

## CONCURRENCE

# Entre liberté de négociation et renforcement de l'Autorité de concurrence

Le projet de loi de modernisation de l'économie, en cours de discussion, vise notamment à « mobiliser la concurrence comme nouveau levier de croissance ».

PAR DORIS MARCELLES, AVOCATE, DIRECTRICE DU DÉPARTEMENT CONCURRENCE DU CABINET ALAIN BENSOUSSAN-AVOCATS

## L'ENJEU

> Instaurer une plus grande liberté de négociation des prix et des conditions commerciales.

## LA MISE EN ŒUVRE

> Entraîner une refonte des conditions commerciales des entreprises et un bouleversement de certaines pratiques contractuelles.



G. EL MEYBOU

## ■ Les juristes étrangers, comme les responsables achat des entreprises, sont souvent déconcertés par les limites légales à la liberté de négociation, notamment par la règle interdisant la discrimination tarifaire, en dehors de toute pratique anticoncurrentielle. La relative rigidité du cadre juridique actuel a aussi été pointée du doigt comme facteur de hausse des prix. L'un des points clés du projet de loi, annoncé par le rapport Attali, vise à instaurer une plus grande liberté dans ce domaine. Ainsi, les conditions générales de vente pourraient être divisées plus largement en différentes catégories d'acheteurs, qui peuvent être librement définies, alors que la loi actuelle renvoie sur ce point à un décret qui n'a jamais été adopté. En outre, il serait possible de négocier des conditions particulières de vente, sans plus avoir à justifier de la « spécificité des services rendus », comme le prévoit le texte actuel, ces conditions n'ayant pas à être communiquées à d'autres partenaires. Mais surtout, la liberté de négociation serait consacrée par la suppression de l'interdiction « per se » (c'est-à-dire en soi), des pratiques discriminatoires obligeant les opérateurs à justifier toute différenciation par des contreparties réelles (art. L.442-6, I, 1<sup>o</sup> Code de commerce). Le projet de loi adapte à ce principe diverses dispositions telles que la menace de rupture brutale des relations commerciales.

à ses concurrents. Nombre de contrats devraient alors être modifiés sur ce point. Cette liberté n'est cependant pas sans limite : les pratiques discriminatoires seraient sanctionnées si elles constituent une pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire ayant des effets sur le marché (abus de position dominante, abus de dépendance économique, entente illicite). En outre, le projet de loi prévoit d'alourdir l'amende civile encourue du fait des pratiques demeurant prohibées par l'article L.442-6 du Code de commerce.

Pour garantir cette liberté, le projet de loi va jusqu'à considérer comme nulles les clauses dites du client le plus favorisé, présentes dans de nombreux contrats de distribution. Pour le fournisseur, il ne serait plus possible, à l'avenir, de faire bénéficier automatiquement le distributeur des conditions éventuellement plus favorables consenties

Le projet de loi s'attache, par ailleurs, à distinguer l'abus de puissance de vente ou d'achat, pratique restrictive de nature à engager la responsabilité civile de son auteur, de l'abus de dépendance économique en tant que pratique anticoncurrentielle, laquelle nécessite de démontrer un effet sur la concurrence. Toute référence à la notion de « dépendance » (art. L.442-6 du Code de commerce) serait remplacée par une référence à la notion, plus large et non définie, d'« équilibre » contractuel ou économique, relevant davantage du droit des obligations. Enfin, le projet de loi annonce une réforme du Conseil de la concurrence qui deviendrait une « Autorité de concurrence ». Il suit ici le rapport Attali qui propose d'une part, d'unifier les attributions du Conseil de la concurrence et du ministre de l'Économie, tant en ce qui concerne le contrôle des concentrations que les enquêtes de concurrence (aujourd'hui menées par la DGCCRF) et, d'autre part, de permettre à l'Autorité de concurrence de « donner de sa propre initiative des avis sur les effets concurrentiels de mesures législatives et administratives ». On aboutirait à une réforme de la composition, de l'organisation et des règles de fonctionnement et de procédure de l'Autorité. Le projet de loi, qui a fait l'objet d'une déclaration d'urgence, devrait aboutir avant l'été. ■

à ses concurrents. Nombre de contrats devraient alors être modifiés sur ce point. Cette liberté n'est cependant pas sans limite : les pratiques discriminatoires seraient sanctionnées si elles constituent une pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire ayant des effets sur le marché (abus de position dominante, abus de dépendance économique, entente illicite). En outre, le projet de loi prévoit d'alourdir l'amende civile encourue du fait des pratiques demeurant prohibées par l'article L.442-6 du Code de commerce.

## Jurisprudence

## AVIS À TIERS DÉTENTEUR

La société qui reçoit du fisc des avis à tiers détenteur, et non des saisies, ne peut pas être condamnée à payer la créance fiscale si elle ne donne pas les renseignements réclamés.

(Cass. Com, 6.5.2008, N° 552, Montanuy c/ Trésorier de Pau et a.)

## SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Le gérant d'une société en participation, sans personnalité morale, est responsable envers les associés de ses fautes de gestion.

(Cass. Com, 6.5.2008, N° 540, Suplice et a. c/ Crozat et a.)

## TRAVAIL DISSIMULÉ

Entre l'indemnité pour travail dissimulé et l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, le salarié a droit à la plus avantageuse.

(Cass. Soc, 7.5.2008, N° 822, Valentini et a. c/ Patricio-Ramos).

## DROIT AU REPOS

La mention sur la fiche de paie des droits au repos nés de la bonification due au-delà de la 35<sup>e</sup> heure, n'a qu'une valeur informative et l'employeur doit prouver qu'il les a bien accordés.

(Cass. Soc, 7.5.2008, N° 862, Veolia Propreté c/ Mahoic).

## MISE À LA RETRAITE

La mise à la retraite pour difficultés économiques obéit à la procédure du licenciement mais elle n'est pas un licenciement.

(Cass. Soc, 14.5.2008, N° 898, Houbart c/ Nouricia).