

Février 2005

*Nous avons le plaisir de vous faire part de ce que  
le Cabinet MG Avocats - Meffre & Grall  
compte désormais deux nouveaux associés :  
Emmanuelle Bordenave-Marzocchi et Thomas Lamy*

### Sommaire

- Deux fois net – trois fois net ou bien encore deux fois net et demi ! - *Par Jean-Christophe Grall* ..... 1
- Cosmétique / Médicament : du baume pour les produits frontières ! - *Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi* ... 4
- Gorges chaudes autour de la Hot Line - *Par Thomas Lamy*..... 7
- Veille jurisprudentielle - *Par Jacques Roiland*..... 8
- L. 132-8 du Code de commerce : Action directe des transporteurs - Quelques précisions jurisprudentielles - *Par Paraskevi Georganta*..... 11
- Le licenciement économique après la loi de programmation pour la cohésion sociale dite loi, "Borloo" du 18 janvier 2005 - *Par Ariane Sostras* ..... 14

## Deux fois net – trois fois net ou bien encore deux fois net et demi !

Par Jean-Christophe Grall

Quel sera le contenu du volet concurrence de la prochaine loi de développement de l'économie et des entreprises, dont le projet devrait être présenté au Conseil des ministres dans la seconde quinzaine du mois de mars ?

Le groupe de travail Chatel mis en place à la fin du mois de novembre 2004 par Monsieur Christian Jacob, promu Ministre des PME et du commerce, a démontré une fois de plus que les différents intervenants économiques n'étaient pas d'accord sur le contenu de la réforme à venir, entre les tenants du maintien de la loi Galland (on peut notamment citer parmi les distributeurs : Auchan,

Monoprix et les Grands magasins) et les jusqu'au-boutistes qui en souhaitent son implosion (Leclerc en tête suivi de près par Intermarché et plus récemment Système U), avec entre ces deux clans rivaux, des enseignes comme Carrefour et Casino !

Les conséquences liées à une modification des règles actuelles pourraient, selon certains économistes et instituts de sondages, se révéler extrêmement périlleuses pour certains distributeurs et pour les industriels eux-mêmes ; on évitera cependant de parler dans cet éditorial de « scénario à la hollandaise », que distributeurs et industriels connaissent bien.

En tout état de cause, parler de « **deux fois net** », de « **trois fois net** » ou bien encore de « **deux fois net et demi** » implique préalablement une définition de ces termes.

Nous partirons volontairement de la solution la plus radicale, à savoir le « **trois fois net** » qui est soutenu tout à la fois par certains distributeurs comme Leclerc, Intermarché, et certains industriels comme L'Oréal et Procter and Gamble, à titre d'exemples [cf. interview donnée par Michel Edouard Leclerc au Figaro Economie du 22 janvier 2005].

Le « **trois fois net** », c'est en fait ce qui est d'ores et déjà connu aujourd'hui lors des négociations commerciales annuelles. C'est, par ailleurs, ce qui intéresse l'acheteur, pour le distributeur, et le responsable comptes clé, pour l'industriel, puisque le « **trois fois net** », bien que ne figurant pas sur la facture, ou très partiellement, constitue pourtant le résultat de la négociation, après imputation des remises, des ristournes inconditionnelles, des ristournes conditionnelles et de la rémunération versée au titre de la coopération commerciale, sans oublier les différentes sommes induites par les Nouveaux Instruments Promotionnels ou « *NIP* »... ce qui permet d'ailleurs d'aboutir, non pas à un trois fois net, mais à un « **quatre fois net** ». Autrement dit, le « **trois fois net** » constitue l'outil qui permettra à l'industriel de connaître sa marge brute d'exploitation par rapport à son prix de revient industriel, de manière très simplifiée, et pour le distributeur de connaître, non pas son seuil de revente à perte qui ressort de la facture qu'il a reçu mais sa marge d'exploitation [il est bien connu aujourd'hui que la marge d'exploitation des enseignes, notamment intégrées, n'a cessé de croître grâce à l'augmentation des marges arrière et que la réforme de la loi Galland devrait induire un effet inverse].

Or, la facture actuelle n'est que le reflet très partiel de cette négociation, compte tenu de l'application stricte des dispositions de l'article L.441-3-3<sup>ième</sup> alinéa du Code de commerce, qui précise que seules les réductions de prix acquises à la date de la vente, donc à la date d'émission de la facture et directement liées à l'opération de vente, doivent figurer sur la facture. Il n'est cependant pas interdit de porter sur facture des réductions de prix non encore acquises, mais c'est alors s'inscrire potentiellement dans le cadre d'une pratique discriminatoire qui pourrait être qualifiée d'abusive.

Le « **trois fois net Chatel** » correspondrait à la réalité de la négociation commerciale, avec pour corollaire la mention sur facture, non seulement des réductions de prix acquises et donc, à ce titre, des

remises et ristournes inconditionnelles mais également des ristournes conditionnelles dont la condition est satisfaite à la date d'émission de la facture, ainsi qu'en outre – nouveauté – la mention des ristournes conditionnelles non encore acquises, telles qu'une ristourne d'objectif ou une ristourne de progression et ce, dès le 1<sup>er</sup> janvier de l'année n. La facture devrait, de plus, porter la mention de la rémunération versée au titre de la coopération commerciale, ce qui n'est pas sans poser de sérieuses difficultés quant au montant qu'il s'agirait de porter sur les factures pour les industriels, compte tenu de ce que les contrats cadre de coopération commerciale fixent des blocs de rémunération annuelle, sans définir, service par service, la rémunération devant être versée au cours de l'année. Seule une catégorisation est faite par type de service [cf. tout particulièrement à ce titre l'annexe 4 du contrat Carrefour pour 2005], mais ce n'est pas pour autant qu'il sera plus aisé de mentionner le montant de la coopération commerciale sur chacune des factures émises par l'industriel !

La solution du trois fois net, qui était celle prônée par Nicolas Sarkozy dans ses différents avant-projets de loi des mois d'octobre et novembre 2004 serait, en définitive, reprise par Christian Jacob dans son projet de loi.

Cette solution du trois fois net serait toutefois doublement encadrée, par une légalisation de la coopération commerciale, induisant dès lors une définition stricte de celle-ci, la loi n'ayant en effet jamais précisé ce qu'il fallait entendre par « *Coopération commerciale* », pas plus que l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ni que la loi Galland du 1<sup>er</sup> juillet 1996, ni davantage que la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques du 15 mai 2001 !

Un deuxième encadrement devrait permettre de limiter les effets potentiellement dévastateurs du trois fois net, à lire le communiqué de presse de la société Euler Sfac du 20 janvier 2005 : celui-ci, en effet, conclut à un recul en moyenne d'un point de la marge d'exploitation d'ici 2006 pour les distributeurs, avec une accélération des recentrages sur leurs « *nouveau core business* » et la reprise des concentrations, avec un avantage donné aux centrales d'achat européennes et ainsi une très forte pression pour les fournisseurs de la part des distributeurs lors des négociations à l'achat, pouvant mettre certains fournisseurs en difficulté.

## La Lettre du Cabinet

Il s'agirait d'atténuer les effets du trois fois net, en instituant un seuil dit de « *prédation* » consistant à majorer le seuil de revente à perte résultant de ce trois fois net d'un coefficient de 1,10.

A titre d'exemple, une facture faisant ressortir un trois fois net de 100 serait, ipso facto, majorée de 10 %, induisant un seuil de revente à perte non pas figé à 100 euros mais qui s'établirait ainsi à 110 euros, seuil en dessous duquel le distributeur ne pourrait pas revendre ses produits, sauf exception, puisque l'on peut considérer que la liste des exceptions figurant sous l'article L.442-4 du Code de commerce serait maintenue.

Certaines associations, comme l'ANIA, se prononceraient plutôt pour l'application d'un coefficient minorateur du trois fois net, avec un coefficient qui pourrait s'établir à 0,90, à titre d'exemple.

Cette solution médiane est dénommée « **deux fois net et demi** » !

Et le « **deux fois net** » :

Le deux fois net ne reviendrait, ni plus ni moins, qu'à porter sur les factures de vente des industriels, non seulement les réductions de prix acquises à la date d'émission de la facture, mais en outre, les ristournes conditionnelles dont la condition ne serait pas encore réalisée à la date d'émission de cette facture.

Autrement dit, un industriel devrait mentionner une ristourne d'objectif dès le 1<sup>er</sup> janvier de l'année n, alors même que l'objectif ne serait bien évidemment pas encore atteint.

Une telle solution impacterait négativement le seuil de revente à perte, en le faisant diminuer à due concurrence du montant des ristournes conditionnelles non acquises, mais effectivement portées sur la facture.

Cette réforme principale du seuil de revente à perte, quelle que soit la solution retenue, impliquerait une modification des règles de facturation telles que nous les connaissons aujourd'hui et ce, non seulement en droit de la concurrence [cf. article L.441-3 alinéa 3 du Code de commerce], mais également en droit fiscal [cf. article 289 et 289 bis du Code général des impôts].

Ces modifications s'accompagneraient d'une réforme en profondeur de la coopération

commerciale, qui devrait être limitée exclusivement aux vraies prestations de services, détachables de l'acte d'achat/vente, et qui dynamisent la revente des produits de l'industriel, en valorisant sa marque.

A plusieurs reprises, le groupe de travail Chatel a insisté sur la nécessité de donner à la coopération commerciale une définition qui soit claire ; nous pourrions ajouter, "enfin (!)", après vingt années de coopération commerciale, puisque l'article 33 alinéa 5 relatif à la coopération commerciale est issu de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 !

De même, la preuve de la réalité du service devrait reposer exclusivement sur le distributeur qui devrait donc démontrer que le service a effectivement été rendu.

Il s'agit en effet pour l'administration, et donc pour les services de la DGCCRF, de ne plus avoir à faire la preuve d'un fait négatif devant les tribunaux correctionnels, preuve qu'il est extrêmement difficile de rapporter.

Quant aux conditions générales de vente, la réglementation actuelle issue de l'article L.441-6 du Code de commerce ne devrait pas fondamentalement être modifiée, sauf à légaliser la notion de conditions dérogatoires ou particulières de vente et, ainsi, à institutionnaliser cet espace de négociation qui, dans les faits, existait déjà, mais qui n'avait pas connu un franc succès.

On se souvient cependant que le dernier avant-projet de loi Sarkozy datant du 17 novembre dernier faisait référence aux conditions particulières de vente, conditions justifiées par la spécificité de la relation commerciale, celle-ci pouvant entraîner légitimement une différenciation tarifaire, en ajoutant que les accords particuliers n'étaient pas destinés à être communiqués.

Cette légalisation des conditions particulières qui avait déjà été prévue par la Circulaire Dutreil du 16 mai 2003 peut cependant être une bonne chose, en ce qu'elle viendrait stimuler l'établissement de conditions particulières de vente par certains industriels, sachant en effet que tous les industriels, en fonction du marché sur lequel ils évoluent, ne peuvent pas, sur un plan strictement économique, établir de telles conditions particulières de vente, une segmentation par canal de distribution se révélant en effet peu réaliste, pour ne pas dire artificielle.

Un dernier point sera envisagé, à savoir les futurs contrôles et sanctions susceptibles d'être infligés, et par qui ?

En effet, la DGCCRF souhaite, avec l'appui d'un certain nombre d'organisations professionnelles, que les contrôles soient renforcés et que les sanctions soient rapides et donc, efficaces.

On devrait ainsi voir apparaître - ou réapparaître - certaines sanctions administratives qui pourraient être infligées directement par les services de la DGCCRF, qui est, rappelons-le, un corps de contrôle, ainsi qu'on le connaît notamment en matière de répression des fraudes.

Ces sanctions administratives ne sont pas totalement méconnues, dès lors qu'elle existent droit douanier et qu'en matière d'environnement, certains services du Ministère de l'industrie peuvent également sanctionner les entreprises.

Cependant, faut-il encore qu'une procédure soit instituée et que les recours soient définis.

Ne s'agissant plus de sanctions pénales, mais de sanctions administratives, nous devrions donc nous propulser devant les juridictions administratives qui ne connaissent pas forcément - et loin de là sans nul doute - le droit des pratiques restrictives de concurrence car, en effet, si le Conseil d'Etat a démontré que le droit de la concurrence, mais s'agissant cette fois des pratiques collectives anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) ne lui était pas inconnu, tel n'est pas le cas des pratiques restrictives de concurrence et, notamment, des questions relevant de la coopération commerciale ou des conditions générales de vente !

A suivre très prochainement.

**Cosmétique / Médicament : du baume pour les produits frontières !**

**Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi**

Le légendaire « Baume du Tigre » s'est vu dénier la qualité de médicament par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 novembre 2004.

Ce faisant, cet onguent, à qui, en l'espèce, son fabricant prêtait l'effet de soulager les maux de tête, ou les raideurs musculaires ou les articulations, se voit placé hors du cadre contraignant de la fabrication, de la distribution et de la dispensation des médicaments et échappe de ce fait au monopole pharmaceutique.

Après avoir rappelé le cadre légal dans lequel s'inscrit le débat sur les produits frontières (1), nous examinerons ensuite l'arrêt de la chambre criminelle au regard des critères jurisprudentiels jusqu'ici appliqués à la distinction des cosmétiques et des médicaments (2).

### 1. LE CADRE LEGAL

Les définitions du médicament et du cosmétique sont régies en France par le Code de la santé publique :

L'article L.5131-1 du Code de la santé publique (CSP) définit ainsi le cosmétique :

*« On entend par produit cosmétique toute substance ou préparation destinée à être mise en contact avec les diverses parties superficielles du corps humain, notamment l'épiderme, les systèmes pileux et capillaires, les ongles, les lèvres et les organes génitaux externes, ou avec les dents et les muqueuses buccales, en vue, exclusivement ou principalement, de les nettoyer, de les parfumer, d'en modifier l'aspect, de les protéger, de les maintenir en bon état ou de corriger les odeurs corporelles ».*

L'article L.5111-1 du CSP définit par médicament :

*« Toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques.*

*Sont notamment considérés comme des médicaments, les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuves.*

*Les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments. »*

## La Lettre du Cabinet

Ainsi, la définition du médicament englobe-t-elle trois notions :

- la notion de médicament par présentation ;
- la notion de médicament par fonction ;
- la notion de médicament par composition<sup>1</sup>.

L'on voit donc que les définitions du cosmétique et du médicament sont suffisamment larges pour laisser la place à un débat sur la nature de certains produits.

Dans l'arrêt de la chambre criminelle relatif au Baume du Tigre, la qualification du médicament était recherchée sous l'angle de la fonction et de la présentation.

Nous verrons que dans cet arrêt, la Cour de cassation se démarque de façon notable des critères de définition du médicament posés par la jurisprudence communautaire.

### 2. L'ARRET DU 17 NOVEMBRE 2004 AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Les grands critères et la méthodologie permettant au juge de savoir si un produit est un médicament ont été posés par trois arrêts rendus par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 1991<sup>2</sup> (Delattre, Samanni, Upjohn).

Ces décisions communautaires, par leur remarquable effort d'analyse, se sont jusqu'ici imposées devant les juridictions nationales.

#### Le premier principe général posé par l'arrêt Delattre :

Ces arrêts reconnaissent tout d'abord qu'il est possible, tant que l'harmonisation des législations des Etats membres ne sera pas complète, qu'un même produit puisse être qualifié de cosmétique ou de médicament dans les divers Etats européens.

#### Le second principe général posé par ces arrêts :

Lorsque le produit peut relever en théorie de deux régimes juridiques différents, il doit être soumis exclusivement au plus rigoureux d'entre eux, c'est-à-dire au régime des médicaments.

<sup>1</sup> La jurisprudence tend toutefois à faire glisser cette catégorie dans celle du médicament par fonction.

<sup>2</sup> CJCE, arrêt Delattre, 21 mars 1991, Aff. C-369/88 ; CJCE arrêt Monteil – Samanni, 21 mars 1991, Aff. C-60/89 CJCE, arrêt Upjohn, 16 avril 1991, Aff. C-112/89

Ce principe a donné lieu à une interprétation extensive de la notion de médicament.

#### Les critères de définition du médicament :

➤ S'agissant de la définition des médicaments par présentation, la Cour de justice, dans ses arrêts de 1991, précise que :

*« La forme doit s'entendre non seulement de celle du produit lui-même (tablette, pilule ou cachet), mais aussi du conditionnement du produit qui peut tendre, pour des raisons de politique commerciale, à le faire ressembler à un médicament. »*

*D'autre part, il faut tenir compte de l'attitude d'un consommateur moyennement avisé auquel la forme donnée à un produit peut inspirer une confiance particulière du type de celle que lui inspire normalement une spécialité pharmaceutique, compte tenu des garanties qui entourent la fabrication comme la commercialisation d'une telle spécialité. »*

Sur ce point, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans son arrêt relatif au Baume du Tigre, note que la Cour d'appel a justifié sa décision en énonçant :

*« Notamment, que l'emballage du Baume du Tigre conditionné en fioles d'huile ou en pots de crème et la représentation d'un tigre courant et de caractères chinois démontrent que le consommateur qui fait l'acquisition d'un tel produit ne peut avoir l'impression d'acheter une substance présentant toutes les garanties liées à un médicament. »*

En approuvant cette motivation, la Cour de cassation s'inscrit donc dans le droit-fil du critère communautaire ci-dessus rappelé.

➤ S'agissant de la définition du médicament par fonction, la Cour de justice de l'arrêt Upjohn avait clairement indiqué que l'existence d'un lien avec une maladie était sans intérêt au regard de la qualification d'un médicament<sup>3</sup>.

Sur cette référence à la maladie, la chambre criminelle a adopté une approche différente puisqu'elle approuve la Cour d'appel d'avoir retenu, pour dénier la qualité de médicament par fonction au Baume du Tigre :

<sup>3</sup> Arrêt Upjohn, considérant n° 19 « mais tombent également dans le champ d'application de cette définition les produits qui altèrent les fonctions organiques sans qu'il y ait maladie, par exemple, les substances contraceptives. »

## La Lettre du Cabinet

« Que la notice donnée avec le produit ou les informations figurant sur l'emballage se réfèrent principalement à la notion de soulagement de maux de tête ou de raideur des musculaires ou des articulations ; qu'aucune référence à des propriétés curatives ou préventives à l'égard d'une pathologie clairement définie ne figure tant sur la notice que sur l'emballage. »

L'arrêt du Baume du Tigre se détache donc de la jurisprudence Upjohn, en considérant que l'absence de référence à une pathologie est un critère de non rattachement à la catégorie du médicament par fonction.

➤ Par ailleurs, toujours s'agissant de la définition des médicaments par fonction, la Cour de justice dans l'arrêt Upjohn soulignait :

« Que l'utilisation par le texte de l'expression "en vue de" permet d'inclure dans la définition du médicament non seulement les produits qui ont un effet réel sur les fonctions organiques, mais aussi ceux qui n'ont pas l'effet annoncé, ce qui permet aux autorités publiques de s'opposer à la mise sur le marché de tels produits afin de protéger les consommateurs. »<sup>4</sup> [Souligné rajouté].

La Cour de justice poursuivait que ne peuvent être inclus dans la catégorie des médicaments :

« Les substances qui, tout en ayant une influence sur le corps humain, comme certains cosmétiques, n'ont pas d'effet significatif sur le métabolisme et ne modifient dès lors pas à proprement parler les conditions de son fonctionnement. » [Souligné rajouté].

Et précisait :

« Il appartient au juge national de procéder au cas par cas aux qualifications nécessaires en tenant compte des propriétés pharmacologiques du produit considéré, telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, de ses modalités d'emploi, de l'ampleur de sa diffusion et de la connaissance qu'en ont les consommateurs. » [Souligné rajouté].

S'agissant de ce critère, la Cour de cassation, dans l'arrêt du Baume du Tigre, en fait une application tronquée puisqu'elle se borne à considérer :

« Qu'il ne résulte pas de la procédure que ce produit aurait un effet significatif sur le métabolisme. »

<sup>4</sup> Considérant 20, arrêt Upjohn.

Et ce, bien que la Cour d'appel ait estimé que le Baume du Tigre :

« N'a, au contraire, pour objet que de soulager de manière temporaire et locale les raideurs musculaires ou les céphalées sans se substituer à des produits ayant pour propriété d'apporter un soin médical, tel un anti-inflammatoire ou un antalgique. »

La Cour de cassation considère qu'il résulte des énonciations de la Cour que les produits en cause :

« Ne peuvent être administrés en vue de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques. »

On ne peut qu'être perplexe devant un tel raisonnement et s'interroger sur le fait de savoir si soulager des raideurs musculaires ou des céphalées ne consiste pas à restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques.

➤ Enfin, la Cour de cassation, dans l'arrêt du Baume du Tigre, note que :

« Ce produit apparaît sans danger en utilisation humaine courante en respectant les contre-indications habituelles des principes actifs contenus dans la formule. »

Par cette référence à l'absence de danger, la Cour de cassation est fidèle à la grille d'analyse définie par la Cour de justice dans l'arrêt Samanni<sup>5</sup>. Toutefois, la terminologie employée, ne peut que surprendre, tant les termes de « contre-indication habituelle », de « principe actif » et de « formule » relèvent du vocabulaire pharmaceutique !

\* \* \*

En conclusion, si l'on peut être d'accord avec l'appréciation portée par la Cour de cassation au regard de la définition du médicament par présentation, la qualification retenue par arrêt au regard de la définition du médicament par fonction paraît plus surprenante, la Cour de cassation semblant limiter cette définition à l'existence d'un effet significatif sur le métabolisme.

<sup>5</sup> Considérant 29 : « il y a lieu de tenir compte des adjuvants complétant la composition du produit, de ses modalités d'emploi, de l'ampleur de sa diffusion, de la connaissance qu'en ont les consommateurs et des risques que peut entraîner son utilisation. » [Souligné rajouté].

En effet, en se bornant à retenir la notion d'effet significatif, la Cour de cassation paraît s'en tenir à la notion d'effet réel sur les fonctions organiques. Or, cette réduction de l'analyse est en contradiction tant avec la jurisprudence communautaire qui, depuis 1991, précise que l'efficacité d'un médicament par fonction n'a pas à être établie, qu'avec la lettre de l'article L.5111-1 du CSP (« *en vue de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques.* ») qui ne vise que l'objet et non l'effet.

Enfin, pour ajouter au trouble, on rappellera un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 16 décembre 1999<sup>6</sup>, qui a considéré qu'une crème de massage camphrée est un médicament par présentation et par fonction car elle normalise la contraction du muscle et est contre-indiquée pour les enfants de moins de trois ans.

Or, en l'espèce, le Baume du Tigre était censé soulager les raideurs musculaires.

Par ailleurs, ce type de baume contient du camphre, substance contre-indiquée pour les enfants de moins de trois ans...

### Gorges chaudes autour de la Hot Line

#### Par Thomas Lamy

Il n'est sans doute aujourd'hui pas un de nos lecteurs qui, à un moment ou à un autre, n'ait eu à s'adresser à la « hot line » (assistance téléphonique) d'un fabricant ou d'un prestataire de services.

Fil d'Ariane, indispensable à quiconque souscrit, par exemple, un abonnement Internet à haut débit, ou fait l'acquisition d'un produit complexe, tel qu'un ordinateur portable, la hot line réserve parfois à ses utilisateurs les plus désagréables surprises et les factures les plus salées, soit en raison de prestations insuffisantes, soit encore – et le plus souvent – du fait d'un encombrement chronique.

On pourrait croire ainsi (au vu notamment des récentes émissions télévisées qui ont évoqué la question) que les carences constatées en matière d'assistance téléphonique seraient, en quelque

<sup>6</sup> Bulletin de l'Ordre des pharmaciens, les nouvelles pharmaceutiques, octobre 2000, 368, p. 412.

sorte, l'un des maux que la société de consommation moderne inflige aux particuliers qui, par définition, ne disposent pas de l'infrastructure leur permettant, comme les entreprises, de résoudre – ou de faire résoudre – en interne les dysfonctionnements affectant leur outillage électronique.

Toutefois, il serait inexact de réduire la problématique des « Hot Line » déficientes à leur seule dimension domestique, la responsabilité des prestataires pouvant également, et peut être de manière plus sensible, au vu des enjeux en cause, être engagée par des professionnels.

C'est ce qu'est venu opportunément rappeler la Cour d'appel d'Agen, aux termes d'un arrêt fort bien motivé du 24 janvier 2005<sup>7</sup>.

En l'espèce, une société exploitant une agence de voyages avait, dans la perspective de la modernisation de son outil Internet, fait procéder à la mise en place d'un « Modem » (modulateur – démodulateur), que l'installateur avait, en l'occurrence, lui-même acquis auprès d'un fabricant américain.

Dès l'installation du modem, il est apparu que celui-ci ne permettait pas à l'agence de voyages d'obtenir une connexion satisfaisante au réseau Internet.

Aux termes des expertises intervenues, il s'est avéré que le modem fonctionnait régulièrement, qu'il n'était affecté d'aucun vice de fabrication et que, de plus, il était intrinsèquement conforme à l'usage auquel le destinait son propriétaire. En revanche, son efficacité était limitée, voire réduite à néant, en raison du fait qu'ayant été relié, non pas directement à une ligne téléphonique, mais interposé entre l'ordinateur utilisé par l'agence de voyages et un inter-commutateur privé (c'est-à-dire un central téléphonique), il ne pouvait fonctionner de façon stable.

Sur le plan du droit, la question posée à la Cour consistait donc à déterminer si, bien qu'ayant livré un model exempt de tout vice ou défaut de fabrication et, qui plus est, conforme à l'usage auquel il était destiné, le constructeur pouvait néanmoins voir sa responsabilité engagée, ce alors même que la faute dans l'installation du modem avait été commise par une entreprise tierce qui, à

<sup>7</sup> Cour d'appel d'Agen, 24 janvier 2005, SARL Ruiz-Laborde c/ Comte, SAS 3Com et autres, RG n° 93-05, inédit.

l'évidence, n'avait pas respecté toutes les règles de l'art.

En l'espèce, il est indispensable de préciser que le fabricant avait mis en place une hot line, qui présentait cette particularité que les appels passés par les clients n'étaient pas enregistrés.

En l'espèce, la Cour a tout d'abord rappelé, faisant sur ce point application de principes indiscutables, que l'installateur, débiteur d'une obligation de conseil à l'égard de l'agence, était dans l'obligation de s'informer des besoins de cette dernière et de lui proposer un produit adapté aux caractéristiques de l'installation existante, ce qui, en l'espèce, n'avait pas été fait.

La Cour en a donc conclu qu'en ne s'entourant pas de toutes les précautions nécessaires et en n'effectuant pas les recherches adéquates afin de permettre à son client de disposer d'un système informatique correspondant en tous points au but recherché, l'installateur avait incontestablement commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

Quant au fabricant, la Cour a relevé, au vu des circonstances de l'espèce et, notamment, en considération du fait que celui-ci pouvait être joint par l'intermédiaire de sa hot line, qu'en s'abstenant de fournir le moindre avertissement sur les incompatibilités pouvant se présenter entre le modem et le branchement avec un autocommutateur, et en s'abstenant de préconiser la solution d'une connexion directe pour résoudre le problème, « *bien qu'ayant été sollicité sur la hot line, à plusieurs reprises* », le fabricant avait engagé sa responsabilité. Selon la Cour, le fabricant du modem ne pouvait ignorer, du fait de ses différentes interventions, l'utilisation du modem via un autocommutateur et, dans la mesure où, en tout état de cause, il avait été saisi de problèmes de dysfonctionnements portant sur la finalité même de son produit, il aurait dû s'entourer de tous les renseignements utiles pour apprécier les conditions d'utilisation de celui-ci.

En conséquence de quoi, la Cour condamne l'installateur et le fabricant à indemniser l'agence de voyages à hauteur du préjudice subi, le fabricant étant considéré comme responsable à hauteur de 40 %, des préjudices constatés et l'installateur à hauteur de 60 %.

En d'autres termes, la Cour a considéré, dans cette affaire, que le fabricant, faute de pouvoir démontrer qu'à l'occasion de l'utilisation de sa hot line, il avait proposé une solution adaptée aux difficultés rencontrées par l'agence de voyages, devait être considéré comme ayant manqué à son obligation de conseil.

Le principe ainsi posé par la Cour d'appel d'Agen paraît donc des plus clairs. La mise en place d'une hot line, en ce qu'elle octroie à l'utilisateur un droit d'accès direct au fabricant, a pour conséquence de placer celui-ci en première ligne dans le cadre d'une action en responsabilité diligentée par l'utilisateur, conjointement avec l'installateur, puisque l'interpolation de ce dernier entre le fabricant et l'utilisateur ne paraît plus susceptible, comme auparavant, de constituer un rempart pour l'industriel mis en cause.

Par ailleurs, la hot line, de par sa seule existence, semble faire peser désormais sur le fabricant une présomption de responsabilité, puisque, faute pour lui de pouvoir démontrer, au moyen par exemple d'un enregistrement, la teneur de son entretien avec l'utilisateur, le fabricant risque fort de voir sa responsabilité engagée pour manquement à son devoir de conseil. **Il s'agit là, ni plus ni moins, que d'un renversement de la charge de la preuve dans le cadre de l'action en responsabilité civile !**

### Veille jurisprudentielle

#### Par Jacques Roiland

## 1. PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

### Ententes

- La Cour d'appel de Paris confirme la décision du Conseil de la concurrence du 25 septembre 2003 (cf. analyse de cette décision dans la Lettre du cabinet de sept/oct. 2004) condamnant les pratiques de deux fabricants de calculatrices à usage scolaire en situation de duopole pour entente horizontale et verticale ; ristournes fausses conditionnelles ayant conduit à une élévation artificielle du seuil de

revente à perte. [CA Paris 21 sept. 2004 JCP n° 50 p. 1956]

- Parallélisme de comportement : *équilibre* « collusif » ou « non collusif » ?

- Répondant au grief d'entente ayant pour but de se répartir le marché public de transport scolaire et périscolaire, les entreprises mises en cause arguaient que le parallélisme de comportement relevé ne résultait pas d'une concertation entre elles, mais de comportements unilatéraux, économiquement rationnels, qui conduisaient chacune d'entre elles à faire porter ses efforts sur les lots de lignes dont elle était historiquement attributaire. La stabilité de la répartition des lots ne résultait donc pas d'une concertation mais d'un « *équilibre non collusif* ».

Mais le Conseil remarque qu'un tel équilibre ne peut s'établir et perdurer que « *si le marché fonctionne sur un mode suffisamment stable et transparent pour que chaque opérateur puisse correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision. Dans le cas contraire, avec une information imparfaite et une modification des règles du jeu, les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif* ».

Or en l'espèce, le marché avait connu de *fortes perturbations*, la commune ayant voulu précisément accroître la concurrence par une modification des lots et de la durée des marchés. [Cons. Conc. 04-D-43 du 8 sept. 2004 Transports scolaires de la ville de Grasse. Lettre de la Dist. oct. 2004]

### Procédure

- Les recours sur les décisions du Conseil de la concurrence demandant au ministre (en cas d'abus d'une position dominante ou d'exploitation d'un état de dépendance économique) d'enjoindre aux intéressés de modifier, compléter ou résilier les accords ou actes par lesquels s'est réalisée la concertation qui a permis ces abus [art. L. 430-9 c. com.] relèvent de la seule compétence du juge administratif. [Moyen soulevé d'office par Cass. com. 12 juillet 2004 – Lamy Drt. des Aff. nov. 2004 p. 37]

### Détermination d'un état de dépendance

- Le commissaire du Gouvernement contestait que les conditions de la dépendance économique soient réunies, l'entreprise s'étant délibérément placée dans cette situation selon une stratégie commerciale

choisie par elle. Le Conseil, quant à lui, estime que l'on ne pouvait reprocher à l'entreprise de n'avoir pas diversifié ses sources d'approvisionnement dans l'intervalle très court entre le démarrage et l'arrêt des livraisons du fournisseur ; elle se trouvait donc dans une situation de dépendance économique vis à vis de ce fournisseur. [Cons. Conc. 04-D-26 du 30 juin 2004 Reims Bio c/ GIE Champagne-Ardenne Contrats-Conso. oct. 2004, p. 20, note critique MMV] (*On notera l'évolution par rapport à la jurisprudence selon laquelle l'état de dépendance est subi et non voulu*).

## **2. PRATIQUES RESTRICTIVES**

- Transparence tarifaire (*facturologie, toujours...*)

- L'entrepreneur qui a réalisé des travaux en exécution d'un contrat *résolu par la suite* en raison de la mauvaise exécution de dits travaux est soumis à l'obligation de délivrance d'une facture : « *la résolution ultérieure du contrat d'entreprise...est sans incidence sur cette obligation de délivrance d'une facture* » qui aurait dû être délivrée « *dès la réalisation de la prestation de service* ». [CA Colmar 21 janv. 2004 JCP Entse. n° 48 p. 1878].

- La facture doit identifier avec précision la nature exacte du service rendu, la date de sa réalisation et les produits et quantités de produits concernés. L'emploi de termes trop généraux, l'omission de la date ou de la période à laquelle les services ont été rendus constituent l'infraction (factures de coop. non explicites). [CA Paris 12 mars 2004 id.]

- En revanche, *il ne peut être reproché* au rédacteur d'une facture de ne pas avoir mentionné le code TIPS (Tarif Interministériel des Prestations Sanitaires) qui n'a pas pour fonction de déterminer la nature ou la qualité d'un produit, mais peut seulement déterminer s'il est remboursable par l'assurance maladie. [CA Rennes 22 janv. 2004 id.]

### Rupture brutale

- Le défaut total ou quasi-total de commandes d'un distributeur à un fournisseur de vêtements avec qui il réalisait depuis une dizaine d'années un chiffre d'affaires en progression, et sans qu'il soit justifié que les collections présentées n'auraient pas satisfait aux tendances de la mode de la saison concernée, s'analyse en un déréférencement entraînant la rupture au moins partielle des relations contractuelles. Peu importe le fait que les relations aient repris l'année suivante, sur la base d'un chiffre d'affaires d'ailleurs très inférieur à celui des

années précédentes. [Cass. com. 7 juil 2004 CIM c/ Kiasma Lett. dist. Oct. 2004]

- *Le délai de préavis relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.* Une société « A » signe avec un distributeur « B » un contrat par lequel elle gère le flux physique des marchandises l'approvisionnant. Le contrat est à durée indéterminée, ne contient pas de clause d'exclusivité et peut être résilié à tout moment moyennant un préavis de 6 mois. « B » avise la société « A » de son intention de résilier le contrat 6 mois plus tard. « A » estime que la Cour d'appel qui a jugé le préavis de 6 mois suffisant n'a pas fondé sa décision car elle n'a pas recherché si ce délai *tenait compte des relations antérieures existant* entre les parties et ne s'est pas expliqué sur *l'état de dépendance économique* dans lequel elle se trouvait par rapport à « B ». La chambre commerciale rejette le pourvoi, jugeant qu'ayant relevé l'absence de clause d'exclusivité, faisant ainsi ressortir *la liberté* qu'avait « A » d'assurer la diversification de ses activités, et ayant en effet constaté *l'existence d'un précédent contrat*, la cour d'appel avait souverainement estimé que la durée de préavis de 6 mois était suffisante et légalement justifiée sa décision. [Cass. Com. 12 mai 2004 ABCG c/ Auchan – contrats-conc-conso. juil. 2004 p.20]

### 3. LIBRE CIRCULATION

- Les dispositions de la loi « Evin » du 10 janvier 1991 constituent une restriction à la libre prestation de services au sens du traité de Rome. Cependant, cette loi vise à protéger la santé publique et ses dispositions sont propres à garantir la réalisation de cet objectif et ne vont pas au delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. [CJCE 13 juil. 2004 Commission c/ France D 2004 N° 42 p. 3060]

- Une réglementation nationale interdisant toute publicité pour des denrées alimentaires faisant référence à des informations en matière de santé constitue une entrave au commerce communautaire, non proportionnée à l'objectif de protection du consommateur et de sa santé. (Il s'agissait en l'espèce d'une législation belge interdisant les mentions publicitaires portant notamment sur des attestations ou avis médicaux). [CJCE 15 juil. 2004 ; cité par la Lettre express de l'UDA 20 oct. 2004].

### 4. LOTERIES

- La chambre civile confirme la jurisprudence de la chambre mixte (6 sept 2002) aux termes de laquelle « il résulte de l'art. 1371 du Code civil. que l'organisateur d'un jeu publicitaire qui annonce un gain

à une personne dénommée sans mettre en évidence à première lecture l'existence d'un aléa s'oblige par ce fait purement volontaire à le délivrer ». [Cass. civ. 29 sept. 2004 Biotonic c/ Robert; RJDA 12/04 – 1398]

### 5. DENIGREMENT

Deux affaires, différentes quant aux faits de l'espèce, n'en présentent pas moins des similitudes intéressantes :

1) *L'humour gratuit n'empêche pas le dénigrement fautif...*

Le Centre d'études et de documentation du sucre demande en référé l'interdiction d'un spot publicitaire visant à promouvoir la boisson sans sucre Orangina Light. Trois types de personnages, déguisés respectivement en morceau de sucre, en bulle et en pulpe d'orange, sont mis en scène : le videur « bulle » refuse à des « morceaux de sucre » l'entrée d'une « soirée light » réservée aux personnes « pulpe ». Le juge des référés ordonne la cessation de la publicité.

En appel, Orangina soutient que le message délibérément humoristique signifie que le sucre n'entre pas dans la composition d'Orangina Light.

La Cour lui donne acte de ce que son message n'est pas mensonger, que l'humour est évident, mais confirme l'ordonnance de référé aux motifs que le personnage « sucre » est présenté « sous un jour ridicule, suppliant humblement qu'on le laisse entrer » ; qu'il a un ton plaintif, qu'il est mal rasé, que son attitude suppliante et son échec final donnent du sucre une « image dévalorisante », et qu'il est ainsi porté « une appréciation péjorative sur le produit sucre qui ne saurait être excusée par la forme humoristique du film dès lors qu'elle n'apporte rien à la force du message ». Ce discrédit « constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser ». [CA Versailles 2 juin 2004 Orangina Schweppes c/ CEDUS RJDA 12/04 1405].

2) *La critique inutile non plus* : L'association Greenpeace France, dans son combat contre les choix nucléaires, a repris, en les modifiant, des marques du groupe Areva (nom commercial de la société des Participations du Commissariat à l'Energie atomique, SPCEA) dans un graphisme identique et en y apportant des adjonctions telles que têtes de mort, image de bombe nucléaire... La SPCEA soutient qu'il y a là contrefaçon par reproduction ou au moins par imitation.

Le TGI de Paris rejette sur le plan du droit des marques [art. L.713-2 et 3 CPI], estimant que les

adjonctions apportées sont suffisamment importantes pour qu'il n'y ait pas contrefaçon par reproduction et que les activités des deux protagonistes sont suffisamment différentes pour qu'il ne puisse y avoir confusion.

En revanche, le TGI condamne sur le terrain du dénigrement fautif, rappelant que « le droit de libre critique doit s'exercer dans le respect de l'obligation générale d'objectivité et de prudence » et que Greenpeace « dans l'intention manifeste de lui [la SPCEA] nuire et alors que la reproduction des marques n'était pas indispensable au soutien de [son] action, [a] placé ses marques dans un contexte avilissant ou dénigrant qui conduit à la dévalorisation de son image de marque et porte atteinte à son activité », alors, précise le TGI, que Greenpeace « pouvait utiliser tous autres moyens, y compris sous forme d'images, pour [...] alerter le public sur les dangers que représenteraient selon elle les choix adoptés en matière nucléaire ». [TGI Paris 9 juil. 2004 SPECA c/ Greenpeace France ; JCP Affaires N° 47 p. 1387]

(On notera que dans cette affaire, le TGI, tout en estimant que le droit des marques ne peut être invoqué, utilise néanmoins la marque, non pas en elle-même, mais comme symbolisant l'entreprise, son image et son activité, permettant ainsi une condamnation pour dénigrement).

### 6. PARASITISME

- « Olymprix » parasite « Olympique », ou Galec hors jeu(x). Si l'art L713-5 du Code de la propriété intellectuelle ne peut être invoqué par le Comité national olympique à l'encontre de l'utilisation par Galec du signe « Olymprix », celui-ci n'étant que voisin de la marque de renommée « Olympique », ledit Comité n'en est pas moins fondé à invoquer l'art. 1382 ch. civ. Sur ce fondement, Galec est condamné pour parasitisme compte tenu de l'exceptionnelle notoriété qui s'attache aux marques d'usage « Olympique » et « Jeux Olympiques » qui « exercent une attraction propre tout à fait particulière, indépendamment des services qu'elles désignent ». Sans les reproduire exactement, Olymprix les imite et les évoque en « parasitant leur notoriété » et en se plaçant « dans le sillage de l'Olympisme pour profiter ...de l'image d'excellence du mouvement olympique en l'appliquant... à des campagnes de prix réduits, opérations qui, faisant penser plus ou moins à des braderies, contribuent à une dégradation de l'image des marques « Olympique » et « Jeux Olympiques ». [CA Orléans, chambre solennelle, 2 juil. 2004 ; Conc Act. Express 24 sept 2004]

(A noter une certaine similitude entre cette affaire et l'affaire Greenpeace: le Code de la propriété intellectuelle est mis à l'écart au profit du Code civil : la

renommée de la marque s'accompagne d'une image dont le parasitisme provoque la dégradation.... Mais il arrive aussi que les deux codes puissent aussi se marier, comme ci-dessous).

- Contrefaçon et parasitisme. Condamné pour contrefaçon sur le fondement de l'art. L335-2 du Code de la propriété intellectuelle pour avoir reproduit, sans autorisation préalable, le personnage de Leeloo du film « Le Cinquième Élément », SFR et Publicis Conseil voient également leur responsabilité mise en cause pour parasitisme. En effet, estime la Cour de Paris, « force est de constater que l'action en parasitisme n'est pas fondée sur le grief tiré de l'imitation du personnage de Leeloo, qui a été retenu au titre de la contrefaçon ». En effet, SFR et Publicis se sont délibérément placé dans le sillage du film « en s'efforçant constamment d'établir une filiation entre le produit objet de la campagne publicitaire et cette œuvre cinématographique » [CA Paris 8 sept 2004 ; Com. Electron. Nov. 2004 136].

(La Cour distingue bien deux actions : la contrefaçon du personnage de Leeloo, qui amène à des dommages et Intérêts de ce chef ; la reprise de l'univers du film, de son ambiance, faits distincts qui entraînent la condamnation sur la base de 1382. Une chose est de s'inspirer de l'univers dans lequel évolue un personnage ; autre chose est de contrefaire ce personnage).

### L. 132-8 du Code de commerce : Action directe des transporteurs Quelques précisions jurisprudentielles

#### Par Paraskevi Georganta

L'action directe prévue par l'article L.132-8 du Code de commerce, (ex-article 101, tel que modifié par la loi du 6 février 1998, dite « loi Gayssot »), permettant aux transporteurs de réclamer le paiement de leur prestation tant à l'expéditeur qu'au destinataire des marchandises, a été instaurée par le législateur pour équilibrer les relations entre les commissionnaires et les transporteurs et, pour pallier le risque, trop fréquent, de non-paiement du transporteur final, ayant effectivement assuré la prestation de transport.

Ainsi, aux termes de l'article L.132-8 du Code de commerce, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi Gayssot, l'expéditeur et le destinataire deviennent garants l'un de l'autre. En cas d'insolvabilité de l'expéditeur, le transporteur peut demander paiement au destinataire et, inversement, en cas de

défaillance du destinataire, le transporteur peut se retourner contre l'expéditeur.

Outil formidable entre les mains des transporteurs – et de leurs Conseils ! – l'action directe de la loi Gayssot s'est avérée un casse-tête pour les destinataires des marchandises, qui se sont trouvés confrontés à des réclamations correspondant à des prestations qu'ils n'avaient pas eux-mêmes commandées et dont ils n'étaient pas en mesure de vérifier le montant.

La mise en œuvre de l'action directe a ainsi donné lieu à une jurisprudence abondante et variable, tant il s'est avéré délicat de concilier les intérêts de toutes les parties.

Voici un éventail des positions qui ont été adoptées par les Cours et les Tribunaux dans le cadre des contestations le plus fréquemment soulevées.

➤ *Sur la qualité de bénéficiaire de l'action directe prévue par l'article L.132-8 du Code de commerce*

- Le transporteur substitué

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait jugé que lorsque des intermédiaires [commissionnaires, sous-commissionnaires] s'interposent entre l'expéditeur et le voiturier, le transporteur substitué dispose d'une action directe et personnelle contre l'expéditeur (ou le destinataire) pour le paiement de sa rémunération, peu important que la substitution ait été ou non autorisée par l'expéditeur, ou que ce dernier ait déjà payé au transporteur intermédiaire les prestations effectuées par le transporteur substitué<sup>8</sup>.

Par un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a énoncé, dans l'attendu de principe d'un arrêt rendu le 28 janvier 2004<sup>9</sup>, que « *le voiturier qui exécute, en qualité de substitué, l'expédition a une action directe en paiement de ses prestations contre l'expéditeur, [...] sauf si ce dernier a interdit à son cocontractant toute substitution* ».

- Le commissionnaire de transport

Selon la lettre et l'esprit de la loi, le bénéfice de l'action directe semble uniquement dévolu aux

<sup>8</sup> Cass. Com. 26 novembre 2002, Sté Henri Hoyez transports c/ Sté Citec environnement, RJDA 4/03 n° 382 et 383.

<sup>9</sup> Cass. Com., 28 janvier 2004, n° 02-13912, Bull. Civ. IV, n° 19

voituriers, ce qui exclut, d'emblée, les commissionnaires de transport.

Cependant, saisies à maintes reprises par les commissionnaires qui entendaient se prévaloir des droits des transporteurs qu'ils avaient eux-mêmes désintéressés, la jurisprudence des juridictions du fond a paru divisée et plusieurs arrêts contradictoires ont été rendus à ce sujet.

Ainsi, dans un arrêt du 6 février 2002, la Cour d'appel de Paris a-t-elle admis pour la première fois le bénéfice de l'action directe au profit d'un sous-commissionnaire<sup>10</sup>, qui avait préalablement réglé les transporteurs et qui réclamait son dû à l'expéditeur. La Cour a considéré que l'article L.132-8 du Code de commerce prévoit un contrat global entre tous les intervenants de l'opération de transport. Elle a toutefois pris soin de préciser que le sous-commissionnaire justifiait, de surcroît, être subrogé dans les droits des voituriers respectifs pour les avoir payés. Cette position a été confirmée dans un arrêt de la même Cour en date du 13 novembre 2002<sup>11</sup>.

Pourtant, dans un arrêt du 22 janvier 2002, la Cour d'appel de Montpellier a adopté, sur la même question, une solution inverse<sup>12</sup>. Saisie par un commissionnaire impayé, elle a ainsi considéré que l'action directe de l'article L.132-8 ne saurait bénéficier au commissionnaire qui, lui, possède une action contre l'expéditeur sur le fondement du contrat de la commission. Plusieurs autres juridictions ont tranché en ce sens, en précisant cependant que le commissionnaire pourrait invoquer l'action directe sur un autre fondement : celui de la subrogation légale<sup>13</sup>.

La question a été tranchée par la Cour de cassation qui, à l'occasion d'un arrêt du 2 juin 2004, a énoncé que le commissionnaire de transport qui a payé les transporteurs était subrogé dans leurs droits et actions et pouvait, par conséquent, exercer,

<sup>10</sup> CA Paris, 5<sup>e</sup> ch., 6 février 2002, Société Marqueset France c/ Société Quinette Gallay, BTL 2002, p.109

<sup>11</sup> CA Paris, 5<sup>ème</sup> ch, 13 novembre 2002, SA ABX Logistics International c/ FND ANDRE, BTL 2002, p. 767

<sup>12</sup> CA Montpellier, 2<sup>ème</sup> ch., 22 janv. 2002, SA P. Rey c/ Agrisol.

<sup>13</sup> T. Com. Saint Etienne, 1<sup>ère</sup> ch. B, 22 octobre 2003, RG n° 1032, Danzas SA c/ Distribution Casino France SAS, BTL 2004, p. 34 ; T. Com. Lille, 16 juin 2004, n°2002/01133, SA BM Virolle c/ SA Castorama France et a. BTL 2004, pp. 516 et 523

en qualité de subrogé, l'action prévue à l'article L.132-8 du Code de commerce<sup>14</sup>.

A ce titre, une précision très utile s'impose : si le commissionnaire peut exercer l'action directe des transporteurs qu'il a réglés sur le fondement de la subrogation légale, et non sur le fondement d'un « *contrat global* », position qui avait initialement été adoptée par certaines juridictions du fond, il ne peut, dans ce cas, réclamer *que* le prix du transport, mais *pas* le montant de sa « *marge* ».

### ➤ *Sur la qualité de destinataire des marchandises*

Aux termes de l'article L.132-8 du Code de commerce, le transporteur impayé peut réclamer le paiement de ses prestations tant à l'expéditeur qu'au destinataire. Pour refuser ce paiement, certains ont argué de leur qualité de « *dépositaire* » de la marchandise et non de destinataire. Ainsi, a-t-il pu être jugé que dès lors que la société, que ce soit une plate-forme de dégroupage ou un simple façonnier, est mentionnée comme destinataire sur la lettre de voiture, elle est alors soumise au jeu de l'article L.132-8 du Code de commerce, peu important qu'elle ne soit « *qu'un destinataire momentané de la marchandise* »<sup>15</sup>.

### ➤ *Sur les conditions de mise en œuvre de l'action directe*

Les nombreux contentieux auxquels a donné lieu l'application de l'article L.132-8 du Code de commerce ont été l'occasion, pour les Cours et les Tribunaux, de préciser que l'action directe des transporteurs ne saurait prospérer en l'absence d'une créance certaine et incontestable et en l'absence de défaillance du débiteur principal.

Le Tribunal de commerce de Versailles a, ainsi, débouté un transporteur de ses demandes à l'encontre du destinataire, en tenant compte du fait que le débiteur principal n'était pas défaillant, puisqu'un plan de redressement par voie de continuation avait été prononcé<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cass. Com. 2 juin 2004, n°02-20535, BTL 2004, p.419.

<sup>15</sup> TGI Belley Ain, 1<sup>er</sup> juillet 2002, Transports Oberson c/ Christin transports, BTL 2002, p. 546 ; T. com. Créteil, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juillet 2003, Sarl Alex c/ SA Halkin Sohaco, BTL 2003, p. 512.

<sup>16</sup> T. com. Versailles, 2<sup>ème</sup> ch., 2 février 2005, SA Transports Delaunay c/ Sté Peugeot, inédit.

De même, le Tribunal de commerce de Nanterre a débouté un transporteur de sa demande à l'encontre du destinataire, en précisant qu'il ne justifiait pas avoir mis en demeure le débiteur principal, placé en redressement judiciaire, et qu'il ne justifiait pas non plus de l'admission de la créance au passif de ce dernier<sup>17</sup>.

### ➤ *Sur le risque d'un double paiement*

Les dispositions de l'article L.132-8 du Code de commerce étant d'ordre public, la jurisprudence a précisé, à plusieurs reprises, que l'existence d'un double paiement ne serait pas de nature à exonérer le débiteur de ses obligations à l'égard du transporteur<sup>18</sup>.

Ainsi, lorsque les conditions de son application ont été réunies, la jurisprudence n'a pas hésité à condamner le débiteur à un double paiement.

S'agissant ainsi de la mise en œuvre de l'action directe prévue par l'article L.132-8 du Code de commerce au profit des transporteurs, l'étude de la jurisprudence révèle, d'une part, une volonté ferme de désintéresser les transporteurs impayés, ce qui est par ailleurs conforme à l'esprit du législateur et, d'autre part, un souci de concilier les intérêts des garants de ce paiement, qui subissent souvent les effets pervers de cette garantie légale qu'ils ne peuvent pas éviter.

En l'état de la législation et de la jurisprudence, il incombe alors aux expéditeurs et aux destinataires de vérifier la santé financière de leurs cocontractants et, si possible, de leurs substitués, afin d'anticiper les éventuels incidents de paiement

<sup>17</sup> T. com. Nanterre, 8<sup>ème</sup> ch., 7 mars 2003, SAS Giraud Nord c/ Sté Faurecia, inédit.

<sup>18</sup> T. com. Mont-de-Marsan, 6 avril 2001, Sté Scalandes c/ Sté Dauvergne, BTL 7 mai 2001, n° 2892, p.340 ; T. com. Nancy, 11 mars 2002, Sté Technifret c/ Jaeger BTL 10 juin 2002, n° 2944, p. 404 ; CA Versailles, 12<sup>ème</sup> ch. 11 avril 2002, BTL 2002, p.305 ; CA Versailles, 21 novembre 2002, n° 00-8500, 12<sup>e</sup> ch. Sect. 2, SA Lafarge Ciments c/ SARL Chalabreysse et Cie, RJDA 7/03, n° 719 ; CA Douai, 2 ch., 16 novembre 2004, n° 02/00405, Mit c/ Skako Couvrot, Bull. Act. Lamy Transport, Tome I, n° 101, décembre 2004.

et éviter d'être exposés à des risques de double paiement.

**Le licenciement économique après la loi de programmation pour la cohésion sociale, dite loi « Borloo » du 18 janvier 2005**

**Par Ariane Sostras**

A la suite de l'échec des négociations des partenaires sociaux qui devaient fixer, par la voie d'un accord interprofessionnel, un nouveau cadre à l'accompagnement social des restructurations, le législateur, au travers du volet « emploi » de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005<sup>19</sup>, a procédé à la réforme des règles du licenciement économique.

Si les dispositions suspendues de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ont été abrogées, l'élargissement de la définition du licenciement économique à la notion de « sauvegarde de la compétitivité » de l'entreprise a toutefois été écarté.

Les nouvelles règles, applicables depuis le 20 janvier 2005 (à l'exception des dispositions relatives à la convention de reclassement personnalisé), devraient être précisées par une circulaire, attendue pour le courant du mois de février.

Le régime du licenciement pour motif économique est ainsi modifié :

- **Les accords de méthode institués par la loi « Fillon » du 3 janvier 2003<sup>20</sup> sont pérennisés** [C. trav. art. L.320-3] : il est désormais possible de définir, par voie d'accord collectif, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise et d'anticiper le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.
- **La modification du champ d'application de la procédure de licenciement collectif** : désormais, pour apprécier le nombre de salariés concernés par une procédure de licenciement collectif, il convient de prendre en

compte les salariés dont le licenciement est effectivement envisagé et non ceux qui se sont vus proposer, pour un motif économique, une modification de leur contrat de travail [C. trav. Art. L.321-1, al.1<sup>er</sup>]. En outre, les dispositions sur le licenciement collectif ne s'imposent que lorsqu'au moins 10 salariés refusent la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par l'employeur pour un motif économique et que leur licenciement est envisagé [C. trav. Art. L.321-1-3]. Est ainsi condamnée la jurisprudence « Framatome » et « Majorette » de 1996, qui imposait l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'entreprise dès le stade de l'offre de modification.

- **Les actions en contestation du licenciement économique sont enfermées dans des délais plus stricts** [C. trav. Art. L.321-16, al. 2] :
  - l'action en référé sur la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise doit être introduite dans un délai de 15 jours suivant chaque réunion du comité d'entreprise,
  - toute contestation sur la régularité ou la validité du licenciement économique se prescrit par 12 mois à compter :
    - de la dernière réunion du comité d'entreprise, lorsque l'action en contestation est exercée par le comité d'entreprise ou des organisations syndicales,
    - de la notification du licenciement du salarié, lorsqu'il souhaite contester, à titre individuel, la régularité ou la validité du licenciement. Toutefois, ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement.
- **La mise en place d'une convention de reclassement personnalisé dans les entreprises de moins de 1.000 salariés.** Son entrée en vigueur nécessite préalablement la conclusion d'un accord UNEDIC ou, à défaut, un décret en conseil d'Etat [C. trav. Art. L.321-4-2-I, al. 5 et 7]. Cette convention, inspirée du régime de la convention de conversion,

<sup>19</sup> Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JO n° 15 du 19 janvier 2005, p. 864, Texte n° 1.

<sup>20</sup> Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique, JO n° 3 du 4 janvier 2003, p. 225, texte n° 1.

devrait remplacer le dispositif actuel du Pare<sup>21</sup> anticipé.

- **Le dispositif relatif à la réactivation du bassin de l'emploi est amélioré et intégré dans le code du travail à l'article L.321-17.** Il consiste en une contribution financière pour les entreprises de 50 à 1.000 salariés et de plus de 1.000 salariés qui procèdent à un licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquelles elles sont implantées.
- Dans les entreprises et groupes d'entreprises occupant au moins 300 salariés et les entreprises et groupes de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise en France de 150 salariés, **il est instauré une obligation triennale de négocier** [C. trav. art. L.320-2] :
  - sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires,
  - sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés.
- **L'assouplissement de l'obligation de réintégration :** En cas de nullité du licenciement, le juge peut ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié [C. trav. art. L. 122-14-4].
- **L'abrogation des dispositions de la loi de modernisation sociale a rendu de nouveau applicables les dispositions suivantes :**

- Le chef d'entreprise n'est pas tenu d'informer les organes de direction et de surveillance des conséquences en matière d'emploi de la fermeture d'un établissement ou d'un projet de développement stratégique de l'entreprise [abrogation des articles L. 239-1 et L. 239-2 du C. com.] ;
- L'employeur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise en cas d'annonce publique et ceci, quelle que soit la portée des mesures annoncées [modification de l'article L.431-5-1 du C. trav.] ;
- Le comité d'entreprise ne peut pas saisir un médiateur en cas de divergence avec l'employeur sur le projet de cessation d'activité (l'arrêté de nomination des médiateurs n'avait jamais été pris) ;
- Les procédures de consultation du comité d'entreprise relevant du livre III et du livre IV du code du travail peuvent à nouveau être concomitantes [C. trav. art. L. 321-3, al.2] ;
- En cas de projet de restructuration et de compression des effectifs, le comité d'entreprise sera consulté en temps utile au cours d'une seule réunion. Le comité d'entreprise ne dispose plus que de la possibilité d'émettre un avis sur l'opération projetée et sur les modalités d'application [C. trav. art. L.432-1]. Il ne pourra pas recourir à un expert comptable, sauf à prendre en charge les frais d'intervention ;
- Le critère des qualités professionnelles (appréciées par catégorie) est rétabli dans la liste des critères pour fixer l'ordre des licenciements [C. trav. art. L.321-1-1] ;
- Le plan de sauvegarde de l'emploi :
  - o doit comporter des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail [C. trav. art. L.321-4-1]. Auparavant, l'employeur devait ouvrir une négociation sur la réduction du temps de travail dans les entreprises où la durée du travail était à un niveau supérieur à 35 heures ou à 1.600 heures annuelles avant de présenter le plan de sauvegarde de l'entreprise,

<sup>21</sup> Le Pare (Plan d'Aide au Retour à l'Emploi) a été conçu pour permettre aux salariés licenciés pour motif économique ayant au moins quatre mois d'ancienneté de bénéficier des prestations d'aide au retour à l'emploi pendant la durée du préavis.

- le constat de carence de l'inspection du travail après la transmission par l'employeur d'un projet de plan de sauvegarde de l'emploi, ne peut être dressé qu'à l'issue de la première réunion du comité d'entreprise [C. trav. art. L.321-7].

**QUELQUES INFORMATIONS :**

**SEMINAIRES 2005 AUXQUELS PARTICIPE LE CABINET**

- ☞ 9 mars – Euroforum – Demi-journée sur la réforme de la Loi Galland.
- ☞ 4 et 5 avril 2005 – Tracexpo – conférence sur la traçabilité et son cadre réglementaire, plus obligation générale de sécurité des produits
- ☞ 18 et 19 mai 2005 – Euroforum - Journées de la concurrence

**Animation de formations dispensées à l'intérieur de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ A la négociation commerciale dans le cadre de l' « **Accord Sarkozy** » et de la **Circulaire Dutreil** : **Conditions générales de vente, conditions particulières, conditions catégorielles, coopération commerciale, discrimination, règles de facturation, NIP, etc.**
- ☞ Au contrôle des concentrations
  - Contrôle communautaire des concentrations : [avec le nouveau 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 applicable, etc.]
- ☞ A la rupture fautive des relations commerciales établies [**rupture brutale et rupture abusive**]
- ☞ A la mise en sécurité juridique des accords de distribution à la suite de l'**entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.

- ☞ Aux enquêtes de concurrence [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs]
- ☞ Aux promotions des ventes [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]
- ☞ A la modification du contrat de travail [distinction entre modification du contrat et modification des conditions de travail ; conséquences]
- **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CPV / CCV / Accords de coopération commerciale**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.meffre-grall.avocat.fr](http://www.meffre-grall.avocat.fr)