

*Les membres du Cabinet Meffre & Grall*

*Vous présentent leurs meilleurs vœux pour cette nouvelle année*

**Sommaire**

Mesures conservatoires : Nouvelles exigences - Par Jean-Christophe Grall & Céline Lhote .....	1
Quelques réflexions à la suite de l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité - Par Thomas Lamy .....	3
Les délais de paiement - Par Claudie Guet .....	5
Signification d'actes et Convention de La Haye - Par Stéphane Coulaux .....	5
Quelques précisions utiles concernant la rédaction et la mise en œuvre des clauses de préférence statutaires et extrastatutaires - Par Paraskevi Georganta .....	7
Heures supplémentaires : les éléments de preuve devant être présentés par le salarié et ceux qui ne sont pas retenus - Par Ariane Sostras .....	10
Microsoft application for interim measures dismissed by the court of first instance of the European communities - Par Jonathan Wagstaff .....	11

**Mesures conservatoires : Nouvelles exigences**

**Par Jean-Christophe Grall & Céline Lhote**

L'article L.464-1 du Code de commerce, tel qu'issu de la Loi NRE du 15 mai 2001, dispose

« Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires ».

Afin d'éviter tout abus et surtout toute contradiction avec la décision que le Conseil de la concurrence rendra, in fine, sur le fond, l'application de ces dispositions a été subordonnée à la réalisation de certaines conditions, précisées dans ce même article :

« Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

*Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence »*

De ces dispositions, il ressort que le Conseil de la concurrence ne peut prononcer de mesures conservatoires à l'encontre d'une partie, qu'à partir du moment où 3 conditions cumulatives sont respectées:

- ➔ une pratique anticoncurrentielle ;
- ➔ une atteinte grave et immédiate ;
- ➔ une mesure strictement limitée à ce qui est nécessaire.

## 1. UNE ATTEINTE GRAVE ET IMMEDIATE

L'appréciation de cette condition n'est précisée par aucun texte : il faut que l'atteinte soit :

- **grave** : qu'elle génère un préjudice, quelle que soit sa nature (financier ou autre) ;
- **immédiate** : qu'elle génère un préjudice certain et actuel.

En outre, le Conseil de la concurrence admet de façon certaine qu'une mesure conservatoire ne peut être accordée qu'à la condition que la pratique dénoncée constitue « *la cause principale ou unique de l'atteinte alléguée* »<sup>1</sup>

## 2. UNE MESURE PROPORTIONNEE

Les mesures conservatoires, qui ont pour but de prévenir une atteinte potentielle en matière de concurrence, peuvent avoir des effets néfastes pour la partie qui en fait l'objet, si l'illicéité de la pratique en cause n'est pas avérée.

Cet arsenal juridique constitue donc une arme à double tranchant, dont il ne faut user qu'avec parcimonie.

Allant dans ce sens, le Conseil de la concurrence rappelle, de façon constante, que les dispositions lui permettant de prononcer des mesures conservatoires « *doivent être utilisées avec une grande prudence* »<sup>2</sup>, le principe restant la libre concurrence.

De surcroît, il cherche à éviter que les mesures prises soient en contradiction avec la décision qu'il sera amené à rendre au fond.

Par conséquent, le respect de cette condition conduit le Conseil de la concurrence à ne prononcer que des mesures indispensables, permettant de cristalliser les pratiques en cause, le temps que le litige soit jugé au fond.

De ce fait, il se soumet d'emblée, au respect du principe de proportionnalité.

## 3. L'EXISTENCE D'UNE PRATIQUE ILLICITE

La question de la pratique illicite est celle qui pose le plus de difficultés et pourtant, elle apparaît comme la plus importante.

En effet, avant de s'interroger sur l'opportunité de prononcer des mesures conservatoires à l'encontre d'une société, le Conseil de la concurrence doit procéder à une première analyse des pratiques dénoncées.

On entend par pratique illicite, toute pratique prévue par le Code de commerce qui a pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* »<sup>3</sup>.

Cependant, à ce stade de la procédure, l'illicéité de la pratique n'est pas encore caractérisée. Il conviendra d'attendre la décision au fond pour qu'elle le soit.

Par conséquent, pour que le Conseil de la concurrence puisse prononcer des mesures conservatoires, il est nécessaire qu'il existe une présomption d'illicéité de la pratique en cause.

C'est ici que réside alors toute la difficulté : quand peut-on considérer que la pratique dénoncée, en ce qu'elle entraînerait une distorsion de concurrence sur le marché, doit-elle être, au moins temporairement, neutralisée ?

L'appréciation de ce critère a subi une évolution dans le temps.

A l'origine, pour que le Conseil de la concurrence puisse ordonner de telles mesures, il fallait que pèsent sur les pratiques en cause, de « *très fortes présomptions* » de leur caractère illicite<sup>4</sup>.

Cette exigence était d'ailleurs confirmée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 7 avril 1992, avait subordonné le prononcé de mesures conservatoires aux « *constatations expresses par cet organisme [le Conseil de la concurrence] de présomptions évidentes du caractère illicite des pratiques dénoncées* »<sup>5</sup>.

Peu à peu, cette jurisprudence s'est assouplie et la Cour de cassation a admis, le 18 avril 2000, dans l'arrêt « *Numéricable* » :

<sup>1</sup> Cons. Conc, *Société Datasport*, 30 janvier 1996, n°96-MC-02

<sup>2</sup> Rapp. Cons Conc pour 1989, p 16

<sup>3</sup> Voir article L.420-1 du Code de commerce

<sup>4</sup> Rapp. Cons. conc. pour 1988, page 12

<sup>5</sup> Cass. Com. 7 avril 1992, n°90-14 246

## La Lettre du Cabinet

« Des mesures conservatoires peuvent être décidées [...] même sans la constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles 7, 8, 10-1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>6</sup>, dès lors que les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée »<sup>7</sup>.

L'année 2004 constitue apparemment un tournant pour ce qui concerne l'appréciation du caractère illicite de la pratique en cause.

En effet, le 29 juin 2004, la Cour d'appel de Paris a infirmé une décision rendue par le Conseil de la concurrence, le 15 avril de la même année<sup>8</sup> dans laquelle ce dernier avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de la société France Telecom.

Saisie d'un recours dans cette affaire, et estimant qu'il n'y avait pas d'atteinte grave et immédiate à la concurrence, que les mesures envisagées n'étaient pas strictement limitées à ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence et que les éléments en cause n'étaient pas suffisants pour caractériser des pratiques anticoncurrentielles, la Cour d'appel de Paris, censure le Conseil de la concurrence !

Le message délivré par la Cour a été reçu fort et clair par le Conseil de la concurrence, saisi le 9 juillet 2004, par la société Bouygues Telecom Caraïbe. Celle-ci entendait faire valoir que sa concurrente principale (voire unique), la société Orange Caraïbe et sa société mère : la société France Telecom, abusaient de leur position dominante et avaient recours à des pratiques prohibées.

Elle demandait donc au Conseil d'ordonner, à titre conservatoire, certaines mesures.

Reprenant l'arrêt précité du 29 juin 2004, le Conseil détaille point par point les motifs justifiant les mesures qu'il décide effectivement de prononcer à l'encontre des deux sociétés en cause.

Pour cela, il va :

- ➔ veiller à ce que l'aspect anticoncurrentiel des pratiques soit suffisamment caractérisé.

<sup>6</sup> Actuels articles L.420-1, L.420-2 et L.420-5 du Code de commerce

<sup>7</sup> Cass.Com, *Numéricable* 18 avril 2000, n°99-13 627

<sup>8</sup> Cons. Conc, 15 avril 2004, n°04-MC-01

- ➔ démontrer l'existence d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence
- ➔ chercher à caractériser le lien de causalité entre les pratiques critiquées et l'atteinte portée à la concurrence, afin de ne prononcer que des mesures strictement nécessaires.

A la suite de cette décision, la société Orange Caraïbe a relevé appel ; donc, affaire à suivre !

Un constat doit être établi.

Dans son rapport annuel pour l'année 1997, le Conseil de la concurrence soulignait le paradoxe entre l'étroitesse du texte de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 l'autorisant à prononcer des mesures conservatoires et la nécessité de renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques, face à une concurrence en plein développement<sup>9</sup>.

La loi NRE n'a pas substantiellement modifié ses prérogatives, si ce n'est que le Conseil de la concurrence peut désormais « prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou qui lui apparaissent nécessaires »<sup>10</sup>.

En revanche, la Cour d'appel, en exigeant que le Conseil de la concurrence, motive précisément le prononcé de mesures conservatoires, contribue à limiter un peu plus la marge de manœuvre de ce dernier...

### Quelques réflexions à la suite de l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité.

#### Par Thomas Lamy

Huit milliards cent vingt-neuf millions d'euros : tel est le montant du capital social de la société anonyme « *Electricité de France* » (EDF), dont le décret n° 2004/1224 du 17 novembre 2004 nous informe qu'il est divisé en 1.625.800 actions de cinq euros chacune de valeur nominale, dont 70 % seront détenues par l'Etat.

<sup>9</sup> Rapp. Cons. Conc. pour 1997, page XXI.

<sup>10</sup> L. 2001-420 du 15 mai 2001

## La Lettre du Cabinet

La transformation d'EDF en société commerciale constitue donc, avec celle de Gaz de France, le point d'orgue hexagonal de l'édifice qu'il est convenu de désigner sous le nom de « *marché européen de l'énergie* »<sup>11</sup>.

La mise en place de cette nouvelle structure résulte indirectement de la Directive 2003/54/CE du 26 juin 2003 « *concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* », dont l'article 21-1-a) et c) prévoyait l'ouverture, au 1<sup>er</sup> juillet 2004, du marché de l'électricité aux clients « *professionnels* » et, au 1<sup>er</sup> juillet 2007, à l'ensemble des clients.

Cette directive consacre le processus entamé à Barcelone les 15 et 16 mars 2002, au cours duquel le Conseil européen était convenu d'adopter les propositions en instance concernant l'ouverture des marchés de l'électricité (et du gaz) qui impliquait, notamment, le libre choix du fournisseur d'énergie pour tous les consommateurs européens autres que les ménages à partir de 2004.

S'agissant du cas du marché français de l'électricité, le passage du monopole au marché ouvert s'est traduit par l'adoption d'une batterie de textes, à savoir, par ordre chronologique, et s'agissant de l'année 2004, le décret n° 2004-388 du 30 avril 2004 « *relatif à l'exercice de l'activité d'achat d'électricité pour revente aux clients éligibles et aux obligations des fournisseurs relatives à l'information des consommateurs d'électricité* », le décret n° 2004-597 du 23 juin 2004 « *relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité* », et la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 « *relative aux services publics de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières* ».

De ces diverses lois et réglementations, il découle une ouverture à la concurrence de trois des quatre branches d'activités distinctes qui composent le secteur de l'électricité, à savoir :

- La production d'électricité désormais ouverte, non plus seulement à la société anonyme EDF, mais également aux autres producteurs français et étrangers ;

- L'activité de distribution d'électricité, qui consiste en l'acheminement de l'énergie électrique à la sortie des postes à haute tension, sous une tension inférieure à 50kV, jusqu'aux compteurs des utilisateurs ;
- L'activité de fourniture d'électricité, qui consiste en une opération d'achat d'électricité aux fins de revente aux consommateurs considérés comme « *éligibles* », c'est-à-dire utilisant l'électricité acquise à un usage non résidentiel [article 1 du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 modifié par le décret n° 2004-597 du 23 juin 2004].

S'agissant en revanche de l'activité de transport d'électricité, c'est-à-dire de l'acheminement du courant à une tension supérieure à 50kV, celle-ci est assurée par une émanation d'EDF, à savoir le Gestionnaire de Réseaux de Transport (ou « *GRT* ») dénommé « *RTE* » (Réseau de Transport d'Electricité) : aux termes des dispositions de l'article 7 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, celui-ci aura vocation à être transformé prochainement en société anonyme.

Dans la pratique, les industriels qui souhaiteront bénéficier des nouvelles dispositions légales et réglementaires aux fins de s'approvisionner en énergie électrique auprès d'un fournisseur autre qu'EDF devront envisager la signature de deux types de conventions :

- d'une part, il leur faudra conclure un « *contrat d'accès au réseau* ». Selon que l'approvisionnement en énergie électrique se fera sous une tension supérieure, ou au contraire inférieure à 50kV, le contrat d'accès sera conclu, ou bien avec RTE, ou bien un éventuel Gestionnaire de Réseaux de Distribution, ou « *GRD* », assurant une activité de distribution d'électricité ;
- d'autre part, un « *contrat de fourniture d'électricité* » sera conclu avec toute société agréée en tant que fournisseur d'électricité.

<sup>11</sup> Le « *Marché européen de l'énergie* » étant présenté dans le rapport déposé au Sénat le 30 juin 2004 par Monsieur Ladislav Poniatowski comme relevant d'une dynamique économique irréversible [JO Sénat n° 386/2003-2004].

On rappellera, de manière à rassurer les frileux, que la loi prévoit en tout état de cause qu'EDF, au titre de ses missions de service public, devra continuer d'assurer « une fourniture d'électricité de secours aux producteurs ou aux clients éligibles raccordés au réseaux publics, lorsqu'ils en font la demande », étant précisé cependant, que « cette fourniture de secours vise exclusivement à palier des défaillances imprévues de fournitures et n'a pas pour objet de compléter une offre de fourniture partielle »<sup>12</sup>.

Il demeure qu'au vu du nombre croissant des entreprises susceptibles de procéder à la fourniture d'énergie électrique en France, l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité sort incontestablement du cadre du simple trompe-l'œil que dénonçaient les esprits chagrins...

### Les délais de paiement

Par Claudie Guet

#### ***Pérennisation des dispositions transitoires de 2002 sur les pénalités de retard***

Nous attirons votre attention sur l'adoption, dans le cadre de l'article 35 de la loi de finances pour 2005 en date du 30 décembre 2004 (JORF du 31 décembre 2004), de dispositions pérennisant les dispositions transitoires adoptées en 2002 concernant le régime fiscal des pénalités de retard.

Dorénavant l'article 237 sexies du Code général des impôts dispose :

*« 1. Les produits et charges correspondant aux pénalités de retard mentionnées aux articles L. 441-3 et L. 441-6 du code de commerce sont respectivement rattachés, pour la détermination du résultat imposable à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, à l'exercice de leur encaissement et de leur paiement.*

*2. Les dispositions du 1 s'appliquent aux pénalités de retard afférentes à des créances et dettes nées à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. »*

<sup>12</sup> Loi n° 2000-108 du 10 février 2000, modifiée par la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, article 2, III.

#### ***Avis de la CEPC sur les délais de paiement***

Suite à sa saisine par l'Union Nationale des Producteurs de Granulats (UNPG), la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales vient de rendre un avis intéressant concernant, tant l'application des dispositions visées sous l'article L. 441-6 du Code de commerce fixant un délai de paiement supplétif à 30 jours, que celle des dispositions visées sous l'article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce concernant l'abus dans la fixation d'un délai de paiement.

Dans un premier temps, la CEPC considère qu'entre effectivement dans le cadre de la mission des organisations professionnelles, le fait de rappeler à leurs adhérents le nécessaire respect des dispositions légales et de leur recommander de se rapprocher du délai supplétif de 30 jours visé par l'article L. 441-6 du Code de commerce.

En revanche, dans un second temps, la CEPC considère qu'il n'appartient pas à une organisation professionnelle de fixer unilatéralement le délai au-delà duquel les délais de paiement seraient considérés comme abusifs au regard des dispositions visées sous l'article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce et ce, d'autant plus que le délai fixé en l'espèce par l'UNPG n'est justifié par aucun élément objectif permettant à la CEPC de porter un avis sur celui-ci.

➔ La CEPC conclut que le caractère abusif d'un délai de paiement conformément aux dispositions visées sous l'article L. 442-6, I, 7° du Code de commerce ne peut être déterminé qu'après « négociations entre les organisations professionnelles représentatives des différentes étapes d'une filière de production ».

#### **Signification d'actes et Convention de La Haye**

Par Stéphane Coulaux

La mise en cause dans une procédure judiciaire s'opère traditionnellement par voie de signification.

La signification est définie par l'article 651 du Nouveau Code de Procédure Civile comme étant la notification faite par acte d'huissier de justice.

Mais ce qui est clair dans l'ordre interne, ne l'est pas forcément dans l'ordre international, notamment lorsque le défendeur est un justiciable français, puisqu'il s'agit de prendre en considération ce qui sera reconnu comme une « *signification* » valable au sens d'une juridiction étrangère.

Or, il est important de rappeler que l'absence d'intervention d'un huissier comme vecteur de transmission d'un document, notamment de procédure, étranger, ne doit surtout pas conduire le destinataire à ignorer la nature et la portée de l'acte qu'il reçoit au motif que la transmission ne s'est pas faite selon les formes prévues par le Nouveau Code de Procédure Civile.

Tel est précisément l'objet des dispositions de la Convention de La Haye, dont on sait qu'elle n'a pas été sans poser un certain nombre de problèmes d'application, notamment en ce qui concerne sa qualité de « *solution subsidiaire* », ou pas, au regard des règles habituelles de signification prévues par les Règles Fédérales de Procédure Civile américaines.

Le noyau dur de ces règles est contenu à l'article 4 (f) des Règles Fédérales de Procédure Civile.

Etant rappelé que l'article 4 (f) (3) reconnaît comme valable la signification faite « *par tout autre moyen autorisé par le tribunal dès lors qu'il n'entre pas en contradiction avec des accords internationaux* », les tribunaux américains ont eu à se pencher sur la validité de significations faites par courrier électronique.

On sait en effet que cet article des Règles Fédérales de Procédure Civile a admis comme mode de signification, notamment, la publication dans une gazette juridique, la signification à l'avocat du défendeur, ou la signification par simple télex.

Dans la droite ligne de la logique dressée par cette série de décisions, il a été jugé que la signification par courrier électronique pouvait être admise comme un procédé valable [*Rio Properties Inc. v. Rio International Interlink*, 284 F. 3d 1007, 9<sup>ème</sup> circuit, 2002].

Surtout, il a été admis que ce mode de signification pouvait valablement être retenu lorsqu'il n'était pas possible d'utiliser les mécanismes prévus par la Convention de La Haye.

En clair, dans le cas où les mécanismes « *habituels* » s'avèreraient inopérants, un justiciable français pourrait parfaitement être destinataire d'un courrier électronique l'informant de sa mise en cause dans une procédure aux Etats-Unis, ou de l'intervention de tout autre acte de procédure, et ce simple courrier électronique vaudrait acte de signification.

Dans la décision considérée, l'autorisation donnée au demandeur de signifier par voie de courrier électronique et de lettre simple à un défendeur costaricain a été reconnue parfaitement valable.

Le demandeur avait en effet convaincu la juridiction qu'il était dans l'incapacité d'identifier une adresse postale au Costa Rica, et que la seule adresse connue au Etats-Unis n'était pas autorisée à recevoir des significations.

Lorsque le défendeur a tenté d'invoquer l'irrecevabilité des moyens utilisés au motif que le demandeur n'avait pas épuisé tous les moyens mis à sa disposition par l'article 4 (f) (3) des Règles Fédérales de Procédure Civile, son argument a été rejeté par le tribunal au motif que cet article des Règles Fédérales de Procédure Civile n'organisait aucune hiérarchie entre les différentes méthodes de signification.

Le tribunal a précisé que le recours aux dispositions de l'article 4 (f) (3) était parfaitement autorisé, s'agissant d'effectuer une signification dans l'ordre international.

D'autres décisions se sont inscrites dans cette voie et ont validé la signification effectuée par courrier électronique [*Ryan v. Brunswick*, 2002 WL 1628933, WDNY 2002 ; *Hollow v. Hollow*, 747 NYS 2d 704, NY Sup. CT. 2002].

Si la décision *Rio Properties Inc.* ne se prononce pas sur la problématique de la réception dans l'ordre international d'un tel mode de signification, d'autres juridictions américaines sont allées jusqu'à écarter purement et simplement la non réception de leur formalisme dans l'ordre international.

On peut se demander dans quelle mesure une telle position est acceptable dans le cadre des dispositions de la Convention de La Haye.

L'article 10 (a) de la Convention autorise l'envoi de pièces de procédure par le canal postal, directement à des personnes situées à l'étranger.

## La Lettre du Cabinet

Toutefois, la Convention ne reconnaît pas la transmission par courrier électronique, ou d'autres moyens électroniques, comme correspondant à la possibilité offerte par l'article 10 (a).

Certains pays, comme la Chine, l'Allemagne, la Norvège ou la Turquie se sont, parmi d'autres pays, opposés à ce que l'envoi par courrier simple puisse être considéré comme un mécanisme valable.

Dans une affaire récente, la juridiction américaine du neuvième Circuit a été amenée à apprécier la validité d'une signification faite à un défendeur situé au Royaume Uni, par lettre prioritaire (en lieu et place d'un envoi avec accusé de réception), adressée à une boîte postale et non pas à une adresse dûment enregistrée [*Brockmeyer v. May, WL 574980, 2004*].

Le tribunal a répondu par l'affirmative aux deux points qui étaient soulevés :

- il a constaté que la convention de La Haye ne faisait aucune référence expresse au système de la lettre recommandée, et que le droit interne anglais reconnaissait comme valable la signification faite par courrier ordinaire.
- sur le second point, le tribunal a relevé que la boîte postale figurait sur toutes les publications imprimées et diffusées par la société défenderesse, et qu'aucune disposition du droit anglais n'était invoquée pour réfuter la validité d'une signification faite à une telle adresse.

D'après les informations recueillies, il semble qu'il soit très difficile aujourd'hui de pouvoir déterminer une position uniforme, voire même majoritaire, des tribunaux américains sur la reconnaissance de significations faites à l'étranger par voie de courrier simple ou d'autres moyens alternatifs de dernière génération.

Dès lors, du point de vue du défendeur situé à l'étranger, et notamment du défendeur français, il est impératif de s'assurer rapidement, à la réception d'un acte de procédure, de l'état de la jurisprudence qui émane du ressort dont dépend le tribunal saisi.

Du côté du demandeur, afin de réduire les incertitudes pouvant frapper les possibilités de reconnaissance à l'exécution d'un jugement rendu par défaut, il est recommandé de systématiquement avoir recours au mécanisme de l'autorité centrale tel qu'il a été mis en place par la Convention de La Haye.

### **Quelques précisions utiles concernant la rédaction et la mise en œuvre des clauses de préférence statutaires et extrastatutaires**

#### **Par Paraskevi Georganta**

Les clauses de préférence sont très souvent utilisées, afin d'assurer le contrôle de cessions d'actions ou de parts à des tiers étrangers à la société. Elles peuvent soit être insérées dans les statuts d'une société soit faire l'objet de pactes extrastatutaires, entre associés ou encore entre associés et non associés.

Leur utilisation est notamment très répandue au sein de sociétés coopératives et d'autres groupements de commerçants, dont l'une des préoccupations primordiales est, bien évidemment, le maintien du contrôle de la structure de leur réseau.

Ces clauses de préférence sont ainsi vouées à être mises en œuvre au sein d'une coopérative en cas de cession d'actions ou parts entraînant le changement de contrôle de l'une des sociétés adhérentes ou encore en cas de cession du fonds de commerce ou encore, si leur rédaction est plus large, dans toutes les hypothèses de transmission d'actions ou de parts. Elles offrent la possibilité à la société coopérative de prendre, directement ou indirectement, le contrôle d'une entreprise adhérente qui manifeste son intention de se retirer du réseau.

Le principe de la validité de telles clauses de préférence n'est pas contesté par la jurisprudence. Or, leur mise en œuvre soulève souvent une vive controverse quant à leur interprétation et à l'étendue des obligations qu'elles mettent à la charge respective des parties.

## La Lettre du Cabinet

Deux arrêts très récents, le premier de la Cour d'appel de Paris en date du 24 septembre 2004 et le deuxième de la Cour d'appel de Nancy en date du 20 octobre 2004, rendus tous les deux dans des litiges opposant des sociétés coopératives et des (anciens) adhérents qui n'ont pas respecté les clauses du pacte de préférence, sont venus apporter des précisions très utiles quant à la validité et la mise en œuvre des clauses de préférence.

### 1<sup>ère</sup> espèce

La Cour d'appel de Paris a statué dans une affaire opposant la SA SELECTOUR VOYAGES, société coopérative, à la SA VOYAGES PEREIRE, adhérente de la coopérative, et à ses actionnaires.

Les actionnaires de la SA VOYAGES PEREIRE avaient envisagé la cession du contrôle de la société (65% des actions) à la société PROTRAVEL, qui avait également convenu d'embaucher Monsieur CAM, l'un des actionnaires cédant.

Le projet de cession a été notifié à la coopérative, qui a exercé son droit de préférence, prévu par les statuts et le règlement intérieur.

Les actionnaires de la société adhérente ont alors renoncé à leur projet de cession et ont annoncé le retrait de la SA VOYAGES PEREIRE de la société coopérative.

La société coopérative a confirmé sa décision d'acquiescer, en application des dispositions qui organisaient le droit de préférence.

Dès lors, la société adhérente et ses actionnaires ont porté l'affaire en justice en arguant de l'usage abusif du droit de la coopérative et du fait que le droit de préférence ne saurait être opposable aux actionnaires, mais uniquement à la société adhérente et en demandant la réparation du préjudice ainsi causé aux actionnaires de la société qui ont perdu une chance de céder à des termes avantageux.

La Cour d'appel de Paris a ainsi pu juger que :

- l'argument de l'inopposabilité de la clause aux actionnaires de la société adhérente était inopérant, dans la mesure où ce sont précisément ceux-ci qui avaient envisagé la cession et ce, d'autant plus qu'ils avaient expressément prévu dans la promesse de cession la purge du droit de préférence et qu'ils avaient, à ce titre,

notifié la promesse à la société coopérative ;

- la société coopérative avait respecté les modalités de mise en œuvre de la clause de préférence ;
- concernant les avantages consentis aux termes de la promesse de cession, notamment la promesse d'embauche de l'un des actionnaires, l'exercice du droit de préférence ne devait pas nécessairement garantir de tels avantages accessoires et simplement personnels obtenus hors prix de cession.

La Cour n'a ainsi constaté aucun abus de la part de la société coopérative dans l'exercice de son droit de préférence et aucun préjudice subi par la société adhérente ou par ses actionnaires de ce fait.

### 2<sup>ème</sup> espèce

Dans la deuxième espèce, la Cour d'appel de Nancy a tranché un litige né à l'occasion d'une cession des actions détenues par les actionnaires majoritaires de la SA PONTADIS, société adhérente au groupement LECLERC, au mépris des dispositions de deux pactes de préférence : l'un conclu entre les actionnaires majoritaires et les actionnaires minoritaires de la société adhérente et l'autre conclu entre les actionnaires majoritaires et la société coopérative SA SCAPEST, appartenant au groupement LECLERC.

Les faits de cette affaire complexe méritent d'être ici rappelés.

La SA PONTADIS avait adhéré à la société coopérative SCAPEST, dont le règlement intérieur prévoyait un droit de préférence en cas de cession des droits sociaux d'une société associée à la coopérative.

Le 10 février 1994, les époux RIFAUT, actionnaires largement majoritaires de la SA PONTADIS ont conclu avec les actionnaires minoritaires un pacte de préférence aux termes duquel ils s'engageaient réciproquement à choisir l'un d'entre eux comme acquéreur en cas de cession de tout ou partie des droits sociaux qu'ils possédaient au sein de la société.

Le 10 mars 1994, les époux RIFAUT ont conclu avec la société coopérative SCAPEST un pacte de préférence « de deuxième rang », qui avait vocation à s'appliquer en cas d'échec de la procédure envisagée dans le pacte du 10 février 1994.

En mars 1995, à la suite d'un différend né entre Monsieur RIFAUT de la société SA PONTADIS et la société coopérative SA SCAPEST, la SA SCAPEST a prononcé l'exclusion de la SA PONTADIS.

En décembre 1995, Monsieur RIFAUT a cédé à la SA ITM ENTREPRISES la quasi-totalité des actions de la SA PONTADIS.

Les actionnaires minoritaires, signataires du pacte de préférence du 10 février 1994, et la SA SCAPEST, signataire du pacte de préférence du 10 mars 1994, ont dès lors assigné en justice la SA PONTADIS, les époux RIFAUT et la SA ITM ENTREPRISES en demandant :

- la nullité ou la résolution de la cession au profit de la SA ITM ENTREPRISES des actions précédemment détenues par les époux RIFAUT dans la SA PONTADIS ;
- la condamnation des époux RIFAUT et de la SA ITM ENTREPRISES sous astreinte à communiquer des conditions de la cession intervenue et à mettre en œuvre les procédures d'offre de vente résultant des pactes de préférence conclus le 10 février et le 10 mars 1994 ;
- la condamnation des époux RIFAUT et de la SA ITM ENTREPRISES à leur payer des dommages-intérêts.

Les époux RIFAUT ont alors invoqué la nullité des pactes de préférence et ont demandé des dommages-intérêts pour procédure abusive.

Il est intéressant de noter que, dans le cadre de ce litige, la SA SCAPEST et les actionnaires minoritaires ont expressément renoncé à se prévaloir de la clause de préférence incluse dans le règlement intérieur de la société coopérative et ont, à ce titre, reconnu la pertinence de la position des époux RIFAUT qui objectaient que ce règlement intérieur n'était pas opposable aux actionnaires personnes physiques de la société adhérente.

Dès lors, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'opposabilité du règlement aux actionnaires des sociétés adhérentes, question qu'a toutefois tranché la Cour d'appel de Paris dans la première espèce présentée ci-dessus.

S'agissant de la validité du pacte de préférence du 10 février 2004, conclu entre actionnaires de la SA PONTADIS, la Cour a jugé que :

- l'absence de droit de repentir ne compromettrait pas en soi la validité du pacte de préférence. Il est à noter que cette solution s'inscrit dans le courant d'une jurisprudence constante qui considère que l'absence de droit de repentir est caractéristique du droit de préemption ;
- la désignation des tiers chargés d'estimer le prix des actions était conforme aux dispositions légales (articles 1591, 1592 et 1843-4 du Code civil) ;
- la liberté reconnue aux tiers qui « auront dans l'exercice de leur mission tout pouvoir d'investigation et pourront s'entourer de tous les avis qu'ils jugeront utiles de recueillir » était également conforme aux principes de la détermination du prix par un ou des tiers ;
- en revanche, la clause relative aux méthodes d'évaluation du fonds de commerce aux termes de laquelle les tiers désignés par les parties « *devront veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec les fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement LECLERC* » et « *tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables* » ne permettait pas de déterminer le prix de façon indépendante de la volonté des parties, dans la mesure où elle faisait référence à des éléments de comparaison imprécis, qui ne pouvaient être recueillis qu'à travers des pratiques qui étaient dans la sphère de contrôle du bénéficiaire du droit de préférence.

En effet, la Cour d'appel de Nancy a précisé que les données de référence devant servir de base à la détermination du prix dépendaient de façon substantielle de la société coopérative, qui seule pouvait donner les éléments d'évaluation retenus au sein du groupement LECLERC. Or, ces éléments n'étaient ni déterminés ni déterminables et dépendaient des pratiques adoptées au sein du groupement.

Dès lors, la Cour a prononcé la nullité du pacte de préférence du 10 février 2004, à défaut de prix déterminable.

Par voie de conséquence, elle a indiqué que la nullité du pacte de préférence du 10 février 2004 avait privé d'effet le pacte du 10 mars 2004, compte tenu du fait que ce dernier avait été conclu dans le cas où la procédure prévue dans le premier pacte n'aboutirait pas à l'acquisition des titres par ses bénéficiaires.

Elle a ainsi énoncé que les époux RIFAUT avaient la libre disposition des actions qu'ils détenaient et a débouté les parties de leurs demandes respectives de dommages-intérêts.

\* \* \*

Si les deux arrêts précités ont été rendus dans le cadre des litiges opposant les sociétés coopératives à leurs adhérents, les conclusions que nous pouvons tirer de leurs motifs sont aisément transposables dans le cadre des différends relatifs aux pactes de préférence.

Si de tels pactes demeurent en principe valables, il est nécessaire de prévoir une rédaction claire et précise, dans le respect des dispositions légales, telles qu'interprétées par la jurisprudence, afin d'échapper à tout risque de nullité.

**Heures supplémentaires : les éléments de preuve devant être présentés par le salarié et ceux qui ne sont pas retenus**

**Par Ariane Sostras**

Par son arrêt en date du 25 février 2004<sup>13</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation a clarifié sa position relative à la preuve des heures supplémentaires.

Sans remettre en cause le principe selon lequel la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties [article L. 212-1-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code du travail], la Haute Juridiction a fermement rappelé l'obligation pour le salarié de : « fournir préalablement au juge les éléments de nature à étayer sa demande ».

<sup>13</sup> Cass. Soc. 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441

Ainsi, avec cette jurisprudence, le salarié s'expose au rejet de sa demande s'il ne produit pas en premier des éléments sérieux au soutien de ses prétentions.

Depuis cette jurisprudence, la Cour d'Appel de Paris est venue, dans deux affaires distinctes, préciser les éléments de preuve devant être présentés par le salarié, et indiquer ceux qui ne peuvent être retenus.

Dans la première affaire, la salariée, qui réclamait le paiement d'heures supplémentaires, produisait un relevé d'heures établi par ses soins.

La Cour d'Appel a rejeté cette demande aux motifs que : « les documents produits qui se bornent à verser le décompte qu'elle a établi à partir d'une estimation générale de ses heures hebdomadaires de travail ne permettent pas de démontrer qu'elle aurait effectué des heures supplémentaires et d'en chiffrer le montant exact »<sup>14</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour semble affirmer que la production par un salarié d'un relevé d'heures établi par ses soins ne constitue pas un commencement de preuve des heures supplémentaires réclamées.

Dans la seconde affaire, une coiffeuse soutenait avoir travaillé chaque semaine sans interruption de 9h30 à 18h30, conformément aux heures d'ouverture du salon. Elle produisait des attestations de ses collègues confirmant ses horaires.

La Cour d'Appel l'a débouté au motif que : « les attestations de ses collègues de travail se bornaient, pour l'essentiel à rappeler les heures d'ouverture du salon, sans donner aucune précision sur les horaires pratiqués par l'intéressée » et que « les activités d'une coiffeuse sont liées à la présence des clients qui n'est régulière ni pendant la journée, ni pendant la semaine »<sup>15</sup>.

Par ces deux arrêts, la Cour d'Appel adopte la position de la Chambre Sociale de la Cour de cassation, qui tend à une lecture plus conforme à la lettre et à l'esprit de L. 121-1-1 alinéa premier du Code du travail.

<sup>14</sup> CA Paris, 21<sup>ème</sup> chambre B, 16 septembre 2004, Madame Souesme / Société Détection Electronique Française

<sup>15</sup> CA Paris, 21<sup>ème</sup> chambre B, 23 septembre 2004, Madame Chang-Hung / SA SADA Coiffure

**Microsoft application for interim measures  
dismissed by the court of first instance of the  
European communities**

**Par Jonathan Wagstaff**

**INTRODUCTION**

The European Commission, in a decision dated March 24<sup>th</sup> 2004, had condemned Microsoft for abusing its dominant position on the basis of article 82 of the EC Treaty.

Microsoft filed an appeal against this decision before the European Court of First Instance on June 7<sup>th</sup> and filed, on June 25<sup>th</sup>, to obtain interim measures suspending the implementation of the Commission's decision until final appeal. The order of the Court of First Instance, rendered on December 22 2004, relates to the application for interim measures and therefore concerns only the implementation of the Commission's decision while appeals are pending, rather than the substance of the Commission decision itself.

There were essentially two lines of conduct which were found, by the Commission, to be in breach of competition rules. The first type of conduct had to do with Microsoft's refusal to supply competitors with interoperability information for work group server operating systems (I). The second type of conduct had to do with the bundling of Windows Media Player with the Windows operating system which affected competition on the media player market (II). The decision also imposed a fine of EUR 497 million on Microsoft. The application for interim measures, however, did not concern the fine imposed by the Commission, which was fully paid as of June 29<sup>th</sup>.

**1. AS TO THE INTEROPERABILITY  
INFORMATION**

The Commission's decision had imposed on Microsoft an obligation to make available to its competitors technical interface information necessary to allow non-Microsoft group servers to fully communicate with computers running the Windows operating system. Basically, it is the code that enables the central server to "talk" with the individual PCs. This information had to be provided on reasonable and non-discriminatory terms through the granting of licensing agreements which would enable competitors to develop software (e.g. such as operating systems) for work group servers.

Application for interim measures before the Court of First Instance requires that the applicant satisfy two conditions: the first is that must be established a **prima facie case** i.e. the applicant's arguments must not appear completely unfounded and a number of questions must be raised which would necessarily have to be resolved in the main action; the second condition is that the applicant must establish that the contested measures must **urgently** be suspended lest they **would cause serious and irreparable damage** awaiting the outcome of the main action.

The President of the Court of First Instance, in his ruling, found that Microsoft had indeed raised a prima facie case as a number of questions of principle arose as to the circumstances in which a refusal to disclose information can constitute an abuse of dominant position under article 82 of the EC Treaty. The imposition, on an undertaking, to license its products is subject to the strict conditions laid out in *IMS Health*<sup>16</sup> which requires that "exceptional circumstances" be involved.

The Commission's analysis of such circumstances must necessarily be examined in the main action as they cannot be resolved at interim relief stage. Also, the nature of the information in question, as to whether it raises intellectual property issues or is truly necessary for interoperability, raises issues which can only be resolved in the main action. A prima facie case is therefore established.

The President, however, rejects Microsoft's arguments as to the seriousness and irreparability of the damage caused by the Commission's measures, by finding, *inter alia*, that disclosure of previously secret information does not, *per se*, result in serious and irreparable damage and that, in any event, Microsoft had failed to demonstrate that such damage was likely, even in the event that the Commission decision would be annulled. Other claims by Microsoft, such as the "dilution" of its rights, fundamental change of its business policy, "cloning" of its products, are equally set aside by the President as Microsoft failed to establish that urgent measures are necessary to prevent serious and irreparable damage.

**2. THE "BUNDLING" OR "TYING" ISSUE**

Tying or bundling Windows Media Player with the Windows operating system is found, by the

<sup>16</sup> Not yet reported, case C-418/01

Commission, to affect the market of media players as it does not enable manufacturers or consumers to properly choose a media player based on the merits of the product. The Commission's decision had therefore imposed that Microsoft market an "unbundled" version of its Windows operating system without the media player, although Microsoft retained the option to market the product with Windows Media Player as a bundled package as well.

Here again, the President of the Court of First Instance finds the *prima facie* case to be established as a question of principle on whether the Commission's theory on "tying" the media player software with the operating system is correct, must be examined in the main action. Specifically, the Commission's contention that "tying" of the Media software with the operating system will "tip" the market in Microsoft's favor must be closely examined. Also, Microsoft's argument that positive effects outweigh anti-competitive effects, specifically as to the increasing standardization of products, must be examined in the main action. Importantly, the President of the Court of First Instance also recognizes that the argument that "Windows and its media functionality" do not constitute two distinct products cannot be considered "*prima facie unfounded*".

As to the urgent need for interim relief in order to prevent serious and irreparable damage, the President rejects Microsoft's arguments fully. These consist mainly in allegations as to the damages foreseeable for the Windows operating system "*basic design concept*", the damage to Microsoft's reputation, trademarks and copyright. All of these are rejected as Microsoft has failed to demonstrate that the measures imposed by the Commission decision would result in irreparable harm. The President finds that, in all these cases, even if the Commission decision were to be annulled, Microsoft could return to market its Windows operating system bundled with the Media Player and no serious damage will have been suffered by complying with the measures before they were annulled.

As both contested measures do not meet the requirements which could enable interim measures to be taken against application of the measures, both become effective immediately and Microsoft has the obligation to provide competitors with the interoperability information as well as to market an

unbundled Windows operating system as of the day of the order.

## **CONCLUSION**

Despite Microsoft's failure to convince the Court of First Instance of its claim as to interim measures, a number of elements can be taken from the decision which could prove relevant in the main action before the Court of First Instance. Most important is the fact that the President of the Court of First Instance indicated that many of Microsoft's arguments, which will inevitably be restated during the main action, are founded and require closer examination.

The amount of detail with which the President addresses these, despite the fact interim measure orders generally deal with arguments' merits only succinctly, suggests that they are also strong arguments.

Although this could tend to suggest that Microsoft has a chance of having the Commission's decision fully or partially reversed, it must not be forgotten that the Settlement reached on competition issues with the United States administration also covers interoperability information and the Windows Media Player (although, for the United States, the compromise concerns the enabling and removal of middleware products as defined in the Settlement and which includes the Media Player).

Because of the impact of this settlement, even for the European market, it is unlikely that a resolution under European Law, after all appeals are exhausted, would be more favorable to Microsoft than the United States Settlement.

\* \* \*

**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.]

- **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 <a href="http://www.meffre-grall.avocat.fr">www.meffre-grall.avocat.fr</a>
--