

Décembre 2005

***Les membres du Cabinet MG Avocats - Meffre & Grall
Vous présentent leurs meilleurs vœux pour cette nouvelle année***

Sommaire :

► Les ententes injustifiables : Troisième Rapport du Comité de la concurrence de l'OCDE concernant la lutte engagée contre les ententes – Par Charlotte Grass	1
► Réseaux de distribution sélective : Licéité des clauses permettant aux fournisseurs d'assurer la police de leur réseau – Par Nathalia Kouchnir-Cargill	7
► Premier arrêt de la Cour de cassation rendu dans le cadre de l'application du règlement « <i>distribution automobile</i> » – Par Thomas Lamy	8
► Le titulaire d'une marque notoire peut-il s'opposer à l'utilisation d'un signe non identique et pour des produits ou services différents ? – Par Emmanuelle Laur-Pouëdras	10
► Politique de concurrence : la réforme de l'article 82 du traité CE relatif aux abus de position dominante est lancée par la Commission Européenne – Par Charlotte Grass	11
► Responsabilité solidaire du donneur d'ordre et du sous-traitant – Par Valérie Maricot	11
► La bonne conscience de celui qui sert une bonne cause ne saurait l'exonérer du respect des droits d'autrui – Par Jacques Roiland	13
► Quelques informations.....	15

LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

**TROISIÈME RAPPORT DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE DE L'OCDE
CONCERNANT LA LUTTE ENGAGEE CONTRE LES ENTENTES**

Par Charlotte Grass

Les ententes injustifiables [**Hard Core Cartels**], ou accords passés entre concurrents pour fixer les prix, se répartir les marchés, participer à des soumissions concertées, établir des restrictions à la production, constituent, pour les autorités de concurrence, la violation la plus flagrante et la plus dommageable du droit de la concurrence. Ce type de pratiques crée un préjudice certain aux consommateurs en augmentant les prix et en limitant l'offre sur le marché concerné¹.

¹ Ces comportements sont appréhendés par les autorités de concurrence, soit sur le fondement des dispositions communautaires à savoir l'article 81 du traité CE, soit sur le

Le 25 mars 1998, l'OCDE² a, dans le cadre d'un programme spécifique de lutte contre les ententes anticoncurrentielles, adopté une recommandation

fondement des dispositions nationales, en France, l'article L.420-1 du Code de commerce.
² Les pays membres de l'OCDE sont actuellement : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, la Turquie, le Japon, la Finlande, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Mexique, la République tchèque, la Hongrie, la Pologne, la Corée, et la République slovaque. La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE.

« concernant une action efficace de lutte contre les ententes injustifiables ». Cette recommandation condamne les ententes injustifiables, considérées, ainsi que nous l'avons évoqué ci-avant, comme les *« violations les plus flagrantes du droit de la concurrence »*. A ce titre, la recommandation appelle les pays membres de l'OCDE à s'assurer que leurs lois interdisent ces ententes de manière adéquate et à instaurer des sanctions ainsi que des procédures d'exécution et des modalités d'enquête efficaces pour les combattre. La recommandation invite également les pays membres à coopérer entre eux.

Depuis l'adoption de cette recommandation, il y a plus de sept ans, le Comité de la concurrence de l'OCDE a fait de l'action contre les ententes une de ses principales priorités.

Le présent rapport est le troisième rapport d'ensemble rendu par le Comité de la concurrence de l'OCDE concernant la lutte contre les ententes anticoncurrentielles. Deux rapports antérieurs ont en effet été publiés en 2000³ puis en 2002⁴.

Brièvement, le premier rapport soulignait qu'au cours des deux années qui avaient suivi l'adoption de la recommandation, des progrès avaient été faits par les pays membres de l'OCDE s'agissant, d'une part, de la sensibilisation de l'opinion publique à la nocivité des ententes, et d'autre part, des poursuites engagées par les autorités de concurrence contre ces pratiques.

Le deuxième rapport mettait l'accent sur les instruments d'enquête, les sanctions et la coopération internationale. S'agissant du préjudice causé par les ententes, ce rapport concluait que : *« Le préjudice total causé par les ententes est effectivement considérable et s'élève certainement à plusieurs milliards de dollars chaque année. »*. De plus, en comparant l'estimation des gains illicites réalisés par les opérateurs économiques grâce aux ententes par rapport aux sanctions pécuniaires infligées, les rédacteurs du rapport soulignaient que, dans presque toutes les affaires examinées, les amendes étaient inférieures au montant qui aurait effectivement constitué une dissuasion optimale et que, dans la plupart des cas, elles se situaient bien au dessous de ce niveau optimal.

Le deuxième rapport résumait l'action contre les ententes ainsi :

³ Sur les ententes injustifiables proprement dites.

⁴ Sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence.

*« En conclusion, les ententes sont, sans ambiguïté, néfastes. Elles causent un préjudice s'élevant à plusieurs milliards de dollars chaque année. Elles faussent le libre jeu de la concurrence sur le marché et les échanges internationaux. Elles affectent tant les pays développés que les pays en développement et leur effet sur ces derniers peut être particulièrement pernicieux. Leurs participants opèrent en secret en sachant que leur comportement est illégal. Tous les gouvernements du monde doivent se donner comme priorité de les détecter et d'engager des poursuites pour les sanctionner. »*⁵.

S'agissant du troisième rapport, qui vient d'être publié, les principaux éléments sont les suivants :

1. L'action des autorités de concurrence contre les ententes : le bilan

Tout d'abord, le rapport constate que les autorités de concurrence sont de plus en plus nombreuses à engager des poursuites qui aboutissent à des **sanctions relativement lourdes**. Par exemple :

- En *Allemagne*, l'Office des cartels a infligé une amende s'élevant à plus de **700 millions d'euros** pour une entente dans l'industrie du ciment ;
- En 2002, la *Commission européenne* a imposé une amende de **249 millions d'euros** à Lafarge pour participation à l'entente concernant les plaques de plâtre, soit la plus forte amende jamais infligée à une société dans une seule affaire d'entente⁶ ;
- Aux *Etats-Unis*, le total des amendes pour l'exercice 2004 a été de **359 millions de dollars**. En outre, **10.501 jours de prison** ont été prononcés au cours de l'exercice 2002, ce qui représente le chiffre le plus élevé de l'histoire de la division antitrust américaine ;
- En *Hongrie*, l'autorité de concurrence a infligé, en 2004, un montant total d'amendes de **8.375.000 millions de forints** pour cause d'entente, soit plus de

⁵ Page 14 du deuxième rapport.

⁶ Décision de la Commission européenne du 27 novembre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE. Aff. COMP/E-1/37.152, Plaques en plâtre.

dix fois le total des amendes prononcées l'année précédente.

Sur le montant des amendes, notons que le Conseil de la concurrence, dans un décision du 30 novembre 2005, vient d'infliger des amendes record aux opérateurs de téléphonie mobile, à hauteur de **256 millions** d'euros pour Orange France, **220 millions d'euros** pour SFR, et **58 millions d'euros** pour Bouygues Telecom⁷.

Le rapport de l'OCDE fait ensuite un bref rappel des réformes législatives et réglementaires qui ont eu lieu dans les différents pays membres de l'OCDE.

Ainsi, le rapport vise notamment :

- *L'Allemagne* : avec un projet de loi modifiant la loi actuelle sur les ententes et instaurant de nouvelles dispositions relatives à la coopération avec les autres autorités de concurrence en Europe, aux nouveaux pouvoirs de décision et à la modification du mode de calcul de l'amende maximale [**La réforme du droit allemand de la concurrence, qui a finalement été votée le 16 juin 2005, après presque deux ans de préparation et de discussion par le Parlement allemand, est finalement entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005**]⁸.
- *Les Etats-Unis* : en 2004, la loi « *Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act* » a porté les amendes pouvant être infligées aux personnes morales à **100 millions de dollars**, [au lieu de **10 millions de dollars**], l'amende maximale pouvant frapper une personne physique de **350 000 dollars à 1 million de dollars** et **la peine maximale d'emprisonnement de 3 à 10 ans**. Cette loi renforce également le programme d'amnistie de la Division antitrust du Département de la justice, en limitant les dommages dont est passible une personne morale demandant l'amnistie aux dommages effectifs qu'elle a causé, dès lors que le demandeur coopère avec les parties à une action au civil en dommages et intérêts contre les autres membres de l'entente.

⁷ Décision du Conseil de la concurrence n°05-D-56 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

⁸ Pour plus d'informations : Martina Maier et Philipp Werner, « *Le nouveau droit allemand de la concurrence* », Concurrences n°4/2005, p.137.

• *La France* : avec l'introduction dans le système français d'un programme de clémence [**article 464-2 II du Code de commerce**] et d'une nouvelle procédure de réduction des sanctions pour les sociétés mises en cause qui ne contestent pas les faits allégués, dite procédure de « *transaction* » [**article L. 464-2 III du Code de commerce**]. A également été modifié le plafond maximal de l'amende encourue puisque désormais « *le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.* » au lieu de 5% sous l'empire de la loi antérieure [**article L.464-2 I du Code de commerce**].

- *Le Royaume-Uni* : avec la mise en place de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques participant à des ententes, avec une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans [**The Enterprise Act 2002**]. Cette nouvelle loi prévoit également l'élargissement des pouvoirs d'enquête de l'OFT.
- *L'Union européenne* : avec l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004, du règlement du Conseil n°1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE⁹. Ce règlement institue le Réseau européen de la concurrence (REC) qui organise notamment une coopération entre les autorités de concurrence des Etats membres de l'Union européenne [cf infra] et renforce les pouvoirs d'enquête des agents de la Commission [**Chapitre V intitulé « Pouvoirs d'enquête »**].

S'agissant des enquêtes récemment menées par les autorités de concurrence des pays membres de l'OCDE contre les ententes, le rapport souligne que les ententes internationales sont particulièrement difficiles à détecter car elles sont organisées selon des dispositifs souvent très sophistiqués. Pour le Comité de la concurrence de l'OCDE, ce type d'entente donne lieu à un volume de transactions commerciales extrêmement élevé ; il s'agit du type d'entente le plus pernicieux qui soit, en raison de l'ampleur des préjudices qu'elles infligent aux entreprises concurrentes et aux consommateurs.

Le rapport cite plusieurs cas d'ententes internationales de grande envergure qui ont été mises à jour ces dernières années et notamment :

⁹ JOCE L. 1/1 du 4 janvier 2003.

- l'affaire *des produits chimiques pour caoutchouc au Canada*¹⁰ ;
- l'affaire *Infinéon* (Infinéon Technologie AG) relative à la fixation des prix sur le marché du « *DRAM* » (mémoire informatique) qui a donné lieu, en décembre 2004, au paiement d'une amende de **250 000 dollars** par les dirigeants d'Infinéon ainsi qu'à une peine d'emprisonnement allant de 4 à 6 mois ;
- l'affaire de l'entente du peroxyde dans laquelle la Commission européenne a imposé une amende de plus de 70 millions d'euros à Atofina, Peroxide Chemie, Laport (aujourd'hui Degussa UK Holding), Perorsa et AC Treuhand AG. Cette entente présentait certaines caractéristiques notoires : non seulement elle a été effective pendant 30 ans mais elle opérait dans le cadre d'un système particulièrement sophistiqué¹¹.

2. Sensibilisation à la nocivité des ententes

Le rapport de l'OCDE insiste sur le fait que « *sensibiliser le public au préjudice causé par les ententes est un volet essentiel de l'action menée contre les pratiques concertées.* ». En effet, lorsque le public et, plus particulièrement le législateur sont conscients de la nocivité économique des ententes et des avantages incontestables d'une action « *antitrust* » rigoureuse et efficace, ils sont plus enclins à soutenir les autorités de concurrence et à leur fournir les outils dont elles ont besoin (pouvoirs d'enquête ou encore pouvoir d'infliger des sanctions pécuniaires importantes ...).

Le rapport ajoute, en outre, que plus les milieux d'affaires et leurs conseillers juridiques seront au fait des règles antitrust, plus forte sera la probabilité que les entreprises respectent la loi ou, lorsque les ententes sont en place, les signalent aux autorités [programme de clémence]. Les pays membres de l'OCDE peuvent utiliser différentes méthodes pour informer le public au sujet des ententes. Ces méthodes comprennent les rencontres avec les parties concernées, les conférences, les publications, les sites « *web* ».

Les programmes ainsi mis en place au Canada et aux Etats-Unis apparaissent aujourd'hui comme étant les plus performants.

¹⁰ Décision du bureau de la concurrence du 28 mai 2004, *Crompton Corporation*

¹¹ Décision de la Commission européenne du 10 déc. 2003 relative à l'application de l'article 81 TCE, Case COMP/E-82/37.857, Organic Peroxides

S'agissant toujours de la sensibilisation à la nocivité des ententes anticoncurrentielles, le rapport insiste sur les **soumissions concertées dans le cadre d'appels d'offre**. Ce type de pratiques « *constituent un phénomène très répandu auquel il faudrait accorder plus d'attention* » et « *le truquage des appels d'offres reste un problème inquiétant dans presque tous les pays* ». Le rapport relève que les **autorités adjudicatrices sont les mieux placées pour déceler les indices de trucage des offres**, car ce type d'entité connaît bien son secteur d'activité ; ainsi, elle pourra certainement repérer plus facilement, lors de la procédure de soumission des offres, des indices qui pourraient laisser supposer l'existence d'ententes illicites entre les concurrents soumissionnaires.

Les rédacteurs du rapport soulignent cependant que les autorités adjudicatrices ne sont pas encore suffisamment conscientes du danger d'entente entre les soumissionnaires ni – et encore moins – du rôle de premier plan qu'elles peuvent jouer dans la préventions et la détection des ententes. Ce sont le Canada et les Etats-Unis qui disposent des programmes de formation les plus complets des agents chargés des marchés publics.

3. Préjudices et sanctions

S'agissant des sanctions, le deuxième rapport précité avait démontré que les **sanctions pécuniaires infligées en cas d'entente restaient bien au dessous du niveau auquel elles pourraient constituer une dissuasion optimale**. Si le présent rapport ne s'est pas livré à une étude détaillée concernant le montant et l'effet des sanctions pécuniaires prononcées, en revanche il s'avère que les exemples rapportés par certains pays membres de l'OCDE confirment les conclusions du deuxième rapport.

Le rapport s'attache ensuite, plus particulièrement, aux **sanctions encourues par les personnes physiques**. Il est souvent considéré que les sanctions frappant les personnes morales sous forme d'amendes ne sont presque jamais assez lourdes pour constituer une dissuasion optimale et que la **menace de sanctions personnelles peut être un complément important aux sanctions pécuniaires proposées à l'encontre des personnes morales**.

Le rapport indique que les sanctions à l'encontre des personnes physiques sont de nature à inciter davantage les dirigeants et les salariés à résister aux pressions qui peuvent conduire l'entreprise à participer à des activités illicites, augmentant ainsi

l'efficacité de la dissuasion. De plus, les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent accroître l'efficacité des programmes de clémence, étant donné qu'elles incitent fortement à révéler des informations concernant les ententes en place et à coopérer avec les enquêteurs.

Il est également indiqué que les faits montrent que les sanctions à l'encontre des personnes physiques peuvent avoir des effets dissuasifs. Le rapport cite l'exemple d'ententes qui avaient exclu les Etats-Unis de leur champ d'application afin d'éviter justement le risque de sanctions pénales !

En pratique, le rapport relève que la tendance à considérer que les peines individuelles peuvent contribuer à une action plus efficace contre les ententes s'accentue. Ainsi, les rédacteurs du rapport citent en exemple le Royaume-Uni, qui a introduit dans son système des sanctions pénales [**Enterprise Act 2002**] et a déjà engagé des poursuites dans certaines affaires.

A l'attention des pays membres de l'OCDE, dont la réglementation ne prévoit pas encore ce type de sanction, et qui voudraient en instituer, le rapport relève un certains nombre de facteurs qui doivent être pris en compte afin de faire en sorte que les sanctions pénales contribuent le plus efficacement possible à l'action des autorités étatiques contre les ententes.

Ainsi, premièrement, dans les pays où le pouvoir de poursuivre des ententes en justice appartient au procureur et non à l'autorité de concurrence, une bonne coordination entre ces deux entités apparaît primordiale. Le rapport cite le cas d'Israël et de la Norvège dans lesquels les autorités de concurrence ont éprouvé, par le passé, certaines difficultés à convaincre les procureurs de poursuivre l'entente alléguée.

Deuxièmement, le rapport insiste sur la définition de l'infraction pénale en ce qu'elle peut, elle aussi, influer sur l'efficacité d'un régime de sanctions pénales en matière de concurrence. Le rapport souligne que les pays membres de l'ODCE qui ont introduit récemment des sanctions pénales, à l'instar du Royaume-Uni, ont examiné cette question de définition de l'infraction en détail et sont arrivés à la conclusion que la définition de l'**infraction pénale d'entente devrait être différente de l'interdiction générale des accords anticoncurrentiels résultant de la loi nationale sur la concurrence**.

Une plus grande sécurité juridique est en effet nécessaire pour mieux protéger les droits de la défense.

Le rapport souligne cependant que certains pays (Etats-Unis ou Israël) disposent d'un régime de répression pénale sans définition précise de l'infraction pénale d'entente puisque la répression est fondée sur les textes appartenant à leur droit général de la concurrence. Ces pays s'appuient donc beaucoup plus sur la jurisprudence constante et sur l'appréciation faite par le procureur.

4. La coopération internationale : l'échange d'informations dans les enquêtes sur les ententes

Dans un premier temps, le rapport s'est attaché à la **coopération informelle qui existe entre les autorités de concurrence concernant les informations à caractère non confidentiel**. Le rapport souligne qu'une forme récente de coopération informelle réussie est la coordination d'inspections inopinées dans plusieurs pays, qui permet aux autorités participantes de bénéficier de l'effet de surprise dans leurs investigations et d'éviter, ainsi, la destruction ou la dissimulation d'éventuels éléments de preuve.

Le rapport cite l'exemple d'investigations qui ont eu lieu en 2003, s'agissant d'activité suspectes dans le secteur des stabilisateurs thermiques et des modificateurs d'impacts. Dans cette affaire, et ce pour la première fois, une enquête relative à une entente internationale a été déclenchée simultanément par quatre autorités de concurrence : le Bureau canadien de la concurrence, la Commission européenne, la Commission japonaise de la concurrence et la Division antitrust du département de la Justice aux Etats-Unis. En Europe, les agents de la Commission européenne (rattachés à la Direction générale de la concurrence) et les enquêteurs nationaux ont perquisitionné les locaux de 14 entreprises situées dans 6 Etats membres¹².

Le rapport souligne que le succès de la coopération informelle entre les autorités de la concurrence est confirmé par la pratique, avec des échanges réguliers de savoir-faire et d'expertise dans le domaine de l'application des lois, notamment en ce qui concerne les outils et techniques de détection des ententes, les modalités d'investigation ou encore la collecte d'éléments de preuve (recherche électronique).

¹² Communiqué de presse de la Commission européenne MEMO/03/33 – 13 février 2003

Dans un second temps, le rapport présente la réforme introduite par le règlement du Conseil n°1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du traité CE précité. Ce texte a introduit des mécanismes de coopération de vaste portée via la constitution d'un « Réseau Européen de la Concurrence » (REC)¹³. Les principales dispositions concernant ce réseau se trouvent dans le chapitre 4 du règlement intitulé « Coopération » qui est complété par une « Communication sur la coopération à l'intérieur du réseau des autorités de concurrence »¹⁴.

Plus précisément, le règlement autorise l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de concurrence des Etats membres de l'Union européenne **[article 12 du règlement]**. Ces dernières peuvent également demander l'entraide des autorités de concurrence d'autres Etats membres dans le cadre d'enquêtes portant sur des infractions aux articles 81 et 82 **[article 22 du règlement]**.

Enfin, le rapport fait état de travaux menés par le Comité de la concurrence de l'OCDE concernant l'échange d'informations, travaux qui ont donné lieu à l'élaboration, en 2004, de « *Pratiques Recommandées pour l'échange officiel d'informations dans les enquêtes sur les ententes* »¹⁵.

Les « *Pratiques Recommandées* » sont basées sur les principes suivants :

- Les conventions internationales ou les législations nationales autorisant une autorité de la concurrence à échanger des informations confidentielles dans certaines circonstances devraient protéger la confidentialité des informations échangées. En revanche, ces sauvegardes ne devraient pas s'appliquer lorsque les autorités de la concurrence échangent des informations qui ne sont pas soumises à des restrictions en matière de confidentialité prévues en droit interne.
- **Les pays membres devraient, d'une façon générale, appuyer les échanges d'informations dans le cadre d'enquêtes concernant des ententes.** Toutefois, la fourniture des informations demandées dans un cas d'espèce devrait toujours être laissée à

¹³ L'appellation anglaise, « European Competition Network » (ECN) est aujourd'hui plus souvent utilisée.

¹⁴ JOCE L 101/43 du 27 avril 2004.

¹⁵ Les « *Pratiques recommandées* » sont disponibles à : <http://www.oecd.org/competition>

l'appréciation de la juridiction requise, ou bien celle-ci devrait pouvoir l'assortir de conditions. Il ne devrait pas y avoir obligation de donner suite à une demande. Un pays pourra rejeter la demande si, par exemple, l'exécution de cette demande est contraire à son droit interne ou à son ordre public. **En outre, les échanges d'informations ne devraient pas nuire à une enquête concernant une entente injustifiable, et notamment à l'efficacité d'un programme d'amnistie ou de clémence.**

- Pour engager un échange d'informations, les autorités devraient agir avec la souplesse qu'exige chaque cas d'espèce. Elles devraient envisager d'entamer au départ des consultations, par exemple pour évaluer dans quelle mesure la juridiction requise sera à même de préserver la confidentialité des informations contenues dans la demande et celle des informations échangées.
- **Des garanties adéquates devraient être prévues au sein de la juridiction requérante pour l'utilisation des informations échangées.** Dans ce contexte, les « *Pratiques recommandées* » régulent en particulier le cas de l'utilisation des informations échangées à d'autres fins d'application des lois, de la divulgation à des tiers et des mesures à prendre pour éviter une divulgation non autorisée.
- **Les échanges d'informations devraient protéger les droits des parties en vertu des législations des pays membres.** Les « *Pratiques recommandées* » visent expressément le secret professionnel applicable à certaines professions juridiques et la protection contre l'auto incrimination. Dans ce contexte, les pays membres pourront devoir prendre en compte les différences de nature des sanctions pour violation du droit de la concurrence du fait d'une entente injustifiable qui sont appliquées dans les différents pays.
- La notification préalable à la source d'information pouvant gravement perturber et retarder une enquête sur une entente, les « *Pratiques recommandées* » ne préconisent pas cette notification, sauf si l'obligation de notification résulte du droit interne ou d'une convention internationale. Les autorités de la concurrence peuvent en revanche envisager une notification a posteriori si elle n'est pas contraire à une décision de justice, au droit interne ou à une convention internationale ou si

elle ne compromet pas l'intégrité d'une enquête.

Ainsi, les « *Pratiques recommandées* » prévoient un cadre crédible de sauvegardes pour préserver les informations confidentielles d'une divulgation non autorisée, sans nuire à une coopération efficace des autorités de concurrence dans les enquêtes sur les ententes.

Conclusion :

Des réformes législatives dans plusieurs pays membres de l'OCDE ont renforcé les pouvoirs d'investigation des autorités de la concurrence, ont autorisé des sanctions plus sévères et ont accru les possibilités de coopération efficace avec les autorités étrangères de la concurrence.

Un certain nombre d'autorités de la concurrence ont créé des unités spécialisées dans les ententes et/ou ont fait de la lutte contre les ententes une activité prioritaire et de lourdes amendes sont infligées régulièrement. La coopération est aujourd'hui beaucoup plus courante et l'échange d'expertise en matière de répression des ententes s'est développé. Mais il reste beaucoup à faire !

En matière de sanctions, le rapport conclut que dans de nombreux pays, les amendes pécuniaires élevées sont aujourd'hui plus courantes mais il semble que de telles sanctions ne se situent pas encore à des niveaux optimaux. **Par conséquent, les pays devraient s'efforcer d'aggraver encore les amendes qui peuvent être infligées aux personnes morales pour participation à une entente.** Qui plus est, afin de renforcer l'effet dissuasif et l'efficacité des programmes de clémence, **les pays membres de l'OCDE devraient envisager également l'introduction et l'imposition de sanctions à l'encontre des personnes physiques**, et notamment de sanctions pénales.

En matière de coopération internationale, le rapport souligne que la coopération entre les autorités de la concurrence dans les enquêtes sur les ententes est maintenant courante. Les relations de collaboration entre les pays, notamment via l'échange de savoir-faire en matière de poursuites et une coopération plus large entre les responsables de l'application des lois, se sont multipliées. Il convient cependant d'envisager d'autres moyens pour renforcer la coopération internationale dans les enquêtes sur les ententes. Plus précisément, le rapport indique que les pays devraient envisager d'habiliter leurs autorités de la concurrence à échanger des informations confidentielles avec des

autorités étrangères de la concurrence, dès lors qu'il existe des garanties adéquates contre la divulgation non autorisée de ces informations.

Réseaux de distribution sélective : Licéité des clauses permettant aux fournisseurs d'assurer la police de leur réseau

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

A la suite de la plainte d'un entrepositaire-grossiste à l'encontre de la société Brasseries Kronenbourg à laquelle il était lié par un contrat de distribution sélective, le Conseil de la concurrence dans une décision n° 05-D-50 du 21 septembre 2005 a donné des éclairages intéressants, notamment sur la validité de certaines clauses contractuelles considérées comme excessives et donc anticoncurrentielles par le plaignant.

Dans cette affaire, l'entrepositaire-grossiste soutenait qu'il était l'objet de « *diverses pratiques anticoncurrentielles destinées à l'éliminer du marché de la distribution des bières par la société Brasseries Kronenbourg* » estimant en outre que celles-ci relevaient d'un abus de position dominante.

La plaignante dénonçait notamment le refus de communication de l'ensemble des conditions de vente du fournisseur, la suppression de certaines remises ou ristournes dont il aurait été ainsi privé et remettait en cause certaines dispositions du contrat de distribution sélective mis en place par les Brasseries Kronenbourg.

De manière attendue, le Conseil de la concurrence a tout d'abord exclu l'existence d'une position dominante de la société Brasseries Kronenbourg en exposant que :

« *L'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à la sienne [Heineken] ne lui permet[tait] pas d'adopter le comportement indépendant caractérisant une position dominante.* »

De même, le Conseil de la concurrence a exclu l'existence d'un abus de dépendance économique au sens de l'article L.420-2 alinéa 2 du Code de commerce en notant qu'ayant pu diversifier son approvisionnement en bière, le distributeur ne pouvait se trouver dans un état de dépendance économique.

En ce qui concerne la non communication des conditions de vente et la privation du bénéfice de

certaines ristournes, le Conseil de la concurrence n'a pu que rappeler qu'il a une compétence d'attribution pour statuer sur l'article L.420-1 du Code de commerce prohibant les actions concertées qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, mais non sur l'article L.442-6-I.1° prohibant les conditions de vente discriminatoires.

Or, le Conseil a relevé qu'il n'était pas allégué dans la saisine que l'application discriminatoire qui aurait été faite par les Brasseries Kronenbourg de leurs conditions de vente résulterait d'une entente avec d'autres brasseurs ou d'autres distributeurs et que de ce fait, aucune entente ne pouvait être caractérisée.

Le Conseil de la concurrence s'est enfin penché sur la licéité des dispositions du contrat de distribution sélective mis en place par les Brasseries Kronenbourg et qui était attaquées par l'entrepositaire-grossiste.

Aux termes du contrat, le distributeur s'engageait à n'acheter en France les bières en fût des marques Kronenbourg qu'à auprès de Kronenbourg ou d'autres distributeurs agréés par cette dernière et à tenir à la disposition de Kronenbourg, comme preuve du respect de cet engagement, les factures correspondant à ses achats réalisés auprès d'autres personnes physiques ou morales que Kronenbourg.

Aux termes du contrat, le distributeur s'engageait en outre à ne vendre les bières en fût qu'à des distributeurs agréés Kronenbourg et à des détaillants disposant d'une installation adéquate et ne revendant eux-mêmes la bière qu'à des consommateurs finals.

Le distributeur s'engageait alors à tenir à la disposition de Kronenbourg toutes les factures correspondant à ses ventes de bières en fût.

Le plaignant considérait qu'il s'agissait là d'obligations injustifiées, estimant que le moyen du contrôle, à savoir la mise à disposition des factures, était anticoncurrentielle, puisque sur ces factures figuraient, outre les produits Kronenbourg, tous les autres produits vendus à ses clients grossistes, lesquels pouvaient être en concurrence directe avec les entrepôts ou filiales de Kronenbourg.

Après avoir confirmé la licéité du réseau de distribution sélective de Kronenbourg en rappelant les critères de validité de ces réseaux tels que dégagés par la jurisprudence communautaire et avoir confirmé que :

« *Les clauses dénoncées par la saisissante, qui interdisent aux distributeurs agréés de se fournir en produits Kronenbourg en dehors du réseau et de vendre les produits Kronenbourg en dehors du réseau caractérisent un contrat de distribution sélective et ont pour objet d'assurer l'étanchéité du réseau* »,

le Conseil de la concurrence a estimé que :

« *L'obligation de transmettre les factures relatives à la vente des produits Kronenbourg n'excède pas ce qui est nécessaire à la mise en œuvre d'un contrat de distribution sélective dans la mesure où un tel contrat a vocation à réservé la vente des produits concernés au distributeur agréé. La possibilité de contrôle par les fournisseurs du respect de l'étanchéité du réseau est donc un élément nécessaire au bon fonctionnement du système* ».

Et le Conseil de la concurrence de considérer qu'en fait, était en cause le mode de facturation du distributeur qui aurait dû distinguer les produits Kronenbourg des autres produits afin d'être à même de satisfaire dans de bonnes conditions aux exigences de son contrat de distribution.

Il faut ainsi en retenir que le Conseil de la concurrence ne considère pas comme anticoncurrentielles les clauses des contrats visant à permettre aux fournisseurs de contrôler l'étanchéité de leur réseau, même si cela doit passer par la communication d'éléments comptables du distributeur, les obligations pesant sur le distributeur de ne s'approvisionner qu'à auprès du fournisseur ou d'un autre distributeur agréé et de ne pas procéder à des reventes hors réseau, fondant l'existence même de la distribution sélective.

Premier arrêt de la Cour de cassation rendu dans le cadre de l'application du règlement « distribution automobile » n°1400/2002 du 31 juillet 2002.

(note : la publication relativement tardive du présent commentaire est à mettre sur le compte de l'actualité et de la diffusion des deux précédents numéros spéciaux de la *Lettre du Cabinet* sur la réforme des relations commerciales !)

Par Thomas Lamy

A l'occasion d'un arrêt du 28 juin 2005¹⁶, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a

¹⁶ Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 2005, n°RG 04-15.279 société Garage Gréneau SA, contre société

apporté un éclairage important s'agissant de l'application des dispositions du règlement communautaire du 31 juillet 2002 concernant l'organisation de la distribution automobile.

Cet éclairage est évidemment le bienvenu, dans un contexte où l'incertitude prévaut encore, s'agissant des conditions de réorganisation des réseaux des constructeurs et des critères de sélection appliqués par ces derniers.

En l'espèce, la société Daimler Chrysler France avait en 2002, procédé à une réorganisation de son réseau de distribution, en résiliant les contrats conclus avec de nombreux distributeurs et en créant de grandes « *plaques* » de distribution, à l'échelon départemental ou régional.

Dans le cadre de ce mouvement de réorganisation, ce constructeur avait, le 25 juin 2001, notifié à l'un de ses concessionnaires, la société Garage Grémeau, la résiliation de son contrat de concession avec un préavis de 2 ans venant à échéance au 30 juin 2003.

Dans le cadre de l'entrée en vigueur du règlement d'exemption précité du 31 juillet 2002¹⁷, qui, pour la société Daimler Chrysler France, s'est traduit par l'adoption d'un système de distribution sélective, en lieu et place du système exclusif auparavant en vigueur, la société Garage Grémeau a notifié à son concédant sa candidature à l'obtention d'un contrat de distribution de véhicules neufs.

La société Daimler Chrysler France lui ayant par la suite fait savoir que le nombre de distributeurs à nommer dans son réseau était déjà atteint, et qu'il ne lui était pas possible de donner une suite favorable à sa candidature, la société Garage Grémeau a assigné la société Daimler Chrysler France devant le Tribunal de commerce de Dijon, qui a rejeté ses prétentions par jugement du 25 septembre 2003.

Par un arrêt du 1^{er} avril 2004, la Cour d'appel de Dijon a confirmé la décision de première instance en toutes ses dispositions. C'est à l'encontre de cet arrêt que la société Garage Grémeau avait formé son pourvoi en cassation.

Daimler Chrysler France SA. Nous tenons cette décision à la disposition de nos lecteurs.

¹⁷ Règlement (CE) n°1400/2002 de la commission du 31 juillet 2002 « concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées dans le secteur automobile JO CEL 203/30, 1^{er} août 2002 »

Au titre de la première branche de son premier moyen de cassation, la société Garage Grémeau reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir dit que la société Daimler Chrysler France avait pu, sans faute, lui refuser son agrément en qualité de distributeur, alors que la distribution sélective et quantitative, notamment dans le secteur de la vente de véhicules neufs, aurait nécessité, au préalable, pour bénéficier de l'exemption, que la sélection des revendeurs s'effectue selon les critères qualitatifs objectivement définis en considération des produits à distribuer et mis en oeuvre de façon non discriminatoire.

Selon la société Garage Grémeau, Daimler Chrysler France ne pouvait donc valablement opposer à sa demande d'agrément le fait que son numerus clausus était atteint, sans avoir au préalable défini ou communiqué les critères qualitatifs présidant à la sélection des distributeurs.

La Cour de cassation, sans toutefois se prononcer – ce que l'on peut regretter – sur la question de la licéité du numerus clausus mis en place par la société Daimler Chrysler France, rejette néanmoins ce moyen.

En l'espèce, la Cour valide l'analyse de la Cour d'appel de Dijon, qui avait relevé que la société Daimler Chrysler France avait procédé à la résiliation de tous les contrats l'alliant aux concessionnaires de l'ensemble de son réseau et qu'elle avait déterminé les critères qualitatifs et quantitatifs de son futur réseau de distribution sélective et fait connaître aux concessionnaires sélectionnés sa décision de poursuivre une relation contractuelle sur de nouvelles bases, ce alors même que la société Garage Grémeau avait posé sa candidature le 28 septembre 2002, à une date où les critères étaient déterminés et déjà en application.

Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel, en ayant justement retenu qu'aucun texte n'imposait au fournisseur de procéder à un appel officiel pour susciter des candidatures, a également justifié sa décision.

Au titre d'un second moyen, la société Garage Grémeau faisait reproche à l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon d'avoir validé des critères de sélection quantitatifs de la société Daimler Chrysler France, fondés sur la seule référence aux points de vente par zone urbaine et non au nombre de distributeurs agréés. Selon La société Garage Grémeau, les critères employés lors de la mise en place d'un réseau de distribution sélective quantitative, doivent être précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre sans conférer « une

rente de situation » aux distributeurs agréés et, qui plus est, mis en œuvre de façon non discriminatoire.

La Cour de cassation rejette ce moyen, en approuvant l'arrêt d'appel en ce qu'il avait valablement retenu que le constructeur avait choisi comme critère quantitatif un seul point de vente par aire urbaine de 500.000 habitants, ce critère étant défini de manière précise, les aires urbaines étant constituées d'un pôle urbain et d'une couronne périphérique, et chacun des concepts de la définition correspondant à la réalité géographique et à une zone de chalandise ; qui plus est, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel n'avait pas à juger de l'opportunité du choix de ce critère.

En revanche, sur la deuxième branche du premier moyen exposé par la société Garage Grémeau, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel de Dijon ne pouvait valider le refus de la société Daimler Chrysler France d'agréer la société Garage Grémeau en qualité de distributeur de véhicules neufs au motif qu'un autre distributeur pressenti remplissait les critères de qualité prescrits par la société Daimler Chrysler France, ce qui autorisait cette dernière à opposer à la société Garage Grémeau que son numerus clausus était déjà atteint, sans examiner, même d'office, ses critères de sélection, leur objectivité et les conditions de leur mise en œuvre.

Cet examen et cette vérification n'ayant pas été réalisés par la Cour d'appel, celle-ci, selon la Cour de cassation, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1g du règlement n°1400/2002, qui définit un système de distribution quantitatif comme « *un système de distribution sélectif dans lequel le fournisseur applique pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci* »

La Cour de cassation sanctionne également la Cour d'appel pour avoir dit que l'autre distributeur pressenti (une société dénommée Etoile 21) répondait aux critères de qualité institués par la société Daimler Chrysler France, sans avoir répondu aux conclusions de la société Garage Grémeau, qui faisait valoir qu'il résultait d'un constat d'huissier, autorisé par ordonnance du Tribunal, que la société Etoile 21 ne satisfaisait précisément pas aux critères déterminants pour être agréée en qualité de distributeur de véhicules neufs.

En conséquence, la Cour de cassation casse et annule dans toute sa disposition l'arrêt rendu le 1^{er} avril 2004 par la Cour d'appel de Dijon.

Le titulaire d'une marque notoire peut-il s'opposer à l'utilisation d'un signe non identique et pour des produits ou services différents ?

Par Emmanuelle Laur Pouëdras

Une marque est considérée comme notoire lorsqu'elle est connue d'une large majorité du public, par voie de conséquence, au-delà même de sa clientèle habituelle.

En vertu du principe de spécialité défini à l'article L.713-1 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) de la façon suivante : « *l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés* ».

Toutefois, l'article L.713-5 du CPI étend ce droit de propriété bien au-delà des seuls produits ou services revendiqués en cas de marques notoires puisqu'il prévoit : « *l'emploi d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur s'il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière* ». (nous soulignons)

Cet article ne précise cependant pas s'il est applicable dans l'hypothèse d'un signe voisin mais non identique à la marque notoire.

Dans une affaire relative à la marque « *Must* » de la société Cartier, la Cour de cassation, par un arrêt du 12 juillet 2005, a eu l'occasion de préciser sa lecture de l'article L.713-5 du CPI.

La société Cartier a en effet recherché la responsabilité de la société Oxipas du fait du dépôt et de l'usage par cette dernière de la marque « *Pedimust* », pour des produits et services différents, sur le fondement de l'article L.713-5 du CPI.

La Cour d'appel avait rejeté la demande de la société Cartier à motif que « *l'article L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle qui instaure une exception au principe de la spécialité, doit être interprété restrictivement, et qu'il ne permet de faire sanctionner que l'emploi par un tiers d'un signe identique à la marque jouissant d'une renommée, mais non l'utilisation d'un signe voisin par sa forme ou les évocations qu'il suscite*

La Cour de cassation censure la Cour d'appel, opérant ainsi un important revirement de jurisprudence dans la mesure où, auparavant, la jurisprudence limitait la mise en œuvre de l'article L.713-5 du CPI aux cas de reproduction à l'identique de la marque notoire et non aux hypothèses d'utilisation d'un signe voisin.

Ce principe a été dégagé par la Cour de cassation par référence à la Directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des Etats membres sur les marques (article 5§2), qui vise « *l'usage par un tiers d'une marque ou d'un signe postérieur, identique ou similaire à la marque renommée enregistrée* » (nous soulignons).

Reste à savoir maintenant si la Cour d'appel de renvoi estimera qu'en l'espèce l'emploi du signe « *Pedimust* » « *est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou (...) constitue une exploitation injustifiée de cette dernière* »...

En effet, si l'article L.713-5, tel que lu désormais par la Cour de cassation, confère un monopole formidable au titulaire d'une marque notoire – ce qui lui permet de lutter contre les tentatives de parasitisme de sa marque – encore faut-il que le titulaire de la marque renommée démontre les atteintes portées à sa marque ou, à tout le moins, les risques d'atteinte.

Politique de concurrence : la réforme de l'article 82 du traité CE relatif aux abus de position dominante est lancée par la Commission européenne

Par Charlotte Grass

Le 19 décembre 2005, la Commission européenne a lancé une consultation en rendant public un document de réflexion [**disponible en anglais seulement**] intitulé « *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* », disponible sur le site internet de la Direction générale de la concurrence.

Les personnes intéressées peuvent soumettre leurs observations sur ce document jusqu'au 31 mars 2006.

Dans ce « *Staff discussion paper* », la Commission européenne développe la future approche qu'elle entend désormais suivre quant à l'application de l'article 82 TCE. Cette approche dite du « *préjudice* » est axée essentiellement sur les « *effets économiques* » et basée sur une analyse économique solide. Même si l'interdiction de

pratiques *per se* ne semble pas être totalement exclue, il faudra cependant que, dorénavant, le comportement en cause constitue un préjudice pour le consommateur.

La Commission européenne envisagerait donc une analyse au cas par cas des pratiques relevées en faisant la balance entre les effets pro et anticoncurrentiels.

* * *

Responsabilité solidaire du donneur d'ordre et du sous-traitant : une obligation de vigilance renforcée à la charge du donneur d'ordre

Par Valérie Maricot

La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 a eu pour objet de renforcer la lutte contre le travail dissimulé en cas de sous-traitance, dispositions codifiées sous l'article L. 324-14 du Code du travail.

Cet article vise tout donneur d'ordre, qu'il soit particulier ou professionnel, concluant un contrat, portant sur un montant d'au moins 3000 Euros, en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'une prestation de service ou de l'accomplissement d'un acte de commerce.

Aux termes de l'article L. 324-14 précité, le donneur d'ordre est tenu de vérifier que son cocontractant s'acquitte de ses obligations sociales posées par l'article L. 324-10 du Code du travail.

Depuis 2004, ce contrôle doit s'exercer comme précédemment de façon préliminaire lors de la conclusion du contrat mais également tous les six mois et ce, jusqu'à la fin de l'exécution du contrat.

Ce contrôle porte principalement sur la vérification par le donneur d'ordre des attestations de cotisations sociales.

Aux termes de l'article L. 324-14-2, « *lorsque le cocontractant intervenant sur le territoire national est établi ou domicilié à l'étranger, les obligations dont le respect doit être vérifié sont celles qui résultent de la réglementation d'effet équivalent de son pays d'origine et celles qui lui sont applicables au titre de son activité en France.* »

La sanction en cas de manquement à cette obligation de vérification du respect de ses obligations sociales par le sous-traitant est une condamnation solidaire du donneur d'ordre avec son sous-traitant si ce dernier fait l'objet un procès-verbal pour délit de travail dissimulé :

- ✓ Au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale ;
- ✓ Le cas échéant au remboursement des sommes correspondant au montant des aides publiques dont il a bénéficié ;
- ✓ Au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par lui à raison de l'emploi de salariés n'ayant pas fait l'objet de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 et L. 320 du Code du travail.

Il convient de rappeler que l'article L. 324-14 du Code du travail prévoit que ces sommes dont le paiement est exigible, sont déterminées au prorata de la valeur des travaux réalisés, des services fournis, du bien vendu et de la rémunération en vigueur dans la profession.

* * *

En 2005, le plan national de lutte contre le travail dissimulé a donné lieu à un renforcement des dispositions législatives et réglementaires en la matière.

Ainsi, le décret n° 2005-1334 du 27 octobre 2005 relatif au travail dissimulé, codifié sous les articles R. 324-3 et suivants du Code du travail, renforce les prescriptions imposées aux donneurs d'ordre en précisant le détail de la remise documentaire que le donneur d'ordre doit vérifier semestriellement.

La liste des pièces que le donneur d'ordre doit se faire remettre est reprise sous les articles R. 324-3 et suivants du Code du travail et varie notamment selon que son cocontractant est établi en France ou à l'étranger et selon qu'il est ou non immatriculé à un registre professionnel :

1. Contractant établi en France

1.1 Dans tous les cas, les documents suivants :

- ✓ Une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations et des contributions sociales incomptant au cocontractant et datant de moins de six mois ;
- ✓ Une attestation sur l'honneur du cocontractant du dépôt auprès de l'administration fiscale, à la date de l'attestation, de l'ensemble des déclarations fiscales obligatoires et le récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises lorsque le

cocontractant n'est pas tenu de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et n'est pas en mesure de produire les documents mentionnés au paragraphe 1.2. ci-dessous.

1.2. En cas d'immatriculation obligatoire du cocontractant au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou lorsqu'il s'agit d'une profession réglementée, l'un des documents suivants :

- ✓ Un extrait de l'inscription au registre du commerce et des sociétés (K ou K bis) ;
- ✓ Une carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers ;
- ✓ Un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou à une liste ou un tableau d'un ordre professionnel, ou la référence de l'agrément délivré par l'autorité compétente ;
- ✓ Un récépissé du dépôt de déclaration auprès d'un centre de formalités des entreprises pour les personnes physiques ou morales en cours d'inscription.

1.3. Lorsque le cocontractant emploie des salariés :

- ✓ Une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant, à la date de signature du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat, de la réalisation du travail par des salariés employés régulièrement au regard des articles L. 320, L. 143-3 et R. 143-2 du Code du travail.

* * *

Le particulier qui contracte pour son usage personnel, celui de son conjoint ou de ses descendants ou descendants, est considéré comme ayant procédé aux vérifications imposées par la loi s'il se fait remettre par son cocontractant l'un des documents énumérés ci-dessous.

* * *

2. Contractant établi à l'étranger

Les documents et attestations énumérés ci-dessous doivent être rédigés en langue française ou être accompagnés d'une traduction en langue française.

2.2. Dans tous les cas, les documents suivants :

- ✓ Un document mentionnant son numéro individuel d'identification attribué en application de l'article 286 ter du code général des impôts ; si le cocontractant n'est pas tenu d'avoir un tel numéro, un document mentionnant son identité et son adresse ou, le cas échéant, les coordonnées de son représentant fiscal ponctuel en France ;
- ✓ Un document attestant la régularité de la situation sociale du cocontractant au regard du règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 ou d'une convention internationale de sécurité sociale ou, à défaut, une attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme français de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations sociales incomptant au cocontractant et datant de moins de six mois.

2.2. Lorsque l'immatriculation du cocontractant à un registre professionnel est obligatoire dans le pays d'établissement ou de domiciliation, l'un des documents suivants :

- ✓ Un document émanant des autorités tenant le registre professionnel ou un document équivalent certifiant cette inscription ;
- ✓ Un devis, un document publicitaire ou une correspondance professionnelle, à condition qu'y soient mentionnés le nom ou la dénomination sociale, l'adresse complète et la nature de l'inscription au registre professionnel ;
- ✓ Pour les entreprises en cours de création, un document datant de moins de six mois émanant de l'autorité habilitée à recevoir l'inscription au registre professionnel et attestant de la demande d'immatriculation audit registre.

2.3. Lorsque le cocontractant emploie des salariés pour effectuer une prestation de services d'une durée supérieure à un mois :

- ✓ Une attestation sur l'honneur établie par ce cocontractant, à la date de signature du contrat et tous les six mois jusqu'à la fin de son exécution, certifiant de la fourniture à ces salariés de bulletins de paie comportant les mentions prévues à l'article R. 143-2, ou de documents équivalents.

* * *

Ce principe de vigilance renforcé s'applique donc tant à l'égard des entrepreneurs français qu'à celui des entrepreneurs étrangers intervenant en France

dans le cadre d'une prestation de service transnationale.

La bonne conscience de celui qui sert une bonne cause ne saurait l'exonérer du respect des droits d'autrui.

Par Jacques Roiland

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 14 janvier 2005 vient de préciser à nouveau les limites entre le droit de critique de l'activité d'un tiers et le respect de ses droits.

Le Comité National contre les Maladies Respiratoires et la Tuberculose (CNMRT), dans le cadre d'une campagne « anti-tabac », avait utilisé de manière quasi identique le décor du paquet de cigarettes Camel, « visuel emblématique et historique hautement distinctif », ainsi que l'affirmaient les sociétés fabriquant ces cigarettes (JT International) et propriétaire de la marque (Japan Tobacco).

Lesdites sociétés avaient assigné le CNMRT sur la base des articles L713-2, L713-3 et L716-9 du code de la propriété intellectuelle aux fins de lui voir ordonner de mettre fin aux agissements litigieux, et subsidiairement sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil en incriminant des agissements parasites et des dénigrements.

Le TGI de Paris, le 28 mars 2003, rejette les demandes formées sur le fondement du droit des marques, mais juge « que le CNMRT a commis une faute au préjudice des sociétés JTI et JT en utilisant certains éléments du décor du paquet [de Camel] aux fins de discréditer les produits commercialisés sous cette marque », interdit la poursuite des agissements et condamne le CNMRT à 1 euro de dommages et intérêts.

Devant la Cour d'appel de Paris, le CNMRT fait valoir que la campagne d'information contre le danger des cigarettes est légitime dans son objectif, qu'il n'a nullement agi dans l'intention de nuire à un fabricant particulier et qu'il a utilisé le mode parodique afin d'avoir un impact sur la clientèle jeune. Le Comité précise qu'il n'a jamais indiqué que les Camel seraient plus nocives que les autres cigarettes, le but étant non pas de porter atteinte aux droits du titulaire de la marque Camel, mais de dénoncer les agissements des fabricants de cigarettes dans leur ensemble, la campagne n'étant qu'un usage de la liberté d'expression et ayant

d'ailleurs reçu l'aval des ministres Jack Lang et Bernard Kouchner.

La Cour d'appel, le 14 janvier 2005 vient de juger que si la liberté d'expression est un principe à valeur constitutionnelle et que s'il ne saurait être interdit de porter un regard critique sur les activités d'un tiers, encore faut-il que cette critique soit effectuée dans le respect des droits d'autrui. Or, le but du CNMRT est bien de « *discréder aux yeux du public, jeune en l'occurrence, les produits Camel que ce public privilégie..... afin de le détourner de ces produits* ». La cour estime « *que la référence à une marque spécifique de cigarette, même sur le mode parodique,..... a pour conséquence de porter un discrédit sur ce fabricant au détriment des autres dont l'image n'a pas été utilisée ; qu'il importe peu que cette campagne ait reçu l'aval de membres du gouvernement...* ».

Le jugement est ainsi confirmé en ce qu'il a condamné à des dommages et intérêts et ordonné une mesure d'interdiction.

En revanche, les demandes relatives aux marques « *étant faites de manière surabondante, il n'y a pas lieu de les examiner, compte tenu de la confirmation du jugement sur les actes de dénigrement* ».

* * *

Ainsi, une bonne cause ne saurait relever ceux qui la servent de l'obligation générale qu'a tout citoyen de ne pas nuire à autrui et de respecter ses droits.

Sur le terrain juridique, les réponses des propriétaires des signes utilisés en pareilles circonstances ont pour fondement soit le code de la propriété intellectuelle (art. L. 713-1 et suivants), soit le code civil (art. 1382 et 1383).

a) - À vrai dire, les dispositions du code de la propriété intellectuelle s'avèrent difficiles à mettre en œuvre. Les conditions pour que soit reconnue la contrefaçon et que soient applicables les dispositions des articles L 713-2 et L 713-3 du CPI sont rarement remplies : les tribunaux estiment que les organisations de lutte contre le tabac n'utilisent pas le signe pour désigner des produits identiques ou similaires à ceux que couvrent ces marques et que, compte tenu du thème des campagnes pour lesquelles le signe est utilisé, on peut difficilement arguer d'un risque de confusion (voir par exemple CA Paris 22 mai 2002 Comité national contre les maladies respiratoires c/ JT international Gmbh¹⁸).

¹⁸ Légifrance. Dans cette affaire, les auteurs de la campagne anti-tabac avaient utilisé un dromadaire, emblème signifiant de la marque Camel, couché et non dressé, et d'aspect maladif, accompagné d'une légende de mêmes caractères et de même couleur que ceux d'origine. Les propriétaires de la

b) - En revanche, ceux qui s'estiment victimes de ces agissements peuvent plus efficacement recourir à l'article 1382 du code civil et se fonder sur les règles relatives au droit de critique élaborées parallèlement à celles relatives à la concurrence déloyale par dénigrement du concurrent.

La critique d'un produit ou d'une activité est, on le sait, admise pourvu qu'elle émane d'un auteur réellement indépendant, qu'elle soit objective, prudente, et ne soit pas inspirée par le désir de nuire.

En application de ces principes, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait déjà, le 21 février 1995, rejeté le pourvoi du Comité national contre le tabagisme (CNCT) et du Comité national contre les maladies respiratoires et la tuberculose (CNMRT) contre une décision de la Cour d'appel de Paris du 28 janvier 1992 (en référé) qui avait qualifié de dénigrement fautif la diffusion par ces deux associations d'affiches réalisées par des élèves d'un collège dans le cadre d'une campagne anti-tabac. Il avait été demandé aux élèves de procéder à des « détournements graphiques » de cinq des marques de cigarettes les plus connues. La chambre commerciale relève que si ces associations « *n'exercent pas une activité commerciale concurrente de celle des sociétés commerciales titulaires des marques en cause, elles poursuivent un objet social tendant à freiner la vente de leurs produits et que, dès lors, elle ne peut s'exercer que dans le cadre des dispositions légales régissant l'activité économique et sociale* ». La Cour de cassation précise ensuite que « *la cour d'appel a pu décider que la diffusion d'affiches destinées à discréder auprès de leur clientèle des marques choisies pour identifier leurs produits et sous lesquelles elles sont légalement autorisées à les vendre, même par les lois relatives à la lutte contre le tabagisme, présentait un caractère manifestement illicite* ».

Le raisonnement est clair : l'usage de leurs marques par les fabricants de cigarettes est parfaitement licite, l'activité de vente de tabac étant elle-même licite dans le cadre des lois qui la réglementent. Dès lors, pour être licite, toute critique à l'encontre de cette activité doit respecter les règles régissant le

marque invoquaient les articles précités du CPI. La Cour de Paris les déboute, jugeant que la campagne ne tend pas « *à promouvoir la vente ou l'usage de produits dérivés du tabac, mais au contraire à en limiter la consommation* » et que le traitement particulier des signes utilisés « *exclut tout risque de confusion dans l'esprit des consommateurs* ».

droit de critique, et en premier lieu ne pas révéler le désir de nuire à un fabricant *particulier*.

Dans l'affaire aujourd'hui rapportée, la Cour de Paris confirme le jugement du TGI de Paris du 28 mars 2003 en ce qu'il avait, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, estimé dénigrante la campagne du CNMRT reproduisant certains éléments de la marque Camel.

La Cour part d'un point de vue légèrement différent de celui de la Cour de cassation dans l'arrêt de 1995 ci-dessus évoqué. Elle réaffirme le principe constitutionnel de la liberté d'expression. Elle en déduit que l'on ne saurait interdire de porter un regard critique sur l'activité d'un tiers. Mais elle précise aussitôt qu'il est « *nécessaire que cette critique soit effectuée dans le respect des droits d'autrui* ».

Ainsi, même si le but poursuivi par l'auteur de la critique est un but de santé publique légitime, la référence à une marque spécifique de cigarettes « *à pour conséquence de porter un discrédit sur un fabricant au détriment des autres [sic] dont l'image n'a pas été utilisée* », et s'analyse en un dénigrement fautif. C'est la simple application des règles du droit de critique licite.

Cette décision complète celle de la Cour de cassation de 1995. Le droit paraît fixé et les limites des campagnes anti-tabac parfaitement posées : utiliser dans le cadre d'une campagne anti-tabac, une marque ou des éléments d'une marque particulière légitimement utilisée par autrui pour une activité licite (fût-elle la vente du tabac), avec pour conséquence le discrédit porté sur cette marque ou sur ces éléments, est une atteinte fautive aux droits du propriétaire de cette marque engageant la responsabilité de son auteur.

QUELQUES INFORMATIONS :

Animation de formations dispensées à au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- ☞ A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi « Dutreil ») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 : conditions générales de vente, conditions particulières, conditions catégorielles, coopération commerciale, services distincts, discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à

perte, exception pour les grossistes, NIP, etc.

☞ Au contrôle des concentrations

- Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
- Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.]

☞ A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]

- ☞ A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination.

☞ Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs]

- ☞ Aux promotions des ventes [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]

☞ Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises [droit français et communautaire]

- ☞ A la modification du contrat de travail [distinction entre modification du contrat et modification des conditions de travail ; conséquences]

* * *

Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CPV / CCV / Accords de coopération commerciale et services distincts.

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur
notre site www.mgavocats.fr**