
l'actualité du droit de la consommation

Sous la direction de
D. Mainguy et J.-L. Respaud,

2005/2

**Association du Centre du droit de la
consommation
Centre de droit de la consommation et du
marché**

14, rue du Cardinal de Cabrières
34000 Montpellier – 0467615105
Fax : 0467614685
conso@univ-montp1.fr

Avec le concours de :

Jean Calais-Auloy,
Céline Alcalde,
Stéphane Benilsi,
Florent Cabesos,
Joachim Cellier,
Hélène Davo,
Malo Depincé,
Stéphane Destours,
Christine Godard,
Nicole Grach,
Bérengère Gleize,
Sylvain Lafont,
Daniel Mainguy,
Frédéric Nadaud,
Dalil Ouahmed,
Charlotte Périssé,
Pascal Puig,
Virginie Peureux,
Caroline Raja,
Jean-Louis Respaud,
Véronique Sélinsky,
Frank Steinmetz,
Henri Temple.

Sommaire du n°2005/2 :

I.– CHRONIQUES

Apperçu sur le « rapport Canivet », *par D. Mainguy, Agrégé des facultés de droit, Professeur à la faculté de droit de Montpellier.*

L'« accord Sarkozy », un accord pavé de bonnes intentions, *par F. Steinmetz, Maître de Conférences à la Faculté de droit de Montpellier.*

La copie privée en danger ?, *par Virginie Peureux, Allocataire de recherches, Faculté de droit de Montpellier.*

II.– JURISPRUDENCE

Par Stéphane Bénili, Elodie Braud, Florent Cabesos, Malo Depincé, Christine Godard, Sylvain Lafont, Dalil Ouhamed, Charlotte Périssé, Virginie Peureux, Caroline Raja, Jean-Louis Respaud, Emmanuel Terrier

A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

1. – Généralités

2. – Formation des contrats de consommation

a. – Information des consommateurs

b. – Pratiques commerciales et contractuelles

3. – Contenu des contrats de consommation

4. – Exécution des contrats de consommation

a. – Conformité des produits et des services

b. – Sécurité des produits et des services

c. – Prix

5. – Financement des contrats de consommation

a. – Techniques de financement

b. – Garanties du financement

c. – Surendettement

6. – Litiges de consommation

B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

III.– LES BREVES

IV.– POUR EN SAVOIR PLUS

Le Centre de Droit de la Consommation et du Marché vous présente ses meilleurs vœux pour l'année 2005.

Toute l'équipe du Centre du droit du marché et de la consommation et de l'Actualité de droit de la consommation

I. – Chroniques

Apperçu sur le « rapport Canivet »

D. Mainguy

Agrégé des facultés de droit

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

Co-directeur du Centre de droit de la consommation et du marché

Après la « circulaire Dutreil » (M. Dany et R. Fabre, *La circulaire Dutreil : coup d'épée dans l'eau ou averstissement sans frais ?* JCP éd. E, 2003, *Cab. dr. entr.* 2003/5, p. 26 ; D. Mainguy et J.-M. Vertut *Les obscures lumières de la circulaire Dutreil du 16 mai 2003*, JCP éd. E, 2003, I, 1395 ; C. Pecnard et E. Voisset, *Circulaire Dutreil : les périls de la négociation commerciale (ou, toujours la même histoire de la montagne et de la souris)*, *Les petites affiches*, 24 sept. 2003, p. 4 ; J. Zoughi, *La négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs : une invitation à la différenciation tarifaire*, *Les petites affiches*, 2 juill. 2003, p. 6) imposant tant une technique de modernisation de la présentation des avantages tarifaires qu'une « remontée » sur facture des « marges arrières », puis « l'accord Sarkozy » prévoyant une même remontée sur facture de façon à assurer une baisse du prix de 2% aux consommateurs, la « Commission Canivet » a présenté le 17 octobre 2004 des propositions de modification des règles du droit de la concurrence, spécialement la partie traditionnellement appelée « pratiques restrictives de concurrence », sur la base desquelles le Ministère de l'Economie et des Finances promet une réforme rapide à partir du constat qu'il convient de « renforcer la concurrence par les prix pour les faire baisser dans l'intérêt des consommateurs » (Rapp. p. 4).

La question se pose notamment de savoir s'il faut, entre autres, modifier la loi Galland de 1996, laquelle concentrerait tout le mal que connaissent les relations « producteurs-distributeurs ». Sans revenir sur un historique largement connu, il convient cependant de rappeler que la loi Galland avait modifié les règles dites de « transparence tarifaire » et notamment les règles en matière de revente à perte et de facturation. Elle s'inscrivait ainsi dans la longue liste des règles qui, depuis l'ordonnance du 30 juin 1945, caractérise cette tendance bien française à confondre contrôle des prix et contrôle de la concurrence. Elle suivait la lignée plus proche des lois de 1992 et 1993 qui tentaient déjà de pallier la faveur pour la grande distribution que l'on pouvait discerner dans l'ordonnance de 1986.

La loi de 1996 avait cependant été adoptée en un temps où les taux d'intérêt demeuraient élevés et où, par conséquent, les délais de paiement étaient un bon moyen de réaliser des marges commerciales. La chute de ces taux, bien plus que la loi Galland, est peut-être à l'origine de l'accroissement des marges arrières, car elles permettent elles aussi de restaurer des marges de façon confortable, sans compter l'impact des règles en matière d'équipement commercial, loi Royer de 1973 et surtout loi Raffarin de 1996, d'ailleurs critiquées par les autorités communautaires (Cf. Rapp., p. 81 s.).

Observons que les termes du débat sont complexes lorsqu'il s'agit de tenter de réguler des activités commerciales par nature évolutives et conjoncturelles, surtout lorsqu'il s'agit de ce secteur décisif. La structure de prix des fournisseurs est constituée de prix bruts accompagnés de barèmes de remises et de ristournes, ces derniers constituant une part des fameuses « marges arrière », avec la rémunération de la coopération commerciale : trois types de réductions, ce qui conduit à un prix terminal dit « net net net » (Et cf. Rapp. p. 11). Les règles de la transparence tarifaire « à la française » offrent alors un panel de règles sophistiquées, difficilement structurées et imprégnées de logique économique.

1. – Supprimer les règles en matière de transparence tarifaire ? La première question à se poser consiste à se demander s'il faut alléger ou renforcer les dispositions en la matière. La France est le seul pays en Europe qui connaît les règles complexes de « transparence tarifaire », résultat de l'héritage de l'ordonnance de 1945 et d'une longue tradition de contrôle des prix, même si l'Irlande et l'Espagne proposent des règles voisines. Certes, l'arrêt *Keck et Mithouard* de la CJCE en 1993 avait validé la réglementation française en matière de revente à perte, ce qui semble exclure une menace de ce côté. Il reste que l'interrogation est pertinente, à telle enseigne que le Rapport l'évoque longuement (p. 70 s.). Une première formule pourrait donc consister à éliminer du Code de commerce l'ensemble de ces textes, de sorte que les problèmes de transparence tarifaire seraient désormais régis tant par les règles de la responsabilité civile, celles de la concurrence déloyale, que par les règles du droit antitrust, comme c'est le

cas notamment en droit communautaire, comme l'affaire *Michelin* l'avait illustré (*Déc. Comm. CE, 20 juin 2001, Michelin, Contrats conc. consom. 2002, n° 144 obs. S. Poillot-Peruzetto, Adde D. Mainguy, Les conditions générales et la politique tarifaire à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence : étude du « cas Michelin » (Déc. comm. CE du 20 juin 2001), Les petites affiches, 20 juin 2004, p. 2*). L'inconvénient serait alors de devoir mesurer le degré d'affectation du marché de telle ou telle pratique, souvent par la voie des abus de position dominante d'ailleurs.

2. – Renforcer les règles en matière de transparence tarifaire ? Cette dernière voie ne sera pas choisie car il apparaît du souhait de tous, et surtout de l'opinion publique, de proposer de nouveaux textes de nature à renforcer les règles existantes. Pour ce faire, trois questions semblent plus particulièrement attirer l'attention, celle de la dualité conditions générales et conditions particulières de vente (a), celle de la coopération commerciale (b) et le seuil de revente à perte (c).

a. – Les différents types de conditions de vente

Depuis 1986 les règles alors particulièrement novatrices, imposent une dissociation, s'agissant de la place des avantages dans les conditions de vente, entre plusieurs critères. Les avantages inhérents à la vente doivent tous figurer dans les conditions générales de vente alors que les avantages qui ne le sont pas, qui sont donc des services, doivent être distingués selon qu'ils sont spécifiques ou non spécifiques, étant entendu que seuls les avantages spécifiques, appelés coopération commerciale, peuvent apparaître dans un document plus discret, le contrat de coopération commerciale.

Le mécanisme légal impose ainsi une véritable transparence, contrôlée en aval par les règles de facturation et de revente à perte, et interdit théoriquement les discriminations en évitant le phénomène de la négociation commerciale, porteur de différenciation contractuelle et tarifaire. Cependant, cette négociation commerciale est une réalité économique pratique et immanente que la loi ignorait, réfutait et sanctionnait.

La Circulaire Dutreil a, de ce point de vue, apporté beaucoup, en introduisant la pluralité des conditions et la notion de conditions particulières de vente. Le système proposé par la Circulaire Dutreil distingue en effet les conditions générales de vente, publiques et les conditions particulières de vente, ces dernières étant des aménagements des premières, client par client. Le mécanisme proposé permet donc une hiérarchie intelligente : les conditions générales offertes à tous, se distinguant en conditions générales par secteur différenciées, elles-mêmes se distinguant en conditions particulières par client, sans oublier les éventuels contrats de coopération commerciale.

L'avantage de la formule est d'assurer une forme de différenciation tarifaire non discriminatoire par principe et, surtout, de correspondre à la réalité pratique de la négociation commerciale. Le mécanisme est donc, d'un point de vue formel, excellent, et pourrait aisément être repris en modifiant l'article L. 441-6 du Code de commerce (mais contra, Rapp. p. 80).

b. – La coopération commerciale

Le système résultant de la circulaire Dutreil identifie donc deux types de documents, les conditions de vente, elles-mêmes distinguées en deux, voire trois catégories, et les contrats de coopération commerciale. Toute la difficulté est de proposer des techniques objectives de détermination du contenu des contrats de coopération commerciale. L'article L.441-6, al.5 définit la coopération commerciale par une litote « *les conditions dans lesquelles un distributeur (...) se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit (...)* ». Sa rédaction pourrait être grandement améliorée, ne serait-ce qu'en visant ce fameux contrat de coopération commerciale (cf. C. com. art. L. 442-6, II, a) surtout en proposant un critère de détermination. Ainsi, si la Circulaire Dutreil, à la suite de bien d'autres, proposait de considérer que des « services spécifiques » sont des services « détachables de l'opération de vente », ce qu'avait d'ailleurs, retenu la jurisprudence (*Cass. com. 27 février 1990, D. 1990, p. 221, note Ph. Malaurie*), on peut préférer une distinction un peu différente (*Cf. M. et J.-M. Mousseron et D. Mainguy, Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, Litec, 2^{ème} éd. 1998, n° 125 s*) : seraient ainsi des services spécifiques, ceux qui sont en premier des services, c'est-à-dire des prestations non inhérentes à la vente commerciale, et en second des services spécifiques, c'est-à-dire non communs, non généralisés et donc ne devant pas être formalisés dans les différents type de conditions, générales ou particulières. Cette présentation permet alors véritablement de limiter l'ampleur du domaine de la coopération commerciale, aux véritables services spécifiques, et non de proposer des listes de services vaguement identifiés, têtes de gondole et autres prestations de promotion, parfaitement généralisés. Le Rapport retient une formule intermédiaire (p.66) offrant une définition fondée sur le caractère détachable de l'opération de vente mais en lui associant quelques critères, la promotion de la revente et la commercialisation des produits du fournisseurs, l'existence d'un avantage réel et proportionné, reprenant là les termes de l'article L. 442-6, I, 2° du Code

de commerce. Surtout, la question de la distinction entre la « vraie coopération commerciale », la rémunération de « services spécifiques » donc, et la « fausse coopération commerciale », qui est en réalité constituée de remises ou de ristournes déguisées qui échappent à l'exigence de facturation, ne peut être contrôlée qu'*a posteriori*, ce qui renforce la nécessité de critères précis

Tout l'enjeu en la matière est donc constitué par les conditions du contrôle et des sanctions de ces pratiques. La « fausse coopération commerciale » pourrait ainsi être déchu de la possibilité d'être imputée sur le seuil de revente à perte, mais il n'est pas certain que ce serait très efficace puisqu'elle restaurerait des marges arrières pour ses bénéficiaires. En revanche, l'instauration d'une formule générale du type de celle que connaît l'article L. 442-6, III, al. 2 du Code de commerce, permettant au ministère de l'économie d'exercer une action et instituant une amende civile pourrait l'être davantage. Mais ce serait alors le choix, plus que du renforcement des règles, de celui des sanctions.

c. – Le seuil de revente à perte

Le seuil de revente à perte constituait le verrou de contrôle du système de transparence tarifaire avant 1996. Le seuil de revente à perte était fluctuant avant 1996, présumé équivaloir au prix porté sur la facture. Il est devenu fixe, égal au prix porté sur la facture.

Dans les deux cas, le seuil de revente à perte dépend du prix porté sur la facture. Or, la facture comporte la mention de certains avantages tarifaires : « *toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture* », ce qui comporte les rabais, les remises et les ristournes non conditionnelles. En revanche, les « marges arrière », qui sont constituées des ristournes conditionnelles et de la rémunération de la coopération commerciale, n'y figurent pas. Le seuil de revente à perte actuel est donc le « prix net », limité à ce prix de facture, sans que les marges arrières l'influent, et est en conséquence rehaussé d'autant, de sorte qu'on avait pu dénoncer, après la loi Galland, une forme de prix minimum imposé légal de revente, chaque fois que le volume de ces marges arrières était important.

Une **première solution** pourrait consister à modifier l'article L. 441-3 C. com. afin que la facture comprenne les ristournes conditionnelles (« prix net net »). En revanche, la rémunération de la coopération commerciale appelle en principe une facture établie par l'auteur de la prestation et ce depuis 1986. S'agissant des ristournes, on se heurterait cependant au fait que leur montant est souvent indéterminé au moment de la réalisation de la vente, s'agissant notamment des « compteurs à ristournes », ces mécanismes de détermination des ristournes établis en fonction des quantités achetées au cours de la période de référence, imposant une rédaction du type « *toute réduction de prix dont le montant est déterminé à la date de la vente ou de la prestation de services* ».

Une **seconde solution**, complémentaire, pourrait consister à rendre à nouveau fluctuant le seuil de revente à perte, permettant ainsi aux revendeurs d'abaisser encore le prix de revente et donc de parvenir à cette fameuse remontée des marges arrière, même de façon indirecte, par une formule du type : le « *prix d'achat effectif est présumé correspondre au prix porté sur la facture* » et préciser, notamment, quels types d'avantages pourraient ainsi être pris en compte, afin d'éviter les aléas judiciaires que la jurisprudence avait connus entre 1986 et 1996. Elle était alors parvenue à admettre la prise en compte de tous ces avantages. Il faudrait, surtout, préciser la question de savoir si le distributeur peut anticiper l'obtention d'une ristourne (s'agissant notamment des « compteurs à ristournes ») ou d'un avantage de coopération commerciale, solution qui était encore discutée en 1996 mais semblait en voie d'être acquise, le revendeur assumant un risque pénal consciemment. Le Rapport est, à cet égard, très audacieux puisqu'il propose d'emblée cette dernière solution, assurant la possibilité de réaliser des prix « net net net », intégrant donc marge avant et marge arrière, dans son intégralité, coopération commerciale comprise.

L'inconvénient est de risquer une compétition nouvelle sur la reconstitution des marges arrière au profit des distributeurs et d'avantager les formats de grande distribution qui se rapprochent le plus des formules de « discount » voire de « hard discount ». Si en effet, le consommateur bénéficie de prix plus bas sur les produits fortement concurrencés, ce sont essentiellement les entreprises de la grande distribution qui en assument le coût, par imputation de leurs marges arrière existantes et en fonction du volume de leurs charges.

Faut-il, donc, modifier les règles en matière de transparence tarifaire ? Certainement puisque le système actuel ne convient pas. Vérifions cependant que le remède soit d'une quelconque efficacité ; le « Rapport Canivet » est à cet égard un bon guide.

L' « accord Sarkozy », un accord pavé de bonnes intentions

F. Steinmetz

Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier

L'accord dit « Sarkozy » du 17 juin 2004 intitulé « Engagement pour une baisse durable des prix » débute ainsi : « *Dans l'intérêt des consommateurs et afin d'améliorer leur pouvoir d'achat, les signataires s'engagent, dans le cadre de la législation actuelle sur les pratiques commerciales, à mettre en œuvre une baisse des prix d'au moins 2% en moyenne sur les produits de marque des grands industriels, sur la base d'un effort également partagé entre distributeurs et industriels dès septembre 2004* » Suit une série d'engagements et promesses d'efforts souscrits par tous les acteurs afin de parvenir à cette baisse, notamment la réduction des marges arrières des distributeurs avec pour contrepartie un engagement de modération tarifaire des industriels. L'accord a été signé par deux ministres, plusieurs patrons de la grande distribution, des organisations professionnelles de fournisseurs et distributeurs, une organisation de consommateurs la C.L.C.V. (l'U.F.C. ayant refusé de signer), la F.N.S.E.A.

Cette convention suscite évidemment beaucoup d'espoir mais elle n'a pas été transformée en texte réglementaire. On rappelle que depuis l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le principe est la liberté des prix. Ils peuvent cependant être réglementés, lato sensu, y compris en baisse, par voie de décret en Conseil d'Etat après avis du Conseil de la concurrence ou du Conseil National de la consommation selon le cas. Aucun décret n'a été pris. D'ailleurs pour ce faire, et l'on serait dans le deuxième cas, il doit y avoir, en autres conditions, hausses excessives de prix. Il n'est pas certain que cette condition existe, même sur les produits ayant fait l'objet d'augmentations. Il n'y a donc pas d'obligation de baisse des prix au sens de l'Ordonnance de 1986. Sur ce terrain, aucune sanction ne peut être prononcée, aucun contrôle ne peut être diligenté. Il ne pouvait en être autrement les entreprises représentées ayant réaffirmé, à la fin de l'accord, leur attachement à la détermination des prix par une libre concurrence. L'option libérale aurait été trahie si des mesures réglementaires sanctionnées pénalement avaient été prises.

Est-ce à dire qu'aucune sanction n'existe. La réponse est négative mais c'est sur un autre terrain qu'il faut se placer. Les professionnels ont en effet annoncé qu'ils baisseraient leurs prix. Lorsque l'annonce est purement littéraire, non chiffrée, les sanctions de la publicité trompeuse peuvent s'appliquer. Si l'annonce de réduction est chiffrée, en valeur absolue ou en pourcentage, l'arrêté 77/105 du 2 septembre 1977, sanctionné pénalement, devient applicable. L'arrêté exige notamment, hors des lieux de vente, l'indication d'une période, et, sur les lieux de vente, l'indication du prix réduit et du prix avant réduction. Pour la première exigence, la baisse devant être durable selon l'intitulé même de l'accord, il est possible qu'en fait aucune période n'ait été indiquée. Admettra-t-on le fait justificatif? Lorsque la réduction consiste en bons d'achats (aux noms divers incitant à consommer en tous cas), l'arrêté de 1977 ne paraît pas applicable eu égard à l'interprétation stricte qui doit être faite des textes assortis de sanctions pénales.

On observera que les sanctions précédentes sont indépendantes de l'accord. Il se trouve qu'il a été l'occasion pour les professionnels de procéder à des annonces de réduction de prix. Celles-ci seraient tombées sous le coup du délit de publicité trompeuse et de l'arrêté de 1977 même en l'absence de l'accord. Ses termes sont d'ailleurs très généraux donc peu précis. Sur les produits de marque, les distributeurs et industriels s'engagent à mettre en œuvre une baisse de 2% **en moyenne** dès septembre 2004. La référence à la moyenne a conduit les professionnels à procéder à des prix d'appel, non répréhensibles en eux-mêmes, à des réductions accordées sur certains produits en espérant peut-être que le consommateur remplisse son caddie d'autres produits à prix non réduits. Les prix de la viande et du poisson ne semblent pas avoir été réduits. Ils se forment sans doute selon des « mécanismes particuliers » pour reprendre l'expression de l'accord (4°)...

A l'égard du consommateur, cet engagement ne paraît pas être juridiquement obligatoire. Outre son objet imprécis signalé précédemment, les signataires du côté des professionnels sont, pour certains, des organisations qui ne font pas directement le commerce. Ces signataires ne pourraient engager que

leurs adhérents et à condition d'avoir reçu mandat de signer l'engagement. Quant aux signataires professionnels faisant directement le commerce, l'engagement unilatéral ou la stipulation pour autrui pourraient être invoqués par le consommateur X ou Y. L'organisation de consommateur signataire n'est pas le consommateur. Elle aurait stipulé pour tous les consommateurs et pas seulement pour ses adhérents... Mais on comprend aisément que pour le consommateur, entre la théorie et la pratique, il y a un fossé.

Du côté des ministres signataires, quelles sanctions pourraient-ils imaginer si l'accord n'aboutissait pas ? Sans doute pas le refus d'appliquer leurs engagements, c'est-à-dire les mesures prévues aux 6°, 7°, et 8° de l'accord, notamment ces dernières. Pour éviter en effet que les baisses à venir de prix dans la grande distribution ne coulent davantage le petit commerce, l'Etat a augmenté déjà pour 2004 de 42% la dotation du Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (F.I.S.A.C.), ce qui porte de 71 à 100 M € les crédits de cet organisme. Des mesures seront prises pour redynamiser le commerce de proximité (mais si les écarts de prix restent trop importants, le consommateur préférera toujours l'Hypermarché). On va pourchasser les « enchères inversées » qui font descendre artificiellement les prix de vente. Au fait, connaît-on l'existence de l'article L. 443-2 du Code de commerce, descendant direct des vieux articles 419 et suivants du Code pénal, qui frappe de lourdes peines ceux qui font baisser artificiellement les prix ? Ces sanctions sont tout à fait compatibles avec l'économie libérale puisqu'elles tendent à faire respecter le fonctionnement normal du jeu de l'offre et de la demande.

Espérons tout de même ne pas avoir à sortir l'arsenal pénal et souhaitons bon vent à l'accord « Sarkozy », et à ses prolongements, même si pour le nouveau ministre des finances, la baisse des prix n'est pas une priorité.

La copie privée en danger ?

A propos du jugement du TGI Paris, 30 avr. 2004 ; Perquin et UFC Que choisir c/ SA Films Alain Sarde, SA Sté Universal pictures vidéo France et al. ; Juris-Data n° 2004-241517.

*Virginie Peureux
Allocataire de recherches
Faculté de droit de Montpellier*

Les créations immatérielles, objet de fortes convoitises ces dernières années, sont malmenées par le développement du numérique qui facilite leur reproduction. En effet, le nombre grandissant de copies privées fragilise et met en péril les monopoles des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins au droit d'auteur. L'émergence de nouveaux moyens d'exploitation dans la société de l'information a contraint les autorités communautaires à aménager le régime du droit d'auteur et des droits voisins. Les titulaires de droit ont donc été autorisés à introduire des dispositifs techniques anti-copie sur les supports numériques, notamment sur les DVD, afin de lutter contre les contrefaçons¹.

Cependant, les consommateurs ne l'entendent pas ainsi. Ils contestent l'introduction de la technique sur un support de droit de propriété intellectuelle auprès de l'association UFC « Que choisir » et revendiquent leur droit à la copie privée. Ainsi, UFC « Que choisir » avance l'argument selon lequel « *le respect des droits d'auteur ne doit pas faire obstacle au droit des consommateurs d'exercer leur liberté d'usage des matériels qu'ils achètent* ».

Au cours d'une affaire mettant en jeu l'exception légale de copie privée et les mesures techniques de protection des DVD, le TGI de Paris prononce expressément la licéité des dispositifs anticopie sur le fondement du droit communautaire et du droit français, considérant que les dispositifs de protection d'un DVD ne constituent pas une violation des articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle.

En définitive, se pose la question de la compatibilité de ces mesures techniques avec l'exception légale de copie privée. Cette exception, reconnue par le droit français (I) est ainsi incontestablement

¹ La directive du Parlement européen et du Conseil n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, non encore transposée en droit français, met en place au bénéfice des titulaires une protection des œuvres par le biais des mesures techniques. JO L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

remise en question par l'introduction de la technique dans le régime du droit d'auteur et des droits voisins (II).

I/ La reconnaissance de l'exception de copie privée

La nature de l'exception légale de copie privée - Dans sa décision, le tribunal clarifie la nature de l'exception légale de copie privée. Aux termes des articles L. 122-5 2°) et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, sont admises « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ». La copie est donc strictement limitée à l'usage privé de l'utilisateur. Pour autant, le consommateur peut-il se prévaloir d'un droit à la copie privée contre lequel toutes entraves seraient interdites? Le tribunal refuse expressément de reconnaître à l'utilisateur un tel droit, d'autant plus que cette exception doit être interprétée strictement. En effet, « *une exception au monopole de l'auteur d'interdire la copie ne constitue pas un droit pour les tiers de copier. La restriction du droit des uns ne crée pas nécessairement un droit pour les autres* »².

Par ailleurs, le droit français nécessite d'être interprété à la lumière de la directive du 22 mai 2001³. Par conséquent, l'exception pour copie privée doit être appréciée comme n'ayant aucun caractère impératif. Elle n'est qu'une exception à l'existence d'un monopole laissée à la discrétion des Etats membres⁴. Les consommateurs ne peuvent donc revendiquer un droit subjectif à la copie privée⁵.

La limite à l'exception légale de copie privée - L'exception de copie privée est strictement encadrée par le droit national⁶, le droit communautaire⁷ et les textes internationaux⁸. Les Etats membres ont la faculté de la prévoir, cependant elle est assujettie à l'accomplissement de certaines conditions. En effet, l'article 5.5 de la directive met en place un test dit des trois étapes qui permet de contrôler la légitimité de l'exception. Ainsi, celle-ci est applicable uniquement « *dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* »⁹. Elle doit donc faire l'objet d'une interprétation *in concreto* afin de pouvoir apprécier la licéité des mesures techniques de protection. En définitive, la copie privée est une exception au monopole de l'auteur sauf si elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou si elle cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Il est donc regrettable de constater que ce test affaiblit la portée de l'exception pour copie privée. D'autant plus que selon certains, « *la copie privée n'est plus un « cas spécial », puisqu'elle devient plutôt la norme et qu'une exception pour copie privée entraverait de façon inacceptable ces exploitations* »¹⁰.

II/ La remise en cause de l'exception de copie privée

L'incompatibilité de l'exception de copie privée avec les dispositifs anticopie - En droit français, en vertu de l'art. L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'auteur ne peut interdire* » l'exception de copie privée. La copie ne pourrait donc être entravée par l'introduction d'une mesure technique gravée sur le support.

Or, cette exception semble battue en brèche par la copie numérique. En effet, l'adaptation du droit d'auteur et des droits voisins, rendue indispensable par le développement du numérique, remet en cause l'exception traditionnelle de la copie privée. Les nouvelles dispositions vont plus loin qu'une simple intention de sanctionner les actes de contrefaçon et de piratage. Ainsi, les autorités communautaires

2 G. Caron, « Réquiem pour la copie privée », www.businessandlaw.be/article750.html.

3 La date de transposition de la directive est dépassée (le 22 déc. 2002). Cependant, elle peut être directement invocable notamment en vertu de la décision Ratti rendue par la CJCE en 1975, selon laquelle « *l'Etat membre qui n'a pas pris dans les détails les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non accomplissement par lui-même des obligations qu'elle comporte* ».

4 TGI, 30 avr. 2004, Juris-Data n° 2004-241517 : « *Le législateur n'a pas ainsi entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe au monopole détenu par les auteurs* ».

5 C. Caron, CCE, juill.-août 2004, Comm. n° 85, p. 24 : « *La copie privée est une exception à un droit de propriété et, en tant que telle, une expropriation pour cause d'utilité privée* » (Voir TGI Paris, 30 sept. 1983 : D. 1984, inf. rap., p. 289, obs. C. Colombet). Il est également « *erroné de considérer que la copie privée est une tolérance* ».

Contra : Y. Gaubiac et J.-C. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », CCE, janv. 2000, chr. n° 1, p. 9.

6 Art L 122-5 et L 211-3 du Code de la propriété intellectuelle.

7 Directive du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information.

8 Convention de Berne, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et les accords ADPIC.

9 Art. 9-2 de la Convention de Berne, Art. 10 du Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur et Art. 13 des accords ADPIC.

10 Y. Gaubiac et J.-C. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », CCE, janv. 2000, chr. n° 1, p. 9 ; C. Caron, « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », D. 2001, chr., p. 3421 ; C. Caron, CCE, juill.-août 2004, Comm. n° 85, p. 24.

limitent le champ d'application de l'exception de copie privée dont bénéficient les consommateurs, puisqu'elles autorisent les titulaires de droit à insérer des mesures techniques de protection sur les supports leur permettant de ce fait d'empêcher la duplication illicite des œuvres.

Néanmoins, pourquoi limiter l'exercice de la copie privée si les conditions prévues par la loi sont remplies ?

La directive encourage les titulaires de droit à recourir à cette technique dans un souci de sauvegarde de l'œuvre¹¹. Cependant, sont-elles compatibles avec l'exception légale de copie privée ?

La directive prévoit une protection juridique des mesures techniques¹² ce qui légitime les dispositifs anticopie. Or, par la même, elle retire aux utilisateurs la possibilité d'effectuer des copies privées, faculté reconnue dans le droit français en tant qu'exception au droit d'auteur. Les titulaires de droit disposent donc du pouvoir de limiter le nombre de copies possibles ou d'empêcher la reproduction de certaines œuvres.

Par ailleurs, l'introduction de la technique en droit d'auteur aboutit à des effets pervers. En effet, les libertés individuelles des consommateurs sont ébranlées, puisque « *la vie privée de l'utilisateur sera mis à nue, car les mesures techniques d'information sur le régime des droits permettent d'identifier son profil d'utilisation* ».

En outre, la pertinence de cette exception peut être remise en question dans le domaine du numérique. En effet, des textes excluent cette dernière du régime de certaines propriétés intellectuelles concernant des prestations numériques¹³.

La remise en cause de la rémunération pour copie privée - Cette exception ne doit pas « *affecter le mode d'exploitation normale d'une œuvre* » sous peine de contrevenir à l'amortissement des coûts de production.

En l'espèce, en raison de la perturbation de l'exploitation de l'œuvre, le titulaire a donc pu entraver le jeu de l'exception. Or, au regard de la reproduction massive des œuvres, l'invocation de l'exception de copie privée porte indubitablement atteinte à l'exploitation normale des œuvres et en l'occurrence à l'amortissement des coûts de production bien qu'il existe une rémunération forfaitaire pour copie privée sur tous les supports vierges¹⁴.

En effet, en raison de l'impossibilité pour le titulaire des droits de contrôler les reproductions des œuvres et afin de compenser le manque à gagner engendré par les copies privées, le législateur a mis en place une redevance prélevée sur tout support de reproduction vierge¹⁵.

Or les dispositifs techniques de production ne remettent-ils pas en cause la pertinence d'une rémunération pour copie privée¹⁶ ? S'il est impossible de dupliquer les œuvres protégées par des mesures techniques, la rémunération pour copie privée n'est plus justifiée !

Par conséquent, la mesure technique devient une arme entre les mains des titulaires de droit, car elle leur permet de faire obstacle à la copie privée en cas de non respect du test des trois étapes et de lutter contre la croissance menaçante de telles copies sur support numérique. Les intérêts, essentiellement économiques, des titulaires de droit d'auteur et de droits voisins primeraient donc sur les intérêts des consommateurs, notion émergente en droit de propriété intellectuelle¹⁷. L'exercice des prérogatives légitimes des titulaires de droit prévaut sur le droit d'accès aux œuvres et sur l'exception pour copie privée dont peuvent prétendre les consommateurs et qui semblent fortement menacés par la technique.

Les mesures techniques autorisées dans le but de limiter les préjudices liés à la contrefaçon mettent ainsi en péril l'exception dont bénéficient les consommateurs. Un déséquilibre s'est donc établi au détriment des consommateurs. « *La copie privée doit rester une exception strictement limitée* »¹⁸. Dans cette mouvance, la technique ne sonne-t-elle pas le glas du droit d'auteur ?

11 Art. 6.4 de la directive du 22 mai 2001.

12 L'art. 5-5 de la directive définit les mesures techniques de protection comme « *toute technologie, dispositif ou composant [...] destiné à empêcher ou à limiter [...] les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur* ».

13 Art. 5.2 de la directive du Conseil n° 91/250/CEE du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOCE L 122 du 17 mai 1991, p. 42. Art. 6.2 a de la directive du Parlement européen et du Conseil n° 96/9/CE du 11 mars 1996 relative à la protection des bases de données, JOCE 27 mars 1996.

14 Y. Gaubiac et J.-C. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », CCE, janv. 2000, chr. n° 1, p. 9 ; C. Caron, « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », D. 2001, chr., p. 3421. Comp. avec l'art. 5.2 b de la Directive du 22 mai 2001.

15 Loi du 17 juill. 2001 : la rémunération pour copie privée est étendue à tous les supports numériques.

16 Y. Gaubiac et J.-C. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », CCE, janv. 2000, chr. n° 1, p. 9 : « *Les mesures techniques vont devoir remplacer les mesures de rémunération* ».

17 F. Sardain, « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », CCE, mai 2004, chr. n° 12, p. 15 ; C. Caron, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, D. 2004, p. 245.

18 S. Staub et J.F. Gaultier, « Quelle légalité pour les dispositifs anticopie ? », www.journaldunet.com.

II. – Jurisprudence

A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

1. – Généralités

1) A propos de la responsabilité des centres de contrôle technique automobile

Cass. civ. 1^{ère}, 19 octobre 2004 : N° 01-13956 P

Quelques semaines après avoir acheté à Mme Z...un véhicule que celle-ci avait elle-même acquis d'occasion cinq auparavant, M. X... est victime d'un accident de la circulation. Lors des réparations, est révélé que le véhicule avait été précédemment accidenté et mal réparé. Préalablement à la vente, Mme Z... X... avait fait effectuer un contrôle technique par la société Auto Bleu contrôle qui n'avait pas décelé de dysfonctionnements importants. L'acheteur assigne alors la venderesse en résolution de la vente et en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de la garantie des vices cachés ; celle-ci appelle en garantie la société Auto Bleu Contrôle. La cour d'appel de Paris rejette, par un arrêt en date du 9 mai 2001, sa demande en garantie formée à l'encontre du centre de contrôle technique. La venderesse, demeurant seule à répondre des vices cachés de la voiture vendue, fait alors grief à l'arrêt en question d'avoir rejeté sa demande en garantie formée à l'encontre société Auto Bleu contrôle alors, selon le moyen, qu'un centre de contrôle technique est contractuellement tenu envers ses clients d'une obligation de sécurité dont il ne peut s'exonérer qu'en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Ainsi, selon la venderesse, le seul constat, que la société Auto Bleu n'avait pas détecté lors du contrôle technique que le véhicule litigieux était affecté d'un vice caché tenant à un précédent accident mal réparé, suffit à présumer son inexécution et donc sa responsabilité ; à charge pour elle de démontrer alors qu'elle a été suffisamment diligente. Dès lors la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en retenant que la faute du centre de contrôle technique n'était pas suffisamment établie pour engager sa responsabilité. Elle aurait ainsi violé l'article 1315 du code civil : *« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »*.

Par un arrêt en date du 19 octobre 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la venderesse aux motifs *« la mission d'un centre de contrôle technique se bornant, en l'état de l'arrêté du 18 juin 1991, à la vérification, sans démontage du véhicule, d'un certain nombre de points limitativement énumérés par ce texte, sa responsabilité ne peut être engagée en dehors de cette mission ainsi restreinte, qu'en cas de négligence susceptible de mettre en cause la sécurité du véhicule »*. Les hauts magistrats concluent que dès lors *« c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a estimé qu'en l'état des conclusions nettement dubitatives de l'expert, la faute de la société Auto Bleu contrôle n'était pas établie »*.

La leçon est simple la mission du centre de contrôle technique, c'est à dire l'objet du contrat conclu avec le propriétaire du véhicule contrôlé, est strictement défini par l'arrêté du 18 juin 1991 (19) ; il s'agit de la vérification sommaire de certains points de sécurité. Dès lors, il appartenait bien à la venderesse de démontrer que le centre avait commis une *« négligence susceptible de mettre en cause la sécurité du véhicule »* pour engager sa responsabilité et l'appeler utilement en garantie. La réglementation limitant l'intervention des centres de contrôle à certaines vérifications sans démontage, il serait de mauvaise justice que de leur faire supporter les conséquences d'avaries que seul un examen plus minutieux aurait pu révéler. Tel est le sens d'un précédent arrêt rendu le 26 février 1998 par la Cour d'appel de Versailles (20). Dans cette espèce, les détériorations qui affectaient la châssis du véhicule avaient pu être décelées sans démontage à l'occasion de l'expertise et ne pouvaient donc, dans les mêmes conditions, échapper au contrôleur technique. Le présent arrêt rendu le 19 octobre 2004 par la première chambre civile de la Cour de cassation s'agrège donc parfaitement à cette jurisprudence puisqu'il précise que les opérations prescrites par l'arrêté de 1991 s'effectuent *« sans démontage du véhicule »*. Ainsi, si elle est parfaitement motivée et justifiée en droit, cette solution peut laisser perplexe au sens commun car il est tout de même retenu et démontré que le contrôle technique, instauré afin de sécurité, n'est justement pas susceptible de déceler les défauts de ... sécurité. Comprend qui peut.

Jean-Louis Respaud

Maître de conférences à la faculté d'Avignon

19 JO, 18 juillet 1991, modifié par Arr. 25 octobre 1994, JO du 17 novembre, p. 16273

20 JCP E 1998, n° 28, p. 1119

2. – Formation des contrats de consommation

a. – Information des consommateurs

2) Aperçu sur l'obligation d'information.

Cass. Civ. 2^e : 3 juin 2004

Cass. Civ. 2^e : 29 juin 2004

Cass. civ. 1^{ère} : 28 septembre 2004

Cass. Civ. 1^{ère} : 7 décembre 2004

Il est désormais fréquent d'observer la tendance des juges à s'immiscer dans la sphère contractuelle pour imposer aux parties des obligations qui ne figurent pas initialement dans la convention²¹. Ce phénomène, appelé « forçage du contrat », s'est manifesté avec le développement d'obligations précontractuelles telles que l'obligation de sécurité et celle d'information. Une chronique très complète en avait, par ailleurs, consacré l'étude dans le premier numéro de cette revue²². L'obligation d'information est donc née de ce contexte, devenant ainsi un leitmotiv de la politique de défense des consommateurs. A cette fin, le juge s'est attelé à découvrir, dans de nombreux contrats, des obligations de renseignement, de mise en garde, voire même de conseil.

L'étendue de l'obligation d'information et de conseil a été précisée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin 2004²³. En l'espèce, des époux ont contracté prêt auprès d'une banque et ont adhéré à l'assurance de groupe souscrite par celle-ci. Après le décès de son mari à l'âge de 65 ans et 8 mois, la veuve s'est vue refuser le bénéfice de l'assurance, une clause du contrat stipulant que la garantie n'était plus due en cas de décès de l'adhérent après 65 ans. Pourtant, la Cour d'appel a décidé de condamner la banque à prendre en charge les échéances du prêt au motif que celle-ci aurait dû, d'une part, prévenir les époux qu'ils cesseraient de bénéficier de la garantie après 65 ans et, d'autre part, leur conseiller de souscrire une assurance complémentaire. La banque, qui prétendait au contraire avoir rempli son obligation avec précision par la remise d'une notice aux emprunteurs, a formé un pourvoi en cassation et le 3 juin 2004, la deuxième chambre civile a rejeté le pourvoi au motif que « l'obligation d'information et de conseil ne se limite pas à la remise de la notice, dès lors que celle-ci ne définit pas de façon claire et précise les risques garantis, ainsi que les modalités de mise en jeu de la responsabilité ». En d'autres termes, la Cour de cassation sanctionne la banque de ne pas avoir correctement rempli son obligation précontractuelle d'information telle qu'imposée par l'article L. 111-1 du Code de la consommation²⁴. En effet, la simple remise la notice ne suffisait pas à partir du moment où celle-ci ne contenait pas des mentions suffisamment claires et précises : il appartenait alors au prêteur de fournir à son client des informations complémentaires afin d'attirer son attention sur le fait que l'assurance souscrite ne suffisait pas à le prévenir contre tous les risques du crédit. Le professionnel qui faillit à son obligation précontractuelle d'information s'expose à engager sa responsabilité civile extra contractuelle : dans ce cas, ce dernier est condamné à verser des dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la faute étant commise à un moment où le contrat n'était pas encore formé²⁵. Les dommages intérêts peuvent aussi prendre la forme, comme en l'espèce, d'une condamnation du prêteur « à prendre en charge les échéances du prêt ». D'autres sanctions sont également envisageables comme l'annulation du contrat, à supposer que le défaut d'information soit tel qu'il constitue un dol déterminant, ou bien comme celle de l'article L. 133-2 du Code de la consommation²⁶. Les professionnels sont donc invités à faire preuve d'une extrême précision dans la rédaction des notices informatives qui doivent être délivrées aux consommateurs²⁷.

21 D. MAINGUY, *Les clauses d'effet du contrat*, *Cah. Dr. Ent.* 1999, n° 4, p. 17 et s.

22 F. TOURNIER – COURTES, *De forçages en forçages des contrats : pour quelle équité ?*, *Act. Dr. Consum.* 2004, n° 1, p. 12 et s. Voir également : L. LEVENEUR, *Le forçage du contrat*, *Droit et Pat.* 1998, n° 58, p. 69 et s. où l'auteur parle d'« amplification judiciaire du contrat ».

23 Cass. Civ. 2^e : 3 juin 2004, *Cont. Conc. Conso.* 2004, n° 137, note L. LEVENEUR.

24 Article L. 111-1 du Code de la consommation : « Tout professionnel vendeur de biens ou de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

25 J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 2003, 6^e éd., n°52, p. 52 et 53.

26 Article L. 133-2 du Code de la consommation : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur [...] ».

27 L. LEVENEUR, note sous Cass. Civ. 2^e : 3 juin 2004, *Cont. Conc. Conso.* 2004, n° 137.

Si la Cour de cassation reste très exigeante à l'égard des professionnels dans le respect de leur obligation d'information, elle n'hésite pas, en revanche, à critiquer tout excès dans le sens inverse de la part des juges du fond ; c'est, en tout cas, ce que nous révèle un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 29 juin 2004. En l'espèce, des époux ont contracté deux crédits immobiliers auprès d'une banque. Mais une défaillance dans le remboursement du prêt oblige cette dernière à mettre en demeure les emprunteurs. Les époux assignent alors la banque en nullité des deux prêts. La Cour d'appel a prononcé la déchéance du droit aux intérêts conventionnels pour leur substituer les intérêts au taux légal, au motif que la banque avait pris du retard pour livrer des informations précises aux emprunteurs. Mais le 29 juin 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond auraient dû rechercher si les offres de crédit contenaient les mentions obligatoires. Les juges du droit ne semblent pas être aussi sévères que les juges du fond dans l'appréciation des modalités d'exécution par la banque de son obligation d'information : en effet, la Haute juridiction ne condamne pas le retard pris par la banque dans la délivrance de l'information. Au contraire, elle reproche aux juges du fond leur pointilleuse diligence en les invitant à rechercher simplement si les offres de prêts immobiliers contenaient ou non les mentions exigées par la loi. Rappelons qu'aux termes de l'article L. 312-8 du Code de la consommation, l'offre de crédit immobilier doit contenir un certain nombre de précisions impératives, parmi lesquelles figurent, outre l'identité des parties et celle des cautions, le montant du crédit, une évaluation du coût des assurances, les sûretés réelles ou personnelles qui conditionnent la conclusion du prêt et un échéancier. Sans parler de clémence de la part des magistrats de la Cour de cassation, on peut néanmoins estimer que les juges du droit ont suffisamment conscience des nombreuses obligations qui pèsent sur les professionnels pour ne pas leur imposer d'exécuter leurs obligations dans des délais excessifs.

Dans un arrêt du 28 septembre 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation rappelle une solution classique quant à la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information²⁸. En l'espèce, une société de crédit a consenti à un emprunteur une offre de crédit — utilisable par fractions — d'une durée d'un an renouvelable. L'emprunteur, qui a été condamné au règlement du solde du prêt du fait de sa défaillance lors du remboursement des échéances, demande à ce que la société de crédit soit déchue de son droit aux intérêts contractuels pour inexécution de son obligation d'information relative aux conditions de reconduction du contrat. Le Tribunal d'instance l'ayant débouté de sa demande, l'emprunteur a formé un pourvoi devant la première chambre civile de la Cour de cassation, et le 28 septembre 2004, la Haute juridiction a cassé le jugement. Tout le problème était de savoir s'il appartient au consommateur de rapporter la preuve que le professionnel n'a pas exécuté son obligation d'information ou bien, inversement, si c'est au prêteur de supporter la charge de la preuve de la bonne exécution de son obligation. L'enjeu est de taille car dans la première alternative, l'emprunteur devrait rapporter une preuve négative, c'est-à-dire celle d'un « non-fait », ce qui bien entendu relève d'une quasi impossibilité. Dès lors, la Cour de cassation décide très justement, au visa de l'article 1315 du Code civil, que c'est sur le professionnel que pèse la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information : « *il incombe au prêteur de rapporter la preuve qu'il a satisfait à l'obligation d'information* ». Les professionnels doivent faire preuve d'une grande rigueur et d'une extrême précision dans l'information qu'ils apportent aux consommateurs, au stade précontractuel comme au niveau contractuel, au risque d'engager leur responsabilité.

Par ailleurs, un arrêt de la première chambre civile du 7 décembre 2004 rappelle la nature des sanctions en cas de non respect des obligations spéciales d'information²⁹. Précisons que parfois, parallèlement à l'obligation générale d'information, des dispositions législatives ou réglementaires impératives peuvent imposer aux professionnels des obligations d'information plus spécifiques qui visent, d'une part, à éclairer le consentement du consommateur avant la conclusion du contrat et, d'autre part, à lui permettre une utilisation correcte du bien ou du service acquis³⁰. Ces obligations spéciales sont, d'une façon générale, assorties de sanctions pénales³¹, mais également, et c'est l'enseignement de l'arrêt commenté, de sanctions civiles comme la nullité du contrat. En l'espèce, un consommateur a souscrit auprès d'une société d'ameublement un bon de commande contenant diverses indications comme la descriptions des meubles vendus, leurs prix de vente, le montant de l'acompte versé ainsi que le délai de livraison. Estimant que la société n'avait pas rempli son obligation d'information telle qu'exigée par le

²⁸ Pour des arrêts dans le même sens : Cass. Civ. 1^{ère} : 25 février 1997, *D.* 1997, comm. 319, obs. PENNEAU ; Cass. Civ. 1^{ère} : 9 décembre 1997, *Bull. Civ.* I, n° 356.

²⁹ Cass. Civ. 1^{ère} : 7 décembre 2004, décision en ligne n° 1786, note N. R.

³⁰ J. CALAIS – AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz 2003, 6^e éd., n°55, p. 56 et 57.

³¹ La publicité trompeuse, la tromperie, la falsification et les délits connexes sont des infractions pénales sanctionnées par des peines d'amende et/ou d'emprisonnement : voir les articles L. 121-1 et s., L. 213-1 et s. du Code de la consommation.

décret n°86-583 du 14 mars 1986, le consommateur a assigné cette dernière en nullité du contrat de vente. Dans un arrêt infirmatif du 16 mars 2001, la Cour d'appel a débouté l'acheteur de sa demande au motif que la nullité du contrat n'est pas sanction prévue par le décret. Le 7 décembre 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel, notamment au visa de l'article 6 du Code civil, au motif que « *la méconnaissance de ces dispositions d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement [...], mais aussi, en vertu dernier texte* [l'article 6 du Code civil], *par la nullité du contrat de vente* ». Cette décision rappelle la solution classique suivant laquelle le non respect des obligations spéciales d'information est sanctionné non seulement par les peines pénales expressément prévues par les textes, mais aussi par des sanctions civiles comme la nullité du contrat³². En effet, contrairement aux principes du droit pénal, la sanction civile du non-respect d'une obligation d'information n'a nul besoin d'être prévue par les textes pour être prononcée³³. En l'espèce, c'est l'argument du respect des dispositions d'ordre public³⁴ qui permet aux juges de prononcer la sanction civile maximale : celle de la nullité de la convention.

Charlotte Périssé

Doctorante, Chargée de Travaux dirigés à la Faculté de droit de Montpellier

2) Publicité trompeuse.

CA Versailles, 10 février 2004, SA Dyson c/ Sté Electrolux LDA
Juris-Data N° 2004-235354

Le caractère délictueux de la publicité trompeuse ne rend pas irrecevable une action fondée exclusivement sur l'article 1382 du Code civil. Pour que l'action soit fondée, il est nécessaire que la publication litigieuse utilise de manière identifiante la marque se prétendant dénigrée. Le demandeur en indemnisation doit établir les preuves du montant de son préjudice ; à défaut, il ne peut recevoir que l'euro symbolique d'indemnisation.

La Cour d'appel de Versailles a été appelée à se prononcer sur un différent opposant les sociétés Electrolux LDA et Electrolux Filter à la SA Dyson, les premières fabriquant des aspirateurs à sac et la seconde des aspirateurs sans sac. A la suite d'une campagne publicitaire multi supports où la SA Dyson insistait, sans citer les marques concurrentes, sur l'infériorité technique des aspirateurs sans sac, rendant leur efficacité limitée, les sociétés Electrolux LDA et Filter ont alors intenté une action en justice uniquement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La SA Dyson s'en défend en soutenant l'irrecevabilité de l'action fondée d'une part sur le dénigrement et d'autre part sur la publicité mensongère, en raison du caractère pénal des dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

La Cour n'a pu que constater que le caractère délictueux de la publicité trompeuse ne rendait pas irrecevable l'action des sociétés Electrolux LDA & Filter, fondée sur l'article 1382 du Code civil. En effet, ce n'est pas parce que la publicité trompeuse ou la publicité comparative font l'objet de sanctions pénales que la « victime » est privée de la possibilité d'agir au civil. La Cour a ensuite poursuivi son analyse en examinant le bien fondé de l'action en justice des sociétés Electrolux LDA et Filter. Celui-ci suppose la réunion de trois conditions, conditions qui sont celles de toute action en justice intentée sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil. La « victime » doit tout d'abord établir un préjudice. Mais une chose est de démontrer le préjudice, une autre est d'en fixer le quantum. En l'espèce, les sociétés demanderesse n'ayant pas justifié le montant du préjudice, elles ne se sont vues reconnaître que l'allocation de l'euro symbolique. La seconde condition est un fait dommageable. En matière de publicité, il sera illicite. Toute la question qui était posée à la Cour d'appel était de savoir si le message publicitaire de la SA Dyson enfreignait les règles de la publicité comparative ou de la publicité trompeuse, appréciées ici de manière rigoureuse.

Enfin, il faut que soit démontré un lien de connexité entre le message publicitaire dénigrant et le préjudice subi. La difficulté est donc de faire la différence entre ce qui est le jeu de la concurrence et les conséquences de la déloyauté ou du dénigrement.

³² Voir Cass. Civ. 1^{ère} : 12 juillet 1994, *Bull. Civ. I*, n°249. — CA Paris : 4 octobre 1996, *Contrats Conc. Conso.* 1997, n°34 obs. G. RAYMOND.

³³ Voir les observations sous Cass. Civ. 1^{ère} : 7 décembre 2004, décision en ligne n° 1786

³⁴ Visa de l'article 6 du Code civil : « *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Frédéric Nadaud
Doctorant, Faculté de droit de Montpellier

Cass., crim., 23 mars 2004 : N° 03-83083, Roger de Lyon Charcutier

La société Roger de Lyon Charcutier indiquait la présence de truffes et de foie gras de canard dans la composition de certains de ses produits. La DDCCRF ayant constaté que, ce faisant, elle contrevenait, entre autres, aux dispositions du Code de la consommation, la Cour d'appel de Lyon, par un arrêt en date du 26 mars 2003, avait condamné le représentant de cette société pour tromperie sur les qualités substantielles des produits et publicité de nature à induire en erreur.

Le pourvoi en cassation formé par ce dernier a été rejeté par la chambre criminelle de la Cour de cassation aux motifs que la dénomination de vente ne peut faire référence à la présence de truffes dès lors que sont utilisés des brisures ou des pelures de truffe, ou même des champignons noirs de moindre qualité, et que, pareillement, elle ne peut faire référence au foie gras qu'en complétant la dénomination de vente par les termes « au foie d'oie » ou « au foie de canard ». La société Roger de Lyon Charcutier ne se conformait donc qu'en apparence aux termes de la législation à laquelle elle était soumise.

L'intérêt de cette jurisprudence est principalement de préciser que par « dénomination de vente », il faut entendre l'intitulé complet de la désignation du produit. C'était également l'occasion de rappeler que si la loi pénale est d'interprétation stricte, il n'en demeure pas moins que les faits et circonstances de la cause sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Elodie Braud
DEA Concurrence et Consommation
Master II professionnel Droit des Contentieux
Faculté de Droit de Montpellier

Cass., crim., 18 mai 2004 : N° 03-85177, LIDL

Dans cette espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Colmar, en date du 23 mai 2003, qui condamnait le représentant d'une société de hard discount pour publicité de nature à induire en erreur.

Les magasins LIDL avaient, en effet, diffusé un dépliant publicitaire informant les consommateurs de la région strasbourgeoise de la mise en vente de ceintures en cuir véritable à un prix très attractif. Or, les ceintures importées et vendues n'étaient pas en cuir véritable, mais en croûte de cuir synthétique. La publicité diffusée par la société LIDL était donc mensongère.

La Cour de cassation rappelle ainsi que le prévenu ne pouvait sérieusement se retrancher derrière une quelconque responsabilité de la centrale d'achat ou du fabricant étrangers et qu'il aurait dû vérifier la qualité réelle des articles litigieux au regard de la réglementation française. Elle précise surtout que, dans cette mesure, le droit interne est parfaitement compatible avec le droit communautaire puisqu'elle est protectrice des intérêts du consommateur.

Elodie Braud

Cass. Civ. 1^{ère}, 9 mars 2004 : affaire AOL

La première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'AOL et l'a condamné pour procédure abusive en estimant que la Cour d'appel ayant parfaitement caractérisé le délit de publicité trompeuse à l'égard de l'offre « forfait illimité », l'intervention d'une association de consommateurs à l'instance et la publication de la décision étaient tout à fait justifiées.

Le fournisseur d'accès à Internet AOL avait été victime de son succès après avoir lancé une campagne publicitaire proposant des « forfaits illimités ». La société ne pouvant faire face à la demande avait alors utilisé des procédés techniques afin de limiter la durée des connexions. C'est alors qu'en référé, il avait été ordonné sous astreinte la suppression de ces manœuvres, la suspension des prélèvements forfaitaires et le versement d'une indemnité provisionnelle de 250 000 F. Par la suite, la Cour d'appel de Versailles avait réduit la somme, interdit certains procédés de limitation des durées de connexion et ordonné la publication de l'arrêt dans la presse écrite et sur le portail d'AOL.

Dans son premier moyen, le fournisseur d'accès à Internet soutient d'abord que l'article L. 421-1 du Code de la consommation ne permet pas aux associations de consommateurs d'agir sur le fondement de la violation d'un contrat. Mais en l'espèce, il ne s'agissait pas exclusivement de violation contractuelle. En effet, le délit de publicité trompeuse, prévu et sanctionné par les dispositions des articles L. 121-1 à L. 121-7 du Code de la consommation, est une infraction formelle et un délit non intentionnel qui suppose l'imprudence ou la négligence de l'auteur, consistant à ne pas avoir vérifié la véracité du message avant de le diffuser. La publicité trompeuse était bien constituée dans cette affaire, la société AOL s'étant montrée négligente en ne vérifiant pas, avant le lancement de la campagne publicitaire, si elle allait pouvoir honorer son offre de « forfait illimité ». En outre, pour répondre à la société AOL, les articles L. 421-1 et L. 421-2 du Code de la consommation autorisent une action civile des associations de consommateurs en cas d'infraction portant atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs et permettant d'obtenir la fin des agissements illicites. L'UFC Que choisir était donc en droit de saisir le juge des référés conjointement avec les consommateurs victimes de la violation du contrat. Enfin, dans un second moyen, le pourvoi de la société AOL reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir ordonné la publication d'une décision qui n'a pas été rendue au fond et portant sur un délit. La Cour de cassation ne l'a pas retenu afin de ne pas restreindre la portée de l'article L. 421-9 du Code de la consommation, qui en son premier alinéa dispose que « *la juridiction saisie peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu* ». Il n'est donc nullement question de cantonner la publication à une décision au fond qui serait devenue définitive. Ainsi, la Cour de cassation sanctionne à son tour le fournisseur d'accès qui, après la désinvolture avec laquelle il avait honoré son engagement de « forfait illimité », a formé un pourvoi avec une certaine légèreté.

Frédéric Nadaud

TGI Pontoise, 19 mai 2004

Le directeur d'une agence de voyages électroniques se voyait reprocher l'indisponibilité des prestations (billets) proposées à la vente sur son site Internet. Ce reproche, commun à l'ensemble des sites marchands, est dû à la publicité mensongère offerte au cyber-consommateur sur la nécessité de remettre sans cesse à jour les bases de données, utilisées par l'ensemble des prestataires au même moment, pour savoir si le produit proposé est effectivement disponible. Le TGI de Pontoise, saisi pour une fois par un particulier et non par une association de consommateur, rend une décision contre le prévenu puisque ce comportement n'est pas juridiquement excusable.

Désormais, pour être dans son droit, l'offreur, comme toute agence de voyage, devra vérifier la disponibilité de la prestation auprès du fournisseur concerné et informer de manière explicite le cyber-consommateur qu'il existe une réserve sur cette disponibilité.

Cette décision fait suite à l'avis de la Commission des Clauses Abusives du 29 avril 2004 (n° 04-01) sur la fourniture de billets d'avion via l'Internet. Cet avis considère que n'est pas de nature à créer un déséquilibre significatif entre les parties le fait de n'informer l'acheteur sur les obligations qu'il contracte qu'au stade de l'envoi d'une convention écrite postérieurement à la réservation d'un billet par voie électronique. La solution adoptée en l'espèce permet donc d'épingler le fournisseur de billet d'avions via l'Internet sur le fondement de la publicité mensongère et d'éviter le terrain des clauses abusives puisque celui-ci paraît ne pas être efficace pour la Commission des Clauses Abusives...

Sylvain Lafont

Doctorant, faculté de droit de Montpellier

*CJCE, Grande Chambre, 13 juillet 2004, aff. C-262/02, Commission des Communautés européennes (soutenue par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) c/ République française
Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi « Evin »*

En 1995, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, le Ministère de la Jeunesse et des Sports et les chaînes de télévision françaises ont élaboré un code de bonne conduite portant interprétation de la loi « Evin » en ce qui concerne son application à la télédiffusion d'événements sportifs se déroulant à l'étranger, au cours desquels est visible de la publicité pour des boissons alcooliques.

Sans être juridiquement contraignant, ce code de bonne conduite indique que, s'agissant d'événements binationaux ayant lieu à l'étranger et visant spécifiquement le public français, les diffuseurs français, qui ne maîtrisent pas les prises de vue, doivent mettre en œuvre les moyens disponibles pour prévenir l'apparition à l'antenne de marques commerciales concernant des boissons alcooliques. S'agissant, en revanche, d'événements multinationaux ayant lieu à l'étranger et ne visant pas spécifiquement le public français, les diffuseurs français ne sauraient être suspectés de complaisance à l'égard des publicités apparaissant à l'écran lorsqu'ils diffusent des images dont ils ne maîtrisent pas les conditions de prise de vue.

Suite à un avis motivé de la Commission relevant que la réglementation nationale lui semblait incompatible avec la libre prestation des services et que, si elle pouvait en principe être justifiée par des raisons tenant à la protection de la santé publique, un tel régime était cependant disproportionné, la France a procédé à divers ajustements du code de bonne conduite. Constatant que subsistaient des problèmes pratiques dans l'application de la loi « Evin », la Commission a décidé d'introduire un recours en manquement.

La Cour de justice a rejeté le recours aux motifs que le régime de publicité télévisée ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection de la santé publique qu'il poursuit et que, eu égard, d'une part, aux instruments techniques disponibles et, d'autre part, à leurs coûts excessifs, il n'existe actuellement pas de mesure moins contraignante permettant d'exclure ou d'occulter la publicité télévisée indirecte pour les boissons alcooliques résultant de panneaux visibles lors de la retransmission de manifestations sportives. Enfin, les dispositions en question limitent l'interdiction à la publicité pour des produits qui sont commercialisés en France et circonscrivent avec une exactitude suffisante, pour les diffuseurs concernés, les cas dans lesquels la retransmission de manifestations sportives est interdite.

Est donc admise la mesure nationale interdisant la publicité télévisée pour des boissons alcooliques commercialisées dans cet Etat, dans la mesure où est concernée la publicité télévisée indirecte résultant de l'apparition à l'écran de panneaux qui sont visibles lors de la retransmission de certaines manifestations sportives.

Elodie Braud

b. – Pratiques commerciales et contractuelles

*Cass. 1^{re} civ. 29 septembre 2004 : N° 01-16536
Juris Data : 025011*

Loterie publicitaire : où la crédulité fait droit...

Par un arrêt du 29 septembre dernier, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation vient de faire application de la volonté, déjà énoncée par la chambre mixte, de réparer les promesses de gains déçues occasionnées par des loteries publicitaires, sur le fondement quasi-contractuel.

Les faits deviennent désormais classiques : à l'occasion d'un jeu publicitaire, une société avait annoncé, par courrier, à une personne dénommée, que cette dernière était l'heureuse gagnante de la somme de 37 000 francs (soit environ 5650 €), sans toutefois mettre en évidence l'aléa pesant sur l'attribution de ce gain. La cour d'appel de Colmar, le 8 juillet 2001, s'était fondée sur le caractère ambigu des documents envoyés pour condamner la société à verser à la plaignante la somme promise, en relevant la croyance légitime de ladite personne en l'attribution de son gain. Saisie d'un pourvoi de la société, la première chambre civile confirme, au visa de l'article 1371 du Code civil, la décision des juges du fond.

L'arrêt du 29 septembre 2004 s'inscrit donc dans la parfaite continuité des arrêts rendus précédemment et désormais célèbres, par la Chambre mixte de la Cour de cassation du 6 septembre 2002 (-2 espèces-, JCP G 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE ; Contrat conc. consom. 2002, com. 151, obs. G. RAYMOND; D. MAZEAUD, *D'une source, l'autre...*, D. 2002, jur. p. 2963. V. aussi Ph. LE TOURNEAU et A. ZABALZA, *Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires)*, Contrat conc. consom. 2002, chron. n°22 ; E. SAVAUX, *Defrénois* 2002, art. 37644, p. 1608) au demeurant confirmés (v. Cass. 1^{re} civ. 18 mars 2003, D. 2003, I.R. 1009; Contrat conc. consom. 2003, com. n°100; R.D.C. 2003, n° 1, 80) et qui ont offert l'occasion de trancher la controverse relative au régime de responsabilité des sociétés pratiquant ce genre de loteries, face à des consommateurs que l'on se doit d'admettre, et c'est là un point non négligeable, face à ces attrape-nigauds, parfaitement crédules.

En effet, la décision rendue ici au visa de l'article 1371 du Code civil confirme l'émergence nouvelle de cette responsabilité « quasi-contractuelle », au fondement à tout le moins atypique, en faisant valoir que l'annonce d'un gain à une personne sans mise en évidence à la première lecture (sic) de l'existence d'un aléa est un « fait purement volontaire » qui oblige la société émettrice du jeu à délivrer le gain promis. Il ressort donc de cette décision que la croyance légitime de la quasi-gagnante est l'élément déterminant de la mise en œuvre de cette responsabilité.

Certes, il convient de reconnaître que tout fut mis en œuvre par la société organisatrice du jeu pour que cette croyance fût aussi légitime que la cour ne l'exigeât ensuite. En effet, et classiquement, l'attribution du gain à la personne désignée apparaissait en gros caractères, tandis que les mentions précisant le fait qu'il ne s'agissait d'un pré tirage n'étaient inscrites que dans le règlement joint au courrier ; pis encore, le véritable numéro utile au tirage était, lui, dissimulé au sein d'un code barre de 26 chiffres...tant d'éléments que les juges d'appel ne pouvaient ignorer et qui ont constitué, selon leur souverain pouvoir d'appréciation, la légitime crédulité de la consommatrice.

« Légitime crédulité » qui devient, de ce fait, l'élément déterminant de la caractérisation par le droit de cette nouvelle variété de quasi-contrats innomés dont on a pu se demander s'ils étaient l'éclatement ou le grand espoir de cette notion juridique aux contours flous. Au-delà de ce point, cette « légitime crédulité » devient la condition nécessaire à la reconnaissance de la responsabilité de la société organisatrice de loterie, puisque c'est elle qui conditionne l'assimilation de ces mécanismes juridiques à des quasi-contrats.

Force est d'admettre que la raison en est relativement logique (sur cette notion : M.L. Mathieu-Izorche, *le raisonnement juridique, Initiation à la logique et à l'argumentation*, PUF, Thémis 2001). Quand bien même ces nouvelles applications quasi-contractuelles seraient difficile à fonder, il faut bien se rendre à l'évidence et reconnaître que les situations en cause ont été génératrices de droit en raison de leur proximité *apparente* avec une situation contractuelle et uniquement à cause de cela. Apparence, certes...Pour autant, ces décisions ne répondent pas à l'esprit dans lequel a été construite la théorie de l'apparence et à laquelle on avait songé recourir (v. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 8^e éd. 2001, p. 323 s.), tant du fait qu'il ne s'agit pas de mécanismes juridiques tripartites, qu'en considération des objectifs visés.

A défaut de recours à l'apparence, les jurisprudences rendues à propos des loteries publicitaires, fondent toutefois la mise en œuvre de la responsabilité engagée à partir d'une situation où la croyance —qui doit alors être entendue comme illusion - devient source de droit. Le fait « purement volontaire » qui sera à l'origine de l'obligation en l'espèce est l'attitude de « l'organisateur d'une loterie qui *annonce* un gain à une personne dénommée *sans mettre en évidence l'existence d'un aléa* ». La source de l'obligation réside donc dans le comportement volontaire d'induire en erreur, c'est à dire dans la volonté de *faire croire* à l'attribution d'un gain. Ressurgit alors l'idée d'une fiction (Sur ce point : V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les fictions en droit privé*, A.P.D. tome 20, 1975, p. 273 s. et G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. AMIEL-DONAT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, vol. n° 253.), issue de la ressemblance avec le mécanisme conventionnel. Autrement dit, le fait sanctionné n'est autre que la création d'une illusion, dans la mesure où l'offre, en l'espèce, ne peut être entendue que comme fictive (V. E. Terrier, *La fiction au secours des quasi-contrats*, D. 2004, 1179). La fiction du gain va engager l'illusionniste en ce qu'il n'a pas mis en évidence l'existence d'un aléa. C'est parce que les faits sont trompeurs, qu'ils induisent en erreur et que de fait, ils permettent d'engager la responsabilité de la société qui trompe. Cette décision, confirmant ce mécanisme, permet ainsi à une croyance de bonne foi de devenir réalité à la condition, cependant, que le trompé l'ait été en toute légitimité.

Cet élément n'est pas nouveau puisqu'il avait été déjà soulevé par la Cour de cassation dans le second des arrêts du 6 septembre 2002, en refusant d'indemniser le demandeur, puisque celui-ci, en réponse à la lettre lui annonçant son gain, avait joint au bon de réception une lettre menaçant la société de vente par correspondance de poursuite en cas de refus d'exécution de la promesse de gain. La Cour estimant ce geste comme étant celui par lequel « il avait cherché à tirer profit d'un gain qu'il savait n'être pas le sien » devait considérer sa lettre de menace comme un aveu d'une absence de croyance légitime en son gain à venir.

L'arrêt du 29 septembre 2004 renforce donc cette idée, puisqu'elle se réfère explicitement à la croyance légitime de la « victime » de la supercherie. Ce faisant, elle conditionne la responsabilité des sociétés organisatrices de loteries publicitaires, et par là la reconnaissance d'une responsabilité quasi-contractuelle, à l'appréciation d'une bonne foi particulièrement élargie à la bienheureuse crédulité. La présomption de cette *lata fide bona*, qui demeure à la libre appréciation des juges du fond, ne saurait qu'aller dans le sens d'une assimilation accrue du consommateur en un *imbecilitas persona*, dont il devient maintenant un poncif d'en rappeler le statut. Qu'au milieu de tous ces simples, Dieu y reconnaisse les siens !

Emmanuel Terrier

Maître de conférences, Université Grenoble II

3. – Contenu des contrats de consommation.

3) Elimination des clauses abusives dans les contrats de fourniture d'accès à l'Internet

TGI Nanterre 2 Juin 2004

Après avoir fustigé à plusieurs reprises au cours de l'année 2004 les contrats conclus entre les opérateurs de téléphonie mobile et leurs clients, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre s'attaque aujourd'hui aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, et plus particulièrement à ceux proposés par la société American On Line (AOL ci après), dans un jugement en date du 2 juin 2004.

En l'occurrence, l'action est intentée, une nouvelle fois, par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC ci après), association de consommateurs habilitée à agir au nom de l'ensemble des consommateurs sur le fondement de l'article L.421-1 du Code de la consommation, et en toute licéité puisque l'article L.421-6 de ce même code lui permet de demander la suppression d'agissements illicites comme la suppression des clauses abusives.

Dans cette affaire, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre considère comme abusives ou illicites 36 clauses insérées dans les contrats de fourniture d'accès à l'Internet publiés entre 2000 et 2003 par AOL. Ce jugement, très détaillé dans ces motifs, est intéressant à plus d'un titre.

Tout d'abord, il suit les conclusions de l'UFC, s'inscrit dans le mouvement entrepris par la Commission des Clauses Abusives sur les contrats inhérents à la sphère Internet. Cette commission a publié le 31 janvier 2003 une recommandation sur les contrats d'accès à l'Internet où elle maltraite nombreuses clauses contenues dans ce type de contrat. Répondant à l'invocation de cette recommandation dans le contentieux qui l'oppose à l'UFC, la société AOL ne s'en laisse pourtant pas compter et s'argue, comme il avait été déjà un peu fait de la sorte dans l'affaire UFC/ SARL APL 38 (TGI Grenoble 30 octobre 2003), de l'irrecevabilité des demandes de l'UFC au motif qu'il n'y aurait pas de procès équitable sur le fondement de l'article 6-1 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales puisque l'UFC avait participé à l'élaboration directe de cette recommandation devant la Commission des Clauses Abusives dont elle est membre. Rappelant la portée simplement consultative de cette recommandation, les juges de Nanterre balayent cet argument et déboutent la société AOL de cette fin de non-recevoir.

Ensuite, le Tribunal rejette également une autre fin de non recevoir invoquée par AOL qui s'opposait à ce que les contrats de 2000, remplacés par une nouvelle version en 2003, soient analysés par les juges. Ces derniers, quant à eux, préfèrent retenir l'argumentation de l'UFC selon laquelle les modifications intervenues en 2003 ont modifié seulement une partie de la version contractuelle élaborée en 2000 et que le contrat de 2003 est constitué de plus de 9 pages issues de la version 2000. Les juges constatent donc que le contrat 2000, qui a d'ailleurs toujours court en lui-même pour les anciens abonnés, est toujours exécuté et c'est pourquoi les juges font droit aux demandes de l'UFC d'analyser les deux contrats.

Dès lors, le Tribunal considère comme abusive et élimine, notamment, les clauses qui :

- imposent une mise à jour des données personnelles constante sous peine de résiliation immédiate et sans préavis ;
- prévoient une modification unilatérale du contrat à la discrétion d'AOL ;
- permettent à AOL d'imposer un changement de pseudonyme de façon discrétionnaire ;
- permettent la transmission par AOL des données personnelles de l'abonné à un tiers, sans son accord express ;
- réservent le droit unilatéral à AOL de modifier les modalités de facturation ;
- exonèrent AOL de toute responsabilité quant au contenu transitant sur son serveur ;
- permettent la résiliation de l'abonnement à tout moment par AOL pour quelque raison que ce soit ;
- présument acceptées les notifications reçues par courrier électronique deux jours après leurs délivrances.

Sont considérées également comme illicites et donc nulles les clauses qui :

- autorisent une modification unilatérale du contrat non-conforme aux dispositions de l'article R.132-2 alinéa 2 du code de la consommation ;
- prévoient une acceptation tacite par le consommateur d'une modification de facturation ;
- imposent des frais exceptionnels en cas de retard de paiement ;
- autorisent le professionnel à résilier le contrat en cas de risque de non-règlement ;
- prévoient que toute facture non contestée dans les 90 jours sera réputée acceptée ;
- autorisent une cession des droits d'auteur de l'abonné au profit d'AOL ;
- limitent l'indemnisation due à l'abonné par AOL à un montant équivalent à 6 mois d'abonnement maximum ;
- autorisent AOL à facturer des frais d'avocat raisonnables pour non-respect des conditions générales.

Dans son dispositif, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre ordonne à la société AOL la suppression de ces clauses dans un délai d'un mois sous astreinte de 1000 euros par jour de retard à l'expiration du délai imparti, la condamne à 30000 euros de dommages et intérêts et l'oblige aux habituelles communications de la décision au public ainsi qu'à ses abonnés par l'envoi d'un e-mail.

4) Clause ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle

Cass. Civ, 2^{ème} 18 mars 2004 : N° 03-103271

Les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à la loi, selon lesquelles sont réputées non écrites, parce qu'abusives, certaines clauses ces contrats conclus entre les professionnels et les non-professionnels ou consommateurs ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant, tel que le contrat d'assurance accessoire à des prêts professionnels souscrits pour les besoins de l'exploitation d'un fonds de commerce.

Sylvain Lafont

4. – Exécution des contrats de consommation

a. – Conformité des produits et des services

5) Conformité.

Cass. Civ 2^{ème}, 10 juin 2004 : N° 02-19600

Il est de coutume de se méfier des petites annonces, de nombreux lecteurs ont été déçus en matière matrimoniale notamment... Mais la Cour de cassation restaurera peut-être la confiance perdue en condamnant l'éditeur d'un journal d'annonces entre particuliers qui avait laissé paraître une offre à propos

d'un véhicule non conforme, et sans que l'acheteur puisse ensuite se retourner contre le vendeur devenu entre temps introuvable. L'acheteur n'avait pas obtenu gain de cause devant la Cour d'appel qui avait considéré que « *l'occasion est un marché à risque, et de ce fait la charte de bonne conduite imprimée dans ce journal ne fait que créer un état de confiance et qu'ainsi le comportement de l'éditeur ne saurait caractériser une véritable tromperie de sa part, ni même une faute de négligence* ». D'un avis contraire, la Cour de cassation casse cet arrêt sous le visa de l'article 1382 du Code civil ; le journal d'annonces « *en laissant paraître une annonce comportant des mentions erronées sur le nombre des immatriculations antérieures et désignant un véhicule qui avait été gravement accidenté, avait commis une faute ayant concouru au dommage subi par M. Y* ». Mais quelle est donc la faute commise par l'éditeur du journal de petites annonces ? Sa faute consiste en la violation de la Charte de bonne conduite qu'il avait mise en place et que s'engageaient à respecter les auteurs de petites annonces ; charte qui constitue un élément d'attraction du consommateur.

S'agit-il d'une faute constitutive d'une tromperie ou seulement d'une négligence ? La Cour n'y répond pas directement mais il y a fort à parier qu'il est plutôt question d'une faute de négligence, en effet un des éléments essentiels de la tromperie ; à savoir l'intention d'induire en erreur autrui n'est pas avérée. Mais dans la mesure où l'obligation de vérifier la véracité de chaque annonce publiée dans ce type de journaux est impossible, et que donc la faute de négligence apparaît être un pis aller critiquable, ne peut-on pas rechercher un autre fondement à la mise en jeu de la responsabilité de l'éditeur ? Serait-ce l'élargissement de la sphère d'influence des articles 1602 et suivants du Code civil, et ainsi considérer que l'intermédiaire au contrat de vente est lui aussi tenu d'une obligation de délivrance conforme, ou tout au moins de vérifier son exécution ? Il semble que le visa de l'article 1382 C. civ. choisi par la Cour de cassation à l'occasion de cet arrêt indique une solution et un raisonnement bien plus simples et classiques : l'annonceur en instituant une charte de bonne conduite à susciter la confiance légitime des consommateurs, confiance dont il n'a pas su ou pu être à la hauteur engageant ainsi sa responsabilité. Cette faute soulignée par la Cour a contribué au dommage subi par l'acheteur, il ne s'agit donc certainement pas de mettre à la charge du journal d'annonces la responsabilité incombant au vendeur indélicat.

Céline Alcalde

Allocataire de recherches, faculté de droit de Montpellier

6) Vices cachés.

Le vice caché d'un immeuble ne saurait résulter d'un événement extérieur à l'immeuble !

Cass. civ, 3^{ème}, 6 octobre 2004 : N° 03-12497

Deux contractants ont conclu une promesse synallagmatique de vente d'un immeuble avec une clause de non garantie en raison des vices cachés, les acquéreurs autorisés à occuper les lieux avant la signature de l'acte authentique ont constaté que des bruits assourdissants extérieurs à l'appartement venaient troubler leur quiétude. Ils ont logiquement refusé de réitérer leur consentement à la vente et ont assigné le vendeur en résolution de la vente.

Le juge devait donc déterminer si la survenance de bruits quasi perpétuels dans un immeuble en copropriété pouvait constituer un vice caché entraînant résolution de la vente d'un des appartements de la copropriété ? La Cour d'appel de Bordeaux répond par la négative en se fondant sur une jurisprudence établie en la matière (CA Paris 23 février 1999 ; D. 1999, IR, p. 106) qui a fait de l'article 1641 du Code civil une interprétation très stricte. Le vice ne saurait résulter d'un événement extérieur à l'immeuble dès lors que l'article 1641 du Code civil fait état « *du vice de la chose* », or des bruits extérieurs à l'appartement ne relèvent pas de la chose elle-même objet du contrat.

Cette interprétation littérale est condamnée par la Cour de cassation aux motifs que la Cour d'appel a ajouté au texte légal, la 3^{ème} chambre décide que la loi n'exige pas que le vice soit rattaché expressément à la chose, qu'il découle « *physiquement* » de la chose. Bien contraire la Cour devait s'attacher à rechercher si le trouble rencontré par les époux ne rendait pas l'appartement impropre à l'usage auquel ils le destinaient, ou diminuait tellement cet usage que les acheteurs ne l'auraient pas acquise... Et effectivement, dans notre société qui fait des luttes contre les nuisances sonores un cheval de bataille, il est aisé de comprendre que les acquéreurs sont en droit d'exiger un environnement sonore normal.

Céline Alcalde

b. – Sécurité des produits et des services

7) Bref aperçu sur l'ordonnance du 9 juillet 2004 portant transposition de la Directive n°2001/95/CE du 3 décembre 2001

Ordonnance n°2004-670 du 9 juillet 2004

Voilà encore une directive européenne transposée par voie d'ordonnance dans notre droit interne, cette voie est aujourd'hui privilégiée par le gouvernement afin de pas augmenter la masse des directives non transposées (pour un état des lieux en la matière voir le site :http://www.viepublique.fr/actualite/alaune/2004/breve_transposition_directives_europeennes.htm) Revenons d'abord au texte européen ; il s'agit de la directive du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, il s'agit de renforcer, au plan communautaire, « *l'obligation générale de commercialiser des produits sûrs et d'améliorer les mesures relatives à la sécurité des produits visant à garantir un niveau de protection élevé et cohérent de la sécurité et de la santé des personnes dans la CE, ainsi que le bon fonctionnement du marché intérieur* ». Un produit est sûr au sens de la directive si il ne présente aucun risque ou des risques réduits compatibles avec l'utilisation du produit et acceptables à l'égard d'une protection élevée pour la santé et la sécurité des personnes. Un produit est réputé sûr lorsqu'il est conforme aux dispositions communautaires spécifiques régissant sa sécurité, ou à défaut aux dispositions des Etats membres. L'ordonnance transposant en droit de la consommation ces dispositions est organisée de la façon suivante : il s'agit d'abord de déterminer la teneur des contrôles mis en œuvre pour vérifier que les producteurs respectent les exigences de la directive, et ensuite de mettre à la charge de ces derniers de nouvelles obligations en matière de sécurité des produits.

1. Le contrôle du respect de l'obligation générale de sécurité.

Afin de permettre un contrôle plus efficace, l'ordonnance (article 1) simplifie les dispositions du Code de la consommation relatives aux agents habilités à appliquer le titre I dudit Code ; aux agents traditionnels tels que les agents de la DGCCRF, les officiers de police judiciaire... (Art. L215- 1 du Code de la consommation) sont ajoutés les inspecteurs du travail, les agents mentionnés aux articles L. 1312-1 du Code de la santé publique, L. 514-13 du Code de l'environnement et L. 40 du Code des postes et des télécommunications. Le lieu du contrôle est aussi sensiblement élargi puisque ces agents peuvent procéder à des vérifications dans tous « *les lieux utilisés à des fins professionnelles* » (nouvel article L. 215-3 du Code de la consommation), alors qu'auparavant le Code énumérait limitativement ces lieux de contrôle. Afin nous citerons, parmi d'autres modifications de moindre envergure, celle qui concerne la consignation des produits suspects, la durée de cette consignation sera d'un mois, au lieu de quinze jours auparavant permis. De même, le fait d'entraver les missions de la DGCCRF pourra être plus largement sanctionné car l'article L. 217-10 nouveau contient la disposition « *faire obstacle* », contrairement à l'ancienne rédaction contenant les termes « *mis dans l'impossibilité d'accomplir leurs fonctions* ».

2. La modification des articles L. 221-1 et s. du Code de la consommation.

L'article 5 de l'ordonnance du 9 juillet 2004 est porteur de changements plus importants, il complète les articles L. 221-1 en introduisant trois sous articles L. 221-1-1 à L. 221-1-13. Nous nous intéresserons ici qu'à quelques nouveaux articles, et notamment l'article L. 221-1-2 qui crée à la charge du producteur « *une obligation de suivi de produits* ». Cette obligation peut être définie de la manière suivante : les opérateurs économiques devront informer les consommateurs des risques que peuvent poser les produits qu'ils mettent sur le marché pour leur santé ou leur sécurité. Ils pourront notamment dans l'objectif de satisfaire à cette obligation mettre en place un système de traçabilité des produits, et engager des actions de retrait ou de rappel. L'on peut s'interroger sur la teneur de cette obligation de suivi ; est-ce la même que celle évoquée dans l'article 1386-12 du Code civil ? Selon ce texte, le producteur ne peut invoquer l'exonération pour risque développement si le « *défaut s'étant révélé il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables* », à l'analyse il est légitime de reconnaître comme équivalentes ces deux obligations malgré leurs sources différentes. En effet, il s'agit de responsabiliser le producteur en lui faisant peser sur la tête une *épée de Damoclès* efficace, le système préventif et répressif ayant le même objectif : la protection du consommateur. De plus, les opérateurs devront aux termes de l'article L. 221-1-3 assumer une obligation de signalement des risques aux autorités compétentes. Et en cas de danger grave, les ministres compétents pourront requérir des opérateurs économiques des mises en conformité rapides du produit, ils

pourront ordonner aussi la soumission du produit en cause à un organisme de contrôle indépendant et impartial figurant sur une liste fixée par arrêté (article L. 221-7)

Céline Alcalde

Allocataire de recherches, faculté de droit de Montpellier

8) Précaution en matière de compléments alimentaires.

Cass. crim., 23 mars 2004 : Juris Data N° 2004-023362

Cass. crim., 21 septembre 2004, n° 04-81418

Par deux arrêts en date du 23 mars (V. à ce propos S.Bénils, Actualité du droit de la consommation n° 2004/1) et du 21 septembre 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation fait référence au principe de précaution quant à la distribution de compléments alimentaires.

Les faits sont similaires dans les deux espèces. La première de ces affaires met en scène Michel X... et Patrice Y... qui ont commercialisé en France, au cours du premier semestre de l'année 2000, par le biais de la société Phyto-Min, des compléments alimentaires qui provenaient de Suisse et des Etats-Unis. La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a établi que ces compléments alimentaires contenaient des oligo-éléments et des vitamines non autorisés tels que l'argent, le cobalt, le lithium, le nickel, l'or, le soufre et la vitamine D ou des composants autorisés, telles certaines vitamines et de l'iode, mais en quantités supérieures à celles permises par l'arrêté du 3 décembre 1993. Enfin, certains compléments alimentaires vendus par les prévenus contenaient des plantes ou leurs extraits dont l'utilisation comme aliments n'est pas expressément permise ou ne l'est uniquement que dans un but d'aromatisation. Dans la seconde espèce, Anne X et Gérard Y ont commercialisé en France, sous la marque « Nature's plus » divers compléments alimentaires comportant des substances non autorisées (acides aminés, plantes, vitamines et minéraux en teneur excessive). En application de l'article L.213-3, 2 du Code de la consommation, les protagonistes de ces deux affaires ont été poursuivis pour exposition, mise en vente ou vente de denrées alimentaires falsifiées, corrompues ou toxiques. Les premiers juges, pour décider que le délit était constitué, se fondèrent sur la sévérité des articles L.212-1 du Code de la consommation et 1^{er} du Décret du 15 avril 1912 (pris pour l'application de la Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produit et de services). Dans les deux espèces, le pourvoi formé par les prévenus pris alors appui sur deux fondements : l'arrêt rendu par la Cour d'appel semblerait non seulement aller à l'encontre de la prévisibilité et de l'accessibilité de la loi pénale (en l'absence de définition du « produit chimique » visé à l'article 1^{er} du Décret du 15 avril 1912) mais aussi faire obstacle à l'application des règles communautaires en la matière (en raison des restrictions discriminatoires aux libertés découlant de l'application de normes nationales en matière de sécurité).

Le pourvoi ne fût pas pour autant accueilli par la Chambre criminelle, solution non surprenante eu égard à sa jurisprudence (v. notamment : Cass. crim., 4 juin 2002, n° 01-85.987). La Cour de Cassation a en effet décidé, le 23 mars 2004, que les dispositions du décret du 15 avril 1912 ne sont pas des « règles techniques » au sens de la directive 83/189/CEE du 28 mars 1983. Par conséquent, nul besoin n'était de les notifier à la Commission européenne pour que leur application soit justifiée. En outre, il n'existait pas, à la date des faits, de normes communautaires régissant les compléments alimentaires. Enfin, et en tout état de cause, la directive 2002/46/CE du Parlement et du Conseil du 10 juin 2002, relative aux compléments alimentaires, ne comporte, faute de données scientifiques suffisantes et appropriées, aucune disposition autorisant l'incorporation d'acides aminés ou de plantes dans les compléments alimentaires et prévoit la fixation, non encore intervenue, de limites maximales de sécurité pour les vitamines et minéraux dont la consommation en quantité excessive peut avoir des conséquences néfastes sur la santé. Dès lors, les dispositions nationales interdisant d'incorporer dans les compléments alimentaires des acides aminés, des extraits de plantes ainsi que des vitamines et minéraux en quantités dépassant les apports journaliers recommandés, « constituent **une mesure de précaution**, objective et non discriminatoire ». Cette mesure, justifiée par les incertitudes scientifiques qui subsistent, est nécessaire à la protection de la santé publique, objectif d'intérêt général dont elle poursuit la réalisation de façon proportionnée.

Au-delà de la question intéressante de la définition, en l'espèce, du produit commercialisé, il s'agit également de se pencher sur l'appréciation par les juges des éléments justificatifs de la restriction apportée à la libre commercialisation du dit produit dans les Etats membres de l'Union Européenne.

Concernant d'abord la nature du produit commercialisé, la question était ici de savoir s'il s'agissait d'un produit « ingérable ». La réponse à cette question devait conditionner l'application des dispositions restrictives de l'article L.212-1 du Code de la consommation, imposant une obligation de conformité du produit aux prescriptions relatives à la sécurité et à la santé des personnes dès sa mise sur le marché et, de fait, celle de l'article 1^{er} du Décret du 15 avril 1912, en vertu duquel il est interdit de détenir en vue de la vente, de mettre en vente ou de vendre toutes marchandises et denrées destinées à l'alimentation humaine, lorsqu'elles sont additionnées de produits chimiques autres que ceux dont l'emploi est déclaré licite. Les produits ingérables appartenant juridiquement à la catégorie « médicament » ou à celle d'« aliment », il s'agissait de savoir laquelle devait en l'espèce être préférée. Les juges, se fondant sur la définition du « complément alimentaire », ont décidé qu'il ne s'agissait pas d'un médicament aux termes de l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique (Anc. art. L.511). En effet, le complément alimentaire est un « *produit destiné à être ingéré en complément de l'alimentation courante afin de pallier l'insuffisance réelle ou supposée des apports journaliers* » (Décret n°96-307 du 10 avril 1996). S'il s'était agi d'un médicament, les articles L.212-1 du Code de la consommation et 1^{er} du Décret du 15 avril 1912 n'auraient pu être pris pour fondement.

Concernant ensuite le fondement usité par les juges aux fins de justification de l'atteinte à la libre commercialisation du produit, il semble opportun de noter que l'absence de définition exacte du « principe de précaution » est à nouveau le terreau de constructions jurisprudentielles « remarquables ». C'est en effet en termes de « mesures de précaution objectives et non discriminatoires », face à l'incertitude scientifique en ce domaine, que les juges ont qualifié les législations nationales relatives à la sécurité et à la santé des personnes en matière de complément alimentaire, pour rejeter l'idée selon laquelle ces dispositions constituaient des atteintes aux articles 28 et 30 du Traité CE (sur la question, V. M. Depincé, *Le principe de précaution*, Thèse Montpellier I, 2004). Les arrêts relatés soulignent à ce propos avec justesse que n'est pas contraire au principe communautaire de libre circulation des marchandises, pour obéir à des impératifs de préservation de la santé publique admis par le Traité de Rome, l'établissement de listes nationales positives énumérant les seules substances pouvant être employées, sous certaines formes. Ces exceptions fondées sur la santé publique et la protection des consommateurs sont en effet clairement établies. Sur ce point, un bref rapprochement avec une autre décision également récente est intéressant ; les juges devaient décider que la commercialisation de tels produits, alors même que régulière, dans d'autres Etats membres de la Communauté, ne permettait pas de justifier la méconnaissance des textes en vigueur en cette matière. Ils ne s'attardaient pas, toutefois, à parler de « mesure de précaution » (v. Cass. crim., 29 juin 2004, n° 03-86191).

Reste enfin à souligner, face à « l'incertitude », les dispositions lacunaires de la Directive n° 2002/46/CEE du Parlement et du Conseil du 10 juin 2002, relative au rapprochement des législations des Etats membres concernant les compléments alimentaires. La solution aurait peut-être été différente si l'instance avait été introduite après la ratification, le 22 septembre 2004, de l'ordonnance n°2004-670 du 9 juillet 2004 visant à la transposition, dans le Code de la consommation, de la Directive 2001/95/CE du 3 décembre 2001 sur la sécurité des produits. En effet, ce texte s'appliquera à tous les produits destinés aux consommateurs dès lors qu'il n'existe pas de dispositions équivalentes dans un autre texte communautaire spécifique à certains produits. Pour les produits déjà visés par une directive "nouvelle approche", comme c'était le cas en l'espèce, la directive sécurité générale et son texte de transposition viendront compléter le texte spécifique en introduisant une obligation pour les entreprises de signaler les accidents survenus et les risques aux autorités chargées de la surveillance du marché...poussant ainsi les entreprises à l'auto évaluation ou pire, la délation. L'incertitude scientifique expliquant bien souvent le mutisme du législateur, la question est loin d'être réglée et le principe de précaution ainsi promis à un bel avenir. Ne sera-t-il pas alors nécessaire d'appliquer ce principe nouveau avec précaution ?

Caroline Raja

Allocataire de recherche, faculté de droit de Montpellier

Jean-Louis Respaud

Maître de conférences, faculté de droit d'Avignon

c. – Prix.

(...)

5. – Financement des contrats de consommation.

a. – Techniques de financement.

9) Crédit à la consommation.

L'affirmation que les enjeux du droit sont le plus souvent pécuniaires prend toute sa dimension en matière de crédit. Un formalisme spécifique et rigoureux y est appliqué afin de veiller, d'une part à la protection du consommateur et, d'autre part, aux intérêts des établissements bancaires ou des prêteurs. La jurisprudence en la matière est florissante : le plus souvent les consommateurs de crédits soutiennent le non respect du formalisme du crédit à la consommation afin de voir leurs dettes réduites, les prêteurs cherchant quant à eux à se soustraire à ces obligations. L'analyse de cette jurisprudence nous permet de nous arrêter sur la qualification d'opération de crédit. Ainsi on peut retenir un arrêt de la Cour de cassation relatif au paiement échelonné d'une prestation de service. Par ailleurs le pouvoir de grâce du juge, conféré par les articles L313-12 du code de la consommation et 1244-1 et suivants du code civil, peut également être sujet à litige. En matière communautaire, une décision de la CJCE du 5 octobre 2004, à la suite d'une demande de décision préjudicielle, porte sur l'interprétation de l'article 43 CE.

Facilités de paiement consenties par une agence matrimoniale

Cass.Crim., 24 février 2004 : N° 2004-023321

« *Le paiement échelonné d'une prestation de service à exécution successive peut être constitutif d'une opération de crédit* » : c'est en substance ce que révèle l'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 24 février 2004. Il s'agit d'une prestation de service dont le paiement est échelonné puisque le client avait remis plusieurs chèques qui devaient être encaissés tout au long d'une année. L'article L.311-2 alinéa 2 du code de la consommation prévoit que « *les ventes ou prestations de service dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné sont assimilées à des opérations de crédit* ». Il faut évidemment que l'échelonnement se fasse sur plus de 3 mois, délai légal pour que l'opération de crédit relève des dispositions du code de la consommation. Le tribunal de commerce a débouté la partie civile de ses demandes de condamnation de la gérante de la société pour ouverture de crédit sans remise à l'emprunteur d'une offre préalable, ainsi que perception par un prêteur d'un paiement avant l'expiration du délai de rétractation de sept jours et défaut de remboursement des sommes versées en cas de résolution de plein droit d'un contrat de crédit. La cour casse l'arrêt d'appel entérinant cette solution.

Compte courant et crédit

Cass. com., 7 juillet 2004 : N° 02-16544

L'arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, du 7 juillet 2004 nous propose les faits suivants : un couple ouvre auprès d'un établissement bancaire deux comptes : un dit de compte courant et l'autre ouvert au nom des deux époux. Les époux sont assignés auprès du TGI de Nanterre en paiement du solde débiteur des deux comptes. Les défendeurs soulèvent l'incompétence de cette juridiction au motif qu'il s'agissait d'opérations de crédit soumises aux articles L.311-1 et suivants du code de la consommation dont le contentieux relève exclusivement du tribunal d'instance. L'établissement de crédit soutient que les deux comptes ont fonctionné en compte courant. La Cour d'appel confirme la décision d'incompétence des premiers juges. La Haute juridiction rejette le pourvoi en se fondant sur les motifs de l'arrêt d'appel. Le contrat de compte courant est caractérisé par la possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde pouvant dans la commune intention des parties varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre. Or l'arrêt relève que le compte personnel de monsieur X. avait fonctionné pendant plusieurs années en position débitrice sans enregistrer de remises réciproques. La banque avançait les fonds mais le client ne faisait aucune remise. Le compte ne fonctionnait pas comme un compte courant mais sa position débitrice s'analysait en réalité comme une ouverture de crédit de plus de trois mois soumise aux dispositions des articles L.311-1 et suivants du code de la consommation. L'établissement bancaire soutient que le compte joint ouvert au nom des époux était en réalité un compte courant du fait de la

commune intention des parties de faire modifier les conditions de fonctionnement du compte de dépôt en celle d'un compte courant. La Cour réfute cet argument en rappelant qu'une novation ne se présume point mais doit résulter de la volonté clairement exprimée des parties.

Pouvoir de grâce des juges du fond

Cass.Civ 1^{ère}, 2 juin 2004 : N° 02-16055

Cass. Civ. 1^{ère}, 29 juin 2004 : N° 02-12598

Cass.Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2004 : N° 02-15757

L'article L.312-12 du code de la consommation dispose que « *l'exécution des obligations du débiteur peut-être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil* ». Dans cet arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, du 2 juin 2004, l'établissement bancaire consent à un couple un prêt immobilier par acte du 12 octobre 1990. A la suite du non paiement des échéances, la banque prononce la déchéance du terme le 7 juin 2000. La Cour d'appel de Paris du 26 mars 2002 déboute la demande des époux tendant à obtenir des délais de paiement au motif qu'il n'entraîne pas dans la compétence du juge saisi d'une demande de délais de grâce fondée sur les dispositions de l'article L.311-12 du code de la consommation de statuer, dès lors que la banque avait prononcé la déchéance du terme. La Haute juridiction rejette cet argument et casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris. La Cour pose une solution de principe en considérant que le juge peut déterminer dans son ordonnance fixant les modalités de paiement, un délai de suspension, nonobstant la déchéance du terme dont les effets se trouvent par là même suspendus.

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2004 porte sur les mesures prises par les juges. Ici la Cour de cassation censure la décision de la cour d'appel de Grenoble datant du 6 décembre 2000 qui déclare irrecevable la demande présentée par un emprunteur au motif qu'elle a été formée pour la première fois en cause d'appel. La cour de cassation décide que la demande peut être formulée en tout état de cause. Par conséquent les demandes de grâce peuvent également être formulées en appel.

Enfin pour être plus complet en matière de délai de grâce, la cour de cassation du 28 septembre 2004 décide que l'article L.312-12 du code de la consommation s'applique non seulement au contrat en cours mais également aux contrats résiliés.

Droit d'établissement et réglementation bancaire

CJCE 5 oct. 2004 affaire CaixaBank France contre/ Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, affaire C-442/02.

Depuis le 18 février 2002, Caixa bank France, société de droit français dont le siège se trouve en France et qui est une filiale de Caixa Holding, société de droit espagnol dont le siège social est en Espagne, commercialise en France un compte de dépôts à vue rémunéré à 2% l'an à partir d'un encours de 1500 euros. Par une décision de la commission bancaire et financière du 16 Avril 2002, Caixa bank s'est vue, d'une part, interdire de conclure avec des résidents en France de nouvelles conventions portant sur des comptes à vue rémunérés libellés en euros, et d'autres part, enjoindre de dénoncer les clauses des conventions déjà passées prévoyant la rémunération de tels comptes.

En effet, le règlement n° 86-13 du comité de la réglementation bancaire et financière, homologué par arrêté du ministre de l'économie et des finances, du 14 mai 1986 (JORF du 15 mai 1986, p.6330), interdit la rémunération des comptes à vue.

La Caixa Bank s'est pourvue en cassation contre cette décision du conseil d'Etat qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante : l'interdiction faite par un Etat membre aux établissements bancaires régulièrement installés sur son territoire de rémunérer des dépôts à vue et d'autres fonds remboursables constitue-t-elle une entrave à la liberté d'établissement ?

La CJCE considère qu'il s'agit d'une entrave et décide que « *l'article 43 CE s'oppose à la réglementation d'un Etat membre qui interdit à un établissement de crédit, filiale d'une société d'un autre Etat membre, de rémunérer les comptes de dépôts à vue libellés en euros, ouverts par les résidents du premier Etat membres* ».

Dalil Ouhamed

Doctorant, faculté de droit de Montpellier

b. – Garanties du financement

10) Cautionnement :

Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003, article L.341-4 du Code de la consommation
Application dans le temps : Paris, 22 octobre 2004, D.2004 AJ p. 2994.

La loi du 1^{er} août 2003, dite pour l'initiative économique, introduit dans le Code de la consommation de nouvelles dispositions relatives au cautionnement, contenues aux articles L.341-2 à L.341-6. S'il ne s'agit pas matériellement de dispositions de droit de la consommation, puisqu'elles s'appliquent à tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques auprès de créanciers professionnels, leur codification dans le Code de la consommation les rattache formellement à cette matière. Le Code de la consommation serait même devenu le siège du droit commun du cautionnement(1), aussi nous faut-il nous intéresser à l'application de ces nouveaux textes et, notamment, à leur application dans le temps.

Le législateur a prévu que les articles L.341-2 et L.341-3 qui imposent, sous peine de nullité du contrat, des mentions manuscrites, s'appliquent à compter du 5 février 2004. S'agissant de dispositions relatives aux conditions de formation du cautionnement, il est bien évident, même si ce n'est pas précisé dans la loi, que ces textes ne concernent que les contrats conclus après le 5 février 2004.

L'article L.341-4, qui nous intéresse ici, est entré en vigueur immédiatement, soit le 5 août 2003. Mais s'applique-t-il uniquement aux contrats conclus après cette date ou également aux contrats en cours ? Là encore, le législateur n'a pas jugé utile d'apporter de précision. Rappelons que ce texte interdit au créancier professionnel de se prévaloir d'un cautionnement souscrit par une personne physique si le montant de son engagement était, au jour de la conclusion du contrat, manifestement disproportionné par rapport à ses biens et revenus ; le texte réservant l'hypothèse où le cautionnement ne serait plus disproportionné au jour où la caution est actionnée.

L'article L.341-4 généralise les dispositions de l'article L.313-10 du Code de la consommation, qui ne s'applique qu'aux cautionnements de crédits à la consommation et de crédits immobiliers. Ceci dit, la sanction de la disproportion avait déjà été généralisée par la jurisprudence dans l'arrêt *Macron*(2) : la disproportion procédait d'une faute contractuelle du créancier susceptible d'engager sa responsabilité. La Cour de cassation est ensuite revenue en arrière dans l'arrêt *Nahoum*(3) pour les cautions dirigeantes. Pour engager la responsabilité du créancier, ces dernières étaient contraintes de prouver que le créancier avait, au moment de la conclusion du contrat, des informations relatives à leur situation financière dont elles-mêmes ne disposaient pas. Autant dire qu'il était très difficile de se prévaloir de la disproportion pour les cautions dirigeantes. La loi du 1^{er} août 2003 ne distinguant pas, et s'appliquant à tous les cautionnements conclus par des personnes physiques auprès de créanciers professionnels, l'article L.341-4 est donc très favorable aux dirigeants par rapport au droit antérieur. Autant dire qu'ils ont tout intérêt à ce qu'il s'applique aux contrats en cours.

Ce texte ne concernant pas, au contraire des articles L.341-2 et L.341-3, les conditions de formation du contrat, mais ses effets, il serait tentant de dire qu'il s'applique immédiatement aux contrats en cours. Mais si, en principe, la loi nouvelle s'applique aux effets futurs des situations juridiques en cours, il en va différemment lorsque la situation juridique en question est un contrat(4). Dans ce cas, en principe, le contrat reste soumis à la loi en vigueur au moment de sa conclusion, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public. L'analyse du texte de l'article L.341-4 n'est alors pas aisée, mais il est vraisemblable que les parties ne pourront pas y déroger.

(1) D. LEGEAIS, *Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement*, JCP E 2003, 1433.

(2) Com. 17 juin 1997, JCP E 1997.II.1007 note D. Legeais ; Defr. 1997.1424 obs. Aynès ; RTD Civ. 1998. 100 obs. Mestre ; et 157, obs. Crocq.

(3) Com. 8 octobre 2002, D.2003.414 note Koering ; JCP 2003.II.10017, note Picod ; *ibid.* I.124 obs. Simler ; *ibid.* I.134 obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Defr. 2003. 456 note S. Piédelièvre ; Contrats, Conc. Consom. 2003, n° 20 note Leveneur ; Petites Affiches 18 juill. 2003 note Brenner ; RTD Civ. 2003. 125 obs. Crocq ; RTD Com. 2003. 151 obs. Legeais.

(4) D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, Litec, Objectif Droit, 3^{ème} éd., 2002, n° 214.

C'est sur un autre plan cependant que la Cour d'appel de Paris envisage le problème. Il faut dire qu'en l'espèce l'instance avait été introduite avant l'adoption de la loi Dutreil. Ainsi, un dirigeant non associé s'était porté caution de la société qu'il dirigeait. Actionné en paiement, il avait alors invoqué la responsabilité du créancier pour cautionnement disproportionné et avait été débouté par le Tribunal de commerce de Créteil le 18 février 2003. En effet, la caution ne démontrait pas que la banque aurait eu sur ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement prévisibles, en l'état du succès escompté de l'opération commerciale entreprise par la société débitrice, des informations qu'elle-même aurait ignorées. En appel, la caution a invoqué l'application immédiate de l'article L.341-4 du Code de la consommation. La décision des premiers juges est cependant confirmée, aux motifs que « *le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 Conv. EDH s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice de nature à influencer sur le dénouement judiciaire des litiges ; cette règle s'applique quelle que soit la qualification donnée à la loi et même lorsque l'État n'est pas partie au procès* ». Une telle solution ne peut que laisser circonspect. En effet, les motifs utilisés par la Cour d'appel de Paris sont ceux utilisés, jusqu'à présent, par la Cour de cassation, relativement aux lois de validation⁽⁵⁾. Or la loi du 1^{er} août 2003 ne peut pas être considérée comme une loi de validation : elle prive d'effet, sans les annuler, des cautionnements disproportionnés, elle ne valide pas des actes qui auraient été annulés auparavant. Par ailleurs, l'application immédiate de la loi nouvelle concerne également les instances en cours⁽⁶⁾. Mieux valait donc poser le problème de l'application de la loi dans le temps : l'article L.341-4 est-il d'application immédiate ? Plus précisément, est-on dans l'exception à ce principe (la loi nouvelle ne régit pas les contrats en cours) ou dans l'exception à l'exception (la loi nouvelle d'ordre public s'applique aux contrats en cours) ? Pour le savoir, il faut donc se demander si ce texte est d'ordre public ou non. Du reste, c'est le raisonnement tenu un peu plus tôt dans l'année par la Cour d'appel de Caen⁽⁷⁾, qui a estimé que rien dans la loi ne laissait supposer que le législateur avait eu l'intention d'appliquer le nouveau texte aux contrats conclus avant son entrée en vigueur.

La solution apportée par la Cour d'appel de Caen peut être contestée : il semble en effet, faute pour les parties de pouvoir y déroger, que la déchéance du cautionnement pour disproportion est d'ordre public. Mais elle a le mérite de poser le problème, ce qui n'est pas le cas de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, qui restera une occasion manquée, pour les cautions dirigeantes ayant souscrit leur engagement avant le 5 août 2003, de savoir si elles pourront se prévaloir de la disproportion, même si elles ne démontrent pas le terrible déséquilibre informationnel imposé par la jurisprudence Nahoum. Il faudra donc encore attendre une décision de la Cour de cassation.

Mentions de l'article L.313-7 du Code de la consommation. Erreur de « recopiage ». Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, publié au bulletin.

L'article L.313-7 du Code de la consommation impose, sous peine de nullité, que le cautionnement d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier souscrit par une personne physique contienne une mention manuscrite. Le texte semble très exigeant, dans la mesure où il énonce que la caution doit « *faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci* »⁽⁸⁾. Que se passe-t-il donc lorsque la mention n'est pas exactement reproduite, lorsque la caution fait une faute ?

La question mérite d'être posée car l'article L.341-2 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003, reprend exactement la même formulation. Décidément, J.K. Rowling fait des émules des deux côtés de l'hémicycle et la mode des formules sacramentelles n'est pas près de passer. Le juge, de son côté, préfère éviter de jouer aux apprentis sorciers. Ainsi, la caution qui avait oublié la conjonction de coordination « et » dans la mention obligatoire n'a pas pu obtenir l'annulation de son engagement. La solution est heureuse pour la sécurité juridique, et ce d'autant plus que malgré l'omission d'un mot, la formule conservait tout son sens.

Stéphane Bénils
ATER, faculté de droit de Montpellier

(5) Voir notamment Ass. Plén. 24 janv. 2003, D.2003 p. 1648, note Paricard-Pioux.

(6) Soc. 7 mai 1981, Bull. civ. V, n°406 ; Civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, JCP 2003.II.10135 note Desgorces.

(7) Caen, 10 juin 2004, D.2004 AJ p. 2437, obs. Avena-Robardet.

(8) Nous soulignons.

c. – Surendettement

11) Bref aperçu sur l'actualité en matière de surendettement des particuliers.

Conditions d'ouverture de la procédure :

Nature des dettes :

Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004 : N° 03-04125

Prive sa décision de base légale le juge de l'exécution qui, sans rechercher si les dettes non professionnelles dont est tenu l'intéressé ne suffisent pas à le placer en situation de surendettement, confirme l'irrecevabilité d'une demande de traitement d'une situation de surendettement.

La commission de surendettement des particuliers a déclaré une demande de traitement d'une situation de surendettement irrecevable au motif que la nature de l'endettement ne paraissait pas relever de sa compétence. Le juge de l'exécution a confirmé cette décision en retenant que le principal des dettes de l'intéressé avait un caractère professionnel. La Haute juridiction a censuré la décision au motif que le juge aurait dû rechercher si les dettes non professionnelles dont étaient tenus M. et Mme X. ne suffisaient pas à les placer en situation de surendettement. L'article L. 331-2 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 alors applicable, définit bien la situation de surendettement des personnes physiques comme « *l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* ». La décision de la Cour de cassation apparaît alors compréhensible : la présence de dettes professionnelles n'empêche en rien que l'ensemble des dettes non professionnelles placent l'intéressé dans une situation de surendettement des particuliers. Il reste à noter que la nouvelle loi n'a en rien modifié la définition du surendettement figurant désormais à l'article L.330-1 du Code de la consommation.

Déroulement de la procédure :

Autorité de chose jugée de l'ordonnance

Cass, Civ.2^{ème}, 21 octobre 2004 : N° 00-20515

La décision par laquelle le juge de l'exécution vérifie la validité et le montant des titres de créance n'a pas l'autorité de la chose jugée.

Par ordonnances de 1996, un juge de l'exécution, saisi par une commission de surendettement d'une demande de vérification du passif de Mme X a prononcé la déchéance du crédit foncier de France de son droit aux intérêts et arrêté sa créance à une certaine somme. N'ayant pu obtenir de plan conventionnel de redressement, la commission de surendettement a ensuite recommandé différentes mesures qui ont été contestées par le Crédit foncier. Celui-ci a en effet demandé au juge de revenir sur le prononcé de sa déchéance. Cette demande n'a pas été accueillie par le juge de l'exécution qui considéra que les ordonnances ayant prononcé la déchéance étaient devenues définitives. Les juges d'appel confirmèrent cette décision (CA Bordeaux, 17 décembre 1996). Le crédit foncier assigna alors Mme X. devant un tribunal de grande instance afin que le prononcé de sa déchéance soit à nouveau examiné. Les juges de la Cour d'appel de Bordeaux, le 26 juin 2000, considérèrent que l'arrêt rendu par les premiers juges d'appel avait définitivement réglé cette question. Au visa de l'article L. 332-2 du Code de la consommation, selon lequel « *une partie peut contester devant le juge de l'exécution les mesures recommandées par la commission en application de l'article L. 331-7 ou de l'article L. 331-7-1, dans les quinze jours de la notification qui lui en est faite* » et de l'article 1351 du Code civil, qui stipule que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* », la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 21 octobre 2004, est cependant venue préciser que la décision du juge de l'exécution par laquelle il vérifie la validité et le montant des titres de créance n'a pas autorité de chose jugée. En conséquence, la déchéance de la créance du Crédit foncier de France pourrait bien être remise en cause.

Autorité de chose jugée du jugement :

Cass, Civ.2^{ème}, 2 juin 2004 : N° 02-11012

La vérification des créances par le juge du surendettement est opérée à titre provisoire pour les besoins de la procédure et le jugement de redressement n'a pas autorité de chose jugée au principal concernant la fixation des créances.

Le juge de Carvin, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire civil, a fixé par jugement la créance de la société Cetelem à l'encontre des époux X. à hauteur d'une certaine somme. Il est prévue que celle-ci soit réglée en plusieurs échéances. Face au non paiement de ces échéances par les époux X., la société de crédit les assigne alors en paiement du solde restant dû. Le tribunal d'instance de Carvin rejette cette demande. En effet, la société Cetelem n'avait produit ni le contrat initial de crédit, ni l'historique du compte. Ce n'est pas ce qui fût décidée par la Cour d'appel de Douai, le 26 octobre 2000, qui condamna les époux X. à paiement. Les juges considérèrent en effet que le plan de redressement n'ayant pas été respecté, le créancier pouvait agir en recouvrement de sa créance sur la base du jugement de redressement devenu irrévocable et s'imposant aux parties. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le 2 juin 2004, n'a pas entériné cette solution. Au visa de l'article L. 332-1 du Code de la consommation, les juges ont décidé qu'en l'absence d'examen du bien fondé de la créance initiale et la vérification des créances par le juge du surendettement étant opérée à titre provisoire pour les besoins de la procédure, le jugement de redressement n'a pas autorité de chose jugée au principal concernant la fixation des créances. Par conséquent, les époux X. n'avaient pas à payer le solde de la somme due. En effet, aux termes de l'article L. 332-1 du Code de la consommation, s'il n'a pas été saisi de la contestation prévue à l'article L. 332-2, le juge de l'exécution confère force exécutoire aux mesures recommandées par la commission en application de l'article L. 331-7 et du premier alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité, et aux mesures recommandées par la commission en application du troisième alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé.

Assiette :

Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004 : N° 03-04115

Le renvoi à l'article L. 145-2 du Code du travail par l'article L. 331-2 du Code de la consommation ne concerne que les quotités et non l'assiette du calcul du montant des remboursements, laquelle englobe la totalité des ressources de l'intéressé, y compris la pension de veuve de guerre.

A la suite de la confirmation par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du rejet de son recours formé contre les mesures recommandées par la commission de surendettement, Mme X. a formé un pourvoi en cassation au motif que les pensions instituées par le Code des pensions civiles et militaires étant incessibles et insaisissables, la commission de surendettement n'aurait pas dû les prendre en compte pour apprécier le montant des ressources mensuelles dont elle disposait. L'article L. 145-2 du Code du travail auquel renvoie l'article L. 331-2 du Code de la consommation prévoit que les sommes dues à titre de rémunération ne sont saisissables ou cessibles que dans certaines proportions. La demanderesse en avait donc déduit que, *a contrario*, les sommes insaisissables et incessibles, telles les pensions de veuve de guerre, n'entraient pas dans les ressources à prendre en compte pour calculer le montant des remboursements. La Haute juridiction a néanmoins conclu que l'article L. 145-2 du Code du travail ne faisait référence qu'aux quotités et non à l'assiette du calcul du montant des remboursements, laquelle englobe la totalité des ressources de l'intéressé, y compris la pension de veuve de guerre, quand bien même celle-ci serait incessible ou insaisissable.

Christine Godard

Doctorante, faculté de droit de Montpellier

Caroline Raja

Allocataire de recherches, faculté de droit de Montpellier

Dénouement de la procédure :
(...)

12) Actualité commentée en matière de surendettement des particuliers

Rupture du plan de redressement

Cass, Civ.2^{ème}, 23 septembre 2004 : N° 02-13856

En 1984, la caisse d'épargne Ile-de-France Nord accorde un prêt de 450 000 Francs à M. et Mme X. Face à une situation financière difficile, les époux X. demandent alors que leur soit octroyé le bénéfice des règles du redressement judiciaire civil. Afin de faciliter leur situation, le juge de l'exécution réaménage le paiement des sommes dues et les autorise donc à s'acquitter de leur dette en plusieurs mensualités. Cependant, les époux X. omettent de s'acquitter de trois mensualités...et la Caisse d'épargne ne manque pas de le leur rappeler en leur adressant successivement mise en demeure de payer le solde du prêt et commandement à fin de saisie immobilière. Considérant que la banque n'avait pas à prononcer la déchéance du plan de redressement sans s'en référer au juge de l'exécution, c'est finalement sur le fondement de l'abus de droit que les époux X. l'ont assigné afin d'obtenir sa condamnation au paiement de dommages-intérêts. Ce n'est pas pour autant que leur demande fut accueillie par les premiers juges qui condamnèrent les époux X. au paiement complet de leur prêt en raison de leur non respect du plan de redressement. Le 23 septembre 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation devait entériner cette solution.

Loin de constituer un arrêt inédit en la matière, cette décision présente néanmoins grand intérêt à deux égards. Il s'agissait ici non seulement de savoir si les créanciers, dans le cadre du redressement civil, étaient aptes à se prévaloir de la rupture du plan par le débiteur et, partant, d'en invoquer la déchéance, sans en faire la demande auprès du juge de l'exécution, mais aussi de s'interroger sur les causes de la rupture imputables à la personne surendettée. Concernant d'abord la compétence du créancier pour décider de la caducité du plan, les époux X. soulevaient, à l'appui des articles L.331-3, L.331-7 et L.332-2 du Code de la consommation, que seul le juge de l'exécution a le pouvoir de déclarer que le plan qu'il a arrêté est devenu caduc après avoir appelé tous les créanciers. De ce fait, la banque ne pouvait, en principe, déclarer seule le plan de redressement caduc et exiger le paiement des sommes. La question de la déchéance du plan n'est pas nouvelle, puisqu'il est en effet de pratique courante pour le juge de l'exécution d'inclure dans les plans de redressement civil des clauses dites « de déchéance » ou « de caducité ». Cette pratique avait déjà été validée par les juges du fond (v. notamment : CA Angers, 23 octobre 2001, BICC 1^{er} mai 2002 n°467) et la Cour de cassation semble en admettre explicitement l'utilisation. Cette solution n'aurait peut être pas été la même si l'instance avait été introduite après l'entrée en vigueur de la loi n°2003-710, dite loi « Borloo », du 1^{er} août 2003 et de son décret d'application n° 2004-180 du 24 février 2004 modifiant l'article R.331-17 du Code de la consommation qui ne prévoit désormais l'utilisation de ce type de sanction que dans le seul cadre conventionnel. Concernant ensuite les cas dans lesquels les débiteurs peuvent se voir privés du bénéfice du plan, les époux X. se référaient à l'article L.333-2 du Code de la consommation. Cette disposition énumère en effet les « fautes » commises par le débiteur susceptibles de causer déchéance des mesures protectrices du redressement. C'est ainsi qu'est déchu de ce bénéfice toute personne qui aura sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts, qui aura détourné ou dissimulé, ou tenté de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ou qui, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, aura aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures de l'article L. 331-7 ou de l'article L. 331-7-1. En l'espèce, les époux X. n'avaient commis, a priori, aucune de ces « fautes ». Par conséquent, les créanciers n'auraient pas dû recouvrer leur droit de poursuite individuelle. La Haute juridiction répondit néanmoins que le non-respect de la clause de déchéance permettait aux créanciers de se prévaloir de la déchéance du plan. C'est donc en se fondant uniquement sur les termes du plan que les juges ont pu considérer que les époux X. ne pouvaient bénéficier plus longtemps des mesures protectrices du redressement civil.

Caroline Raja

Allocataire de recherches, faculté de droit de Montpellier

Situation irrémédiablement compromise :

TI Niort, 16 juin 2004

Cass, Civ 2^e, 24 juin 2004, 02-04154

Cass, Civ 2^e, 24 juin 2004, 03-04082

Cass, Civ 2^e, 8 juillet 2004, 02-16582

Cass, Civ 2^e, 8 juillet 2004, 03-04122

Le surendettement des particuliers n'est pas un phénomène nouveau. Depuis maintenant des années, il arrive que des personnes physiques se trouvent dans l'impossibilité de faire face à leurs engagements pécuniaires. Le traitement de ces situations a très vite préoccupé les politiques, ce qui a indigné certains juristes qui y ont vu le droit de ne pas payer ses dettes, ou encore la fin de la sécurité juridique par la mise à mal du principe *pacta sunt servanda* 2.

L'art juridique a alors été de traiter ces cas de surendettement, tout en ménageant les canons du droit.

Les solutions trouvées ont été de deux ordres. D'un côté, tenter de prévenir les situations de surendettement par un renforcement de l'information précontractuelle du consommateur et la multiplication des délais de réflexion. D'autre part, traiter *a posteriori* des situations de surendettement par l'intermédiaire des Commissions de surendettement.

Force a été de constater que les pouvoirs des Commissions en la matière n'ont pas permis de résorber le nombre des ménages surendettés, malgré les mécanismes de plan conventionnel, de recommandations ou de moratoire des dettes, en cas d'insolvabilité durable³.

Il fallait donc pallier à la carence du système juridique en permettant à plus de personnes de retrouver un équilibre financier durable, et par la même occasion, procurer des situations clarifiées aux créanciers de tout ordre. La loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 rentre dans cette vision des choses. Elle s'est inspirée du droit de l'Alsace-Lorraine qui connaît un droit de la faillite des particuliers, mais également d'un certain nombre de pays européens, comme l'Allemagne ou le Royaume-Uni, qui connaissent des procédures collectives de personnes civiles surendettées.

C'est ainsi que « *lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise* »⁴, il peut, sous certaines conditions, obtenir un effacement total de ses dettes non professionnelles.

La première des conditions est celle de la bonne foi. Celle-ci est générale, et s'applique à tout le droit des procédures de traitement des situations de surendettement⁵. En effet, il serait mal venu de permettre à un particulier de mauvaise foi de pouvoir ne pas payer ses dettes et par la même léser les créanciers. Dans cette approche, la bonne foi n'est pas seulement une notion sans application, mais bel et bien un élément essentiel dans le traitement du surendettement⁶. Bien entendu la bonne foi se présume ce qui interdit au juge de relever d'office la fin de non-recevoir résultant de l'absence de bonne foi⁷. C'est aux créanciers de prouver la mauvaise foi du débiteur et d'invoquer par la suite la fin de non-recevoir de la demande de traitement. On relève bien l'enjeu de ce comportement d'autant plus qu'il s'apprécie à différents moments dans les agissements du débiteur⁸. La sévérité du contrôle est réel et sans demi mesure. Un ménage, ayant fait la demande auprès de la Commission de surendettement, dont un des conjoints a fait preuve d'une mauvaise foi reconnue, se voit refuser toute possibilité de faire un recours contre la décision de refus de traitement de leur situation. Le juge, en ce cas ne reçoit même pas leurs griefs⁹.

La deuxième condition¹⁰, suscite plus de discussion. En effet, il faut, pour que le particulier bénéficie des mesures de rétablissement personnel, qu'il soit dans une situation « *irrémédiablement compromise* ». C'est

2 Voir notamment Ripert et Capitan.

3 Voir Art. L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-7-1 Code de la Consommation.

4 Voir Art. L. 330-1 Code de la Consommation.

5 « *La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci* ». Art. L. 330-1 Code de la Consommation.

6 Voir Cass civ 1^{ère}, 4 avril 1991, n° 90-04008, D 1991, I.R, p. 110.

7. Cass, civ 2^e, 24 juin 2004, 03-04082

8 Pour de plus amples développements sur le sujet, voir notamment Lamy Droit Economique 2005.

9 Cass, civ 2^e, 8 juillet 2004, 03-04122 : « *Mais attendu que le juge de l'exécution, appréciant souverainement les éléments qui lui étaient soumis, a retenu que M. X n'était pas de bonne foi ; que, par ce seul motif, la décision est légalement justifiée* ».

10 Nous n'insisterons pas dans ces développements sur le fait qu'il doit s'agir d'une personne physique.

alors au débiteur de prouver que sa situation est irréversible. Le juge détient alors, comme dans toute la procédure, un important pouvoir d'appréciation¹¹, même si ses décisions doivent être motivées¹².

Saisir une situation irrémédiablement compromise n'est donc pas chose facile, tant pour le particulier que pour le juge¹³, d'autant plus que la loi vise la notion sans jamais la définir. Comme le relève les auteurs¹⁴, ce terme n'est pas inconnu du droit français et peut se comprendre comme des faits et circonstances extérieures accréditant l'idée d'une insolvabilité réelle, durable et irréversible. Dans ce cas le juge a besoin de nombreux indices, qui revêtent chacun leur importance. Tout élément pouvant aider à la compréhension de la situation et à imaginer le futur du particulier doit être pris en compte. C'est dans cet esprit que le Tribunal d'instance de Niort, vient récemment de rendre un jugement précisant qu'aucun critère précis, en l'occurrence celui de l'âge, ne peut être la base unique d'une décision de traitement de surendettement, en l'espèce un rétablissement personnel. Selon celui-ci, « *le seul critère de l'âge ne suffit pas* », et « *il ne peut être tiré aucune conséquence de l'âge de la débitrice, sa situation devant être analysée de façon objective eu égard aux éléments [du dossier]* »¹⁵. Dans cette affaire, la Commission de surendettement avait considéré que le demandeur ne pouvait prétendre à une procédure de rétablissement personnel car son âge (35 ans) laissait penser que le particulier allait accroître ses revenus et pouvoir honorer ses engagements financiers. Le Tribunal de Niort n'est pas du même avis et prend soin de prendre en compte d'autres critères, tel que la nature de l'emploi, pour contrebalancer le jeune âge du demandeur et en conclure à une peu probable évolution financière significative.

Cette jurisprudence a le mérite d'être logique et cohérente. Proposer à un particulier surendetté de repartir à zéro est à la fois magnifique, pour le bénéficiaire, mais également dangereux. Dangereux, d'une part, du point de vue de la sécurité des contrats, mais également dangereux en ce que les créanciers peuvent subir avec plus ou moins de difficultés l'effacement des dettes de leur débiteur. Dès lors, il paraît sage de prendre en compte le maximum de critères, et de les confronter, pour obtenir la meilleure des décisions possibles.

Florent Cabetes

Doctorant, faculté de droit de Montpellier

6. – Litiges de consommation

(...)

11 Cass, civ 2^e, 24 juin 2004, 02-04154.

12 Cass, civ 2^e, 8 juillet 2004, 02-16582.

13 Attention la Commission de surendettement n'est pas absente de la procédure de rétablissement, mais le juge à gagner en pouvoir depuis 2003. « *Le juge de l'exécution connaît de la procédure de traitement des situations de surendettement devant la commission de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel* » Art. L. 330-1 al dernier.

14 Contrat-Concurrence-Consommation, Août-Septembre 2004, P. 27.

15 TI Niort, 16 juin 2004.

B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

Sécurité des produits et des services :

Lignes directrices pour la notification des produits de consommation dangereux aux autorités compétentes des États-membres par les producteurs et les distributeurs, conformément à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/95/CE

Disponibles sur le site Internet de la Commission européenne :

http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_safe/prod_safe/gpsd/notification_dang_fr.pdf

La directive générale 2001/95/CE (JOCE n° L. 11 du 15 janvier 2002) donnait mandat à la Commission européenne de fixer les lignes directrices nécessaires à la mise en œuvre de l'obligation de notification des risques par les producteurs. Ces lignes de conduite viennent d'être publiées par la Commission, elles devraient être constamment réévaluées au vu de l'expérience acquise au cours des prochaines crises.

Le professionnel, producteur ou distributeur, doit dès lors qu'il est le premier informé du risque procéder à la notification de celui-ci aux autorités compétentes de l'État-membre concerné (en France : la DGCCRF, la Direction générale de l'alimentation, la Direction de la sécurité et de la prévention routière, voir cette revue, n° 1, p. 31). Une telle notification n'a pas lieu d'être si le professionnel peut seul, et avec certitude, mettre fin au risque, notamment par le retrait des lots de production incriminés. Ce document rappelle que la notification doit avoir lieu dans les dix jours après la découverte du défaut de sécurité, trois si le risque est grave. Doivent figurer dans le formulaire de notification : le nom de l'entreprise déclarante, le nom de l'autorité le recevant, la description précise du produit en cause, la description du risque ainsi qu'une évaluation de tous ses effets, la liste des mesures déjà décidées et effectives ou envisagées, enfin les noms des entreprises détentrices des produits concernés. Le fait que tous les informations nécessaires ne soient pas encore connues ne dispense pas l'entreprise de son devoir de notification, fut-elle incomplète.

Il convient par ailleurs de remarquer que le devoir de notification s'arrête *a priori* aux frontières du savoir scientifique. L'incertitude quant à la dangerosité du produit ne semble pas en effet exiger du professionnel un devoir de notification : « *S'ils ont des preuves de l'existence d'un problème potentiel, les producteurs et les distributeurs doivent être encouragés à prendre contact avec les autorités afin de discuter de l'opportunité d'une notification. Les autorités sont chargées de les aider à s'acquitter correctement de leur obligation de notification* » (p. 9). Cette exclusion pouvait être déduite de la lettre même de la directive générale sur la sécurité des produits qui contrairement au règlement 178/2002 sur la sécurité alimentaire ne tire pas les conséquences pratiques de l'affirmation du principe de précaution. Nul doute cependant que cet encouragement devrait pouvoir devenir une véritable obligation de notification au fil des futures interventions législatives.

En attendant, ces nouvelles lignes directrices tentent de décrire des critères objectifs pour déterminer le niveau de gravité du risque : l'évaluation des risques y est modélisée pour permettre une objectivité rigoureuse dans l'appréciation de leur gravité. Il demeure cependant qu'aussi bien présenté que soit ce genre de schéma, il est important de rappeler qu'un tel procédé ne peut prendre en compte tous les facteurs d'appréciation des risques. Bien des considérations d'ordre subjectif (phobies collectives, choix de société, ...) échappent en effet à ces modèles. Ce type de document ne prévaut d'ailleurs en rien des décisions de justice ultérieures qui en cas de survenance de dommage peuvent être bien plus exigeantes.

Malo Depincé

Docteur en droit

ATER à la Faculté de droit de Montpellier

Libre circulation des marchandises :

CJCE, 2 décembre 2004, aff. C-41/02, Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas

Manquement d'État ; libre circulation des marchandises, articles 28 et 30 Traité CE, nutriments ; législation nationale subordonnant leur commercialisation à l'existence d'un besoin nutritionnel ; pratique des autorisations par le Ministère de la santé

Le cas particulier des additifs alimentaires, parce que les effets de leur utilisation toujours plus grande par l'industrie agro-alimentaire s'avèrent difficiles à apprécier, est des plus intéressants pour étudier la marge de manœuvre des États-membres en ce qui concerne les choix de santé publique. L'exigence de libre circulation des marchandises peut en effet limiter considérablement la marge de manœuvre accordée aux autorités nationales. Car si cette marge de manœuvre existe à n'en pas douter, elle est toutefois limitée. En l'espèce la Commission européenne reprochait au Royaume des Pays-Bas des restrictions techniques, mesures d'effet équivalent, à la commercialisation sur son territoire de certains produits alimentaires enrichis.

La Commission constatait le maintien par les Pays-Bas d'une législation spécifique à l'adjonction de micronutriments aux denrées alimentaires et de sa politique de refus presque systématique d'octroi des autorisations nécessaires à la commercialisation de produits alimentaires enrichis. En pratique en effet les autorités compétentes de cet État-membre n'autorisaient la commercialisation que si le produit pouvait satisfaire à deux exigences, à savoir l'absence de tout danger pour la santé et la certitude que le produit réponde à « *un besoin nutritif réel* ». La matière n'était pas harmonisée, ce fut par conséquent sur le fondement des articles 28 et 30 du Traité CE que la Cour rendit sa décision.

La position de la Commission et la réponse de la Cour de justice des Communautés européennes (saisie par la Commission d'un recours en manquement au titre de l'article de l'article 226 du Traité CE) étaient nuancées. Plus nuancées sans doute qu'elles n'avaient pu l'être en d'autres affaires similaires.

La Cour semble admettre au profit des États-membres une certaine liberté de choix en ce qui concerne les politiques de santé publique. La Commission considérait que le régime de dérogation à l'interdiction de commercialisation allait au-delà de ce qu'exigeait l'objectif de protection de la santé (objectif pouvant justifier au titre de l'article 30 du Traité CE des restrictions à la libre circulation des marchandises), puisqu'il exigeait en pratique à la fois que l'adjonction de micronutriments ne soit pas nocive et qu'elle satisfasse un besoin nutritif réel. Le recours n'était pas cependant dirigé à proprement parler contre la réglementation néerlandaise mais contre la politique particulièrement contraignante à laquelle se livrait l'administration. Ainsi le principe que ce genre de produits soit soumis à une décision d'autorisation n'est pas contraire au principe de libre circulation des marchandises. L'arrêt rappelle d'ailleurs qu'« *il appartient aux États-membres, à défaut d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et de l'exigence d'une autorisation préalable à la mise sur le marché de denrées alimentaires [...]* » (pt 43 arrêt).

Il convient à ce titre de remarquer une différence avec un autre arrêt de la même cour rendu contre la France (CJCE, 5 févr. 2004, *Commission / France*, aff. C 24/00, Europe avril 2004, n° 100). Le principe d'un système préalable d'autorisation de commercialisation n'était pas contesté. Mais la Cour exigeait de l'État-membre une procédure spécifique pour les produits déjà autorisés dans un autre État-membre. La France fut condamnée tant pour ne pas avoir institué de procédure spécifique d'autorisation de commercialisation de nutriments déjà autorisés dans d'autres États membres (pt 37 arrêt préc.) que pour n'avoir pas suffisamment justifié ses refus d'autorisation par des avis scientifiques pertinents et des plus complets (pts 57 et s. arrêt préc.). La Cour considéra par conséquent qu'un « *étiquetage approprié, informant les consommateurs sur la nature, les ingrédients et les caractéristiques des denrées alimentaires enrichies, pourrait permettre aux consommateurs qui sont susceptibles d'être menacés par une consommation excessive d'une substance nutritive ajoutée à ces denrées de décider par eux-mêmes de l'utilisation de celles-ci* » (pt 75 arrêt préc.). Dans l'arrêt du 2 décembre 2004 cependant, les Pays-Bas ne se voient pas reprocher de ne pas avoir institué de procédure spécifique, allégée, applicable aux produits déjà commercialisés dans d'autres États-membres. Il semblerait par conséquent possible désormais de maintenir un mécanisme d'autorisation par dérogation sans distinction entre les produits déjà autorisés dans un autre État-membre et les autres. Il y a lieu pourtant de pouvoir justifier d'une pratique administrative de traitement des demandes de commercialisation suffisamment claire et rigoureuse.

La marge de manœuvre des États, malgré la reconnaissance de ce mécanisme d'autorisation préalable, est en effet limitée. Ce sont la pratique, et les conditions de rejet systématique des demandes de dérogation par le Royaume des Pays-Bas qui furent en l'espèce rejetées. La Cour retint que l'exigence cumulée par l'administration de l'absence d'effet nocif et de la satisfaction d'un besoin nutritionnel réel rendaient impossible toute réponse positive (pt 57 arrêt). Pour en arriver à cette conclusion la Cour s'est livrée à une analyse concrète de dossiers traités par les Pays-Bas. Elle admit qu'il était possible d'apprécier

la dangerosité d'un produit en fonction de ses associations possibles à d'autres. L'apport journalier ne doit pas cependant se confondre avec le plafond toxicologique (pts 58 et s. arrêt). La difficulté de la matière réside dans la multiplication de ces nutriments dans les produits alimentaires de consommation courante, le risque étant que le consommateur en arrive bien malgré lui à consommer des doses de nutriments dangereuses pour sa santé. Le produit enrichi n'est pas en lui-même dangereux, mais associé à d'autres produits il peut à terme avoir des conséquences néfastes pour la santé. C'est la raison pour laquelle de nombreux États-membres réfléchissent à des politiques restrictives à l'égard de ce type de produits. En réalité, à la lecture des arrêts de la CJCE, il semble difficile de mener une véritable politique nationale de santé publique en la matière.

La Cour rappelle également son souci de voir les États-membres apporter une justification scientifique des plus complètes pour chaque mesure nationale pouvant porter atteinte la libre circulation des marchandises. Pour ce faire, elle rappelle l'exigence première du principe de précaution en matière contentieuse et qui réside dans la nécessité d'une évaluation scientifique des risques. Il est désormais évident qu'aucun État-membre ne peut prendre de telles décisions sans avoir préalablement commandé une étude scientifique complète, contradictoire et spécifique : elles ne sauraient être admises par les institutions communautaires que si elles sont établies « *sur la base des données scientifiques les plus récentes qui sont disponibles à la date de [leur] adoption* » (pt 49 arrêt).

De telles difficultés peuvent exhorter les observateurs du droit communautaire à demander, plus qu'un droit des États-membres à définir sans grandes limites leurs orientations sanitaires, une harmonisation de la matière après que sera lancée une étude à l'échelon communautaire des effets de l'adjonction de nutriment aux denrées alimentaires. Mai c'est sans doute ici toute l'ingéniosité du système communautaire que de chercher à inciter les observateurs à souhaiter toujours plus d'Europe.

Malo Depincé

Docteur en droit

ATER à la Faculté de droit de Montpellier

C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

(...)

III. – Les brèves :

(...)

IV. – POUR EN SAVOIR PLUS :

LA REFORME DU DROIT COMMUNAUTAIRE DES CONCENTRATIONS PAR LE REGLEMENT CE N° 139/2004

Le nouveau Règlement CE du Conseil n° 139/2004 sur le contrôle communautaire des concentrations d'entreprises, entré en vigueur le 1^{er} mai dernier, était très attendu par les différents acteurs économiques et par les autorités de concurrence des Etats membres. Cette impatience est sans nul doute due aux modifications, à la fois discrètes et indispensables, de cette nouvelle réglementation. Au final, le Conseil a tenté de mettre fin aux précédentes difficultés rencontrées en simplifiant la répartition des compétences des autorités de concurrence et en adaptant les critères d'appréciation des concentrations lors du contrôle communautaire.

Dans le double contexte de mondialisation des échanges et d'approfondissement du marché intérieur communautaire, le mouvement des concentrations dans l'U.E. n'a cessé de croître ces dernières années.¹

Tous les acteurs du marché, et en particulier les consommateurs, ont à craindre de l'émergence de ces structures dominantes qui risqueraient de se traduire par une hausse des prix, une réduction de l'offre de produits ou encore une raréfaction de l'innovation. C'est pourquoi, en 1989, l'Union Européenne a mis en place un système préventif de contrôle des concentrations de dimension communautaire² qui peut, le cas échéant, conduire à interdire l'opération projetée.³ Ainsi, afin de prévenir les abus qui pourraient en résulter, les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante sont interdites.

A la suite de mouvements doctrinaux et de rebondissements jurisprudentiels⁴, il est clairement apparu qu'il s'avérait nécessaire d'effectuer une réforme du contrôle communautaire des concentrations,⁵ afin de lutter contre les difficultés qui se multipliaient. Ainsi, la Commission présenta en 2001 un Livre vert sur la révision du règlement CEE n°4064/89⁶, puis poursuivi le processus de réforme par la publication en décembre 2002 d'une proposition de règlement.⁷

Entré en vigueur en mai dernier, lors de l'élargissement de l'U.E. à 25 Etats membres, le nouveau Règlement CE du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004⁸ sur le contrôle communautaire des concentrations d'entreprises réforme en profondeur le cadre réglementaire de référence. Dans cette étude, nous concentrerons notre attention sur les deux axes les plus importants de la nouvelle réglementation, à savoir la simplification du régime de répartition des compétences entre les autorités de concurrence (I) et l'adaptation des critères d'appréciation des concentrations (II).

1 *La politique de concurrence en Europe et le citoyen*, document informatif édité par la Commission européenne, www.europa.eu.int.

2 Règlement (CEE) du Conseil n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises.

3 M. Mallaurie-Vignal, *Droit de la concurrence*, 2^{ème} éd., Armand Collin 2003.

4 Affaires *General Electric/Honeywell*, *Schneider/Legrand* et *Tetra Laval/Sidel*.

5 P. Arhel, *La réforme du droit communautaire des concentrations : publication d'une proposition de règlement*, JCP éd. E, 2003, p.97.

6 www.europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l26076.htm - Livre vert sur les concentrations.

7 www.europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l26096.htm - Proposition de règlement relative au contrôle des concentrations entre entreprises.

8 JOCE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1-22.

I. – LA SIMPLIFICATION DU REGIME DE REPARTITION DES COMPETENCES.

Le Règlement CE n°139/2004 reconduit évidemment le principe du « guichet unique » au profit de la Commission européenne. Néanmoins, il opère également une différence de taille par rapport à la réglementation de 1989 puisqu'il reprend également le principe de subsidiarité selon lequel est compétente l'autorité juridictionnelle la mieux placée pour examiner une concentration donnée. Pour cela, les facultés de renvoi du contrôle d'une concentration entre la Commission et les autorités compétentes des Etats membres ont été améliorées, devenant plus accessibles.

A la lecture du nouveau texte, il apparaît que les règles du contrôle opéré par la Commission ont été sensiblement modifiées, en suivant deux axes : d'une part, on assiste à un renforcement du système de guichet unique vers la Commission (A) et d'autre part, nous constatons un élargissement « indirect » des compétences des autorités nationales de concurrence (B).

A. – Le renforcement du système de guichet unique vers la Commission européenne.

A l'origine de tous les débats depuis que l'efficacité du contrôle communautaire s'est essouffée, le champ d'application a finalement été maintenu (1) puisque la réforme des seuils communautaires un temps souhaitée n'a pas eu lieu. Le problème était donc d'élargir le champ de compétence de la Commission, sans toucher aux niveaux des seuils. Ce sont finalement les règles de renvoi vers la Commission qui ont connu une double évolution, permettant une véritable extension des facultés de renvoi vers la Commission (2).

1. – Le maintien du champ d'application du contrôle communautaire.

La réforme du droit des concentrations n'a pas fait fondamentalement évoluer le champ d'application du contrôle, que ce soit vis-à-vis de la définition de l'opération de concentration que de la méthode de détermination de la dimension communautaire.

- **Notion de « changement durable » du contrôle.** Le nouveau Règlement CE n°139/2004 reprend les éléments de la définition donnée par l'ancien règlement, en améliorant la rédaction. C'est ainsi que l'article 3 §1 reconduit le caractère double, comprenant d'une part, une définition juridique relative à la fusion et d'autre part, une définition plus économique relative à la prise de contrôle.

Le règlement version 2004 apporte tout de même une nouveauté puisqu'il y a été introduit la notion de « changement durable » du contrôle. Cette évolution est apparue tout à fait normale dans la mesure où elle était déjà présente dans la définition de l'entreprise commune de plein exercice. Ainsi, par cette précision, on assiste indirectement à une extension du champ d'application du règlement relatif aux concentrations et donc par la même à une extension du champ d'investigation de la Commission. Cependant, les effets de cette modification demeurent toutefois limités.

- **Principe du guichet unique.** La concentration ayant la dimension requise par les articles 1 §3 et §4 du Règlement CE n°139/2004 est sous la compétence exclusive de la Commission, sous le contrôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Ce principe de compétence exclusive de la Commission pour les concentrations de dimension communautaire souffre cependant d'exceptions. En effet, la Commission peut connaître des concentrations dont le contrôle est effectué en principe par les autorités nationales de la concurrence du fait de leur dimension non communautaire, et inversement.

- **Les seuils de contrôle principaux.** Puisqu'il n'y a pas eu de modification s'agissant des seuils de contrôle, le critère quantitatif utilisé repose sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées. Le niveau des seuils est maintenu, fondé d'une part sur des seuils principaux issus du règlement de 1989 amendé et d'autre part sur des seuils subsidiaires issus de la révision de 1997 1. Ainsi, les seuils principaux permettant d'établir si une concentration est de dimension communautaire sont repris à l'article 1 §2 du règlement :

1 JOCE n° L 61, 2 mars 1998. – O. d'Ormesson et A. Wachsmann, Europe, Fasc. 1440 et Fasc. 1445-2.

- Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros.
- Le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros².

Toutefois, le contrôle est écarté, même si les deux montants ci-dessus sont atteints, lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre de l'Union Européenne³.

- Les seuils de contrôle subsidiaires. En 1997, afin d'éviter que des concentrations qui n'atteignaient pas les premiers seuils mais qui avaient un impact significatif dans plusieurs Etats membres soient appréciées de manière divergente par les autorités nationales chargées du contrôle de la concurrence, la Commission est devenue compétente pour contrôler les opérations dépassant les quatre seuils cumulatifs suivants, énoncés à l'article 1^{er} du règlement (la règle des deux tiers s'appliquant là aussi) :

- Chiffres d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées : 2,5 milliards d'euros.
- Chiffre d'affaires total réalisé dans chacun d'au moins trois Etats membres par toutes les entreprises concernées : 100 millions d'euros.
- Chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans chacun des Etats ci-dessus par au moins deux des entreprises concernées : 25 millions d'euros.
- Chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées : 100 millions d'euros.

En revanche, le Règlement CE n°139/2004 du 20 janvier 2004 a révisé en profondeur les règles de renvoi du contrôle vers les autorités compétentes des Etats membres mais aussi, à l'inverse, vers la Commission, afin d'élargir son champ de compétence, sans toucher aux seuils de contrôle.

2. – L'extension des facultés de renvoi du contrôle vers la Commission européenne.

Le nouveau règlement opère une simplification de l'article 22 régissant le processus de la demande de renvoi vers la Commission (a). En outre, la réforme se poursuit en opérant une extension du guichet unique par l'instauration d'une faculté de renvoi durant la phase dite de « prénotification », devenue officielle (b).

a. – La simplification du processus de renvoi vers la Commission européenne.

La procédure de l'article 22 § 3 a été modifiée, mais le texte définitif est très en retrait par rapport à la proposition de la Commission. En effet, les Etats membres ont refusé d'adopter la procédure de « renvoi automatique » dans le cas où le renvoi émanerait, soit de tous les Etats membres compétents à l'égard d'une concentration, soit d'au moins trois d'entre eux. Le Conseil s'est contenté d'améliorer la procédure « traditionnelle ». Ainsi, le nouvel article 22 du règlement simplifie le processus de la demande de renvoi du contrôle du ou des Etats membres vers la Commission.

La faculté pour les Etats membres de demander à ce que la Commission procède au contrôle d'une concentration non communautaire est soumise à trois conditions cumulatives :

- L'effectivité d'une véritable opération de concentration.⁴
- Une concentration sans dimension communautaire.⁵

² Art. 1^{er} § 2 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

³ Mémento Francis Lefèbvre Ed. 2004.

⁴ Art. 3 §1^{er} et Art. 3 §4 du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

⁵ Art. 1^{er} du nouveau règlement.

▪ La démonstration de l'existence d'effets transfrontaliers significatifs de la part du ou des Etats membres, sans référence désormais à la notion de position dominante⁶, qui a été supprimée dans la logique de la réforme du « critère de fond ».

- **Mise en œuvre du renvoi vers la Commission.** Une demande des Etats membres concernés⁷ est nécessaire et a connu une évolution par l'article 22 §5. En effet, la Commission peut désormais inviter un ou plusieurs Etats membres à présenter une demande de renvoi sur la base de l'article 22 §1. L'initiative du renvoi de l'opération n'appartient donc plus exclusivement aux Etats membres. Ainsi, cette mesure participe à faciliter le renvoi à l'autorité la plus compétente pour contrôler la concentration et le champ de compétence de la Commission.

- **Obligation d'information des Etats membres et des entreprises visées**⁸. La Commission est en effet tenue de les informer. Désormais, les Etats membres n'étant pas à l'origine de la demande ont la possibilité de s'y joindre expressément puisque la mesure prévoyant une acceptation tacite en cas de silence a été supprimée⁹. Les délais nationaux de procédure sont alors suspendus, sauf à l'égard des Etats informant la Commission et les entreprises concernées, qu'ils ne souhaitent pas s'y joindre¹⁰.

- **Décision de la Commission.** Elle est tenue d'examiner ou non la concentration dans un certain délai, son silence valant cette fois-ci décision d'examen¹¹. De plus, elle doit informer tous les Etats membres ainsi que les entreprises concernées de sa décision.

L'article 22 §3 précise que la Commission ne peut décider d'examiner une concentration donnée que « ... si elle estime que celle-ci affecte le commerce entre Etats membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des Etats membres qui formulent la demande... ».

- **Acceptation du renvoi par la Commission.** La concentration est alors contrôlée au regard des règles communautaires, sous réserve d'aménagements pour la notification et la suspension¹², précisés pour éliminer les difficultés pratiques. La décision de renvoi ne produit d'effets qu'à l'égard des Etats formulant la demande ou s'y joignant. Si un Etat membre concerné a refusé de se joindre à la demande, il pourra alors continuer à appliquer son droit national de la concurrence¹³. L'opération ne relève pas de la compétence exclusive du droit communautaire ; la situation est alors la même que dans l'hypothèse d'un renvoi partiel fondé sur l'article 9 du règlement.

Les règles de renvoi du contrôle vers la Commission de l'article 22 du nouveau règlement ont donc été révisées, sans toutefois connaître de bouleversement. Mais l'amélioration majeure s'agissant des possibilités de renvoi vers la Commission est sans nul doute l'extension du guichet unique par l'introduction du nouvel article 4 §5 qui consacre la phase de prénotification (b).

b. – L'extension du guichet unique par l'article 4 §5 du règlement CE n° 139/2004.

- **Article 4 §5 du règlement.** Aux termes du nouveau texte, les entreprises parties à une concentration qui n'est pas de dimension communautaire, mais qui est susceptible d'être notifiée aux autorités nationales d'au moins trois Etats membres, peuvent demander à bénéficier du guichet unique de la Commission. L'objectif avoué de cette nouvelle faculté est d'effacer l'échec de la réforme de 1997 et de poursuivre son objectif, à savoir réduire les cas de plurinotifications. Mais il s'agit aussi d'anticiper le renvoi de l'affaire en privilégiant la phase de prénotification.

- **Conditions d'applications.** L'article 4 §5 du règlement exige le respect de deux conditions cumulatives :

⁶ Art. 22 §1^{er} du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

⁷ Art. 22 §1 al. 2 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

⁸ L. Vogel, Contrôle européen des concentrations : ce qui va changer le 1^{er} mai 2004, JCP éd. E 2004 n°10 du 4/03/2004, p.357.

⁹ Proposition de règlement de la Commission européenne, art. 22 §2, al. 3.

¹⁰ Art. 22 §2 al. 3 du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

¹¹ Art. 22, §3 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

¹² Art. 22, §3, al. 2 et 22 §4 du règlement précité.

¹³ Art. 22, §3 *a contrario* conjugué avec l'art. 22 §2, al. 3 *in fine* du règlement précité.

- Une concentration en deçà des seuils de contrôle communautaire.
- Une concentration « notifiable » aux autorités nationales d'au moins trois Etats membres, ce qui sous-entend que les parties se trouvent en phase de prénotification.¹⁴

- **Mise en œuvre du mécanisme de renvoi.** Les entreprises souhaitant éviter tout risque de notifications multiples informent la Commission, « au moyen d'un mémoire motivé, que la concentration doit être examinée par elle »¹⁵. Celle-ci a l'obligation de le transmettre à tous les Etats membres¹⁶, ce qui constitue un véritable devoir d'information de l'initiative des entreprises. Cette obligation illustre aussi la volonté d'accroître la coopération entre les autorités nationales de concurrence et la Commission pour les concentrations les plus complexes.

- **Décision de la Commission.** La consultation des Etats membres concernés revêt ici un caractère prépondérant. En effet, l'article 4 §5 al. 3 du règlement précise que chaque Etat membre concerné par la concentration dispose d'un droit de veto concernant le renvoi du dossier vers la Commission. Cette opportunité démontre de manière explicite la volonté de renforcer la coopération entre les instances nationales et la Commission. Cependant, il est regrettable qu'un seul désaccord suffise à bloquer totalement le mécanisme de renvoi. Plutôt qu'un droit de veto, la loi de la majorité aurait peut être été préférable¹⁷.

Une fois le mémoire des entreprises visées reçu, les Etats membres concernés peuvent donc exprimer leur désaccord sur la demande de renvoi¹⁸. Lorsque aucun d'entre eux ne s'exprime, c'est donc l'accord tacite qui confère à la concentration une dimension communautaire. Les entreprises se voient alors imposer une obligation de notification à la Commission, ces dernières bénéficiant du guichet unique¹⁹.

Le renvoi de l'affaire vers la Commission provoque donc l'application du droit communautaire et évince de ce fait les droits nationaux respectifs de chaque Etat membre, potentiellement compétents pour examiner l'opération.

B. – L'élargissement indirect du champ de compétence des autorités nationales de la concurrence.

S'agissant de la répartition des compétences des autorités de concurrence, l'objectif de la réforme était le renforcement des mécanismes de renvoi afin d'éviter la croissance des cas de plurinotifications résultant de l'élargissement de l'U.E.

La procédure de renvoi de la concentration aux autorités compétentes d'un Etat membre, organisé par l'article 9 du règlement, constitue une importante exception au principe du guichet unique. Afin de lutter efficacement contre le phénomène de plurinotifications, le nouveau règlement élargi aussi le champ de compétence des autorités nationales de la concurrence, en révisant le mécanisme de renvoi vers les Etats membres. En effet, nous assistons d'une part à la simplification de la demande de renvoi²⁰ (1) et d'autre part, à l'instauration d'une nouvelle faculté de renvoi possible dès le stade de la prénotification²¹ (2).

1. – La simplification de la demande de renvoi aux autorités compétentes d'un Etat membre.²²

L'amélioration apportée au texte est de deux ordres : d'une part, elle modifie les conditions tenant à la demande de renvoi à l'autorité compétente de l'Etat membre (a) et d'autre part elle révisé le processus d'examen de la demande de renvoi (b).

¹⁴ Art. 4 §5 du règlement précité.

¹⁵ Art. 4 §5 al. 1^{er} du règlement précité.

¹⁶ Art. 4 §5 al. 2 du règlement précité.

¹⁷ L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Rev. Europe.

¹⁸ Art. 4 §5 al. 3 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

¹⁹ Art. 4 §5 al. 5 du règlement précité.

²⁰ Art. 9 du règlement précité.

²¹ Art. 4 §4 du règlement précité.

²² L'article 9 §1^{er} du règlement dispose que « la Commission peut, par voie de décision qu'elle notifie sans délai aux entreprises concernées et dont elle informe les autorités compétentes des autres Etats membres, renvoyer aux autorités compétentes de l'Etat membre concerné un cas de concentration notifiée, dans les conditions suivantes. »

a. – L'évolution des conditions tenant à la demande de renvoi aux autorités compétentes d'un Etat membre.

L'évolution des conditions tenant à la demande de renvoi porte sur deux points :

- **L'initiative de la demande.** Afin que l'Etat membre concerné bénéficie du mécanisme de renvoi prévu à l'article 9 du règlement, il doit en premier lieu demander à ce qu'il soit reconnu compétent pour contrôler la concentration. Dans ce domaine, le nouveau règlement a apporté un changement : la Commission a désormais la compétence d'être à l'origine de la demande de renvoi aux autorités compétentes de l'Etat membre. Ce renvoi forcé par la Commission n'est pas à l'abri de critiques : le Comité économique et social notamment doute de son efficacité puisqu'il est difficilement envisageable que la Commission impose à un Etat membre une affaire qu'il ne veut pas connaître²³. Malgré tout, cette évolution s'inscrit parfaitement dans la volonté de rechercher l'autorité la plus compétente pour effectuer le contrôle²⁴.

- **Les hypothèses de recours au renvoi.** Avant la réforme, elles étaient constituées soit lorsque la concentration menaçait de créer ou de renforcer une position dominante entravant de manière significative la concurrence dans un marché (distinct) à l'intérieur de l'Etat membre concerné, soit lorsque l'opération affectait la concurrence dans un marché (distinct) à l'intérieur de l'Etat membre concerné et qui ne constituait pas une partie substantielle du marché commun.²⁵

Désormais, la notion de « création/renforcement » d'une position dominante, qui constituait la première hypothèse, laisse place au critère ayant le vent en poupe en droit international : « l'entrave significative à la concurrence effective »²⁶. Ce nouveau critère présente un avantage certain pour l'Etat membre concerné puisqu'il n'est plus tenu alors, de vérifier si l'opération crée ou renforce une position dominante. Il en résulte une utilisation plus simple et plus rapide du mécanisme pour l'Etat membre souhaitant le renvoi du dossier. La seconde hypothèse, quant à elle, reste intacte.

En définitive, le maintien de la distinction des deux situations, à prime abord très proches, s'explique par la différence de régime. Si les conditions de la première hypothèse sont réunies, point sur lequel le juge communautaire exerce un contrôle plein, la Commission demeure ensuite libre d'opérer ou non le renvoi, total ou partiel.²⁷ En revanche, dans la seconde hypothèse, la Commission sera tenue de renvoyer.²⁸

b. – L'examen de la demande de renvoi par la Commission européenne.

S'agissant de l'examen de la demande de renvoi, il est souhaitable de revenir sur trois points : les obligations d'informations, la décision de la Commission et les délais d'examen.

- **Les obligations d'informations.** Après réception de la copie de la notification de la concentration, tout Etat membre souhaitant invoquer le mécanisme de renvoi, est tenu d'en informer la Commission²⁹. Ceci étant, par la nouvelle rédaction de l'article 9 §2, cette obligation d'information disparaît logiquement lorsque la Commission elle-même inviterait un Etat membre à exercer le contrôle de l'opération de dimension communautaire.

Dans un second temps, la Commission est tenue d'informer les entreprises concernées de l'initiative de l'Etat membre souhaitant le renvoi du dossier à ses autorités de concurrence.

- **La décision de la Commission.** Afin que l'Etat membre puisse obtenir le renvoi du contrôle, il devra démontrer que la concentration répond à l'une des deux hypothèses de recours au renvoi. Il est important de les distinguer car elles n'ont pas les mêmes conséquences :

23 P. Arhel, *Projet de règlement communautaire concentrations : une réforme de grande ampleur*, PA, 2003, n°23, p.3.

24 L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations*, Rev. Europe.

25 Art. 9 §2 du Règlement (CEE) n°4064/89 du 21 décembre 1989.

26 « Une concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct », v. régl. CE n°139/2004.

27 Art. 9 §3, al. 1 & 2 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004 ; adde, TPICE, 3 avr. 2003, *Philips*, aff. T-119/02 ; adde, Europe, juin 2003, chron. 7, spéc. n° 7 et 8.

28 Art. 9 §3 al. 3 du règlement précité ; adde, consid. 15.

29 Art. 9 §2 du règlement précité.

▪ Dans le cadre de la première hypothèse³⁰, la Commission détient une liberté décisionnelle considérable puisque si elle considère qu'une menace existe, soit elle traitera elle-même l'affaire soit elle effectuera un renvoi à l'Etat membre concerné. Si elle conclue à l'absence de menace pour la concurrence, elle traitera elle-même le cas conformément au règlement³¹. La Commission dispose donc ici d'un certain pouvoir discrétionnaire. Toutefois, le fondement de la Commission reste soumis au contrôle du juge communautaire.³² Depuis 2002, ce dernier exerce « enfin » pleinement son rôle de juge contrôlant le bien fondé juridique et économique des décisions de la Commission.³³

▪ Quant à la seconde hypothèse de recours au renvoi,³⁴ quand la Commission considère, tout comme l'Etat membre concerné, qu'un marché distinct est affecté par l'opération, elle procédera au renvoi total ou partiel du dossier. Contrairement au premier cas, la Commission a ici une marge d'appréciation plus restreinte puisqu'une fois les conditions réunies, elle devra renvoyer le contrôle d'une partie au moins de l'opération.

- **Les délais.** La précision et l'assouplissement des délais constituent le second objectif de la révision du mécanisme de renvoi aux Etats membres. Ainsi, les paragraphes 4, 5 et 6 de l'article 9 du nouveau règlement réduisent ou aménagent les délais de la décision de renvoi.

S'agissant des délais d'examen du dossier par l'Etat membre, la principale modification touche les obligations des Etats membres en cas de renvoi. Ainsi, dans l'ancien système, l'Etat membre devait se prononcer dans un délai de 4 mois à compter de la décision de renvoi, ce qui posait des problèmes d'ajustement par rapport aux délais imposés en droit français des concentrations.³⁵ De manière plus réaliste, il est désormais prévu que les autorités nationales doivent statuer dans les 45 jours ouvrables pour informer les entreprises concernées de l'analyse concurrentielle préliminaire. Le droit français, pour lequel les délais de la première phase varient de 5 à 8 semaines³⁶, est désormais compatible avec le texte communautaire.

Bien que nécessaire, cette amélioration s'efface devant l'instauration du mécanisme de renvoi prénotification à un Etat membre, organisé par l'article 4 §4 (2).

2. – La nouvelle faculté de renvoi en prénotification de l'article 4 §4 du règlement CE n° 139/2004.

Organisé par l'article 4 §4 al. 1^{er} du règlement, le mécanisme de renvoi prénotification constitue une des innovations majeures de la réforme. L'objectif est de favoriser la transmission du contrôle des opérations entre les autorités nationales de la concurrence et la Commission et également de permettre un gain de temps significatif pour les entreprises.

a. – La mise en œuvre de la demande de renvoi aux autorités compétentes d'un Etat membre.

- **Obligation d'information de la Commission.** Le début de la procédure est identique à celui de la demande de renvoi prénotification vers la Commission organisé par l'article 4 §5 du règlement. Les entreprises ont l'obligation d'informer la Commission de leur volonté de soumettre leur opération au contrôle d'un Etat membre. La demande de renvoi doit être transmise sous forme de mémoire motivé.³⁷

³⁰ « Lorsque la concentration de dimension communautaire menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre présentant toutes les caractéristiques d'un marché distinct », art. 9 §2 a) du règlement précité.

³¹ Art. 9 §3 al. 1 et 2 du règlement précité.

³² Art. 9 §3, al. 1 et 2 du règlement précité ; adde, TPICE, 3 avr. 2003, *Philips*, aff. T-119/02; adde, Europe, juin 2003, chron. 7, spéc. n° 7 et 8.

³³ Sur ce point, E. de la Serre et J. Peyre, Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval*, JCP éd. E 2003 n°3, suppl. au n°27 du 03/07/2003, p.1 ; J-M. Thouvenin, Concurrence (concentrations) : après l'arrêt *Airtours*, trois nouveaux avertissements à la Commission, Rev. du Marché commun et de l'U.E. 2003, n°464, janvier, p.12 ; J-M. Thouvenin, L'arrêt *Airtours* du 6 juin 2002 : l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre entreprises, Rev. du Marché commun et de l'U.E. 2002, n°460, juillet-août, p.482.

³⁴ « Lorsque la concentration de dimension communautaire affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de cet Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun », Art. 9 §2 b) du régl. n°139/2004.

³⁵ L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Rev. Europe, mars 2004, p.4.

³⁶ C. com., art. L. 430-5.

³⁷ Art. 4 §4 al. 1^{er} du règlement précité.

De cette façon, le processus d'information reste solidaire à l'état d'esprit de la réforme des règles de renvois : simplicité et rapidité. Un des objectifs de cette procédure étant de réduire la durée du contrôle, le mémoire motivé constituant demande de renvoi de l'affaire à un Etat membre, doit logiquement être transmis à la Commission « avant toute notification. »³⁸

- **Obligation d'information des Etats membres.** L'ensemble des Etats membres doit être informé de l'initiative des entreprises concernées dès que la Commission reçoit la demande de renvoi aux autorités compétentes d'un Etat membre.³⁹ De plus, à compter de la réception du mémoire, les Etats membres disposent de 15 jours ouvrables afin de prendre position sur la demande des parties notifiantes.

b. – Les conditions du renvoi aux autorités compétentes d'un Etat membre avant toute notification.

- **Le caractère de l'opération.** Le nouveau règlement⁴⁰ indique que les entreprises sont soumises à la nécessité de démontrer l'existence d'un marché distinct et que sur celui-ci, la concurrence risque d'être affecté de manière significative. A défaut, la Commission rendra une décision de refus de renvoi du dossier.

Cependant, l'utilité de ce renvoi prénotification paraît affaiblie puisque seule la première hypothèse⁴¹ de recours au renvoi de l'article 9 (mécanisme « de principe » du renvoi d'une concentration communautaire à un Etat membre), est considérée par l'article 4 du règlement.

- **L'Etat membre concerné.** L'Etat membre visé dans le mémoire doit, dans les 15 jours, exprimer son accord ou son refus sur la demande de renvoi de l'affaire. Sa décision est d'une importance considérable puisqu'à défaut d'obtenir l'accord de l'Etat membre pour le renvoi du dossier, celui-ci sera compromis et la Commission ne pourra que refuser le renvoi aux autorités compétentes de l'Etat membre.

Le cumul de ces deux conditions révèle un point majeur : c'est l'Etat membre visé dans le mémoire des entreprises qui décide définitivement s'il y a lieu ou non de procéder au renvoi du dossier puisque son accord est décisif. La Commission elle, vérifie le caractère de l'opération puis exprime sa décision, dans le prolongement de l'avis de l'Etat membre. Ce régime démontre là encore une coopération entre les autorités nationales et la Commission, bien que cette dernière conserve la main mise sur l'appréciation au fond de l'affaire.

c. – L'issue de la demande de renvoi à l'Etat membre.

- **Acceptation de la demande de renvoi.** Le renvoi de l'affaire par la Commission est soumis à deux conditions cumulatives :

▪ Les entreprises doivent démontrer de manière efficace que : « *la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qu'elle doit par conséquent être examinée en tout ou partie, par l'Etat membre concerné.* »⁴² Mais encore faut-il que l'Etat membre concerné donne son approbation.

▪ La nécessité de l'accord tacite de l'Etat membre concerné. Après avoir obtenu la reconnaissance de la Commission, les entreprises doivent donc surtout convaincre l'Etat membre visé qu'il y a un intérêt à ce qu'il procède lui-même au contrôle de l'opération.

- **Effets de l'acceptation.** Ici, la Commission tient le premier rôle dans le processus décisionnel de renvoi. En effet, l'Etat membre concerné ne verra son avis pris en considération que dans la mesure où la Commission a approuvé les arguments « de fond » soulevés par les entreprises⁴³.

38 Art. 4 §4 al. 1^{er} du règlement précité.

39 Art. 4 §2 du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

40 Art. 4 §4 al. 3 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

41 A savoir « le risque d'affecter de manière significative la concurrence sur le marché à l'intérieur d'un Etat membre. »

42 Art. 4 §4, al.1^{er} du règlement précité.

43 Art. 4 §4, al. 1^{er} du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004 : « *...la concentration risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un Etat membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct...* ».

En conséquence du renvoi de l'affaire, le droit national de la concurrence de l'Etat membre concerné prend le pas sur le droit communautaire. Les dispositions de l'article 9 §6 au §9 du règlement CE continuent toutefois à s'appliquer. Le principe de subsidiarité prend alors ici toute sa valeur. De plus, les entreprises visées sont libérées de leur obligation de notification auprès de la Commission, dans la mesure où elles sont désormais soumises au droit national de la concurrence de l'Etat membre.

- Refus de la demande de renvoi. Deux situations peuvent justifier ce refus :

- L'appréciation négative de la Commission quant à un hypothétique risque que la concentration affecte la concurrence sur un marché à l'intérieur d'un Etat membre présentant les caractéristiques d'un marché distinct. Dans ce cas là, l'intérêt de la consultation de l'Etat membre concerné est réduit à néant puisque l'avis de la Commission prédomine.

- Le désaccord de l'Etat membre concerné après acceptation du renvoi par la Commission. Cette position de l'Etat membre a des conséquences considérables puisqu'elle provoque le refus du renvoi par la Commission. Contrairement au premier cas où la Commission est réellement au sommet du processus décisionnel, ici c'est l'Etat membre qui devient l'autorité à l'origine de l'issue négative de la demande de renvoi.

- Effets du refus. Que la position négative sur le renvoi du dossier provienne de l'Etat membre ou de la Commission, celle-ci a l'obligation d'informer les Etats membres et les entreprises visées de sa décision. En outre, la concentration reste soumise au contrôle communautaire. Ainsi le principe de guichet unique reprend tous ses droits. Enfin, la Commission conservant le contrôle de l'opération, les entreprises redeviennent soumises au droit communautaire.⁴⁴

La procédure de renvoi prénotification vers la Commission est appelée à avoir du succès puisque l'objectif est de faire passer sous contrôle communautaire une opération susceptible d'être soumise au contrôle d'au moins trois Etats membres.⁴⁵

3. – L'intérêt de la nouvelle réglementation en matière de répartition des compétences.

a. – L'intérêt juridique du nouveau règlement communautaire.

- Champs de compétence de la Commission. Comment élargir la compétence exclusive de la Commission sans modifier les règles de principe du guichet unique et sans toucher à la compétence des Etats membres ? Le législateur européen a décidé de remanier le mécanisme traditionnel de l'article 22 relatif au renvoi d'une concentration en deçà des seuils de contrôle communautaire devant la Commission, avec pour objectif la simplicité procédurale et l'élargissement de la compétence de la Commission. D'autre part, une nouvelle procédure de renvoi prénotification⁴⁶ a été introduite afin d'éviter les plurinotifications nationales et confier le contrôle de la concentration à la Commission.

- Renvoi aux Etats membres. Le plus important était d'effectuer l'élargissement de la compétence de la Commission sans que cela préjudicie aux Etats membres, soucieux de préserver leur compétence en matière de contrôle des concentrations. Ainsi, c'est en révisant le système principal de renvoi organisé par l'article 9 du règlement et en adoptant un mécanisme prénotification⁴⁷ semblable à celui permettant le renvoi vers la Commission, que le législateur a souhaité améliorer l'accessibilité pour les entreprises, du renvoi à un Etat membre.

- Anticipation des difficultés. L'objectif de la réforme apportée à la répartition des compétences vise bien entendu l'efficacité du contrôle, de plus en plus critiqué ces dernières années. En effet, on lui reproche notamment sa lenteur. Il apparaît donc important que les entreprises prennent conscience des

⁴⁴ Art. 4 §1 du règlement précité.

⁴⁵ Art. 4 §5, al. 5 du règlement précité.

⁴⁶ Art. 4 §5 du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.

⁴⁷ Art. 4 §4 du règlement précité.

avantages et de la nécessité de la prénotification. Elle leur permet de notifier leur opération avec l'assurance de la qualité du formulaire de notification et en gagnant du temps de manière significative.

- **Sécurité juridique.** Depuis la recrudescence des cas de plurinotifications, l'insécurité juridique des entreprises s'accroît. En effet, le risque majeur pour elles est la perte de temps et d'argent consécutive à des contradictions possibles entre les autorités nationales de la concurrence des Etats membres compétents pour examiner l'opération.

A première vue, la possibilité de demander le renvoi en prénotification devrait constituer une amélioration amenant à une réduction sensible des plurinotifications et donc d'améliorer la sécurité juridique des entreprises. La question reste la suivante : jusqu'à quel point la réduction de ces cas est-elle possible? Enfin, ces nouvelles règles ne s'installeront pas sans un risque d'augmentation des décisions d'interdiction de la Commission.

b. – L'intérêt économique du nouveau règlement communautaire.

- **Réduction des coûts.** La procédure « normale » de notification, que ce soit par la quantité des dossiers que la Commission doit traiter, que par le temps qu'y consacrent les services des entreprises, a un coût considérable. Il devient sans limite lorsque la concentration à notifier est soumise à un contrôle qui s'éternise par la demande d'engagements, par une demande de renvoi des entreprises ou d'un Etat membre, etc... Avec ce nouveau règlement, nous assistons à un allègement significatif des formalités et donc à une baisse du coût financier de la procédure.

Les entreprises parties à une concentration devraient donc être moins souvent confrontées à la plurinotification. Il va sans dire que les autorités nationales de la concurrence et la Commission en ressentiront également les effets. De son côté, la Commission a souhaité un allègement des formalités pour les entreprises notifiantes en espérant une répercussion sur la qualité du travail de la *Merger Task Force*, de plus en plus critiquée ces dernières années par certaines décisions rendues par le TPI à son égard.⁴⁸

Concomitant à la simplification de la répartition des règles de renvoi, la refonte des critères d'appréciation est le second pilier de la réforme du droit communautaire des concentrations (II).

II. – L'ADAPTATION DES CRITERES D'APPRECIATION DES OPERATIONS DE CONCENTRATION.

L'objectif était de modifier la manière d'appréhender les caractéristiques des concentrations afin d'élargir la champ d'application du règlement CE, et cela dans l'optique de couvrir les situations de « duopole / oligopole » potentiellement dangereuses pour la concurrence. Ainsi, les rédacteurs du nouveau texte ont dû choisir entre maintenir le critère de la position dominante ou adopter désormais un nouveau « critère de fond », à savoir l'entrave significative à la concurrence, de plus en plus utilisé par les autorités nationales de concurrence (A). Parallèlement, la nouvelle réglementation revient sur la portée de la considération des gains d'efficacité (B) : sans aller aussi loin que le système français, le nouveau droit communautaire sera sans doute plus proche du modèle américain.⁴⁹

A. – La clarification du critère de fond du contrôle des concentrations.

Le Livre vert publié par la Commission en 2001 posait la question des mérites respectifs des deux tests utilisés par les autorités de concurrence. Tout en reconnaissant l'efficacité de la notion de position dominante, il ouvra une réflexion sur les avantages du « test SLC », permettant alors un alignement sur les critères d'appréciation des concentrations au niveau international.

Afin de démontrer l'amélioration qu'a permis le nouveau Règlement CE n°139/2004 s'agissant de la nature du critère d'appréciation, nous reviendrons dans un premier temps sur le « critère de fond » de la réglementation de 1989 (1) afin de cerner les caractéristiques de l'appréciation que porte la Commission sur les opérations de concentration. Cette démarche nous permettra dans un second temps d'entrer dans

⁴⁸ E. de la Seyre et J. Peyre, *Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts Schneider et Tetra Laval*, JCP Cah. dr. entr. 2003, n°3, p.1 ; L. Givry et J. P. de la Laurencie, *Les arrêts du TPICE : le contrôle des concentrations... sous contrôle*, Bull. Lamy Droit économique, n°159, févr. 2003.

⁴⁹ J. Leygonie & A. Condomines, *La prise en considération des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations*, PA, 19 mars 2003, n°56, p.4.

le vif du sujet en abordant la clarification opérée par la réforme et donc la nature du nouveau « critère de fond » désormais utilisé par la Commission depuis le 1^{er} mai dernier (2).

1. – La question du « critère de fond » mis en œuvre par la réglementation de 1989.

Le critère de la dominance⁵⁰ a démontré, au début de son application, une certaine efficacité dans l'appréhension des concentrations présumées incompatibles avec le marché commun. Cependant, après l'interdiction par la Commission des opérations *General Electric/Honeywell*, *Schneider/Legrand* et *Tetra Laval/Sidel*, le critère de position dominante a fait l'objet de virulentes critiques.⁵¹

Nous porterons donc notre attention sur le déroulement de l'analyse utilisée par la Commission, en se référant au « critère de fond » fondé sur la notion de domination (a) pour ensuite entrer dans le débat face aux hypothétiques imperfections de l'utilisation de ce « critère de fond » (b).

a. – Le déroulement de l'analyse résultant du règlement (CEE) n°4064/89.

- **Délimitation des marchés pertinents.** Comme le relève la Commission, la délimitation des marchés doit commencer par l'examen des caractéristiques des produits et/ou services commercialisés par les parties et se poursuit ensuite par la délimitation du marché géographique.

▪ Le marché des produits et/ou services. Il appartient aux entreprises de proposer à la Commission une définition des produits et/ou services afin d'apprécier sur ce marché une éventuelle création ou renforcement d'une position dominante. Parmi les critères utilisés par la Commission figurent les caractéristiques techniques de l'objet ainsi que l'usage auquel il est destiné. Un autre élément essentiel pour apprécier la concurrence est le prix. Enfin, on doit également tenir compte dans un marché aussi complexe que la Communauté, des préférences et des goûts des consommateurs dans la mesure où les habitudes sont très diverses comme en particulier dans les marchés des produits alimentaires.⁵²

Afin d'examiner la substituabilité⁵³ des produits et/ou services, il s'agit donc de vérifier quelle est la structure de la demande (nombre d'acheteurs et leur puissance sur le marché) et celle de l'offre (par exemple ventes directes aux consommateurs ou existence d'entreprises intermédiaires sur le marché).

▪ Le marché géographique. L'analyse de la Commission tient compte également de la dimension géographique du marché. Les dispositions de l'ancien règlement de 1989 sont entièrement reconduites.⁵⁴ D'une manière générale, la Commission accorde la plus grande importance à l'existence ou non de barrières à l'entrée d'un marché donné. Il peut s'agir de barrières tarifaires, mais également de mesures non tarifaires tout aussi dissuasives pour le commerce international des produits et/ou services.

En définitive, la détermination de la dimension du marché pertinent repose jusqu'ici sur une méthode dite du faisceau d'indices plus que sur une série de critères ordonnés. Par la suite et depuis l'application du Règlement CEE n°4064/89, la Commission doit démontrer que la concentration conduit à l'acquisition d'une position dominante ou au renforcement d'une telle position préexistante afin de déclarer un projet de fusion incompatible avec le marché commun. Ainsi qu'il l'a été rappelé, cette domination peut être individuelle ou collective.

- **Position dominante individuelle.** La définition de la position dominante individuelle utilisée pour le contrôle des concentrations ne repose sur aucun texte mais s'inspire de celle fournie par la Cour de justice dans le cadre de l'application de l'article 82 du Traité.⁵⁵ La mise en évidence d'une position dominante

⁵⁰ Depuis le règlement communautaire de 1989, sont déclarées incompatibles avec le marché commun « les opérations de concentrations qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci ».

⁵¹ V. notamment la réaction des dirigeants des groupes Schneider Electric et Tetra Laval : H. Lachmann et G. Grosskopf, Lettre ouverte à Mario Monti, Les Echos, 6 déc. 2001.

⁵² Décision de la Commission *Nestlé/Perrier* du 22 juil. 1992, JOCE 1992 L 356.

⁵³ Rares sont les cas où un produit ne présente aucun substitut possible. On trouve des exemples dans les produits de base de la chimie, cf. par ex. le cas de l'éthylène au pt. 11 de la décision de la Commission du 20 déc. 2001, *BP/E.ON*, aff. COMP/M.2533, confirmé par le pt. 15 de la décision du même jour, dans l'aff. COMP/M.2389, *Shell/DEA*.

⁵⁴ « Le marché géographique de référence est constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires. »

⁵⁵ Notamment CJCE 14 févr. 1978, *United Brands c/ Commission*, aff. 27/28, Rec. p.207 et CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, aff. 85/76, Rec. p.461.

passer par la constatation de parts de marchés élevées.⁵⁶ Il est vrai que des parts atteignant 70 à 90% sont des indices forts de l'existence de position dominante ;⁵⁷ toutefois cette affirmation demande à être doublement nuancée. En effet, même avec des niveaux de cette ampleur, il n'est pas acquis que l'entreprise issue de la concentration acquiert une position dominante.

D'autre part, il n'est pas nécessaire d'atteindre de tels niveaux de parts de marché pour se trouver en position dominante. En effet, avec des niveaux de 50% voire de 40/45%, il est possible de se trouver dans une situation de puissance économique caractéristique de la position dominante.

Néanmoins, les parts de marché ne sont pas les seuls éléments à prendre en compte pour juger de l'existence d'une position dominante. On remarquera là encore que la démarche de la Commission est celle du faisceau d'indices, en prenant en compte une multitude de critères, qu'ils soient internes⁵⁸ ou externes⁵⁹ aux parties et en examinant aussi bien l'offre que la demande.

C'est donc au regard de la puissance acquise par la nouvelle entité, mais également de la caractéristique des marchés sur lesquels elle est susceptible d'opérer, que sera appréciée la vraisemblance de la création ou du renforcement d'une position dominante individuelle des parties à la concentration à travers la nouvelle entité.

- Position dominante collective. L'idée qu'une position dominante puisse être collectivement détenue n'est pas nouvelle. Déjà dans le cadre de l'application de l'article 82 du Traité, la Commission comme le juge communautaire avaient admis que des entreprises indépendantes juridiquement puissent collectivement être considérées comme détenant une position dominante sur un marché.⁶⁰

Ainsi, la Commission a appliqué la notion de position dominante collective dans le domaine des concentrations pour la première fois en 1992⁶¹. Elle considère que la position dominante collective ou « conjointe » doit être déclarée incompatible avec le marché commun puisque le but du règlement est de protéger la concurrence effective sur ce marché. Cette interprétation fut ensuite approuvée par la Cour de justice, dans l'affaire *Kali und Salz*⁶² soulignant qu'une solution différente conduirait à restreindre le champ d'application du règlement et à le priver ainsi d'une partie de son utilité.

En outre, la Commission a développé au fil des années plusieurs critères caractérisant le marché qui, utilisés selon la méthode du faisceau d'indices, ont servi à caractériser les conditions d'apparition d'une position dominante collective.⁶³ Cette méthode, défavorable à la sécurité juridique, a fait l'objet de vives critiques. Il a fallu que le juge communautaire sanctionne la Commission pour que soit restituée un peu de clarté. En effet, lors d'un recours contre une décision par laquelle la Commission avait interdit l'opération *Airtours/First Choice*⁶⁴, le TPI dégagait trois conditions cumulatives matérialisant un tel risque⁶⁵ :

- Premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action.
- Deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée.
- Enfin, la Commission doit également établir que les réactions prévisibles des concurrents actuels ou potentiels et des consommateurs ne remettent pas en cause les résultats de la ligne d'action.

⁵⁶ Cf. pts 521 et s. décis. préc. du 10 oct 2001, *Schneider Electric/Legrand*, aff. COMP/M.2283.

⁵⁷ Cf. cependant la critique par le Tribunal de la position de la Commission qui s'appuyait sur l'acquisition, par les trois premiers opérateurs, du fait de l'opération, de parts de marchés cumulées de 80%, arrêt du 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours c/ Commission*, Rec. p. II-2585.

⁵⁸ Exemples : importance du savoir-faire acquis ou de la technologie ; gains d'efficacité ; intégration de la nouvelle entité, quelle soit vers l'amont ou vers l'aval.

⁵⁹ Exemples : la capacité à répondre à la puissance de la nouvelle entité ; éventuelles barrières à l'entrée sur le marché ; capacités des concurrents existants sur le marché à réagir face à au comportement de la nouvelle entité.

⁶⁰ Cf. par ex. décis. de la Commission du 23 déc. 1992, aff. *CEWAL*, JOCE L34, 10 févr. 1993 ; confirmé par TPICE 8 oct. 1996, *Compagnie maritime belge Transports SA e.a. / Commission*, aff. T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. p. II-1201.

⁶¹ Décision *Nestlé/Perrier*, 22 juil. 1992, n° 92/553/CEE, JOCE 5 déc. n° L356, p.1, Rev. Marché commun 1993, n°372, p. 816, obs. L. Vogel.

⁶² Décis. du 14 déc. 1993, *Kali und Salz/MDK/Trauband*, n° 94/449/CE, JOCE 21 juill. 1994, n° L186, p.38.

⁶³ Exemples : une croissance modérée, voire stagnante ; l'absence ou la faible élasticité de la demande par rapport aux prix ; une assez grande homogénéité des produits, une relative transparence et un faible taux d'innovation ; un fort taux de concentration ; l'existence de liens structurels entre les acteurs de ce marché ; une structure de coûts similaires ; des barrières élevées à l'entrée.

⁶⁴ Décis. du 22 sept. 1999, aff. IV/M.1524.

⁶⁵ TPICE 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, aff. T-342/99, Rec. p. II-2585.

Ces trois conditions ne contredisent pas réellement les critères utilisés par la Commission lors de son analyse ; tout au plus s'efforcent-elles de les ordonner autour de trois points, à savoir : transparence du marché, capacité de représailles de chacun des membres de l'oligopole, et absence de contre-pouvoir sur le marché.

En outre, l'exigence d'un lien structurel entre les membres de l'oligopole qui semblait déjà s'effacer avec la jurisprudence *Gencor*⁶⁶ semble avoir complètement disparue au profit de la notion plus large d'interdépendance. Le manque de prévisibilité de l'appréciation de la Commission reste donc pour les praticiens un grave problème.⁶⁷ Cette critique a d'ailleurs amené les autorités à s'interroger sur le bien-fondé du critère de la position dominante.

- Entrave significative à la concurrence. Lors de son examen, la Commission, après s'être attardée sur le fait de savoir s'il y avait création ou renforcement d'une position dominante, doit ensuite vérifier si cette position de domination porte atteinte à la concurrence.

Le règlement communautaire n'a pas adopté de seuil de présomption d'incompatibilité reposant sur une base chiffrée (comme aux Etats-Unis), préférant un critère plus souple. Cependant, le Conseil reconnaît qu'il n'y a pas d'entrave à la concurrence lorsque la part de marché des entreprises ne dépasse pas 25% ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci. Mais cette précision n'a qu'une valeur interprétative, puisqu'elle ne figure qu'au considérant 15 du règlement.

L'article 2 §1^{er} du règlement énumère les paramètres pris en compte par la Commission : la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises communautaires ou non, la position des entreprises concernées sur le marché, les choix des utilisateurs ou des consommateurs, les barrières à l'entrée sur le marché, et les évolutions de l'offre et de la demande. Ces dispositions sont manifestement inspirées de la théorie économique dite des marchés contestables. Cependant, les autorités communautaires ont toujours évité de se laisser enfermer par des théories, qu'elles soient juridiques ou économiques. La Commission, en interprétant l'article 2, cherche simplement à déterminer si les entreprises en situation de domination détiennent un pouvoir de marché sans contrepoids suffisant. La méthode pragmatique suivie est pour l'essentiel celle du bilan concurrentiel.

- Rétablissement de la concurrence effective. La Commission peut-elle chercher à améliorer la situation de concurrence par rapport à celle qui préexistait à la fusion ? Elle conçoit son rôle de façon minimale et estime qu'elle n'a que le pouvoir de remédier aux entraves à la concurrence effective résultant de l'opération. Elle n'a pas l'obligation d'aller au-delà et, si elle y parvient, ce sera uniquement une heureuse issue du contrôle.

Les décisions d'incompatibilité peuvent contenir des injonctions faites aux entreprises de rétablir la concurrence effective. Cela peut consister dans l'obligation de se défaire de certains actifs, ou d'abandonner certains contrats, ou certaines clauses, comme les clauses d'exclusivité.⁶⁸ Plus fréquemment, des engagements en ce sens sont pris par les entreprises, ce qui conduit la Commission à déclarer la concentration compatible avec le marché commun. La recherche d'engagements acceptables avant l'adoption d'une décision favorable est devenue une donnée essentielle du contrôle communautaire des concentrations.

b. – Le débat face aux imperfections du critère de la domination.

Les autorités communautaires de la concurrence s'interrogeaient depuis quelques années sur la finalité du contrôle des opérations de concentrations : fallait-il, à l'image du droit américain par exemple, s'assurer que l'opération n'entraîne pas une diminution substantielle de la concurrence ? Ou bien fallait-il poursuivre un contrôle fondé sur le critère de la position dominante ? Deux courants doctrinaux se sont immédiatement formés.

- Pour le critère de la position dominante. Le processus de réflexion relatif à la réforme du contrôle des concentrations débuta officiellement par la publication d'un Livre vert fin 2001. La Commission et l'ancien commissaire européen en charge des questions de concurrence,⁶⁹ M. Monti, n'ont pas été

⁶⁶ TPICE, *Gencor limited activities*, 25 mars 1999, aff. T-102/96, Europe 1999, n°186, obs. L. Idot.

⁶⁷ A. Burnside, *Les incertitudes liées à la position dominante collective en matière de concentration*, Rev. Conc. Conso. 2002, n° 126, p.22.

⁶⁸ Décis. de la Commission, *Kesko-Tuko*, 19 févr. 1997, JOCE, L 174, 2 juill. 1997.

⁶⁹ M. Monti, *Antitrust in the U.S. and the Europe: a history of convergence*, discours prononcé le 14 nov. 2001, à l'American Bar Association.

convaincus par l'argument selon lequel le test de la diminution substantielle de la concurrence permettrait de mieux prendre en compte les gains d'efficacité. Les autorités de concurrence qui admettent, de façon spécifique, la prise en compte de l'efficacité, ne le font qu'à titre exceptionnel. Au demeurant, les parties éprouvent toujours de sérieuses difficultés à apporter la preuve que ces gains d'efficacité seront transférés au consommateur. Enfin, la Commission souligna aussi les similitudes entre les deux critères.

En 2002, la proposition de règlement de la Commission se garda bien de prendre partie franchement pour l'un ou l'autre des critères. Cependant, sa manière d'exposer les choses montrait toutefois sa tendance à souhaiter conserver le critère de la position dominante.⁷⁰ En dehors des considérations politiques, était invoquée notamment la nécessité de maintenir une certaine sécurité juridique en ne condamnant pas le corpus décisionnel et jurisprudentiel, alors que le modèle communautaire avait été repris par de nombreux droits nationaux.⁷¹

- Pour le critère de l'entrave significative à la concurrence. L'ambiguïté de l'article 2 de l'ancien règlement a été dénoncée dès l'affaire *de Havilland* en 1991⁷² et les insuffisances, en présence d'opérations créant des duopoles ou des oligopoles restreints, sont apparues dès 1992 dans l'affaire *Nestlé/Perrier*.⁷³ Le texte n'a pas été débattu en 1997, la question encore épineuse des filiales communes retenant toute l'attention. Coïncidence heureuse, la réforme de 1997 entrait en vigueur quelques jours avant que le juge communautaire tranche le débat sur la notion de position dominante collective dans l'affaire *Kali und Salz*.⁷⁴ Les précisions apportées par le Tribunal l'année suivante dans l'affaire *Gencor*⁷⁵ permettaient, semble-t-il, de pallier les insuffisances du texte.

Les critiques à l'encontre du test de la domination, portant davantage sur les méthodes de raisonnement et les manières de procéder de la Commission que sur l'article 2 lui-même, ne se sont vraiment développées que ces dernières années à l'occasion de l'intensification dans le temps des décisions d'incompatibilité. L'arrêt *Airtours*⁷⁶ permit de mettre en lumière la difficulté d'appréhender par le seul critère de la domination les oligopoles non collusoires tandis que l'affaire *Tetra Laval/Sidel*⁷⁷ révéla l'inadéquation du texte face aux fusions conglomerales. A cela s'ajouta le débat sous-jacent sur la nécessité d'un bilan économique dans l'affaire *Schneider/Legrand*.⁷⁸

A ces critiques internes se sont ajoutées les contraintes externes dues à l'internationalisation du contrôle des concentrations et à l'impact du modèle américain, renforcé par le développement d'enceintes de discussion comme le Réseau international de la concurrence. Lors de leur réforme de 2002, les britanniques ont opté pour le test « SLC ». Quoiqu'il en soit, si pour de multiples raisons tenant autant aux fondements économiques des solutions qu'à des considérations plus pragmatiques, les convergences l'emportent très largement, les oppositions apparues à l'occasion d'affaires isolées, comme l'interdiction de l'opération *GE Honeywell*⁷⁹ ont joué un rôle de détonateur.⁸⁰

La consultation opérée à la suite du Livre vert a montré que certains doutaient de l'efficacité du critère de la domination dans les situations d'oligopole de plus en plus fréquentes, et notamment dans les affaires où les entreprises concernées seraient capables de relever les prix, et donc d'exercer leur puissance de marché sans recourir à la coordination et sans détenir nécessairement la plus grosse part de marché. Le monde des affaires dans sa grande majorité a semble-t-il convenu qu'il fallait effectivement englober de tels cas. L'argument essentiel en faveur de l'adoption du critère « SLC » est qu'il permet de clarifier les choses à cet égard.

2. – La clarification opérée par le règlement CE n°139/2004.

70 « *En ce qui concerne le critère de fond pour l'analyse des concentrations, la présente proposition de règlement considère que le critère de la position dominante, qui est le critère utilisé jusqu'à présent, et celui de la diminution substantielle de la concurrence, utilisé par d'autres systèmes juridictionnels, ont produit des résultats largement convergent* », Proposition de règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, disponible sur le site officiel de la Commission européenne : www.europa.eu.int.

71 L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Europe, mars 2004, p.7.

72 Décis. 2 oct. 1991, JOCE n° L334, 5 déc. 1991 ; Europe, janv. 1992, chron. 2.

73 Décis. 22 juill. 1992, JOCE n° L356, 5 déc. 1992.

74 CJCE, 31 mars 1998, aff. jtes C-68/94 et C-30/95 : Rec. CJCE 1998, I, p.1375 ; Europe, mai 1998, comm. 168.

75 TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96 : Rec. 1999, II, p. 753 ; adde, Europe, mai 1999.

76 TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99 : Rec. TPICE 2002, II, p. 2585 ; Europe, août-sept. 2002, comm. 291.

77 TPICE, 25 oct. 2002, aff. T-5/02.

78 TPICE, 22 oct. 2002, aff. T-310/01.

79 Décis. 3 juill. 2001 : JOUE n° L 48, 18 févr. 2004.

80 Atelier de la concurrence, 4 déc. 2002, *Malentendus ou divergences transatlantiques*, Rev. Conc. Conso. mai-juin 2003.

A la lecture de l'article 2 du règlement, il semble que le test de la position dominante est tout bonnement remplacé par celui de l'entrave significative de la concurrence⁸¹. Cependant, il faut en fait bien y voir un critère « mixte » (a), dont nous tenterons d'expliquer les effets sur le futur contrôle communautaire des concentrations (b).

a. – La « mixité » du critère pour davantage de souplesse.

D'un système qui privilégiait le critère de la domination tout en faisant respecter l'absence d'entrave à la concurrence, nous sommes passés à un contrôle se souciant avant tout de la complémentarité des deux notions permettant d'apprécier les effets des opérations. De plus, la Commission a pris soin de procéder à la publication de Lignes directrices en date du 5 février 2004 permettant aux intéressés d'apprécier plus en détail sa manière d'examiner l'impact des concentrations à l'avenir.

- Consécration du « test SLC ». Le nouveau Règlement CE n°139/2004 donne une toute nouvelle dimension à la notion d'entrave significative à la concurrence dans la mesure où celle-ci constitue désormais le premier critère d'appréciation des effets d'une concentration.

De virulents débats ont eu lieu entre les Etats membres lors de la période de réflexion relative à la réforme. Certains, tels que l'Allemagne, préféraient le *statu quo* ; d'autres comme le Royaume-Uni, prônaient un changement d'approche inspiré de la législation américaine, puisque ce dernier a adopté ce critère en 2002 lors de la réforme de son droit national. C'est à l'occasion du Conseil compétitivité du 27 novembre 2003 que la solution du compromis, avancée par la France et l'Espagne, a recueilli l'assentiment de tous.⁸² En effet, selon la nouvelle rédaction de l'article 2 §3 du règlement :

« Les concentrations qui entraveraient de manière effective une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun. »⁸³

On retrouve donc la formulation de l'article L. 430-6 du Code de commerce puisqu'il est prévu qu'une concentration qui a pour effet d'entraver la concurrence, notamment par création ou renforcement de position dominante, est déclarée incompatible avec le marché commun. L'adverbe « notamment » prend une importance considérable puisqu'il consacre explicitement la supériorité du test « SLC » sur celui de la position dominante.

L'exposé des motifs du règlement « version 2004 » nous donne aussi des indications importantes. En effet, le considérant 25 donne gain de cause aux auteurs qui prônaient un abandon du critère de la domination. En effet, il ressort de ce texte qu'une fusion ou une acquisition réalisée sur un marché fortement concentré peut produire des effets anticoncurrentiels même en l'absence de position dominante collective. Or, le critère de la domination ne permettait pas à la Commission d'interdire de telles opérations.

Il résulte de ce considérant que la notion d'atteinte à la concurrence englobe deux concepts : la dominance simple ou collective d'une part et les effets non coordonnés (ou effets unilatéraux) d'autre part. L'intégration de la théorie des effets non coordonnés dans le périmètre du contrôle répond aux attentes des spécialistes d'économie industrielle. Il convient toutefois de ne pas sous-estimer les risques d'arbitraire administratif inhérents à cette théorie.

Enfin, précisons qu'à la demande de l'Allemagne, un paragraphe a été ajouté à l'exposé des motifs qui dispose explicitement que le critère de l'entrave à la concurrence devra être interprété comme « s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné. »⁸⁴

- Continuité du test de la domination. A l'instar du droit français, le droit communautaire ne fait plus de la « création/renforcement » de position dominante qu'un cas d'application de l'atteinte à la

81 Art. 2§3 du nouveau règl.

82 *Règlement concentrations : la révision adoptée reprend le test de concurrence français*, Actualités, Rev. Conc. Conso. Répression des fraudes, février 2004, n°172.

83 Art. 2 §3 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

84 Cons. 25 du règlement précité.

concurrence. En effet, l'adverbe « *notamment* » placé au sein de l'article 2 §3 du nouveau règlement, démontre que le critère de la domination s'est vu littéralement absorbé par la notion d'entrave significative à la concurrence.⁸⁵

D'interprétation plus large que le critère retenu par le règlement antérieur, il ne devrait toutefois pas trop modifier la pratique décisionnelle de la Commission qui a annoncé que « *selon toute vraisemblance, la plupart des cas d'incompatibilité d'une opération de concentration avec la marché commun continueront à être fondés sur la conclusion que l'opération crée ou renforce une position dominante* ». Le critère de la position dominante est donc appelé à occuper un nouveau rang dans l'appréciation des opérations, à savoir celui d'« exemple fondamental » dans les décisions d'incompatibilité rendues par la Commission. Il demeurera le critère le plus utilisé pour justifier les décisions de la Commission et ce, dans un souci de sécurité juridique vis-à-vis de la jurisprudence communautaire.

Le degré de « mixité » du nouveau critère d'appréciation penche donc alternativement du côté de la position dominante si l'on raisonne pratiquement, et du côté de l'atteinte à la concurrence si l'on raisonne textuellement.

- Influence du droit français. Inspiré du critère français de l'article L. 430-6 du Code de commerce, le nouveau test communautaire n'en est pas pour autant la reprise pure et simple. Deux séries de différences doivent être relevées :

- La première concerne l'atteinte à la concurrence. Alors que les textes français se contentent d'une simple atteinte, l'entrave en droit communautaire doit être « significative ». Les termes sont plus proches du droit américain qui exige une *substantial lessening of competition* (SLC). Par ailleurs, le droit communautaire ne prévoit pas formellement que l'atteinte à la concurrence puisse résulter de la création ou du renforcement d'une « puissance d'achat » comme cela a été ajouté à l'article L. 430-6 du Code de commerce en 2001 ; il ne s'intéresse *a priori* qu'à la puissance d'achat compensatrice, élément positif du bilan concurrentiel.⁸⁶

- La deuxième différence porte sur la place du bilan économique. Ce n'est pas le raisonnement maintenu en droit français en 2001, que consacre l'article 2 du nouveau règlement. La théorie des efficacités est certes introduite sur le modèle américain, mais de manière subreptice dans un considérant⁸⁷ et dans les Lignes directrices qui lui consacre quelques lignes. L'*efficiency defense* est liée au bilan concurrentiel et la Commission se montre très réservée comme l'illustre le passage des *best practices*⁸⁸, insistant sur le fait que c'est l'un des intérêts de la prénotification de présenter immédiatement les gains d'efficacité supposés.

- Lignes directrices du 5 février 2004 relatives à l'appréciation des concentrations horizontales. Elaborées en même temps que le Règlement CE n°139/2004, elles ont pour objectif de fournir aux entreprises et aux praticiens des indications sur l'approche suivie par la Commission dans l'analyse des effets horizontaux des concentrations.⁸⁹ Il en résulte que, sur les marchés oligopolistiques, les concentrations horizontales peuvent entraver la concurrence, soit en permettant aux parties d'exercer un pouvoir de marché accru sans se coordonner avec leurs concurrents (effets non coordonnés), soit en permettant à des entreprises de coordonner tacitement leur comportement (effets coordonnés).

Le concept d'effets coordonnés renvoie à la notion de position dominante collective et la Commission reprend, pour définir ce concept, les trois critères fixés par l'arrêt *Airtours*. Les effets non coordonnés sont beaucoup plus ambigus. Dans les Lignes directrices, la Commission invoque plusieurs situations dans lesquelles une concentration serait susceptible de produire de tels effets.⁹⁰ De surcroît, elle souligne qu'aucun des facteurs des effets non coordonnés cités dans les Lignes directrices n'est

85 L. Vogel, *Contrôle européen des concentrations : ce qui va changer le 1^{er} mai 2004*, JCP éd. E 2004 n°10 du 4/03/2004, p.357.

86 L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Europe, mars 2004, p.7.

87 Cons. 29 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

88 Communication de la Commission du 30 janv. 2004 relative à l'appréciation des concentrations horizontales.

89 Cons. 28 du nouveau règlement qui charge la Commission de publier « *des orientations qui devraient établir un cadre économique solide pour l'appréciation des concentrations* ».

90 Selon la Commission, les effets non coordonnés sont à craindre lorsque (i) les parties détiennent des parts de marché élevées, (ii) les parties sont des concurrents proches, (iii) les clients ont peu de possibilités de changer de fournisseur, (iv) il est peu probable que les concurrents augmentent leur production dans l'hypothèse d'une hausse des prix, (v) la nouvelle entreprise peut freiner l'expansion des concurrents ou (vi) l'une des parties est une importante source de concurrence sur le marché concerné ; §24 à 38 des Lignes directrices.

déterminant et que la liste des facteurs n'est ni cumulative ni exhaustive. Cette approche n'est pas sans rappeler la méthode de *checklist* appliquée par la Commission à la notion de position dominante collective avant l'arrêt *Airtours*. Il reste à espérer qu'elle ne transformera pas la théorie des effets non coordonnés en une arme absolue permettant de s'opposer à tout rapprochement entre concurrents dans les secteurs à fort niveau de concentration.⁹¹

b. – Les effets du caractère hybride du « critère de fond ».

La nouvelle mixité du critère d'appréciation adopté par le nouveau règlement devrait comporter deux effets majeurs : un accroissement de la protection des consommateurs et le renforcement de la sécurité juridique.

- **Protection des consommateurs.** Ce but avoué par les autorités de la concurrence a tout pour devenir effectif puisque consécutivement au changement de « critère de fond », on assiste d'une part à l'élargissement des compétences de la Commission et d'autre part, à une nouvelle considération des gains d'efficacité.

En effet, à la différence du test utilisé sur le fondement du règlement de 1989, l'objectif d'éviter les atteintes significatives à la concurrence offre de nouveaux moyens à la Commission, lui permettant d'aller au-delà du concept de dominance.⁹²

Un contrôle efficace pourra donc s'exercer dans le cas de marchés oligopolistiques sans dominance simple ou collective, lorsque le rachat d'un concurrent par une des entreprises de l'oligopole risque d'induire une hausse des prix au détriment des consommateurs. Ce risque se rencontre, notamment, dans le cas de marchés de produits différenciés, où les entreprises qui fusionnent proposent des substituts proches, alors que leurs concurrents offrent des produits sensiblement différents. Ainsi, il lui sera possible d'appréhender les effets unilatéraux sans avoir à dénaturer le concept de position dominante, ce qui lui avait été reproché dans l'arrêt *Airtours*. La partie IV des nouvelles Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales le confirme et la formule « *notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante* » dont la Commission ponctue son texte semble plus n'être qu'une clause de style.⁹³

La nouvelle méthode d'analyse, fondée sur le critère de l'atteinte à la concurrence, a aussi l'avantage d'être plus propice à la prise en compte d'une éventuelle contribution de la concentration au progrès économique, sous la forme de gains d'efficacité, comme c'est le cas en droit français. Il va sans dire que pour permettre à la Commission d'examiner toute allégation de gains d'efficacité, les entreprises devront prouver qu'ils sont liés à l'opération et bénéficieront aux consommateurs.⁹⁴ Nous ne nous attarderons pas plus sur ce sujet dans la mesure où un développement lui est consacré plus loin.

- **Sécurité juridique.** La modification du critère d'appréciation ne devait pas remettre en cause la prévisibilité des décisions de la Commission. Il fallait effectivement éviter qu'un changement de critère ne remette en cause tout le corpus de décisions de la Commission et du juge communautaire depuis plus de dix ans : cette jurisprudence donne en effet des indications utiles pour les entreprises.⁹⁵

L'objectif de sécurité juridique semble atteint puisque la création ou le renforcement d'une position dominante demeure la forme d'atteinte à la concurrence la plus fréquente, en particulier dans le cas des concentrations horizontales.⁹⁶ De plus, le texte prévoit dans un considérant que les décisions de la Commission et la jurisprudence communautaire gardent toute leur validité dans le nouveau système.⁹⁷ Le débat sur le champ du contrôle exercé par la Commission est ainsi tranché par le législateur

91 F. Brunet & I. Girgenson, *La double réforme du contrôle communautaire des concentrations*, RTD eur., janvier-mars 2004, p.25.

92 Cons. 25 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

93 L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Europe, mars 2004, p.7.

94 *La Commission adopte des orientations en matière de contrôle des concentrations*, DN : IP/03/1744, en date du 16 décembre 2003, disponible sur le site officiel de la Commission européenne : www.europa.eu.int.

95 *Règlement concentrations : la révision adoptée reprend le test de concurrence français*, Actualités, Rev. Conc. – Consom. Répression des fraudes, février 2004, n°172.

96 L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Europe, mars 2004, p.3.

97 Cons. 26 du Règlement CE n°139/2004 du 20 janv. 2004.

communautaire. Paradoxalement, cette solution est probablement davantage source de sécurité juridique que le *statu quo*, en délimitant plus précisément les critères d'analyse de la Commission.

En outre, les nombreuses références aux décisions adoptées par les Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales confirment la pertinence du corpus décisionnel existant, même si la Commission attache plus d'importance à l'indice de concentration du marché (IHH) qu'à la définition traditionnelle de la position dominante.⁹⁸ En définitive, la révision a donc permis d'actualiser le test de concurrence en fonction des besoins du contrôle, tout en l'encadrant pour limiter les risques d'insécurité juridique pour les entreprises.

B. – La nouvelle considération des gains d'efficience.

Le contexte de réforme du contrôle des concentrations a vu ressurgir le soupçon selon lequel le contrôle qu'exerce la Commission se limiterait abusivement aux aspects de concurrence, en négligeant les gains d'efficience qui sont pourtant souvent une des motivations des projets de concentration.⁹⁹

Effectuons donc un succinct rappel de la notion de gains d'efficience et de son application en droit des concentrations (1). Puis, nous examinerons les nouvelles possibilités offertes par le règlement de 2004 s'agissant de la considération de ces gains d'efficience (2).

1. – La notion de gains d'efficience et son application en droit des concentrations.

Il n'est pas inutile de rappeler les principaux traits de la notion de gains d'efficience (a) afin de comparer ensuite les méthodes d'appréciation des gains d'efficience au sein de deux systèmes juridictionnels majeurs : le droit français et américain des concentrations (b).

a. – La notion de gains d'efficience.

- **Les différents types de gains.** Le concept de gains d'efficience figurait dès l'origine dans le Traité de Rome à l'article 81 §3. Ils relèvent en premier lieu de phénomènes potentiels d'économies d'échelle, mais peuvent aussi résulter d'autres modifications de la production. Ces améliorations interviennent à moyen ou long terme, le facteur temps étant un point essentiel s'agissant de la considération des gains d'efficience. On distingue généralement :

- Les économies d'échelles (rentabilisation des coûts fixes, réorganisation du travail...).
- Les effets d'apprentissage correspondant à la communauté de l'expérience des entreprises parties à la concentration.
- Le progrès technologique, par la diffusion des savoir-faire d'une entreprise à l'autre.
- Les économies d'achat liées à la hausse de la puissance d'achat de la nouvelle entité.
- La combinaison des actifs non financiers, tels que la réputation, la marque ou les relations avec les clients.¹⁰⁰

- **Les répercussions sur le consommateur.** Dans l'approche orientée vers le surplus du consommateur, les gains d'efficience avancés par les parties doivent avoir pour effet de prévenir une hausse des prix, compensant ainsi la diminution du surplus résultant potentiellement de l'augmentation du pouvoir de marché de la nouvelle entité issue de la concentration.¹⁰¹

En d'autres termes, on entendrait aujourd'hui par gains d'efficience « potentiellement considérables » par les autorités de la concurrence, ceux qui se répercutent sur le consommateur tout en étant supérieurs aux effets anticoncurrentiels d'une concentration. Ainsi, dès lors que le consommateur reçoit une part suffisante du surplus, le marché est présumé concurrentiel et toute diminution du surplus des concurrents résulterait du jeu normal de la concurrence. C'est ainsi que les Etats-Unis, la France et

⁹⁸ L. Idot, *Le nouveau « règlement CE sur les concentrations »*, Europe, mars 2004, p.3.

⁹⁹ K. Berger et S. Martin, *La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat ?*, Revue Conc.Conso. 2003, n°132, p.5.

¹⁰⁰ K. Berger et S. Martin, *La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat ?*, Revue Conc.Conso. 2003, n°132, p.7.

¹⁰¹ J. Leygonie & A. Condomines, *La prise en considération des gains d'efficience dans le contrôle des concentrations*, PA, 19 mars 2003, n°56, p.4.

L'U.E. privilégie l'analyse du surplus du consommateur à l'examen du surplus des concurrents dans leur appréciation des gains d'efficacité.

b. – Le degré de considération des gains d'efficacité.

- **Position du droit français.** L'article L. 430-6 du Code de commerce pose les critères d'appréciation d'une concentration par le Conseil de la concurrence : si une concentration a fait l'objet d'une saisine du Conseil de la concurrence, celui-ci examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique. Il apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence et tient compte de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale.

De surcroît, s'agissant de l'appréciation du ministre de l'Economie, qui détient le pouvoir de décision, l'article L.430-7 du Code de commerce indique que celui-ci peut demander aux parties de prendre toute mesure assurant une concurrence suffisante ou les obliger à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Ainsi, le droit français ne limite pas l'analyse des aspects négatifs d'une opération en utilisant le critère de la position dominante, mais l'étend également au concept d'« atteinte à la concurrence ». D'autre part, le texte permet explicitement la prise en compte du « progrès économique et social » et de la compétitivité internationale de l'entreprise issue de la concentration ; ce qui permet la prise en compte d'autres types d'effets positifs pour l'économie que la seule amélioration de la compétitivité des entreprises (par exemple sur le plan social, environnemental ou de l'innovation technique).¹⁰²

Enfin, le Code de commerce reprend la notion de « compensation » entre les effets négatifs et positifs d'une concentration, si bien que la pratique des autorités françaises de la concurrence est communément qualifiée de « bilan économique ».¹⁰³

Les autorités françaises requièrent que les gains d'efficacité allégués par les parties soient vérifiables et démontrés¹⁰⁴, spécifiques à l'opération en ce sens qu'ils n'auraient pu être atteints par un autre moyen que la concentration¹⁰⁵, ne profitant pas qu'aux parties mais à la collectivité et suffisants à compenser les effets anti-concurrentiels de l'opération.¹⁰⁶

En droit français, il apparaît que les gains d'efficacité ne sont pas un critère strictement intégré à l'analyse concurrentielle, mais une composante autonome du raisonnement des autorités françaises. Ainsi, ils ne sont pas évalués en fonction de leurs seuls effets sur la concurrence. Sont ainsi pris en compte au titre du contrôle les économies réalisées en matière de charges d'exploitation, mais aussi la création d'emplois à long terme¹⁰⁷, la protection de l'environnement,¹⁰⁸ l'innovation technique¹⁰⁹ et la compétitivité internationale.¹¹⁰ Enfin, la compétence du ministre de l'Economie est assimilable, du moins en théorie, à un véritable pouvoir de politique industrielle et sociale.

Les autorités françaises ont d'ailleurs publié des Lignes directrices pour faciliter l'interprétation des nouvelles règles du contrôle introduites par la loi « N.R.E. » en 2001. Ne présentant pas un caractère très novateur s'agissant des gains d'efficacité, ce document décrit toutefois les précédents du ministre et du Conseil de la concurrence en la matière.

¹⁰² La notion de « progrès économique » se retrouve également dans l'article L.420-4 du Code de commerce, qui permet d'exempter des pratiques *a priori* anti-concurrentielles, « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ». Le Conseil de la concurrence a donné au concept de « progrès économique » dans ce contexte une interprétation qui s'étend aux impératifs de sécurité, à la protection des consommateurs et de l'environnement, à l'innovation technique, etc. ...

¹⁰³ J.-M. Cot & J.-P. De la Laurencie, *Le contrôle français des concentrations*, LGDJ 1997, p.274.

¹⁰⁴ Arrêté du 24 nov. 1999 relatif à un projet d'acquisition par la société *Coca-Cola*, B.O.C.C.R.F. du 30 déc. 2000 ; avis n° 00-A-17 du Conseil de la concurrence en date du 4 juill. 2000, B.O.C.C.R.F. du 30 oct. 2001.

¹⁰⁵ Avis 90-A-10 du Conseil de la concurrence en date du 10 juill. 1990, B.O.C.C.R.F. du 4 sept. 1990 ; arrêté du 20 août 1996 relatif à une concentration dans le secteur de la bière, B.O.C.C.R.F. du 25 mars 1997.

¹⁰⁶ Lettre du ministre de l'Economie du 1er sept. 1999, relative à une concentration dans le secteur du sel et du déneigement ; arrêté du 17 mars 2000 relatif à l'acquisition de la société *Clemessy*, B.O.C.C.R.F. du 12 sept. 2000 ; avis n° 92-A-11 du Conseil de la concurrence en date du 1er déc. 1992, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1993.

¹⁰⁷ Arrêté du 24 nov. 1999 et avis n° 99-A-14 du Conseil de la concurrence du 28 sept. 1999 relatifs à un projet d'acquisition par la société *Coca-Cola*, B.O.C.C.R.F. du 30 déc. 2000.

¹⁰⁸ Avis n° 94-A-18 du Conseil de la concurrence du 17 mai 1994, B.O.C.C.R.F. du 14 juillet 1994.

¹⁰⁹ Arrêté du 22 mai 1996 relatif à une concentration dans le secteur des paliers magnétiques, B.O.C.C.R.F. du 27 juill. 1996 ; avis n° 89-A-02 du Conseil de la concurrence du 31 janv. 1989, B.O.C.C.R.F. du 22 févr. 1989.

¹¹⁰ Avis n° 92-A-11 du Conseil de la concurrence du 1er déc. 1992, B.O.C.C.R.F. du 15 janv. 1993 ; avis n°99-A-02 du Conseil de la concurrence du 20 janv. 1999, B.O.C.C.R.F. du 11 déc. 1999.

- **Position du droit américain.** Le droit fédéral américain est souvent cité comme exemple par les défenseurs de la prise en compte des gains d'efficacité. En effet, l'interdiction d'une concentration intervient lorsque la concentration est susceptible d'avoir pour effet de restreindre la concurrence de façon substantielle ou de tendre à la création d'un monopole.¹¹¹ Le droit fédéral américain est plus strict que le droit communautaire puisqu'il permet l'interdiction d'une concentration sur le seul fondement de l'atteinte à la concurrence.

Or, c'est sur cette dernière notion qu'est venue se greffer la théorie de « *l'efficiency defense* » admise par les autorités américaines. Celles-ci ont reconnu dans leurs Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales que certains gains d'efficacité pouvaient s'avérer pro-concurrentiels en améliorant la compétitivité des entreprises concernées et en compensant ainsi les restrictions de concurrence constatées.¹¹²

Le système américain permet donc dans des conditions strictes, une analyse qui évalue et compare les aspects pro-concurrentiels et les aspects anti-concurrentiels d'une opération.¹¹³ L'analyse des gains d'efficacité d'une opération ne constitue pas véritablement un critère autonome, qui viendrait s'ajouter à celui de la restriction de concurrence substantielle dans le raisonnement des autorités et juridictions américaines, mais une composante même de ce dernier critère.

En outre, les deux autorités administratives de la concurrence ont précisé dans les Lignes directrices précitées, les conditions dans lesquelles les gains d'efficacité sont pris en compte et peuvent conduire à l'absence de contestation d'une concentration ayant certains effets restrictifs de concurrence :

- Ils doivent être spécifiques à la concentration (« *merger-specific* »).
- Les parties doivent démontrer, d'une part, l'existence de gains d'efficacité et d'autre part, en quoi ceux-ci augmenteront la capacité et la volonté de l'entreprise issue de la fusion d'être un concurrent actif, d'une manière qui soit raisonnablement vérifiable par les autorités de la concurrence.
- Seuls les gains d'efficacité vérifiables ne résultant pas d'une réduction de la production ou des services rendus sont pris en compte.
- Ils doivent être suffisamment importants pour compenser les effets anti-concurrentiels de l'opération envisagée.

Les tribunaux américains, qui prennent la décision finale d'interdire ou non une concentration, n'ont pas adopté à cet égard une position uniforme. Toutefois, il apparaît relativement clair que la prise en compte des gains d'efficacité, admise en théorie, a rarement conduit en pratique à un rejet des demandes de l'administration américaine visant à obtenir l'interdiction d'une opération.¹¹⁴

- **Position du droit communautaire de 1989.** L'ancien règlement fournissait déjà une base légale permettant aux entreprises de soulever la notion de gains d'efficacité afin qu'elle soit appréciée par la Commission lors de son examen.¹¹⁵ Cela ne constituait toutefois pas une dérogation au principe général précité de l'article 2 §3, qui fondait la possibilité d'interdire une concentration sur les notions de position dominante et d'atteinte à la concurrence en résultant.¹¹⁶ *A priori*, le législateur communautaire de 1989 avait donc déjà doté la Commission des moyens juridiques pour qu'elle utilise les gains d'efficacité comme critère d'appréciation des concentrations. Cependant, force est de constater qu'il y a une réelle contradiction entre le fondement réglementaire et la pratique décisionnelle de la Commission.

En effet, la Commission a généralement refusé jusqu'à présent d'appliquer la théorie de *l'efficiency defense*. Elle a même paru appliquer la doctrine inverse, celle de *l'efficiency offense* selon laquelle les gains d'efficacité peuvent contribuer à la création ou au renforcement d'une position dominante. Il semblerait à

¹¹¹ *The effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*, article 7 du Clayton Act.

¹¹² Section IV des *Horizontal Merger Guidelines*, publiées par le *Department of Justice et la Federal Trade Commission*, modifiée sur ce point le 8 avril 1997.

¹¹³ Il est à noter que la prise en compte des gains d'efficacité aux Etats-Unis a été et est encore l'objet de débats. La Cour Suprême des Etats-Unis avait une position apparemment similaire à celle de la Commission européenne dans les années 60, ce qui avait donné lieu à de nombreuses critiques.

¹¹⁴ J. Leygonie & A. Condomines, *La prise en considération des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations*, PA, n°56, 19 mars 2003, p. 6.

¹¹⁵ Art. 2 §1 b. du règl. CEE n° 4064/89 du 21 déc. 1989.

¹¹⁶ J. Leygonie & A. Condomines, *La prise en considération des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations*, PA, 19 mars 2003, n°56, p.4.

cet égard que, dans certains cas, les gains d'efficacité puissent être considérés par la Commission comme renforçant le pouvoir de marché des entreprises concernées et donc comme étant susceptible de créer ou renforcer une position dominante.¹¹⁷

En tout état de cause, elle n'a jamais interprétée l'article 2 §1b de manière à ce qu'il constitue une dérogation au critère de la position dominante. La décision *Danish Crown* de 1999, qui autorisa une concentration de façon conditionnelle, en constitua un bon exemple. Dans cette affaire, la Commission rejeta l'argument des parties visant à démontrer que leur opération permettrait une réduction de leurs coûts, un élargissement des produits proposés et une meilleure défense contre la concurrence américaine.

Le critère de l'« évolution du progrès technique et économique » ne serait donc pris en compte que pour la démonstration de l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante – et non pas comme un effet positif escompté de l'opération qui viendrait compenser ses éventuels effets négatifs. C'est à travers le prisme de la position dominante que la création de gains d'efficacité doit être analysée.¹¹⁸

En raison notamment du caractère incontournable du critère de la domination, les gains d'efficacité n'étaient donc pris en compte par la Commission en faveur des parties que dans des situations exceptionnelles. Son approche a été fortement critiquée par les entreprises et les praticiens. Sous leurs pressions, la Commission a opéré un revirement spectaculaire en déclarant que sous l'empire du règlement CEE n°4064/89, les gains d'efficacité devraient être pris en compte dans le cadre de l'analyse des opérations de concentration.¹¹⁹

2. – La nouvelle appréciation des gains d'efficacité.

Afin de présenter dans les meilleures conditions la future approche des gains d'efficacité au niveau communautaire, il paraît opportun d'examiner la nouvelle réglementation (a) pour discuter ensuite des effets escomptés (b).

a. – La réglementation de la nouvelle approche.

- **Continuité de l'article 2 §1 b. du Règlement CE n° 4064/89.** Alors que la Commission venait de prendre en compte les contestations qui s'élevaient contre elle s'agissant de l'appréciation des gains d'efficacité, on pouvait s'attendre à voir apparaître un nouveau texte contraignant, au sein du nouveau règlement. Mais le Conseil a finalement décidé de se contenter de reconduire l'article 2 §1b de l'ancien règlement.¹²⁰

Vu la manière dont la Commission interprète ce texte depuis 1989, cette initiative du Conseil est loin d'être la meilleure qu'il ait pu prendre. En effet, la reconduction de ces dispositions ressemble plus à « un bras de fer » avec la Commission qu'à un dialogue pour la recherche d'un contrôle efficace.

- **Considérant 29 du Règlement CE n° 139/2004.** Le Conseil a jugé préférable d'insérer de simples indications dans l'exposé des motifs plutôt que de nouvelles dispositions ayant force de loi. C'est ainsi que le principe selon lequel les parties à l'opération ont la possibilité de démontrer à la Commission que les gains d'efficacité contrebalancent les effets négatifs anticoncurrentiels de la concentration, notamment en la rendant profitable à l'économie et à la situation des consommateurs, est pleinement exprimé. La Commission se voit donc confirmer, à titre indicatif et de manière encore plus explicite qu'auparavant, son pouvoir de reconnaître compatible avec le marché commun une concentration qui présenterait des gains d'efficacité profitables aux consommateurs, « surclassant » les effets négatifs de la concentration.

Par ce geste, l'objectif avoué du Conseil est véritablement « d'inciter » la Commission à intégrer dans son contrôle le critère des gains d'efficacité. Il est vrai que dans la mesure où avant même la réforme, la Commission s'était déjà engagée à modifier son approche, sous la pression du mécontentement des

¹¹⁷ Décis. Com. du 18 janv. 1991, *AT&T/NCR*, JOCE 24 janv. 1991, n° C16, dans laquelle la Commission a considéré : « Il n'est pas exclu que les avantages potentiels résultant de synergies puissent créer ou renforcer une position dominante ».

¹¹⁸ J. Leygonie & A. Condomines, *La prise en considération des gains d'efficacité dans le contrôle des concentrations*, PA, 19 mars 2003, n°56, p.4.

¹¹⁹ Pour la première fois en ce sens, M. Monti, *Antitrust in the U.S. and Europe : a history of convergence*, American Bar Association, Washington, 15 nov. 2001, SPEECH/01/540.

¹²⁰ La Commission tiendra compte dans son appréciation : «... de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. »

praticiens et des industriels, nous pouvons effectivement admettre qu'il n'était pas nécessaire de modifier le corps même de l'ancien règlement, au nom de la sécurité juridique.

Les modifications effectuées nous semblent tout de même avoir un certain « goût » d'inachevé, puisque le texte nous donne le choix entre une ancienne règle « ignorée » par la Commission dans le passé, et une nouvelle plutôt satisfaisante mais n'ayant pas force de loi.

- **Conditions de validité des gains d'efficacité.** Les Lignes directrices du 5 février 2004 se révèlent être d'une importance considérable puisqu'elles énoncent les caractéristiques des gains d'efficacité pouvant potentiellement contrebalancer les effets négatifs anticoncurrentiels de l'opération et ainsi obtenir une décision de compatibilité avec le marché commun. C'est ainsi que trois conditions doivent être respectées :

- Des gains d'efficacité à l'avantage du consommateur. Les économies réalisées au niveau de la production ou de la distribution peuvent donner à l'entité issue de la concentration, la capacité et l'incitation de baisser les prix après l'opération. Les consommateurs peuvent aussi tirer avantage de nouveaux produits et/ou services améliorés qui seraient le fruit, par exemple, de gains d'efficacité dans les domaines de la recherche, du développement ou de l'innovation.
- Des gains d'efficacité propres à la concentration. Les gains d'efficacité sont pertinents lors de l'analyse concurrentielle lorsqu'ils sont une conséquence directe de l'opération de concentration et ne peuvent être obtenus autrement. Il incombe aux parties de démontrer à la Commission qu'il n'y a pas d'autres alternatives moins anticoncurrentielles que la concentration notifiée, qui préservent les gains d'efficacité allégués.
- Le caractère vérifiable des gains d'efficacité. Dans la mesure des possibilités, les gains d'efficacité et le bénéfice en résultant pour les consommateurs devront être quantifiés. Plus les gains d'efficacité projetés seront éloignés dans le temps, moins la Commission pourra les considérer comme probables. Il incombe aux parties à l'opération de communiquer les informations démontrant que les gains allégués sont propres à la concentration et ont des chances de se réaliser. De même, elles doivent démontrer en quoi ces gains sont susceptibles de contrer les effets négatifs que l'opération pourrait produire sur la concurrence, et ainsi profiter aux consommateurs.

b. – Les effets de la nouvelle réglementation.

Nous attendions du nouveau règlement qu'il éclaircisse de manière définitive la prise en considération des gains d'efficacité en droit communautaire des concentrations. Nous l'avons vu, des initiatives ont été prises par le Conseil afin de faire évoluer la situation vers une sécurité juridique accrue.

- **Satisfaction du consommateur.** Lorsque les entreprises fusionnent, le rôle des autorités de la concurrence est de vérifier, préventivement, dans quelle mesure les changements structurels sur le marché ne vont pas aller à l'encontre de la satisfaction du consommateur. C'est exactement ce dont dispose le nouveau règlement « concentration » lorsqu'il indique qu' « *il est possible que les gains d'efficacité, résultant de la concentration, contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs* ». 121

Dès lors, si la Commission interprète les nouvelles dispositions dans le bon sens, nous devrions assister à un accroissement des arguments fondés sur la potentialité de gains d'efficacité améliorant à terme la situation des consommateurs. La Commission verra donc se renforcer la lourde tâche de « *déterminer quels types de gains d'efficacité peuvent in fine se reporter sur le surplus des consommateurs, et donc venir atténuer la réduction de surplus engendrée par la hausse du pouvoir de marché des entreprises* ».122

Plus concrètement, si un projet de concentration présente de considérables gains d'efficacité susceptibles d'améliorer à terme la situation du consommateur, et qu'ils sont d'une importance supérieure aux effets anticoncurrentiels de l'opération, alors ce projet sera déclaré compatible avec le marché commun. C'est ainsi que nous pouvons attendre de la Commission une progression de la qualité et de la diversité des produits et/ou services proposés. Effectivement, des concentrations auparavant déclarées

121 Cons. 29 de l'exposé des motifs du Règlement CE n° 139/2004 du 20 janv. 2004.
122 K. Berger et S. Martin, *La contradiction souvent évoquée au sein de la politique économique entre contrôle des concentrations et soutien de la compétitivité des entreprises est-elle un faux débat ?*, Revue Conc.Conso. 2003, n°132, p.7.

incompatibles, seront désormais certainement admises au titre du progrès qu'elles sont susceptibles d'apporter à la situation du consommateur.

D'autre part, selon l'interprétation qui en sera faite, il n'est pas exclu que cette démarche puisse aboutir à introduire dans l'appréciation de la compatibilité des concentrations avec le marché commun, la méthode du bilan économique prévue dans le droit français des concentrations, ainsi que dans le droit des ententes. On ajoutera que la référence aux gains d'efficacité, comme facteur possible d'évaluation de la compatibilité des concentrations avec le marché commun, doit inciter les parties à adopter une démarche prospective et à faire preuve de la plus grande rigueur dans la préparation de leur dossier de concentration.

- **Eclaircissements supplémentaires.** Malgré sa bienvenue, le Règlement CE 139/2004 ne semble pas apporter tous les éclaircissements nécessaires pour mettre fin au débat relatif à l'approche de la Commission vis-à-vis des gains d'efficacité. Nous constatons un besoin de sécurité juridique de la part des entreprises concernées, ce qui requiert d'approfondir des questions fondamentales, dans quatre directions :

- La mesure des gains d'efficacité : il ressort des théories économiques que ce qui est relativement facile à mesurer (réduction des coûts fixes par exemple) paraît convenir le moins. Les autorités de la concurrence doivent dès lors proposer des méthodes réalistes de quantification des gains d'efficacité. Ainsi, l'A.F.E.C. a suggéré¹²³ de se référer à des *event studies*, qui mesurent la réaction des marchés boursiers à l'annonce d'une concentration afin d'isoler le résultat net de l'opération en termes d'efficacité économique.
- L'intensité de la charge de la preuve des gains d'efficacité : plus les effets négatifs d'une opération sont importants, plus les autorités de la concurrence se montreront exigeantes quant à la preuve des gains d'efficacité. Mais jusqu'à quel point ? Selon quels critères ? Là encore, des Lignes directrices claires sont indispensables, fondées sur des critères qui ne doivent pas « tuer » toute possibilité d'invoquer le bénéfice des gains d'efficacité liés à une opération.
- L'horizon temporel de la prise en compte des gains d'efficacité : les autorités de la concurrence doivent se positionner afin de préciser à quel stade les gains d'efficacité seront pris en compte. D'autres questions se posent également s'agissant de l'appréhension des gains d'efficacité qui sont au départ favorables aux consommateurs mais qui contribueraient à détériorer la concurrence au bout d'un certain temps. Il s'agissait de l'un des débats clefs dans l'affaire *GE/Honeywell*.

En définitive, la reconnaissance de l'*efficiency defense* par les autorités communautaires de la concurrence répond aux exigences de la théorie économique. On peut toutefois regretter que le Conseil et la Commission n'aient pas saisi cette occasion pour condamner la théorie de l'*efficiency offense*. En effet, l'article 2 §1b du nouveau règlement semble suggérer que certains gains d'efficacité pourraient entraver la concurrence. Ainsi, il n'est pas sûr que le nouveau règlement soit à même de clore le débat sur la prise en compte des gains d'efficacité dans le contrôle communautaire des concentrations.

CONCLUSION

En adoptant ce nouveau Règlement CE n°139/2004, le Conseil a discrètement mais profondément modifié le contrôle communautaire des concentrations. Comme toute réforme d'envergure, celle-ci suscite toujours des interrogations, voire des appréhensions.

Le règlement entend réduire l'insécurité juridique liée aux notifications d'une même concentration à plusieurs autorités nationales et à la Commission. L'avenir nous dira si les nouveaux mécanismes *ante* notification connaîtront un véritable succès. Si cela s'avère être le cas, ce sera bel et bien la démonstration de l'importance de la phase de prénotification.

En outre, l'évolution apportée s'agissant des critères d'appréciation se révélera-t-elle être facteur d'efficacité ? Il n'y a pas de raison sérieuse d'en douter puisque le caractère hybride du nouveau « critère de fond » permet de faciliter le contrôle des oligopoles. De plus, le Conseil indique que les gains d'efficacité doivent désormais « entièrement » être pris en compte, dans la mesure où ils sont suffisamment profitables à la situation du consommateur.

¹²³ Commentaires en date du 31 mars 2003 sur les Lignes directrices de la Commission relatives à l'appréciation des concentrations horizontales.

Enfin, n'oublions pas que le Conseil a « dépeussié » la procédure spécifique au contrôle, notamment en allégeant les contraintes de délais, plus courts et plus souples, ce qui permet d'allonger la procédure de contrôle uniquement en cas de nécessité (engagements des parties, prétention de gains d'efficacité, demande de renvoi...) Nous pouvons donc attendre du nouveau règlement une amélioration de l'analyse concurrentielle de la Commission ainsi qu'une flexibilité et une transparence renforcée de la procédure de contrôle.

Néanmoins, les juristes ne doivent pas se leurrer : l'analyse économique pénètre en force, sans doute à juste titre, le contrôle des concentrations. La rapidité avec laquelle les Lignes directrices ont été adaptées au nouveau critère choisi par le Conseil laisse à penser que la définition juridique du test est désormais secondaire. La règle de droit conserve son intérêt, mais essentiellement pour maintenir l'exigence d'un débat contradictoire.

Affaire à suivre...

MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE

(Master Recherche droit, Mention droit des affaires, spécialité droit du marché)

(2004-2005)

Directeur : Pr. D. Mainguy

Le droit de la **concurrence**, le droit de la **consommation**, le droit des **contrats**, le droit de la **publicité**,... forment une unité et composent l'environnement quotidien des juristes de droit du marché dans leur dimension **interne, communautaire et internationale**. La vie des entreprises est en effet de plus en plus soumise aux contraintes du droit du marché qui devient plus complexe, plus technique, qui est déjà intégralement communautaire et qui s'internationalise.

L'équipe du MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE, fondé par MM. J. Calais-Auloy et Y. Serra, composant avec le MASTER PROFESSIONNEL CONSOMMATION ET CONCURRENCE, le CENTRE DE LA DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE dirigé par MM. D. Mainguy et H. Temple, assure sur 250 heures environ une formation théorique et pratique fondée sur des enseignements dans lesquels apparaissent principalement :

I. – COURS

- Cours commun à tous les masters recherche : Les sources du droit.
- Cours commun à la Mention droit des affaires (2 sur 3)
 - Droit approfondi des contrats
 - Droit approfondi de la concurrence
 - Droit approfondi de la propriété intellectuelle
- Cours de spécialité : Droit du marché : théorie et pratique

II. – SEMINAIRES

- Droit approfondi de la consommation
- Droit de la régulation (les outils du marché)
- Aspects internationaux et communautaires du droit du marché
- Droit des contrats

- Concurrence déloyale et non concurrence
- Réseaux et relations de la distribution
- Droit de la publicité
- Droit du crédit
- Droit des produits
- Contentieux économique
- Analyse économique du droit...

III. – SEMINAIRES DE RECHERCHE

- Divers séminaires portant sur des thèmes de droit du marché

IV. – MEMOIRE(S) sur un thème de droit du marché

V. – CONCOURS D'ARBITRAGE EN DROIT DES CONTRATS

VI. – INITIATION ET PREPARATION A LA RECHERCHE, CONFERENCES, ANGLAIS, PREPARATION D'UN COLLOQUE...

RETRAIT DES DOSSIERS : CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE, Bat. 2 – 4^{ème} ét. à compter de MAI 2004 – conso@univ-montp1.fr – **RENSEIGNEMENTS** : M. J.-B. THOUS, 04.67.61.51.05

Vous pouvez aider le centre de droit de la consommation et du marché à améliorer ses programmes d'enseignement et de recherche en versant votre TAXE D'APPRENTISSAGE.