

**Étude approuvée par la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales le
29 septembre 2010**

Titre : Application dans le temps de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 modifiant les dispositions du Titre IV du Livre IV du code de commerce relatives à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

Auteur : Mme Jacqueline Riffault-Silk, conseiller à la Cour de cassation.

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a apporté diverses modifications aux dispositions du Titre IV du Livre IV du code de commerce.

Sur le plan pénal, les qualifications et les sanctions antérieures ont été maintenues, sous réserve de légères modifications apportées au contenu de certaines des obligations pénalement sanctionnées.

Ainsi :

-l'article L. 441-2-1, modifié par la loi du 4 août 2008, punit d'une amende de 15 000 euros les infractions à l'obligation d'établissement d'un contrat fournisseur-distributeur prévoyant les remises, rabais et ristournes consentis au second pour la vente de produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, ce contrat devant désormais mentionner également *“les avantages tarifaires consentis par le fournisseur au distributeur au regard des engagements de ce dernier”*,

-l'article L. 441-6, également modifié, punit d'une amende de 15 000 euros d'une part, le non-respect des délais de paiement qu'il prévoit, d'autre part, l'omission dans les conditions de règlement, des conditions d'application et du taux d'intérêt des pénalités de retard, enfin, la fixation de taux ou de conditions d'exigibilité non conformes aux dispositions qu'il prévoit, les modifications apportées à cet article devant s'appliquer aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009, aux termes de l'article 21 IV de la loi du 4 août 2008,

-l'article L. 441-7, modifié par la loi du 4 août 2008, punit d'une amende inchangée de 75 000 euros le fait de ne pas avoir conclu dans les délais requis (au 1^{er} mars de chaque année) une convention écrite, dite convention unique ou contrat-cadre annuel.

L'application dans le temps de ces dispositions pénales n'apparaît pas susciter de difficulté. Il résulte en effet des principes de non-rétroactivité de la loi pénale et de légalité des incriminations et des peines, inscrits aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, applicable, que seules peuvent être prononcées les peines légalement applicables à la date où les faits ont été commis.

Ces règles sont assorties d'une exception, celle de l'application immédiate d'une loi moins sévère (rétroactivité *in mitius*), outre le cas des lois de procédure également immédiatement applicables. Mais ni celle-là, ni celui-ci ne trouvent à s'appliquer aux

textes issus de la réforme du 4 août 2008, les peines édictées par les dispositions précitées, et leur régime, n'ayant pas été modifiés.

En matière civile, en revanche, la loi du 4 août 2008 a apporté de profondes modifications aux règles applicables en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence.

Ces réformes concernent, pour l'essentiel :

-l'article L. 441-6 du code de commerce, relatif à la communication des conditions générales de vente, "socle de la négociation commerciale", aux délais de règlement et aux pénalités de retard, étant observé que les modifications concernant les délais de règlement et le taux des pénalités de retard "*s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009*" (article 21-I et IV de la loi LME).

-l'article L. 441-7 du même code, relatif à la convention fixant les obligations des parties et le prix à l'issue de la négociation commerciale; cette convention conclue avant le 1^{er} mars de chaque année, sauf cas particulier, peut être établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application;

-l'article L. 442-6, dont les dispositions ont été profondément modifiées.

La loi du 4 août 2008 a mis fin, en effet, à l'interdiction de discrimination non justifiées par des contreparties réelles, qui figurait à l'alinéa I-1^o, abrogé.

Elle a supprimé la notion d'abus de relation de dépendance dans laquelle est tenu un partenaire commercial, et celle d'abus de puissance d'achat ou de vente, en soumettant ce partenaire à *des conditions commerciales ou obligations injustifiées*, qu'elle a remplacées par celle de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Elle a renforcé les dispositions de l'article L. 442-6-I 7^o ancien qui interdisaient la pratique de conditions de règlement manifestement abusives compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, s'écartant sans raison objective du délai fixé à l'article L. 441-6, l'article L. 442-6-I 7^o modifié visant non seulement le délai de 30 jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation, fixé à l'article L. 441-6 alinéa 8 sauf dispositions contraires contractuellement convenues, mais aussi le plafond fixé à ce délai dans le cas de dispositions conventionnelles, soit 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. Les dispositions de l'article L. 442-6-I 7^o modifié "*s'appliquent aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009*" (article 21- II et IV de la loi LME).

On rappellera que le même article, dans son III, donne compétence au ministre de l'économie, au ministère public et au président de l'Autorité de concurrence pour engager une action en justice sur le fondement de ses dispositions.

Ce texte, instauré par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (article 36 devenu L.442-6-II du code de commerce puis L. 442-6-III du même code dans sa rédaction issue

de la loi Nouvelles régulations économiques NRE du 15 mai 2001), était rédigé ainsi qu'il suit dans sa version issue de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003:

III - L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de [l'Autorité de la concurrence], lorsque ce dernier constate à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article”.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée.

On notera que cette version a été maintenue dans les mêmes termes par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, puis par la loi LME, en ce qui concerne les conditions et la mise en oeuvre de l'action, mais modifiée par cette même loi s'agissant des sanctions encourues, dans le sens d'une aggravation de ces dernières : il est prévu en effet que le montant de l'amende civile prononcée à la demande du ministre de l'économie ou du ministère public peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées.

Les profondes modifications ainsi apportées par la réforme du 4 août 2008 à ces diverses dispositions de nature civile, et le caractère d'ordre public de ce texte, conduisent à s'interroger sur les modalités d'application dans le temps de cette loi.

I - L'application de la loi civile dans le temps : le principe de non-rétroactivité

L'article 1^{er} du code civil précise que les lois, et les actes administratifs lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel, entrent en vigueur à la date qu'ils fixent, ou, à défaut, le lendemain de leur publication.

Aux termes de son article 2,

“La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif”.

Le principe de non-rétroactivité édicté par ce dernier article emporte plusieurs conséquences en termes d'application immédiate de la loi nouvelle, mais aussi de survie de la loi ancienne, selon que leurs dispositions s'appliquent à des situations juridiques non contractuelles ou, à l'inverse, contractuelles.

1.1 - Le principe : la non-rétroactivité

Il y a conflit de lois dans le temps lorsqu'une situation juridique, ayant pris naissance avant la loi nouvelle, continue de produire ses effets après l'entrée en vigueur de cette loi.

Ce conflit est réglé, en principe, par le principe de non-rétroactivité : le passé est hors du domaine de la loi nouvelle (Th. Bonneau, Application de la loi dans le temps, Jcl code civil, fasc. 20).

Comme l'a observé Portalis dans l'exposé des motifs de l'article 2 du code civil : « *Il est des vérités utiles qu'il ne suffit pas de publier une fois, mais qu'il faut publier toujours et qui doivent sans cesse frapper l'oreille du magistrat, du juge, du législateur : l'office des lois est de régler l'avenir, le passé n'est plus en leur pouvoir... La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne ; elle détruit ce qui est, crée ce qui n'est pas encore... Le passé peut laisser des regrets, mais il termine toutes les incertitudes... Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle* ». Portalis poursuivait ce discours en ces termes : « *Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même ...* », ajoutant « *que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ?* » (exposé des motifs devant le Corps législatif, 4 ventôse an XI, Loqué, Lég. I, p. 577-579, également in Faits et discours juridiques et politiques, PUF d'Aix-Marseille, 1988).

1.2 - Conséquences

Les conséquences découlant de ces principes diffèrent suivant la nature de la situation juridique en cause.

** L'application immédiate de la loi nouvelle aux situations juridiques non contractuelles*

Corollaire de la règle formulée par l'article 2 du code civil, toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur (Civ. 3°, 3 avril 1997, Bull. 81, relevant la soumission d'un contrat de bail au régime légal (loi du 1^{er} septembre 1948) par suite de la non conformité des lieux à des normes réglementaires de confort prévues par une loi postérieure à la conclusion du contrat, les droits en litige n'étant pas de nature contractuelle; Civ. 2°, 8 juillet 2004, Bull. 344, à propos de l'application immédiate de la loi du 8 août 1994 modifiant l'assiette du recours subrogatoire de l'assureur, à un accident survenu avant son entrée en vigueur : « *attendu qu'une loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur ...* »).

** La survie de la loi ancienne et le respect des droits acquis en matière contractuelle*

En revanche, la loi nouvelle ne s'applique aux situations ou rapports juridiques établis avant sa promulgation qu'autant qu'il n'en résulte pas la lésion de droits acquis. La théorie des droits acquis, déjà mise en avant par les rédacteurs du code civil, a été consacrée par la jurisprudence dès le XIX^{ème} siècle, avec l'affirmation que « *les contrats passés sous l'empire d'une loi ne peuvent recevoir aucune atteinte par l'effet d'une loi postérieure* » (voir par ex. Civ. 27 mai 1861, DP 1861, 244, cité par L. Bach, rép. Dalloz, Droit civil, Conflits de lois dans le temps, mai 2006, n° 556).

La jurisprudence plus récente donne à la règle de la survie de la loi ancienne une force équivalente à celle du principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle.

Il est ainsi décidé que la loi nouvelle, même d'ordre public, ne peut, en l'absence de dispositions spéciales, régir les effets à venir de contrats conclus antérieurement (Civ. 3°, 11 juin 1997, Bull.129, Civ. 1°, 17 mars 1998, Bull.115).

De même, en l'absence de dispositions expresses de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, des contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion (Civ. 1°, 4 décembre 2001, Bull. 307).

De même encore, les conditions de validité d'un contrat et les conséquences de sa nullité sont régies par la loi en vigueur au jour où il a été passé (Civ. 3°, 7 octobre 1980, Bull 152; Civ. 1°, 1^{er} juin 1999, Bull. 187).

Ces règles ont été appliquées à différentes reprises en droit de la consommation, et ce en dépit de son caractère dérogatoire justifié par la prise en compte d'un ordre public de protection:

-l'article L. 341-4 du code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003, n'est pas applicable aux cautionnements souscrits avant son entrée en vigueur (Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, Bull. 7; Com. 13 février 2007, Bull. 31),

-viole l'article 2 du code civil, l'arrêt qui fait application à un contrat d'assurance reconduit en 1994, de l'article L. 132-1 du code de la consommation sur les clauses abusives, dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} février 1995 (Civ. 2°, 5 juillet 2006, Bull. 180).

Texte législatif, l'article 2 du code civil s'impose au juge. La Cour de cassation considère même que ce texte pose un principe d'ordre public, le moyen tiré de la violation de ce texte pouvant être relevé d'office par le juge (Civ. 2°, 24 novembre 1955) et soulevé à n'importe quel stade de la procédure, même pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 3°, 21 janvier 1971, JCP 1971, II, 16776, note Level).

Mais l'article 2 du code civil n'entend formuler, en matière civile, qu'une solution générale de principe (Louis Bach, préc., n° 31 s.). Hormis en matière pénale et en tout domaine chaque fois que la loi nouvelle concerne des principes ou des droits de valeur constitutionnelle, le législateur peut déterminer comme il lui paraît souhaitable, le domaine d'application dans le temps des lois qu'il édicte (ibid.).

Il apparaît ainsi que si le principe édicté par l'article 2 du code civil est celui de la non-rétroactivité de la loi et par suite de son inapplicabilité aux situations passées, il n'en demeure pas moins assorti de nuances et d'exceptions.

II - Les exceptions au principe de non-rétroactivité, leurs limites

On sait que si le principe de non-rétroactivité des lois s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à

une autorité administrative (Cons. Const. déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, CSA), sa portée n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive (Cons. Const. 7 nov. 1997, D. 1999, somm. 235, obs. Mélin-Sucramanien; cf également Cons. const., déc. n° 84-184 et 84-186 du 29 décembre 1984, décidant, en matière fiscale, "*qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une décision fiscale ait un caractère rétroactif*").

Ainsi, hormis ces exceptions, le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'impose pas au législateur. C'est dire qu'il lui est possible de déclarer des lois rétroactives, ou encore interprétatives ou confirmatives, toutes ces lois ayant un effet rétroactif. Rares sont les lois dont le texte ne se termine pas par des dispositions transitoires destinées à préciser son application dans le temps. Au-delà de telles modalités, la technique législative peut revêtir diverses formes, comme la rétroactivité ordinaire ou la validation.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis celle de la Cour de cassation, sont venues cependant borner le pouvoir du législateur, en imposant aux juges d'exercer leur contrôle sur de telles mesures au regard notamment des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

2.1 - Lois implicitement ou expressément déclarées rétroactives, lois d'application immédiate

** Les lois interprétatives*

Première exception à la règle de la non-rétroactivité, la loi interprétative est celle qui a pour but de fixer le sens d'une loi antérieure, de l'explicitier. Il s'ensuit que la loi nouvelle, lorsqu'elle présente ce caractère, fait corps avec la loi ancienne dont elle n'est qu'un prolongement. Il en résulte, selon une jurisprudence constante, que les dispositions d'une loi interprétative doivent être appliquées à toutes les instances en cours (Civ. 23 décembre 1845, S. 1846, I, 456; Soc. 21 février 1991, Bull. 94).

C'était déjà l'objet de l'alinéa 2 de l'article 2 du code civil, dans le projet initial soumis au Corps législatif : "*Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédemment aura son effet du jour de la loi qu'elle explique*", disposition supprimée parce qu'elle paraissait évidente (Locré, Lég. I, p. 380, art. 2, p. 391, n° 16).

** Les lois déclarées rétroactives par le législateur*

En matière contractuelle, il s'agit plutôt d'une application immédiate de la loi nouvelle aux conventions en cours d'exécution.

Pour le Conseil constitutionnel, l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours n'est pas en soi contraire à la Constitution (Cons. const., 4 juillet 1989, D. 1990, 209 note F Luchaire, à propos des modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986).

Saisi d'un recours contre la loi Aubry I relative à la réduction du temps de travail, réduisant de 39 à 35 heures la durée légale du travail et affectant les accords et

contrats collectifs en cours, le Conseil a posé toutefois une limite à ce pouvoir, en décidant que si le législateur peut rendre une loi nouvelle immédiatement applicable en matière de contrats, *“il ne saurait apporter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté (individuelle) découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1989”* (Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC, rec. p. 258).

** L'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours, par la jurisprudence*

La jurisprudence applique de façon générale et immédiate les lois qui modifient les effets *légaux* des contrats, au visa de l'article 1135 du code civil, dès lors que ces effets procèdent directement *de la loi* en tant que *“suites données à l'obligation d'après sa nature”*, et non de la volonté des parties.

Mais elle va plus loin, en privant d'effet certaines clauses de conventions en cours d'exécution, voire en modifiant l'économie générale de telles conventions.

La doctrine rappelle que cette jurisprudence s'est développée, d'abord, à propos des règles relatives à la monnaie de paiement, en privant d'effet pour l'avenir les clauses des contrats antérieurs à la loi du 5 août 1914 instituant un cours forcé, qui prévoyaient un paiement en or ou en monnaie étrangère (cf Bach, op. cit. n° 568 s.).

Cette jurisprudence s'est développée également en droit du travail, en appliquant à tous les contrats de travail antérieurs les lois sociales nouvelles réglementant le repos hebdomadaire, le délai-congé applicable en cas de rupture du contrat de travail, ou les congés payés. Il est observé que *“ces réformes n'eussent été d'aucune efficacité si elles ne s'étaient appliquées qu'aux embauchages postérieurs”* (Bach, op. cit.).

Doit être mentionné, à cet égard, l'arrêt rendu le 12 juillet 2000 par la Chambre sociale, (Bull. 278), qui énonce que *“l'ordre public social impose l'application immédiate aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection des salariés”*.

De même encore, en matière économique, peut-on citer l'application immédiate aux contrats en cours d'exécution

-dans les contrats de sous-traitance, de l'action directe créée par la loi du 31 décembre 1975 au profit du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage,

-dans les contrats d'assurance de groupe souscrits pour la couverture des risques pouvant affecter le remboursement d'un emprunt immobilier, des dispositions de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier (article L. 312-9 du code de la consommation).

Ces obligations trouvent en effet leur fondement dans la volonté du législateur et non dans le contrat conclu entre les parties, duquel n'est résulté aucun droit acquis (Bach, op. cit. n° 570 s.).

** Lois de validation*

L'expression "loi de validation" est bien connue des publicistes : son domaine d'intervention est d'abord celui des actes administratifs litigieux (cf Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce ... et ne convainc pas, Dalloz 2003, p. 1648, note S. Paricard-Prioux). Les lois de validation désignent l'intervention du législateur, par une loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite un acte administratif annulé ou susceptible de l'être (cf Vocabulaire juridique, PUF, V° validation).

Dans cette mesure, les lois de validation sont une forme d'intervention du législateur dans le cours normal de la justice, réintroduisant dans le contentieux une norme désormais régularisée que les juges refusaient jusqu'alors d'appliquer en raison de son illégalité : le pouvoir législatif impose ici sa solution aux juges pour les nouveaux litiges et les décisions non encore revêtues de l'autorité de la chose jugée à la date de promulgation de la loi (S. Paricard-Prioux, op. cit.).

Force est de constater que, sans toujours affirmer expressément la rétroactivité de la loi dans le domaine des contrats, le législateur, et le juge, font parfois peu de cas des prévisions des cocontractants, en soumettant les effets du contrat à des lois différentes.

Mais ce mouvement s'est trouvé remis en question, précisément dans un contentieux suscité par une loi de validation, d'abord par le Conseil constitutionnel puis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Leurs décisions, et celles de la Cour de cassation, ont conduit à reformuler les conditions d'admission de la rétroactivité -ou de l'application immédiate- de lois nouvelles à des situations juridiques contractuelles.

2.2 - Les limites apportées à la rétroactivité : les garanties du procès équitable et l'exigence de motifs impérieux d'intérêt général

Par une décision du 20 juillet 1980 (DC 80-119, rec. p. 46), le Conseil constitutionnel a déduit du principe constitutionnel d'indépendance des juridictions "*qu'il n'appartient ni au législateur, ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence*". Sans interdire au législateur d'intervenir pour modifier les termes du contentieux soumis aux juridictions en procédant à des mesures de validation, le Conseil rappelle que cette intervention doit respecter certaines conditions, notamment le respect de l'autorité de chose jugée et, surtout, répondre à des motifs d'intérêt général.

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a d'abord appliqué un principe strict d'inconventionnalité des lois de validation, au visa de l'article 6 alinéa 1^{er} de la Convention (CEDH, 9 décembre 1994, Stran Greek Refineries c Grèce, série A, n° 301 B), en énonçant que "*le principe de la prééminence du droit et la*

notion de procès équitable s'opposent à toute ingérence dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige". Assouplissant sa position dans des arrêts ultérieurs, la Cour de Strasbourg a admis que "si en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige" (CEDH, 23 octobre 1997, National et Provincial Buiding society c Royaume-Uni, rec. CEDH 1997 p. 23-25; Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c France, 28 octobre 1999, n° 24846/94 et 34165/96).

Par deux arrêts rendus le 24 janvier 2003 (Bull. 2 et 3, n° 01 40967, n° 01 41757), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait considéré qu'obéissait à d'impérieux motif d'intérêt général, au sens de cette jurisprudence, l'intervention du législateur concernant la rémunération des veilles de nuit de certains professionnels de santé au sein d'établissement spécialisés placés sous tutelle de l'Etat, selon un système "d'heures d'équivalence" (article 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000). Cette loi, immédiatement applicable aux instances prud'homales en cours, mettait fin à une jurisprudence favorable aux salariés, qui retenait que les veilles de nuit devaient être rémunérées comme des heures de travail effectif.

Pour admettre la validité de cette loi d'application rétroactive, l'Assemblée plénière avait pris en considération la pérennité du service public de la santé auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées.

Ces deux décisions ont toutefois été censurées par la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans deux arrêts du 9 janvier 2007, a donné raison aux salariés, au motif qu'ils bénéficiaient en l'espèce d'un intérêt patrimonial qui constituait, sinon une créance à l'égard de leurs adversaires, du moins une "espérance légitime" de pouvoir obtenir le paiement des rappels pour les heures litigieuses, et avait le caractère d'un "bien" protégé par la convention. La Cour de Strasbourg a également observé que le motif financier tiré de la pérennité et la continuité du service public ne permettait pas, à lui seul, de justifier une telle intervention législative, ajoutant qu'en l'espèce aucun élément ne venait étayer l'argument selon lequel l'équilibre du secteur aurait été mis en péril. Il en résultait que la mesure présentait un caractère anormal et exorbitant, l'atteinte portée aux biens des salariés ayant revêtu un caractère disproportionné rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

Par deux arrêts du 13 juin 2007 (Bull. 99), la Chambre sociale de la Cour de cassation, tirant les conséquences de ces décisions, a énoncé que l'article 29 de la loi précitée ne pouvait être appliqué aux litiges en cours sans méconnaître l'exigence d'un procès équitable.

Entre temps, l'Assemblée plénière avait également écarté l'existence d'impérieux motifs d'intérêt général, s'agissant de l'application immédiate de certaines dispositions de la loi Murcef n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 en matière de révision des loyers de baux commerciaux. Elle énonçait à nouveau que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable s'opposent, sauf pour

d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges, et précisait que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi -en l'espèce "interprétative"- et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès. Cette condition ne lui paraissait pas remplie en l'espèce, s'agissant de la révision des loyers de baux commerciaux conclus antérieurement (Ass. plénière, 23 janvier 2004, Le Bas Noyer c Castorama, Bull. 2, n° 03 13617, D. 2004, p. 1108, note P-Y. Gautier).

Il est d'autant plus remarquable de constater que la prise en compte d'un "ordre public supérieur", loin d'avoir été découragée par ces nouvelles exigences, a trouvé en matière économique, spécialement, de nouvelles applications.

2.3 - La jurisprudence développée par la Chambre commerciale au regard de ces nouvelles exigences

Ces applications sont diverses.

Par un arrêt du 14 décembre 2004 (Bull. 227), la Chambre commerciale a ainsi décidé que *"le législateur peut, en matière civile, lorsque cette intervention est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, adopter des dispositions rétroactives"*, sans que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 CEDH s'y opposent.

Il s'agissait du rétablissement par la loi NRE du 15 mai 2001, à l'article L. 411-4 du code de commerce, des dispositions sur la compétence des tribunaux de commerce de l'ancien article 631, abrogé et non remplacé en 1991 à la suite d'une maladresse législative.

Le même raisonnement va soutenir l'application immédiate de dispositions d'ordre public contenues dans la loi NRE, aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

Par un nouvel arrêt (Com. 3 mars 2009, Bull. 31), la Chambre commerciale a en effet posé que *les mesures ressortissant à un ordre public supérieur sont applicables dès leur entrée en vigueur aux contrats en cours.*

Dès lors, *"Les dispositions de la loi NRE du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du code de commerce, qui répondent à des motifs impérieux d'ordre public, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours.*

Il s'ensuit que *"Les pénalités de retard prévues par ce texte pour non-paiement de factures sont dues de plein droit, sans qu'un rappel soit nécessaire et même si elles n'ont pas été indiquées dans les conditions générales de ces contrats.*

Doit être également relevée, bien qu'elle ne ressortisse pas à la même problématique d'application de la loi dans le temps, la qualification donnée par la Chambre commerciale à l'action civile donnée au ministre de l'économie par l'article L. 442-6 III du code de commerce, au visa de ce texte et de l'article 6 de la convention.

Aux distributeurs condamnés pour avoir obtenu de leurs fournisseurs des contrats de coopération commerciale illicites, qui se prévalaient de l'irrecevabilité de l'action du ministre, motif pris de ce que l'action en nullité des contrats avait été engagée sans mise en cause des cocontractants et sans tenir compte de leur refus de sorte que leur liberté fondamentale d'agir en justice avait été violée, la chambre commerciale répond que "*l'action du ministre chargé de l'économie (...) qui tend à la cessation des pratiques qui sont mentionnées [dans le premier de ces textes], à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs*", et rejette le pourvoi (Com. 8 juillet 2008, n° 07 13350; également Com. 8 juillet 2008, n° 07 16761 censurant l'arrêt ayant déclaré irrecevable l'action du ministre, pour n'y avoir pas associé les fournisseurs concernés en violation de l'article 6 de la Convention).

Qu'en est-il des dispositions de la loi LME en ce qu'elles modifient, elles aussi, des dispositions impératives inscrites dans le titre IV du livre IV du code de commerce ?

III - L'application dans le temps des dispositions de la loi LME

Ainsi que le relève le Professeur Chagny (Les mesures transitoires de la LME, in *Les pratiques restrictives dans la LME*, AFEC, Paris, 6 octobre 2008, Concurrences, N° 3-2009, n°26550, www.concurrences.com), alors que le législateur a tout loisir de fixer la date d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte, il n'en a pas fait un usage immodéré, loin s'en faut : parmi les modifications apportées au titre IV et en dehors de la spécialisation des juridictions, seules les dispositions concernant les délais de paiement ont fait l'objet de mesures transitoires expresses dans la loi du 4 août 2008 (v. supra).

La date choisie a opportunément été retenue, à la fois pour les nouvelles règles et pour les sanctions, applicables "*aux contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2009*". De même, le cas des commandes dites "ouvertes", dans lesquelles le donneur d'ordre ne prend aucun engagement ferme sur la quantité des produits ou sur l'échéancier des prestations ou des livraisons, fait l'objet d'une date d'application identique, les nouvelles règles s'appliquant aux appels de commandes postérieurs au 1^{er} janvier 2009.

Qu'en est-il des contrats en cours à la date du 1^{er} janvier 2009 ? Le même auteur relève que cette hypothèse n'est pas réglée explicitement par la loi du 4 août 2008.

En l'absence de mesures transitoires expresses, l'entrée en application de la loi LME doit-elle être fixée au 6 août 2008 ? Sans aucun doute, pour les faits futurs se réalisant à compter des situations nées postérieurement à cette date.

En revanche, et dans le silence de la loi LME, les conditions de validité des contrats et celles de leur nullité doivent-elles être régies par les dispositions en vigueur au jour de leur conclusion ?

Ou faut-il, à l'inverse, considérer que les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, dont le caractère d'ordre public et l'objectif de protection du

fonctionnement du marché et de la concurrence ont été reconnus par la jurisprudence à propos des actions civiles engagées par le ministre sur le fondement de ce texte, doivent s'appliquer immédiatement aux contrats en cours, pour des motifs impérieux d'intérêt général ?

Cette interrogation ne vise pas les contrats-cadre visés par l'article L. 441-7 du code de commerce, puisque leurs contrats d'application conclus à partir du 1^{er} janvier 2009, visés par le même article, seront soumis aux nouvelles dispositions. Elle ne concerne pas davantage la tacite reconduction et le renouvellement de ces contrats à compter de cette date, qui donneront naissance à de nouveaux contrats, de sorte que cette interrogation ne paraît concerner que les contrats à exécution successive en cours au 1^{er} janvier 2009.

Il reste que les dispositions de la LME, qui ont créé une notion nouvelle de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, inscrite dans l'article L. 442-6-I 2° du code de commerce, ont remplacé le texte antérieur qui visait l'abus d'une relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente en soumettant un partenaire commercial à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, de sorte qu'en l'absence d'application immédiate de la loi nouvelle, la validité des contrats conclus avant son entrée en vigueur doit être appréciée par référence au texte applicable à la date de signature de ces contrats. On sait que la jurisprudence s'était montrée très restrictive pour admettre l'existence d'une relation de dépendance (Com. 2 décembre 2008, Bull.201 société Castorama France c société Tomécanic-Bénétière; 16 décembre 2008, n° 08 13423, société Concurrence c Sony France).

Un tel motif est-il suffisant pour justifier l'application immédiate de la loi nouvelle aux contrats en cours ?

Une autre raison, tirée celle-ci des principes fondamentaux applicables en matière répressive, auxquels s'ajoutent, à nouveau, les garanties inscrites à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, conduit à conclure par la négative.

Ainsi qu'il a été vu, les prescriptions de l'article L. 442-6 du code de commerce concernent aussi bien des relations contractuelles mentionnées au II de cet article, que des situations non contractuelles visées au I du même article -la rupture de relations commerciales établies, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur aux termes d'une jurisprudence constante, le confirme (par ex. Com. 21 octobre 2008, n° 0712336; 13 janvier 2009, Bull. 3; 13 octobre 2009, n° 08 20411).

Les unes et les autres font l'objet de sanctions civiles, prévues par l'article L. 442-6-III.

Comme auparavant, cet article prévoit qu'indépendamment des pouvoirs qui leur sont conférés pour demander à la juridiction saisie de faire cesser les pratiques mentionnées à l'article L. 442-6, constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu ainsi que la réparation des préjudices subis, le ministre chargé de l'économie, et le ministère public, peuvent demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. La

réforme LME a alourdi cette amende, qui peut désormais être portée au triple du montant des sommes indûment versées.

Au-delà du caractère "mixte" de l'action conférée au ministre de l'économie et au ministère public, protecteurs des intérêts particuliers des entreprises, mais aussi régulateurs du marché et de la concurrence ainsi qu'il ressort des arrêts précités de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la nature répressive de cette amende civile paraît difficilement contestable.

Or (cf supra, II, Les exceptions au principe de non-rétroactivité), le principe de non-rétroactivité des lois s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition (Cons. Const. déc. n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, s'agissant en l'espèce des pouvoirs de sanction pécuniaire conférés au CSA, autorité administrative indépendante), et il revêt dans ces matières une valeur constitutionnelle. Il en va de même du principe de légalité des incriminations.

Dès lors, il n'apparaît pas possible d'admettre l'application rétroactive de ces dispositions, voire même leur application immédiate à des contrats certes en cours d'exécution mais conclus avant l'entrée en vigueur de la loi LME, au regard du principe constitutionnel de la non-rétroactivité des dispositions répressives, *a fortiori* lorsqu'elles ne sont pas plus douces, et du principe de légalité des incriminations, s'agissant, en l'espèce, de dispositions substantiellement distinctes du texte antérieur.

On notera enfin que la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L 442-6,1,2° du Code de commerce, ainsi libellée : « l'article L 442-6,1,2° du Code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et des Citoyens du 4 août 1789 ? ».

A la date de l'approbation de la présente étude, la procédure était encore pendante.