence - au système des injonctions.

Le Conseil relève ainsi qu'il n'est pas de son rôle «*de se substituer au chef d'entreprise et de choisir entre plusieurs solutions qui, si elles se révèlent toutes adaptées pour résoudre le problème de concurrence, peuvent ne pas être équivalentes du point de vue des intérêts de l'entreprise.*»

De prime abord, cette prise en compte des intérêts d'une entreprise qui s'est rendue coupable de pratiques anticoncurrentielles aurait de quoi surprendre, sauf à se référer, comme précisé ci dessus, à l'objectif final du droit de

la concurrence qui est bel et bien de préserver la concurrence en elle-même.

■ La procédure de non contestation de griefs :

Cette procédure concerne les entreprises qui, après s'être vues délivrer une notification de griefs, n'entendent - donc - pas les contester.

L'étude thématique du Conseil de la concurrence décrit amplement cette procédure, au travers de son déclenchement et de ses effets, et l'on renverra directement à ces lignes (pages 135 et suivantes du rapport du Conseil de la concurrence) pour son exposé.

En revanche, on relèvera deux éléments qui semblent dénoter une relative contradiction du Conseil de la concurrence, à tout le moins, dans son étude thématique.

En effet, à la page 136, le Conseil de la concurrence observe justement que «*cette procédure de non contestation des griefs qui est appelée improprement procédure de «transaction», car elle ne met pas fin aux poursuites et l'accord entre le Rapporteur Général et la partie en cause, matérialisée par un procès-verbal, ne lie pas le Conseil qui décide en dernier ressort, même s'il tend le plus souvent à suivre la proposition du Rapporteur Général*», pour noter en conclusion (page 177) :

«Le fait que les commentateurs répugnent depuis sa création à la désigner clairement par le terme de «transaction», alors même qu'elle en possède beaucoup des attributs, montre qu'une clarification est nécessaire.»

La clarification, visiblement appelée de ses vœux par le Conseil de la concurrence, apparaît donc d'autant plus nécessaire qu'il semble partager lui même la répugnance des commentateurs à qualifier cette procédure de «*transaction*».

Moins anecdotiquement, on relèvera l'ambiguïté entretenue par l'étude thématique sur la nature profonde de la non contestation de griefs.

En effet, comme son nom l'indique, il ne s'agit pas dans cette procédure de reconnaître la réalité des griefs qui sont faits aux entreprises, et encore moins d'avouer une quelconque pratique. Ceci est parfaitement conforme à la doctrine du Conseil de la concurrence qui l'a d'ores et déjà affirmé à plusieurs reprises dans ses précédents rapports et qui, en page 138, écrit que la «*non contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure du Conseil, contre les entreprises ou organismes non parties à la transaction.*»

Pourtant au sein de certaines décisions récentes, le procès-verbal de non contestation de griefs de l'une des parties est utilisé à plusieurs reprises à l'encontre des autres parties.

En outre, à la page précédente (page 137) un paragraphe laisse planer une certaine ambiguïté sur la conception qu'il convient d'avoir de la procédure de non contestation des griefs, lorsque le Conseil écrit :

« Ces éléments démontrent la nécessité d'articuler cette procédure de non contestation avec la clémence. En effet, si en échange de leurs aveux, les entreprises étaient assurées d'une réduction automatique de leurs sanctions, le risque serait grand dès lors que les griefs notifiés seraient peu contestables compte tenu des preuves recueillies, que toutes les entreprises optent pour cette solution [...] »

La formulation de cette phrase, comme la nature de certaines décisions récentes, interpellent quelque peu sur la perception réelle de la nature de cette procédure par le Conseil de la concurrence...

■ **La procédure de clémence :**

Cette procédure a été introduite en 2001 en droit français. En substance, les dispositions qui en découlent prévoient la possibilité pour l'entreprise qui dénoncerait une entente à laquelle elle était partie, de bénéficier d'une réduction de sanctions.

Le Conseil de la concurrence dans cette partie de son étude thématique donne à nouveau des éléments extrêmement importants sur le programme de clémence, en détaillant des questions de procédure, notamment informelles, qui sont d'une grande utilité pour les entreprises.

On signalera à cet égard, d'une part, les facteurs de réussite d'un tel programme de clémence selon le Conseil de la concurrence, et d'autre part, à titre d'illustration de ses précisions procédurales, les développements consacrés par le Conseil de la concurrence à l'éventualité d'une procédure orale de clémence, démontrant sa volonté d'adaptation aux contraintes des entreprises.

En ce qui concerne la réussite d'un programme de clémence, le Conseil de la concurrence fait les observations suivantes :

« Celle-ci dépend en grande partie de trois éléments : deux craintes et une certitude.

En premier lieu, les entreprises doivent craindre de subir des sanctions importantes si leur comportement est détecté.

Et à cet égard, le Conseil souligne la cohérence qui découle de l'augmentation du montant des sanctions de ces dernières années.

« En deuxième lieu, les acteurs du marché doivent percevoir un haut risque de détection par les autorités de concurrence [...] »

En troisième lieu, à côté de ces craintes, les programmes de clémence doivent être les plus transparents et les plus prévisibles possibles. »

Le Conseil de la concurrence détaille l'ensemble des conditions pour obtenir soit une immunité totale de sanctions, soit une immunité partielle. Celles-ci sont relativement nombreuses puisque pour bénéficier d'une immunité totale de sanction, six conditions doivent être remplies.

Surtout il faut noter que l'entreprise n'a pas de certitude absolue sur l'ampleur de l'immunité susceptible d'être obtenue avant que ne soit rendue la décision du Conseil de la concurrence, puisque certaines conditions ne peuvent être appréciées qu'au stade de la séance du Conseil.

En ce qui concerne la procédure orale, il est intéressant de constater que le Conseil de la concurrence prend en compte l'éventualité que les informations données par l'entreprise souhaitant bénéficier du programme de clémence ne puissent conduire à l'incriminer dans le cadre d'actions en dommages et intérêts, notamment *« si la pratique en cause présente des liens avec des territoires tiers, et notamment les Etats-Unis, où existent les procédures de « discovery » »*.

Le Conseil de la concurrence, à l'instar de la Commission Européenne, va jusqu'à permettre l'enregistrement d'une déclaration orale sur CD Rom, qui fait ensuite l'objet d'un procès-verbal de transcription, le Conseil de la concurrence admettant même que le demandeur ne signe aucun document *« qu'il s'agisse du procès-verbal constatant la démarche initiale ou des procès-verbaux d'audition et de déclaration rédigés par le Rapporteur »*.

Enfin, pour démontrer toute la « bonne volonté » du Conseil, ce dernier prévoit également que l'entreprise ne soit rendue destinataire d'aucun document de la procédure mais que ceux-ci soient conservés au Conseil de la concurrence afin qu'ils ne puissent, en aucun cas, être retrouvés dans le cadre d'une procédure de « discovery ».

Ainsi perçoit-on bien à la lumière de ce dernier élément tout le pragmatisme du Conseil de la concurrence dans sa volonté de jouer un véritable rôle de régulateur du marché.

■ Retour sur l'affaire Carrefour de Perpignan

Dans notre précédent numéro, nous procédions à une brève analyse de la pratique des «*marchandiseurs*» et du risque pénal encouru par les fournisseurs de la grande distribution à travers l'affaire Carrefour de Perpignan.

Dans ce cadre et dans la mesure où le dénouement judiciaire n'était pas connu à l'heure où nous écrivions notre article, nous avons promis aux lecteurs de la **Lettre du Cabinet** de les informer de la teneur du jugement rendu.

Chose promise, chose due.

Par Jugement du 26 juin dernier, le Tribunal correctionnel de Perpignan a :

- reconnu coupable des chefs de délit de marchandage et de prêt illicite de main d'œuvre la société Carrefour, sa centrale d'achat et plusieurs de ses dirigeants ;
- et a condamné ces derniers à des amendes², outre les dommages et intérêts accordés aux salariés et aux syndicats.

Le Tribunal correctionnel n'a pas, semble-t-il, accueilli favorablement la stratégie de défense des dirigeants de la société Carrefour que nous évoquions dans le précédent numéro de la Lettre du Cabinet et qui consistait, non pas à contester le caractère illicite du système des «*marchandiseurs*», mais seulement leur connaissance du système avant que la justice ne soit saisie.

■ La clause de mobilité et l'article L. 120-2 du Code du travail

Dans le numéro de février 2006 de la **Lettre du Cabinet**, nous avons évoqué la clause de mobilité au regard de l'article L. 120-2 du Code du travail.

A cette occasion, nous avons indiqué que la Chambre sociale de la Cour de cassation n'avait pas encore soumis la clause de mobilité à l'article L. 120-2 du Code du travail.

Néanmoins, nous avons précisé qu'on pouvait «*s'attendre à ce qu'un arrêt de la Cour de cassation soit prochainement rendu au visa de l'article susvisé*» et ce, d'autant plus que la

(2) La société Carrefour a été condamnée à 25.000€ d'amende, tandis qu'une amende de 5.000€ était prononcée à l'encontre de son président de l'époque.
La centrale d'achat a été condamnée à 20.000€ d'amende et son directeur à l'époque des faits incriminés à 5.000€ d'amende.
Une amende de 3.000€ a été prononcée à l'encontre du directeur de l'hypermarché à l'époque des faits poursuivis.

Cour suprême avait choisi de renforcer son contrôle sur les conditions de validité de la clause de mobilité, comme en attestait l'arrêt du 19 mai 2004 (Soc., 19 mai 2004, pourvoi n° 02-43252, Legifrance).

Si à l'heure où nous écrivons cette brève, la Cour de cassation n'a toujours pas appliqué à la clause de mobilité l'article L. 120-2 du Code du travail, elle a décidé d'approfondir encore plus son contrôle sur les conditions de validité de ce type de clause.

En effet, dans deux arrêts récents auxquels la Chambre sociale de la Cour de cassation a donné une large publicité, elle a jugé par un attendu de principe exempt de toute ambiguïté que :

«une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application»³.

Le nœud de l'article L. 120-2 du Code du travail continue donc de se resserrer autour des clauses de mobilité.

La conclusion de notre article du mois de février dernier est donc toujours pleinement d'actualité :

«Nous ne pouvons que conseiller à l'employeur de renoncer à sa clause type de mobilité et de privilégier le «sur mesure» contractuel».

■ La réaffirmation du principe de la présomption de bonne foi de l'employeur par la Cour de cassation et ses limites : «*la jurisprudence du raisonnable!*»

L'employeur est-il présumé être de bonne foi?

A cette question, la Chambre sociale de la Cour de cassation⁴ a répondu dernièrement et expressément de manière positive (1), tout en y apportant un bémol (2).

1- La réaffirmation du principe de présomption de bonne foi de l'employeur

Cette réaffirmation par la Cour suprême du principe selon lequel la bonne foi est toujours présumée même à l'égard de l'employeur ne sous semble pas inutile.

En effet, la lecture de certains jugements de Conseils de prud'hommes et de certains arrêts rendus par des Chambres sociales de Cours d'appel pouvait laisser penser que

(3) Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-45396, Legifrance; Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-45846, Legifrance.

(4) Soc., 23 février 2005, Bull. civ. n° 64.

l'employeur ne bénéficiait pas toujours de la présomption de bonne foi et qu'il lui appartenait d'en apporter la preuve.

Les arrêts rendus le 23 février 2005 par la Chambre sociale de la Cour de cassation ont donc le mérite d'indiquer clairement aux juridictions inférieures que le droit du travail ne réserve pas un sort particulier à la présomption de bonne foi.

Depuis un célèbre arrêt⁵ rendu au début du siècle, la Cour de cassation a donné une portée générale à l'article 2268 du Code civil⁶ en jugeant que la bonne foi est «*toujours présumée*».

Les arrêts rendus le 23 février 2005 par la Chambre sociale de la Cour de cassation ne constituent qu'une application en matière sociale de cette jurisprudence bien établie.

C'est la clause de mobilité qui a donné l'occasion à la Chambre sociale de la Cour de cassation de rappeler aux praticiens un des principes essentiels du droit civil, en relevant que :

*« Mais attendu que, **la bonne foi contractuelle étant présumée**, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise ».*

Néanmoins, les arrêts du 23 février 2005 ne doivent pas être interprétés comme donnant un blanc-seing aux employeurs à l'égard de leurs salariés.

2- Les limites

La Chambre sociale de la Cour de cassation a pris soin de préciser que le salarié pouvait renverser la présomption de bonne foi dont bénéficie l'employeur, en démontrant que la mesure a été prise par l'employeur dans des conditions exclusives de la bonne foi.

Pour ce faire, comme le souligne la Cour de cassation dans ses arrêts du 23 février 2005,

« il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en oeuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »⁷.

Dans son rapport annuel 2005, la Cour suprême consacre une large part à l'analyse des arrêts du 23 février 2005 et ne manque pas de souligner leurs portées :

(5) Civ., 5 novembre 1913, Bull. civ. n° 190.

(6) Nous rappelons que l'article 2268 du Code civil se situe dans le titre XX du livre III du Code civil, consacré à la prescription et dispose que « la bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ».

(7) Soc., 23 février 2005, Bull. civ. n° 64.

« une prérogative de l'employeur vis-à-vis de son salarié ne peut pas être mise en oeuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle »⁸.

Ni blanc-seing donné au salarié, ni blanc-seing offert à l'employeur : telle pourrait être la conclusion des arrêts du 23 février 2005 et de la jurisprudence récente de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Ces arrêts témoignent de la volonté essentielle de la Chambre sociale de s'inscrire dans ce qu'elle appelle, dans son Rapport annuel 2004, « la jurisprudence du raisonnable » :

« L'emploi du terme "raisonnable" n'est pas neutre. Il s'inscrit dans l'ambition de la chambre sociale de mettre en oeuvre ce que l'on pourrait appeler une "jurisprudence du raisonnable" qui, sans manichéisme, ni parti pris, s'efforce de prendre en considération les intérêts légitimes des salariés et des entreprises. Ce concept est au demeurant une notion indispensable à l'application de la plupart des règles de droit, sauf à multiplier les cas illustrés par l'adage célèbre de Cicéron "Summum jus summa injuria" ("droit porté à l'extrême, extrême injustice") »⁹.

D'ailleurs, la preuve du caractère essentiel de cette notion est apportée par le Rapport annuel 2005 dans lequel la Cour de cassation revient sur la notion de jurisprudence du raisonnable :

« Ce concept du raisonnable, dans l'application non seulement des délais mais plus généralement de toutes les règles de droit, peut aussi se relier, en matière de droit des contrats, à une norme fondamentale directement issue du Code civil, à savoir le principe de bonne foi contractuelle »¹⁰.

Approfondissant son analyse, la Cour de cassation conclut que sa jurisprudence actuelle :

*« ... traduit (...) la volonté de la Chambre sociale, d'une part, **de ne pas entraver l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction en lui imposant de démontrer qu'il est conforme à l'intérêt de son entreprise**, d'autre part, de garantir au salarié la possibilité d'établir que la mise en oeuvre de ce pouvoir n'est pas conforme à l'exigence fondamentale de bonne foi contractuelle largement entendue »¹¹.*

(8) Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation, p. 221, éditions. Documentation française.

(9) Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, la Jurisprudence de la Cour, le droit du travail, introduction.

(10) Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation, p. 221, éditions. Documentation française.

(11) Ibidem

Petit questionnaire autour de la responsabilité du salarié

Par Grégory Desbrandes

Première hypothèse : un employeur confie à un salarié un badge, lequel permet notamment à ce dernier d'accéder à son lieu de travail et de pointer. Il s'avère que le badge est par la suite détérioré, ce qui nécessite son remplacement, et que cette détérioration est imputable au salarié.

Question : l'employeur peut-il retenir sur le salaire de son salarié le coût de renouvellement du badge ?

Dans un arrêt¹² commenté dans son Rapport annuel 2005¹³, la Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu négativement à cette question, sauf en cas de faute lourde du salarié, au motif que :

« la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde, même en ce qui concerne le droit à compensation prévu à l'article L. 144-1 du Code du travail ».

Il est précisé que selon une jurisprudence constante¹⁴, ne constitue une faute lourde que la faute commise par le salarié avec l'intention de nuire à son employeur.

Ainsi, dans l'hypothèse visée par l'arrêt, sauf à démontrer que le salarié a détérioré le badge dans l'intention de nuire à son employeur, ce dernier n'est pas en droit de retenir sur le

salaire de son salarié le coût de renouvellement du badge.

Cette solution nous semble pouvoir être transposée à des situations similaires compte tenu du caractère identique de la problématique juridique posée.

Deuxième hypothèse : un employeur met à la disposition d'un salarié un véhicule de fonction. Ce dernier subit des dégradations imputables au salarié.

Question : l'employeur est-il en droit d'obtenir du salarié la prise en charge du coût des réparations du véhicule ?

Réponse : Sauf faute lourde du salarié. D'ailleurs, des arrêts de plusieurs Cours d'appel¹⁵ confirment expressément cette solution.

Troisième hypothèse : un employeur confie à un salarié un téléphone portable. Ce dernier utilise abusivement du téléphone à des fins personnels.

Question : l'employeur est-il en droit d'obtenir le remboursement des consommations téléphoniques abusives ?

Réponse : Sauf à démontrer que l'utilisation abusive du téléphone a été réalisée avec l'intention de nuire à l'employeur, ce qui a été confirmé par plusieurs arrêts de Cour d'appel¹⁶.

(12) Soc., 20 avril 2005, Bull. civ. n° 148.

(13) Ibidem.

(14) Voir notamment Soc., 11 juin 2002, pourvoi n° 99-45573, légifrance : « la faute lourde est celle qui est commise avec l'intention de nuire à l'entreprise ou à l'employeur ».

(15) C.A. Nancy, 1^{er} décembre 2003, lexis nexis n° 240294 ; C.A. Lyon, 26 août 2005, lexis nexis n° 281395.

(16) C.A. PARIS, 4 novembre 1997, lexis nexis n° 023600 ; C.A. Bordeaux, 23 avril 2001, lexis nexis n° 146200.

QUELQUES INFORMATIONS

Reprise de nos Petits Déjeuners Concurrence à partir du mois de septembre. La date sera communiquée par courrier électronique.

* * *

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

- A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi «*Dutreil*») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, coopération commerciale, services distincts, non discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, situation des grossistes et exception de revente à perte, «*NIP*», etc.
- Au risque pénal dans l'entreprise
 - Définitions des infractions en droit de la concurrence, droit des sociétés, droit social et marchés publics.
 - Mise en cause des dirigeants et de la personne morale.
- Au contrôle des concentrations
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.];
- A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive];

- A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination;

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

- 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];

- Marchés publics et Droit de la concurrence;

- Analyse pratiques des décisions Drapo du 21 mars 2006. Quelles sont les conséquences lors des appels d'offre publics? Quel comportement, doivent adopter les entreprises soumissionnaires? Quels sont les risques encourus en cas d'entente?;

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

* * *

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

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

MG

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

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