Meffre & Grall
AVOCATS

La Lettre du Cabinet

AVRIL-MAI 2007

SOMMAIRE :

Pratiques anticoncurrentielles et procédures alternatives : Transaction, engagements et clémence
par Jean-Christophe Grall et Sonia Halimi-d'Alessio p. 1

Précisions jurisprudentielles récentes en matière de rupture brutale de relations commerciales
par Nathalia Kouchnir-Cargill p. 8

DEEE, SMIR et BARBAZANGE
par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi p. 10

L'appréciation de la contrefaçon en matière de droits d'auteur
par Emmanuelle Laur-Pouëdras p. 14

Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 28 mars 2007- Affaire dite « *GALEC II* » La transparence tarifaire applicable à la coopération commerciale. De la « *proportionnalité de la rémunération* »
par Benoît Laurin p. 15

Flux intragroupe et revente à perte
par Arlette Gastaldy p. 18

Prescription – Article L. 462-7 du Code de commerce
par Marianne Mousseron p. 19

Brève : Publication de la partie réglementaire du Code de commerce
par Sonia Halimi-d'Alessio p. 19

Abus de position dominante collective sur le marché du ciment en Corse
par Erwan Le Morhedec p. 20

Pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma
par Julienne Chang p. 21

Le Conseil de la concurrence sanctionne pour la première fois un abus de position dominante constitué par une pratique de prix prédateurs
par Louis-Gabriel Masson p. 23

Modification du décret d'application de la loi « *Informatique et libertés* »
par Eléonore Camilleri p. 26

Quelques informations p. 27

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET PROCÉDURES ALTERNATIVES : Transaction, engagements et clémence

L'objectif premier recherché par les autorités de concurrence est de mettre un terme aux pratiques collectives anticoncurrentielles, en responsabilisant fortement les entreprises.

Par Jean-Christophe Grall et Sonia Halimi-d'Alessio

1. LA NON-CONTESTATION DES GRIEFS OU « *TRANSACTION* » :

L'entreprise obtient une réduction d'amende plus ou moins sensible…

La procédure de non contestation des griefs est codifiée sous l'article L.464-2-III du Code de commerce :

« *III. – Lorsqu'un organisme ou une entreprise* ***ne conteste pas la réalité des griefs*** *qui lui sont notifiés et* ***s'engage à modifier ses comportements*** *pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas,* ***le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié****.* »

Pour l'entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés, c'est ainsi

Société Civile Professionnelle
MG Avocats
Meffre & Grall
156 boulevard Haussmann
75008 Paris
Tél +33 (0) 1 53 57 31 70
Fax +33 (0) 1 47 20 90 40
mg@mgavocats.fr
www.mgavocats.fr

un moyen sûr de bénéficier d'une réduction de l'amende qui lui sera infligée. De son côté, le Rapporteur général va « *négocier* » les conditions de cessation des pratiques anticoncurrentielles, avec pour objectif que de telles pratiques ne puissent plus être perpétrées dans l'avenir. Il tentera également d'accélérer la procédure, en évitant ou en simplifiant la rédaction du rapport établi par le Rapporteur du Conseil en charge du dossier.

La non contestation des griefs ne peut être mise en œuvre qu'après l'envoi d'une notification de griefs. Dès lors, la transaction peut alors être initiée à tout moment, mais en tout état de cause avant la notification du rapport, même lorsque le délai de remise des observations est expiré. Ces modalités de procédure peuvent ainsi permettre à une entreprise de retirer a posteriori la réponse initiale aux griefs qui lui ont été imputés. Attention cependant, car il est très clair que s'il doit y avoir transaction, c'est en pratique avant la fin de la période de deux mois (voire trois mois) pour répondre à la notification de griefs qu'il s'agit de signer le procès verbal de transaction avec le Rapporteur général. Mais il est vrai qu'une telle procédure pourrait être envisagée, en théorie, post observations à la notification de griefs !

S'agissant du mode de détermination de la sanction, le plafond légal[1] applicable aux sanctions édictées par le Code de commerce est divisé par deux par rapport au régime de droit commun et dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient compte tenu des propositions faites par le Rapporteur général.

Mais il est important d'indiquer qu'en pratique, les entreprises n'ont aucune garantie que le Conseil suivra la proposition du Rapporteur général quant au montant de la réfaction de la sanction.

… sans toutefois reconnaître sa culpabilité !

La non contestation des griefs n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de culpabilité ; par conséquent, elle ne pourra pas être utilisée au cours de la procédure à l'encontre des entreprises qui ne sont pas parties à la transaction.

Pourtant, au-delà de la non contestation des griefs, l'entreprise concernée doit s'engager à modifier ses comportements pour l'avenir.

En pratique, cela se traduit par une proposition d'engagements de l'entreprise. Ceux-ci doivent être à la fois clairs et substantiels, en ce sens qu'ils doivent permettre de restaurer le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché considéré et être crédibles et vérifiables. Il peut s'agir de la mise en place de programmes de sensibilisation au droit de la concurrence au sein de l'entreprise (**rappel des règles de concurrence au personnel de l'entreprise, organisation de séances de formation du personnel, programme de** « ***compliance*** »), d'envoi de lettres de conformité signées par les dirigeants des entreprises membres du groupe, mais aussi d'engagements de modification des contrats et/ou des pratiques commerciales en cause.

Deux exemples de décisions rendues par le Conseil de la concurrence :

A ce jour, le Conseil a rendu dix décisions mettant en œuvre une procédure de transaction, dans lesquelles les taux de réfaction varient entre 20 et 90 %. Nous en retiendrons deux : l'affaire des « ***vidéocassettes Disney*** » et celle des « ***marché publics et privés de Seine-Maritime*** ».

- **Les vidéocassettes Disney**

Dans cette affaire, il était reproché à BVHE (**Buena Vista Home Entertainment**) de s'être entendue avec les distributeurs Casino et Carrefour, ainsi qu'avec le grossiste SDO, pour fixer les prix de revente aux consommateurs des vidéocassettes Disney entre 1995 et 1998.

Dans sa décision du 19 décembre 2005[2], le Conseil de la concurrence a décidé d'appliquer des taux de réfaction de 25 % à la société BVHE et de 40 % à la société Carrefour, en contrepartie de leurs engagements de restaurer des pratiques commerciales loyales.

« *Le chiffre d'affaires de BVHE réalisé en France au cours de l'exercice clos le 30 septembre 2005 s'élève à 165,69 millions d'euros. En application des éléments relatifs au*

(1) Pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est égal à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial consolidé. Si l'entité n'est pas une entreprise, la sanction maximale est de 3 millions d'euros.

(2) Décision n° 05-D-70.

dommage à l'économie et à la gravité des pratiques tels qu'exposés ci-dessus, ***le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 4,14 millions d'euros. Pour tenir compte de l'absence de contestation et des engagements pris*** *en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce,* ***ce montant est ramené à 3,1 millions d'euros.*** »

« 290. Le chiffre d'affaires de Carrefour SAS réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2004 s'élève à 379,05 millions d'euros. En application des éléments relatifs au dommage à l'économie et à la gravité des pratiques tels qu'exposés ci-dessus, le montant de ***la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé par le Conseil à 9,5 millions d'euros. Pour tenir compte de l'absence de contestation et des engagements pris*** *en application des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce,* ***ce montant est ramené à 5,7 millions d'euros.*** »

- **Les marchés publics et privés de Seine-Maritime :**

Rendue le 23 janvier 2007, il s'agit de la décision la plus récente du Conseil en matière de transaction[3]. Plusieurs entreprises étaient poursuivies pour s'être entendues sur les marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime, de 1996 à 1999. Ces entreprises ont bénéficié d'une réfaction de 35 % des amendes encourues pour ne pas avoir contesté les pratiques anticoncurrentielles qui leur étaient imputées et pour avoir pris les mesures nécessaires pour restaurer une concurrence effective.

Cette affaire est particulièrement intéressante car la procédure de transaction n'est pas destinée ab initio à s'appliquer à des pratiques d'ententes horizontales, considérées comme les infractions les plus graves en droit de la concurrence. Alors pourquoi ce choix de la part du Conseil ? Si le Conseil de la concurrence a accepté que les parties bénéficient de ladite procédure de transaction, c'est en raison de la coopération de celles-ci avec les autorités de concurrence, dès le début de l'enquête :

« ***En effet, si l'initiative de collaborer avec les autorités de concurrence a précédé l'entrée en vigueur du dispositif de « clémence »*** […] ***les engagements qui ont été pris sont pour une part similaires à ceux exigés aujourd'hui par le Conseil pour accorder à une entreprise le bénéfice de la procédure de clémence.*** *En outre, ces engagements sont d'une grande ampleur au niveau des groupes, notamment en ce qui concerne l'objectif d'y faire respecter les règles de concurrence.* ***C'est pourquoi le Conseil accepte d'accorder aux entreprises mises en cause dans la présente affaire le bénéfice de la procédure de non contestation des griefs*** *prévue au III de l'article L.464-2 du Code de commerce, impliquant la réduction de la sanction normalement encourue,* ***bien que soient concernés des faits constitutifs d'ententes horizontales.*** »

Tout en précisant ce qui suit :

« ***Ces circonstances très particulières interdisent que la présente décision puisse être considérée comme un précédent justifiant d'une manière générale le bénéfice de la procédure de non contestation des griefs prévue au III de l'article L.464-2 du Code de commerce dans le cas d'ententes horizontales entre concurrents***. » !

La procédure de transaction est en fait hybride et n'a guère les faveurs du Conseil de la concurrence, qui souhaiterait privilégier les deux autres procédures que sont celles des engagements et de la clémence.

2. LES ENGAGEMENTS :

➡ ***Un instrument applicable à tous les types de pratiques anticoncurrentielles :***

L'article L.464-2-I du Code de commerce, dispose que le Conseil de la concurrence « […] ***peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles*** ».

Le bénéfice de la procédure d'engagements ne peut être sollicité par l'entreprise que pendant la période antérieure à l'envoi de la notification des griefs, c'est-à-dire au cours de l'« ***évaluation préliminaire*** » des pratiques en cause réalisée par le Rapporteur désigné, qui est nécessairement préalable à la notification de griefs.

Les engagements doivent apporter une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées par le Conseil de la concurrence dans son évaluation.

Quel est l'intérêt pour l'entreprise de proposer des engagements au Conseil ? Cette option lui permet de ne pas avoir à attendre

(3) Décision n° 07-D-02.

l'issue d'une procédure longue, formelle et dont l'issue pourrait finalement lui être très défavorable.

Le Code de commerce ne précise pas dans quel type d'affaire la procédure d'engagements peut être utilisée. En théorie, elle peut donc être utilisée pour toute pratique susceptible de restreindre la concurrence, c'est-à-dire aussi bien à des faits d'ententes que d'abus de position dominante.

➡ ***Des sanctions pécuniaires en cas de non-respect des engagements :***

Les engagements n'obligent que la partie qui les prend : cet aspect implique ainsi que le Conseil ne peut rendre obligatoire des engagements dont la réalisation serait conditionnée par l'accord ou une action particulière relevant d'autres parties.

A l'issue de la discussion, si le Conseil considère que les engagements proposés répondent aux problèmes de concurrence identifiés au stade de l'évaluation préliminaire, il peut décider d'accepter les engagements et mettre fin à la procédure.

Si l'entreprise ne met pas en œuvre les mesures qu'elle a proposées afin de mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles, le Conseil peut prononcer deux types de sanctions :

– **des astreintes,** pour contraindre une entreprise à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire. Ces astreintes sont liquidées par le Conseil qui en fixe le montant définitif, lequel ne pourra toutefois excéder 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard de l'entreprise en cause ;

– **des amendes,** en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés, et dont le montant maximum est de 10 % du chiffre d'affaires mondial consolidé de l'entreprise, ou de 3 millions d'euros pour une entité qui n'est pas une entreprise.

➡ ***Illustration récente d'acceptation d'engagements :***

Dans une décision du 8 mars 2007[4], Le Conseil de la concurrence a accepté les engagements d'une dizaine de sociétés afin de faciliter la vente de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle[5] sur Internet.

(4) Décision n° 07-D-07.

(5) Voir à cet égard « La Lettre du Cabinet » des mois de février et mars 2007.

Dans cette affaire, les autorités de concurrence avaient relevé que, dans le cadre de leur réseau de distribution sélective respectif, ces sociétés interdisaient directement ou indirectement à leurs distributeurs de vendre leurs produits sur Internet ou leur imposaient des conditions restreignant substantiellement leur capacité à se lancer dans la vente en ligne.

Parmi les mesures proposées pour rétablir une concurrence effective, la plupart des sociétés ont notamment accepté de supprimer l'interdiction d'utiliser leur dénomination sociale ou leur marque comme mot-clé dans les moteurs de recherche dits naturels, et toutes ont assoupli les clauses contractuelles relatives à la vente en ligne, parfois en acceptant la vente de leurs produits sur des plates-formes de vente en ligne :

« *Suivant la pratique décisionnelle du Conseil dans la décision précitée n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France,* ***la plupart des parties ont supprimé, dans leurs premières propositions d'engagements, l'interdiction d'utiliser leur dénomination sociale ou leur marque comme mot-clé dans les moteurs de recherche dits "naturels".***

105. […] ***Le Conseil note ainsi avec satisfaction que deux fabricants n'excluent pas par principe ce mode de mise en vente dès lors que les critères qualitatifs conditionnant la vente sur Internet de leurs produits sont respectés. La société Johnson & Johnson Consumer France autorise ainsi la vente sur plate-forme sous réserve que les obligations à la charge du distributeur agréé par Internet soient également respectées par la plate-forme, notamment celles visant à préserver la notoriété des produits et l'image de marque des produits*** *Johnson & Johnson. Dans ses dernières propositions d'engagement,* ***la société Rogé Cavaillès a proposé l'insertion d'un nouvel article*** *1.2 ainsi rédigé :* « ***Le distributeur souhaitant présenter et/ou commercialiser les produits Rogé Cavaillès dans une boutique virtuelle créée sur une plate-forme de vente en ligne devra respecter l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet*** […] ”».

Si les procédures d'engagements ont tendance à se multiplier, que dire de la clémence qui est une procédure particulièrement perfide ?

3. LA CLÉMENCE :

Le fait pour les autorités communautaires et nationales d'avoir instauré un programme de clémence a pour but de faire cesser des pratiques anticoncurrentielles, en incitant, par l'exonération totale ou partielle des amendes encourues, chaque membre de l'entente à dénoncer les pratiques en causes, plutôt qu'à se taire, de peur d'être dénoncé par les autres.

Le 29 septembre 2006, la Commission européenne a publié le « ***programme modèle*** » de clémence du Réseau Européen de la Concurrence (REC), qui vise à harmoniser les systèmes de clémence mis en place par les autorités de concurrence de chaque Etat membre de l'Union européenne. Le nouveau programme de clémence français est donc d'inspiration communautaire.

➡ ***Les points-clés du programme français :***

Le programme de clémence français trouve son fondement dans l'article L.464-2-IV du Code de commerce :

« *IV. - **Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme** qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L.420-**1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs**, en apportant des éléments d'information dont le conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* [...] »

Afin d'éclairer les entreprises sur les conditions précises de la clémence, le Conseil de la concurrence a diffusé un communiqué de procédure en date du 17 avril 2007, qui se substitue à celui du 11 avril 2006.

Aussi bien, une entreprise qui souhaite bénéficier de la clémence doit-elle répondre à deux types de conditions : être éligible au programme français de clémence et remplir toutes les conditions de fond de cette procédure !

➡ ***Les conditions d'éligibilité :***

L'entreprise peut, soit demander à bénéficier d'une immunité totale d'amende, soit en être partiellement exonérée.

- **Dans le cas d'une demande d'immunité totale d'amende**, l'entreprise doit être la première à fournir les informations et éléments de preuve sur l'existence d'une entente prohibée sur un marché. Le fait que les autorités de concurrence (**Conseil de la concurrence ou DGCCRF**) disposent ou non d'informations sur les pratiques révélées n'empêche pas l'entreprise d'obtenir une exonération totale des sanctions pécuniaires.

Cependant, le Conseil de la concurrence n'accorde qu'un « bénéfice conditionnel » de l'immunité, à charge donc pour l'entreprise de prouver tout au long de la procédure sa coopération pleine et entière.

L'immunité totale ne peut être accordée que si aucune autre entreprise n'a obtenu d'immunité conditionnelle.

- **Dans le cas d'une demande d'exonération partielle d'amende**, c'est-à-dire lorsque l'entreprise ne peut postuler à une immunité totale, les autorités françaises de concurrence sont particulièrement attentives à la « ***valeur ajoutée significative*** » des éléments apportés, en comparaison de ceux qu'elles possèdent déjà ! Ce critère renvoie à la notion de qualité des informations transmises par l'entreprise : ainsi, les éléments datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont plus de valeur que s'ils sont établis ultérieurement.

Mais l'entreprise qui souhaite bénéficier de cette réduction partielle s'engage sans connaître la teneur des preuves déjà détenues par le Conseil ou l'administration !

➡ ***Les conditions de fond***

On peut en recenser quatre :

1. La nécessité d'une coopération totale de l'entreprise :

Selon le communiqué de procédure du 17 avril 2007, la coopération de l'entreprise lors de l'enquête et de l'instruction doit être « ***véritable, totale, permanente et rapide*** » et l'entreprise doit fournir, aussi bien au Conseil de la concurrence qu'aux services d'enquête, tous éléments de preuve qui sont déjà à sa disposition ou qui entreraient en sa possession par la suite.

2. La sortie de l'entente :

Le communiqué de procédure prévoit ensuite que l'entreprise doit cesser toute participation à l'entente présumée « ***au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence*** ». Mais le Conseil de la concurrence

n'exclut pas de demander à l'entreprise de poursuivre temporairement sa participation à l'entente, afin de ne pas éveiller les soupçons des autres membres, pouvant notamment conduire à une disparition des preuves.

3. L'absence de contrainte vis-à-vis des autres membres de l'entente :

Pour le Conseil, l'entreprise ayant un rôle actif dans la constitution et la mise en œuvre d'une entente peut bénéficier du programme de clémence si elle ne peut être regardée comme ayant contraint les autres membres du cartel à y participer.

4. La confidentialité de la demande de clémence :

De la même façon qu'il peut être demandé à l'entreprise participant au programme de clémence de ne pas sortir immédiatement de l'entente afin de ne pas alerter les autres membres, il est impératif qu'elle ne divulgue pas sa demande de clémence pour sauvegarder l'efficacité de l'enquête, afin d'éviter notamment la destruction de preuves !

• Une seule décision de clémence rendue à ce jour :

A ce jour, on peut estimer à plus d'une vingtaine le nombre de procédures de clémence en cours devant le Conseil. Mais pour l'instant, le Conseil n'a rendu qu'une seule décision sur le fondement de l'article L.464-2-IV du Code de commerce.

Le 11 avril 2006, le Conseil de la concurrence a ainsi exonéré l'entreprise France Portes d'une amende de 1,25 million d'euros pour avoir dénoncé l'existence de cartels sur les prix dans le secteur de la fabrication et la vente des portes en bois en France. Dans cette affaire, elle a été la première à apporter au Conseil de la concurrence des éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels et à en identifier les auteurs. Ainsi, les neuf autres entreprises se sont vues condamnées pour un montant global de plus de cinq millions d'euros.

• La clémence au niveau communautaire :

Actuellement, le programme de clémence de la Commission est constitué par sa communication de 2006[6] sur l'immunité d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, qui remplace la communication de 2002.

(6) Communication du 8 décembre 2006 C/298/17.

L'entreprise sollicite une immunité totale de sanctions pécuniaires :

Tout comme dans le cadre du programme français de clémence, les conditions pour l'obtention de la clémence sont avant tout fonction du moment de la demande de l'entreprise. S'il s'avère qu'elle est la première, elle pourra potentiellement bénéficier d'une exonération totale. Dans le cas contraire, elle pourra demander une réduction des sanctions pécuniaires.

De même, la Commission européenne considère comme primordiales la qualité des informations apportées par l'entreprise, ainsi que la totale coopération de l'entreprise pour mettre un terme à l'entente. Contrairement à la position du Conseil de la concurrence, les autorités communautaires requièrent de l'entreprise qu'elle soit totalement sortie de l'entente lors de la procédure.

L'entreprise sollicite une réduction de l'amende :

Dans cette hypothèse, la Commission européenne est très attentive à la « ***valeur ajoutée*** » des éléments apportés par l'entreprise.

Mais les autorités de concurrence communautaires ont décidé de fixer un véritable barème des réductions applicables, afin de pouvoir déterminer plus objectivement le montant des amendes. Ainsi, le taux de réfaction dépend du moment où l'entreprise fait part à la Commission de sa volonté de coopérer en fournissant les informations qu'elle possède.

Ce barème est le suivant :
- de 30 % à 50 % pour la première ;
- de 20 % à 30 % pour la deuxième ;
- jusqu'à 20 % pour les entreprises suivantes

Des amendes record prononcées par la Commission européenne :

Si l'on se penche sur les dix amendes les plus importantes infligées en matière d'ententes, on notera que six l'ont été depuis l'année 2006. La volonté de la Commission européenne est très nettement affichée : il s'agit de dissuader les entreprises tentées par des pratiques collusives, ou tout au moins de pousser celles qui sont déjà impliquées dans une entente à la dénoncer, pour espérer bénéficier d'une clémence totale… d'autant plus lorsque l'on voit la Commission entrer en voie de condamnation à hauteur de 479 millions d'euros pour la seule société ThyssenKrupp, amende la plus élevée jamais infligée !

Les amendes les plus importantes prononcées par la Commission européenne contre les membres d'une entente l'ont été en ce début d'année 2007. La première a atteint globalement le chiffre record de 992 millions d'euros pour une entente horizontale dans le domaine des ascenseurs et des escaliers mécaniques. La seconde s'élève à 751 millions d'euros pour les membres d'un cartel horizontal dans le secteur des appareillages de commutation à isolation gazeuse.

L'affaire du cartel des ascenseurs : 992 millions d'euros d'amende :

Le 21 février 2007, la Commission européenne a infligé une amende cumulée de 992 millions d'euros aux groupes Otis, KONE, Schindler et ThyssenKrupp pour avoir mis en œuvre une entente sur le marché de l'installation et de l'entretien des ascenseurs et des escaliers mécaniques en Belgique, en Allemagne, au Luxembourg et aux Pays-Bas[7].

Dans cette affaire, les filiales de KONE ont bénéficié d'une immunité totale d'amende en application du programme de clémence de la Commission s'agissant des ententes localisées en Belgique et au Luxembourg, ayant été les premières à fournir des renseignements sur ces pratiques.

De même, Otis Netherlands a bénéficié d'une immunité totale pour ce qui est de l'entente située aux Pays-Bas.

L'affaire du cartel électrique : 751 millions d'euros d'amende :

En l'espèce, onze groupes d'entreprises, parmi lesquels Alstom et Areva, avaient pris part à une entente dans le domaine des appareillages de commutation à isolation gazeuse.

Les pratiques anticoncurrentielles qui leur étaient reprochées : **appels d'offres faussés, échanges d'informations et fixation concertée des prix,** avaient duré de 1988 à 2004 !

La société ABB ayant dénoncé la première l'entente, a pu bénéficier d'une immunité totale de sanction pécuniaire, tandis que les autres entreprises se sont vues infliger, le 24 janvier 2007[8], des amendes d'un montant total de 751 millions d'euros par la Commission européenne.

(7) Aff. COMP/F/38.823.

(8) Aff. COMP/F/38.899.

Précisions jurisprudentielles récentes en matière de rupture brutale de relations commerciales

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Innovation de la loi Galland du 1er juillet 1996, l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce sanctionnant la rupture, totale ou partielle, de relations commerciales établies connaît un succès qui, jusqu'ici, ne se dément pas.

Cette disposition reste, parmi le corps de textes réprimant les pratiques restrictives de concurrence, la plus utilisée par les plaideurs.

De récents arrêts de la Cour de cassation sont venus apporter des précisions sur le champ d'application et le régime de ce texte.

En voici un aperçu :

➡ Par un arrêt en date du 6 février 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce « ***peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé*** ».

Il s'agissait en l'espèce d'une action menée par une association que la Cour d'Appel avait jugé irrecevable à agir sur le fondement de la rupture brutale d'une relation commerciale, estimant que si les associations peuvent accomplir à titre occasionnel des actes de commerce, il ne pouvait être admis « ***sauf à pervertir le sens de la loi du 1er juillet 1901 relative aux contrats d'association, qu'une association accomplisse, à titre habituel et quasi exclusif, des prestations commerciales*** ».

Ce point de vue qui pouvait se défendre, a été clairement rejeté par la Cour de cassation qui admet donc que des non-commerçants et notamment les associations, peuvent agir en justice sur le fondement de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce.

Le domaine d'application de cette disposition, déjà voulu large par la jurisprudence antérieure, s'en trouve donc encore élargi davantage.

➡ Par une deuxième décision en date du 6 février 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation statue sur la nature de la responsabilité fondée sur l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce.

A propos d'une question relative à la compétence territoriale du Tribunal saisi, la Cour estime que le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie sans préavis écrit « ***engage la responsabilité délictuelle de son auteur*** ».

Dans ce cas, le demandeur, c'est-à-dire la victime de la rupture, peut choisir entre le Tribunal du lieu où demeure le défendeur ou celui du lieu du fait dommageable ou encore celui du lieu où le dommage a été subi (**article 46 alinéa 3 du NCPC**).

En l'espèce, deux sociétés avaient entretenu des relations habituelles et stables pendant plusieurs années jusqu'à ce que l'une rompe de manière brutale ses relations avec l'autre.

Reste à se demander ce que la Cour aurait statué si les parties avaient été liées par un contrat et si ce contrat, matérialisant la relation commerciale, avait fait l'objet de la rupture brutale…

➡ Par un arrêt en date du 20 février 2007, la Cour de cassation est venue se pencher cette fois sur la rupture de **relations internationales**, ayant uni en l'espèce la société Yves Saint Laurent Parfums à son distributeur exclusif vénézuélien.

Tout en appliquant les dispositions de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative aux contrats de vente internationale de marchandises, **la Cour confirme l'application de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce,** estimant en l'espèce que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en jugeant, après avoir relevé que la société Yves Saint Laurent Parfums n'avait pas commis de faute en suspendant les livraisons réclamées par son distributeur, que les fautes graves commises par ce dernier auraient justifié que le contrat soit résilié sans préavis.

C'est sur un autre point que la décision est cassée, la Cour de Cassation rappelant qu'il appartient au fournisseur de faire respecter en toutes circonstances l'exclusivité qu'il a concédée, mais ceci est une autre histoire…

➡ Il est à noter enfin un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2007. La société La Redoute, condamnée à indemniser l'un de ses fournisseurs de prêt-à-porter, reprochait à la Cour d'appel de s'être basée sur une simple variation à la baisse du chiffre d'affaires entre les parties pour caractériser une rupture partielle de la relation commerciale.

La Redoute estimait qu'il n'y avait pas déréférencement en l'espèce, mais uniquement une variation quantitative indépendante de la volonté des parties.

La Cour de cassation confirme la position de la Cour d'appel, considérant qu'elle avait parfaitement pu déduire l'existence d'une rupture partielle puis totale des relations commerciales au travers de ses appréciations et constatations, lesquelles portaient sur une diminution de plus des 3/4 du chiffre d'affaires réalisé entre les deux sociétés puis sur une absence totale de commandes par la suite, pour observer que cette diminution résultait d'un changement de politique et de stratégie d'achats constituant bien une démarche volontaire de La Redoute.

En revanche, la Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel en ce que celle-ci avait considéré que la victime de la rupture était en partie responsable du préjudice qu'elle avait subi, en omettant de signaler à La Redoute son état de dépendance économique, alors même que les conditions générales d'achat de celle-ci imposaient cette déclaration !

La Cour de cassation considère qu'« ***en se déterminant par de tels motifs, alors que le respect d'un délai de préavis s'impose en cas de rupture d'une relation commerciale établie indépendamment de l'état de dépendance économique d'une partie envers l'autre, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à cette décision*** ».

Les choses sont désormais claires : peu importe l'état de dépendance économique de la victime dans le calcul du délai de préavis qui doit, en tout état de cause, être respecté en cas de rupture de relations commerciales.

* * *

On notera enfin, à titre d'information et pour parfaire ce panorama jurisprudentiel, la mise en ligne sur le site Internet de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) d'une étude réalisée par la Faculté de droit de Montpellier présentée à la CEPC le 22 janvier 2007, réalisant un bilan des décisions judiciaires intervenues en matière de transparence et de pratiques restrictives de concurrence, dont une partie très importante est consacrée à la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce.

Cette étude très instructive délivre un panorama exhaustif des décisions rendues en matière de rupture brutale et montre ainsi l'hétérogénéité de celles-ci quant à la fixation des délais de préavis, au regard de l'ancienneté des relations commerciales notamment.

Cette étude est accessible à l'adresse suivante :
http://www.pratiques-commerciales.minefi.gouv.fr/bilan_faculte_droit2004-2006.pdf

DEEE, SMIR et BARBAZANGE

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Sous l'impulsion du Droit communautaire, la France a introduit dans son Droit de l'environnement la notion de responsabilité élargie des producteurs.

Les producteurs ainsi concernés sont les producteurs de produits générateurs de déchets.

A ce titre, l'article L. 541-10 du Code de l'environnement prévoit notamment :

- que la fabrication, la détention et la vente de produits générateurs de déchets peuvent être réglementées ou interdites ;
- la possibilité de faire obligation aux producteurs, importateurs et distributeurs de ces produits de pourvoir ou de contribuer à l'élimination des déchets ;
- la possibilité de leur faire obligation de prêter leur concours moyennant une juste rémunération à l'élimination des déchets provenant de produits identiques ou similaires, mis en vente ou distribués antérieurement au 18 juillet 1975.

C'est dans ce cadre-là, qu'un décret relatif aux piles et accumulateurs a été pris le 12 mai 1999, que l'élimination des pneumatiques usagés a fait l'objet d'un décret du 24 décembre 2002 et que le décret n°2005-829 du 20 juillet 2005 réglemente la collecte et le traitement des déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE).

Ce décret « *DEEE* » est, à ce stade, le plus abouti en matière de responsabilité élargie des producteurs puisqu'il prévoit pour les DEEE ménagers l'agrément par l'Etat d'éco-organismes chargés de remplir à la place des producteurs les obligations mises à la charge de ceux-ci par le décret.

Quatre éco-organismes ont à ce jour été agréés pour les DEEE ménagers :

- **Ecologic,**
- **ERP,**
- **Eco-systèmes,**
- **Récylum.**

Ainsi, ces éco-organismes proposent-ils aux producteurs un contrat d'adhésion aux termes duquel, en contrepartie de l'acquittement d'une contribution en fonction des quantités déclarées d'équipements électriques et électroniques mis sur le marché, l'éco-organisme prend en charge les obligations pesant sur les producteurs en exécution du décret du 20 juillet 2005 à savoir la collecte, l'enlèvement et le traitement des DEEE ainsi que, de façon optionnelle, les obligations déclaratives auxquelles sont soumis les producteurs auprès de l'ADEME.

Une solution clé en main est donc proposée aux producteurs par des éco-organismes agréés par l'Etat.

Tout était donc pour le mieux dans le meilleur des mondes… jusqu'à ce qu'interviennent les arrêts du Conseil d'Etat dans les affaires **SMIR**[9] et **BARBAZANGE**[10].

Ces deux arrêts ont été rendus en matière de pneumatiques usagés et viennent rechercher la responsabilité de sociétés (**SMIR** et **BARBAZANGE**) qui avaient confié par contrat, à des sociétés spécialisées, le traitement et l'élimination de leurs pneumatiques usagés.

Les faits étaient les suivants : La société minière SMIR exploite une carrière et avait découvert sur ce site un stock de pneumatiques usagés ; elle avait conclu un contrat avec la société SOFRED spécialisée dans l'élimination des pneus.

Elle avait acquitté cette facture et livré les pneus à SOFRED.

SOFRED fut mise en liquidation judiciaire et le Préfet de Loire Atlantique mit en demeure SMIR par arrêté du 25 mars 2005 d'assurer ou de faire assurer l'élimination des 225 tonnes de pneus qu'elle avait livrés à la SOFRED et que celle-ci avait laissé à l'abandon.

SMIR opposait à l'administration le fait qu'elle avait fait appel à une société spécialisée, qu'elle avait payé le prix et livré les pneumatiques à celle-ci pour leur traitement, et qu'elle avait donc rempli ses obligations si ce n'est de producteur – puisqu'elle n'avait pas produit ces déchets – du moins de dernier détenteur et ne pouvait donc voir sa responsabilité recherchée, quand bien même SOFRED aurait-elle été défaillante.

(9) CE n°281-231 du 13 juillet 2006.
(10) CE n°287-674 du 11 janvier 2007.

Le juge des référés du Tribunal administratif de Nantes avait rejeté la demande de SMIR tendant à la suspension de l'arrêté préfectoral lui prescrivant d'assurer ou de faire assurer l'élimination de 222 tonnes de pneumatiques.

Le recours de SMIR devant le Conseil d'Etat ne va pas connaître plus de succès puisque sa requête est rejetée sur le fondement des articles L.541-1 et L.541-2 du Code de l'environnement.

Que disent ces articles ?

L'article 541-1 définit ce qu'est un déchet et ce qu'est un déchet ultime.

L'article 541-2 dispose que :

> « *Toute personne qui produit ou détient des déchets dans des conditions de nature à produire des effets nocifs sur le sol, la flore et la faune, à dégrader les sites ou les paysages, à polluer l'air ou les eaux, à engendrer des bruits et des odeurs et, d'une façon générale, à porter atteinte à la santé de l'homme et à l'environnement, est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination conformément aux dispositions du présent chapitre, dans des conditions propres à éviter lesdits effets.* »

Le même article précise ce que comporte l'élimination des déchets :

> « *Les opérations de collecte, transport, stockage, tri et traitement nécessaires à la récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie, ainsi qu'au dépôt ou au rejet dans le milieu naturel de tous autres produits dans des conditions propres à éviter les nuisances mentionnées à l'alinéa précédent.* »

Prenant en considération ces articles, le Conseil d'Etat considère que :

> « ***Le propriétaire ou le détenteur des déchets a la responsabilité de leur élimination ; que la seule circonstance qu'il a passé un contrat en vue d'assurer celle-ci ne l'exonère pas de ses obligations légales auxquelles il ne peut être regardé comme ayant satisfait qu'au terme de l'élimination des déchets.*** »

Le Conseil d'Etat poursuit :

> « ***Considérant enfin qu'il ne ressort pas des pièces du dossier soumises au juge des référés qu'en écartant les argumentations de SMIR tirées de ce qu'elle aurait vérifié l'élimination des déchets en cause et que les pneumatiques faisant l'objet de la mesure litigieuse ne seraient pas les mêmes que ceux qu'elle aurait confiés à la société SOFRED, celui-ci aurait dénaturé les pièces du dossier soumises à son appréciation.*** »

Dans l'arrêt **BARBAZANGE** du 11 janvier 2007, le Conseil d'Etat va adopter le même raisonnement à l'égard de la société BARBAZANGE qui avait, elle aussi, confié à SOFRED l'élimination de 443 tonnes de pneumatiques usagés et avait été mise en demeure par le Préfet de Loire Atlantique de faire éliminer ces pneumatiques après la défaillance de SOFRED.

Le Conseil d'Etat considère dans cet arrêt que :

> « ***La circonstance que la société BARBAZANGE Tri Ouest, qui ne pouvait être regardée comme l'exploitant ou le détenteur de l'installation classée exploitée par la société SOFRED, avait passé un contrat avec celle-ci en vue d'un broyage et de la valorisation des pneumatiques usagés, ne l'exonérait pas de ses obligations au titre de l'article L.541-2 du Code de l'environnement, auxquelles elle ne pouvait être regardée comme ayant satisfait qu'aux termes de l'élimination des déchets en cause.*** »

La mise en cause des sociétés SMIR et BARBAZANGE est retenue par le Conseil d'Etat sur le fondement de leur qualité de détenteur et non pas de producteur.

Les conclusions du Commissaire du Gouvernement, Monsieur AGUILA, au regard de l'arrêt SMIR, sont éclairantes sur la notion de détenteur.

Le Commissaire du gouvernement rappelle qu'aux termes de l'article L.541-1 du Code de l'environnement, est un déchet « *tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon* ».

Selon lui, le détenteur est donc celui qui décide de l'abandon ; selon Monsieur AGUILA, c'est cette décision d'abandon « ***qui transforme un bien meuble en un déchet, au sens du Code de l'Environnement. C'est aussi cette décision qui est le fait générateur de la responsabilité environnementale. Et on ne s'affranchit pas facilement d'une telle responsabilité – en tout cas pas par un simple contrat par lequel on confie à une société l'élimination des déchets*** » !

Ces décisions pourraient-elles être transposables en matière de DEEE ?

Le décret du 20 juillet 2005 relatif aux DEEE est le texte le plus abouti à ce jour en matière de responsabilité élargie des producteurs, en ce sens qu'il organise un système complet, via l'adhésion par le producteur à un éco-organisme, cet éco-organisme étant, qui plus est, agréé par l'Etat.

Or, cette notion d'éco-organisme agréé par l'Etat n'existe pas dans les autres filières où la responsabilité élargie des producteurs a été consacrée (pneumatiques, piles et accumulateurs…). Cet agrément par l'Etat est censé renforcer le crédit des éco-organismes, l'Etat ayant vérifié qu'ils répondaient aux conditions de leur agrément.

Par ailleurs, l'article 13 du décret dispose en matière de DEEE ménagers que :

> « *Les producteurs s'acquittent des obligations qui leur incombent au titre de l'alinéa précédent, soit en adhérant à un organisme agréé dans les conditions définies à l'article 14, soit en mettant en place un système individuel approuvé dans les conditions définies à l'article 15.* »

Ce texte prévoit donc que les producteurs ont rempli leurs obligations du moment qu'ils ont, notamment, adhéré à un éco-organisme.

D'aucuns voient dans la rédaction de cet article 13 un véritable transfert de responsabilité des producteurs vers les éco-organismes du seul fait de l'adhésion.

La rigueur nécessaire à toute interprétation d'un texte juridique ne permet pas de tirer de la rédaction de l'article 13 une conclusion aussi radicale en matière de transfert de responsabilité.

Dès lors, que se passerait-il en cas de défaillance d'un des acteurs de la chaîne de collecte ou de traitement des DEEE ménagers ?

Sur le fondement des arrêts SMIR et BARBAZANGE, la responsabilité du producteur d'équipements électriques et électroniques ménagers pourrait-elle être recherchée ?

L'article 13 du décret du 20 juillet 2005, quelle que soit la façon dont on l'interprète, a valeur réglementaire.

Il est donc, dans la hiérarchie des normes, d'une valeur inférieure à l'article L.541-2 du Code de l'environnement, d'origine législative.

Or, c'est cet article L.541-2 qui rend toute personne qui produit ou détient des déchets responsable de l'élimination de ces déchets conformément aux dispositions du Code de l'environnement.

Pour autant, le producteur visé à l'article L.541-2 du Code de l'Environnement est-il le même que le producteur visé dans le décret du 20 juillet 2005 ?

Le décret du 20 juillet 2005, désigne le producteur comme :

> « *Toute personne qui fabrique, importe ou introduit sur le marché national à titre professionnel les équipements électriques et électroniques sauf si ces équipements sont vendus sous la seule marque d'un revendeur. Dans ce cas le revendeur est considéré comme un producteur.* »

N'oublions pas, à ce stade que le décret du 20 juillet 2005 découle des articles L.541-9 et L.541-10 du Code de l'environnement, qui envisagent le producteur comme celui qui doit justifier que les déchets engendrés par les produits qu'il fabrique sont de nature à être éliminés dans les conditions prescrites à l'article L.541-2.

On voit bien, dès lors, que l'obligation mise à la charge de ces producteurs de produits générateurs de déchets, au sens de l'article L.541-9, est différente de l'obligation d'élimination des déchets prévue à l'article L.541-2, puisqu'il s'agit d'une obligation d'ordre technique sur la capacité de ces déchets à être éliminés dans les conditions de l'article L.541-2.

En conséquence, il semble qu'il n'y ait pas identité entre le producteur envisagé par le décret du 20 juillet 2005 en matière de DEEE et le producteur envisagé par l'article L.541-2.

En effet, le producteur au sens du décret sur les DEEE est le producteur du produit qui donnera lieu au déchet, tandis que le producteur au sens de l'article L.541-2 est le producteur du déchet lui-même.

Il ne semble pas non plus que les producteurs au sens du décret sur les DEEE puissent être appréhendés au sens du « *détenteur* » de l'article L.541-2 du Code de l'environnement si l'on retient la définition qui est donnée par le Commissaire du gouvernement dans le cadre de l'affaire SMIR (**est détenteur celui qui abandonne le déchet**).

Le producteur de DEEE n'abandonne pas le déchet, il ne peut donc être qualifié de détenteur au sens de l'article L.541-2.

En conséquence, même si le décret du 20 juillet 2005 est dans la hiérarchie des normes d'une valeur inférieure à l'article L.541-2, le producteur d'équipements électriques et électroniques ne semble pas pouvoir être mis en cause au titre des DEEE sur le fondement de l'article L.541-2 du Code de l'environnement.

D'un point de vue pratique, il serait d'ailleurs peu probable, qu'en cas de défaillance d'un des acteurs de la chaîne de collecte ou de traitement des DEEE ménagers, l'administration vienne rechercher la responsabilité du producteur au sens du décret du 20 juillet 2005.

En effet, en matière de DEEE ménagers, le lien entre le DEEE et le producteur du produit ayant donné lieu au déchet sera extrêmement difficile à établir (sauf dans les cas où ledit déchet est estampillé par une marque et où le « *metteur* » sur le marché de ladite marque est unique ou facilement identifiable).

Il sera beaucoup plus commode et efficace (tant en termes d'identification que de solvabilité) de se retourner vers l'éco-organisme en cas de carence d'un des acteurs de la filière de collecte et de traitement.

Or, dans les arrêts SMIR et BARBAZANGE, l'administration n'avait pas d'autre choix que de se retourner vers les seules sociétés identifiables en dehors de la société SOFRED, c'est-à-dire celle qui était liée par contrat avec elles, les producteurs des déchets étant, quant à eux, non identifiables.

En conclusion, d'un point de vue théorique comme d'un point de vue pratique, la protection offerte aux producteurs de DEEE par les éco-organismes devrait donc être d'une réelle efficacité.

L'appréciation de la contrefaçon en matière de droits d'auteur

Par Emmanuelle Laur-Pouedräs

En matière de droits d'auteur, les débats judiciaires sur la question de la reconnaissance ou non d'une contrefaçon empruntent souvent un itinéraire semblable en trois étapes :

1. La titularité des droits d'auteur

Il convient tout d'abord de s'interroger sur la légitimité à agir de celui qui a introduit une action en contrefaçon de droits d'auteur : est-il bien le titulaire des droits de propriété intellectuelle prétendument bafoués, pour avoir créé l'œuvre à laquelle seraient attachés les droits, ou pour en être devenu le titulaire par la suite ?

2. L'existence même des droits revendiqués

En effet, seule une œuvre qui sera estimée originale pourra être le siège de droits d'auteur. L'originalité – qui a souvent tendance en jurisprudence à être confondue (plus ou moins sciemment) avec la nouveauté – n'est pas liée au mérite d'une œuvre. La question qui se pose est de savoir si l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur : il s'agit d'une question éminemment subjective !

3. L'existence d'une contrefaçon

En tout dernier lieu, il peut bien entendu exister un débat sur le chiffrage du préjudice retenu par le demandeur.

S'agissant de l'examen de l'existence d'une contrefaçon de droits d'auteur, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer qu'il importe d'analyser s'il existe des ressemblances importantes entre les œuvres en cause et s'il en résulte une impression d'ensemble semblable.

La contrefaçon s'apprécie ainsi en fonction des ressemblances et non des différences.

Les différences de détail ne sont pas, par voie de conséquence, de nature à écarter l'existence d'une contrefaçon.

Une telle solution procède d'une certaine logique : en effet, si les différences primaient sur les ressemblances, il serait aisé aux contrefacteurs d'échapper à une action en contrefaçon parce qu'ils auraient modifié un ou des aspects anodins du produit contrefait.

Cette règle d'appréciation est régulièrement rappelée par les Cours et Tribunaux et l'a notamment été dans une affaire Christian Dior/La Redoute[11] au sujet d'un modèle de sac.

La Cour a ainsi reconnu l'existence de droits d'auteur attachés au modèle de sac en cause, estimant que « ***l'originalité d'un objet s'appréciant dans son ensemble, le sac "Selle" litigieux est constitué de divers éléments connus dont la combinaison lui confère une configuration distincte et reconnaissable et traduit un effort personnel de création*** ».

Puis la Cour a affirmé, après s'être livrée à une comparaison des sacs en présence, que « *la reproduction par les sociétés La Redoute et Sélect International SRL de la combinaison des caractéristiques essentielles de "Selle" de la société Christian Dior sur lequel cette dernière est titulaire de droits d'auteur* […] *caractérise la contrefaçon de ce modèle de sac* ».

Il a également été jugé que l'absence de reprise des initiales « *C* » et « *D* » de la marque « *Christian Dior* » sur le sac considéré comme étant contrefaisant n'était pas suffisante pour écarter la contrefaçon.

Enfin, précisons par ailleurs qu'en matière de droits d'auteur, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'existence d'un risque de confusion, seules important la qualification d'œuvre originale et l'impression d'ensemble donnée par les deux œuvres en présence.

(11) CA Versailles, 12e ch., 28 septembre 2006.

Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 28 mars 2007- Affaire dite « GALEC II » La transparence tarifaire applicable à la coopération commerciale.

De la « proportionnalité de la rémunération »

Par Benoît Laurin

On pourra désormais parler d'une affaire « ***Galec II*** » à propos de la décision rendue par le Tribunal de commerce de Nanterre le 28 mars 2007[12], qui est à mettre en rapport avec la décision du même Tribunal, rendue pour le même Galec le 15 novembre 2005[13] [**Nous apprenons au moment de la parution de cette « *Lettre du Cabinet* », que ce jugement vient d'être sévèrement censuré par la Cour d'appel de Versailles qui a considéré l'action du Ministre irrecevable car exercée en violation de l'article 6, § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Nous commenterons cet arrêt dans un très prochain « *Flash concurrence* »**].

Le parallèle est d'autant plus intéressant que les deux décisions rendues par le Tribunal de commerce de Nanterre pour la même enseigne pourraient s'avérer contradictoires.

De quoi s'agissait-il en l'espèce ?

Dans le cadre de sa politique nationale d'enseigne (**contrat bien connu dit « *PNE* »**), le Galec avait proposé à ses fournisseurs la conclusion de contrats de coopération commerciale dénommés « ***Dynamique commerciale et promotionnelle nationale 2003 – DCPN*** », prévoyant, au choix des fournisseurs :

– la présence garantie d'un ou de plusieurs de leurs produits sur un ou plusieurs prospectus, service facturé directement par le Galec, rémunéré de manière forfaitaire ;

– une ou plusieurs opérations reposant sur l'offre de bons d'achat concernant les produits du fournisseur, service facturé par les centrales régionales Leclerc, en proportion du chiffre d'affaires réalisé au titre des bons d'achat.

(12) Tribunal de commerce Nanterre, 6e chambre, 28 mars 2007, Affaire 2006/F01964.

(13) Tribunal de commerce Nanterre, 7e chambre, 15 novembre 2005, Affaire 2004/F01493, décision frappée d'appel.

A la suite d'une enquête de la DGCCRF, le Ministre ayant constaté que **trois fournisseurs** (Coca-cola, Kronenbourg et Nestlé) **n'avaient signé aucun contrat pour la présence de leurs produits dans le catalogue et n'avaient donc pas été facturés pour l'insertion de leurs produits dans ce catalogue – la quasi-totalité du coût de ce catalogue (97 %) ayant été supportée par les quinze autres fournisseurs** – a assigné le Galec le 21 mars 2006 devant le Tribunal de commerce de Nanterre.

Le Tribunal de commerce vient de condamner le Galec à une amende civile de 200 000 € pour avoir pratiqué des « ***conditions de vente de ses services discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles*** » et obtenu de la part de certains fournisseurs « ***des avantages disproportionnés eu égard à la valeur des services rendus*** ».

La décision rendue par le Tribunal de commerce, qui sera sans nul doute frappée d'appel, est intéressante à un double titre.

1. Sur la pratique par le Galec à l'égard des fournisseurs de « *modalités de vente discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles* » – article L.442-6-I-1° du Code de commerce

Ce texte, bien connu des fournisseurs, est ici utilisé à l'encontre d'un distributeur !

Le Tribunal de commerce interprète de la manière suivante les termes de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce :

> « ***Que les règles qui proscrivent les pratiques discriminatoires non justifiées et édictent le principe de l'engagement de la responsabilité de leurs auteurs sont destinées à préserver l'équilibre des relations commerciales qui participent au bon fonctionnement du marché et contribuent à la protection générale d'un ordre économique lié à la liberté des prix et au libre jeu de la concurrence,***

Que l'article L.442-6 du Code de commerce peut donc être qualifié d'ordre public,

Que le Code de commerce pose donc comme condition à la licéité des contrats de coopération commerciale, non seulement l'existence d'un réel service commercial, mais encore l'équilibre du contrat *; que ce principe, illustré par l'intérêt commun du fournisseur et du distributeur à la réalisation de l'opération promotionnelle, a pour corollaire la* ***proportionnalité de la rémunération à l'avantage que chaque partenaire retire de l'opération***, [**Paragraphe cité à deux reprises dans le jugement**].

Le Galec a différencié à l'extrême les contreparties financières à la présence des produits dans le prospectus ***en ne demandant aucune participation à ces trois fournisseurs alors que leurs concurrents directs, pour COCA COLA et NESTLE notamment, et les autres fournisseurs ont participé financièrement à l'opération***. »

Et le Tribunal en tire la conclusion, du fait de la non facturation du service à ces trois fournisseurs, que :

« *Le Galec a pratiqué des* ***conditions de vente de ses services discriminatoires à l'égard des trois fournisseurs concernés*** *et que ces conditions discriminatoires ne sont pas justifiées par une différence correspondante de prestation, que cette discrimination entre fournisseurs est fautive au visa des dispositions de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce.* »

Avant tout, les civilistes pourraient s'indigner de la notion de « *vente de service* » qui n'est pas très conforme à notre droit des obligations !

Elle ne semble pas gêner le Tribunal de commerce.

Ce texte, pilier du droit de la transparence tarifaire systématiquement utilisé pour réprimer toute discrimination opérée par les fournisseurs dans leur politique tarifaire, vient de trouver une application nouvelle, s'agissant des services rendus par les distributeurs, puisque le Tribunal de commerce n'hésite pas à en faire directement application à leur égard.

Autre élément novateur : la notion d'« *équilibre du contrat* qui a pour corollaire la *proportionnalité* de la rémunération à l'avantage que chaque partenaire retire de l'opération ».

Le Tribunal de commerce tire cette notion d'« ***équilibre*** » de la notion d'intérêt commun du fournisseur et du distributeur, contenue à l'article L.442-6-I-2° a) du Code de commerce – cette fois-ci plus connu des distributeurs – qui dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait :

« *D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.* »

Toutefois, cet article ne vise au titre des pratiques restrictives que le fait de tenter d'obtenir un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou **manifestement disproportionné** au regard de la valeur du service rendu.

De la notion de « ***manifestement disproportionné à la valeur du service rendu*** » à celle d'« *équilibre du contrat* » et de « ***proportionnalité de la rémunération*** », un deuxième pas vient d'être franchi.

Le distributeur est ainsi considéré comme un fournisseur de services auquel sont appliquées les règles en matière de transparence tarifaire.

Le fait pour les trois fournisseurs concernés de ne pas avoir payé les services tout en ayant bénéficié de la prestation, à l'inverse de leurs concurrents, présente aux yeux du Tribunal un caractère discriminatoire (« ***discrimination à rebours*** ») rendant « ***patent*** » l'existence d'un avantage ou d'un désavantage dans la concurrence.

A ce titre, le Tribunal de commerce tend à se contredire avec son précédent jugement précité du 15 novembre 2005 rendu à propos du Galec [**qui vient d'être censuré par la Cour d'appel de Versailles**].

Rappelons brièvement les faits de cette précédente espèce :

Après avoir comparé ses conditions d'achat avec celles de CARREFOUR, le Galec avait constaté avoir bénéficié de rémunérations de coopération commerciale inférieures de la part des mêmes fournisseurs. Il avait alors signé des protocoles d'accord transactionnels avec les vingt-huit fournisseurs concernés, tendant à réparer le préjudice qu'il avait subi.

Saisi par le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le Tribunal de commerce avait jugé que :

> « *Attendu que de plus, d'après une jurisprudence constante,* ***la coopération commerciale ne peut être abordée sous l'angle de la discrimination car ne pouvant faire l'objet d'un barème***,
>
> *Attendu que le GALEC ne peut se plaindre du fait qu'il n'a pas pu ou su ou voulu proposer des services supplémentaires qui auraient pu lui permettre d'obtenir des rémunérations plus élevées.* »

et avait constaté la nullité des contrats, ordonné la restitution des rémunérations de coopération commerciale ainsi facturées par le Galec aux vingt huit fournisseurs concernés et condamné le Galec à une amende civile de 500 000 euros.

Cette nouvelle jurisprudence du Tribunal de commerce de Nanterre vient ainsi battre en brèche la jurisprudence constante depuis le célèbre jugement du Tribunal de Grande Instance de Périgueux régulièrement cité par les circulaires « *Dutreil* » I puis II – jurisprudence maintes fois confirmée par des Cours de rang supérieur – selon laquelle la coopération commerciale ne permet pas l'établissement d'un barème, puisque la valeur des services varie en fonction de multiples critères et paramètres.

Les distributeurs pourraient dans ce cas comprendre les difficultés des fournisseurs astreints à l'obligation de transparence tarifaire et devoir s'assurer de la cohérence des rémunérations demandées à leurs fournisseurs pour un même service de coopération commerciale !

2. Sur la notion de service rendu dans l'intérêt commun

Le Ministre faisait également valoir que l'avantage, partagé entre distributeur et fournisseur dans l'opération en cause, compte tenu du nombre total de fournisseurs dont les produits étaient présents dans le catalogue, dépassait largement ces quinze fournisseurs et que la charge pesant sur ces derniers était manifestement disproportionnée au regard de la valeur du service rendu et que le service avait permis aux adhérents membres du groupement Galec de réaliser sinon un bénéfice prouvé, au moins une économie substantielle en se dispensant d'engager les budgets correspondant à la conception et à la diffusion des prospectus.

Donc le Galec avait fait financer par les quinze fournisseurs ayant payé le service, un service que l'enseigne se rendait pour partie à elle-même.

Le Tribunal constate :

> « *que l'opération* […] *s'inscrit dans la définition de la coopération commerciale puisqu'elle procure des avantages pour le fournisseur d'une part, et pour le distributeur d'autre part, qu'en réalisant cette opération promotionnelle* ***le Galec a rendu à la fois des services au fournisseur et à l'enseigne Galec elle-même ;*** *que dans ces conditions,* ***la rémunération du service qui est mis à la charge des fournisseurs au moyen des contrats de service devait tenir équitablement compte du partage des avantages retirés par les uns et par les autres et que le Galec devait s'abstenir de toute discrimination non justifiée par des contreparties réelles.*** »

Est-ce à dire que le montant de la rémunération au titre des services rendus doit être différent selon que le service bénéficie intégralement au fournisseur ou au contraire est rendu dans l'intérêt commun des parties ?

Une brèche pourrait s'ouvrir sur ce sujet pour la prise en compte du caractère « *manifestement disproportionné* » de la rémunération au titre de la coopération commerciale (ou du service distinct !).

* * *

A noter enfin que le Galec avait cherché à contester le droit d'action du ministre tiré de l'article L.442-6-III du Code de commerce, droit une fois de plus réaffirmé par le Tribunal de commerce de Nanterre, qui constate que cet article confère explicitement au Ministre de l'économie le droit d'intenter une action en responsabilité civile.

Flux intragroupe et revente à perte

Par Arlette Gastaldy

La Chambre criminelle (**22 novembre 2006, pourvoi n° 06-83008**) a jugé que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait déclaré la SA Décathlon coupable de revente à perte au regard des produits commercialisés sous sa propre marque « *Passion* », fabriqués par sa filiale, la SNC Promiles.

Deux questions étaient posées à la Cour :

L'article L.442-2 du Code de commerce est-il applicable à une société mère qui commercialise des produits fabriqués par sa « *fille* », à sa demande, selon ses spécifications et à son bénéfice exclusif ?

1. La Chambre criminelle confirme que l'article L.442-2 du Code de commerce est applicable dès lors que l'on relève ainsi que la Cour d'appel l'a fait, les éléments constitutifs de l'infraction à savoir :

– Décathlon avait reconnu avoir mis en vente des vêtements et des chaussures de sport à des prix inférieurs au prix d'achat effectif, majorés des taxes et du coût du transport ;

– Que les sociétés Décathlon et Promiles étaient des personnes morales distinctes ;

– Que les opérations effectuées entre-elles étaient enregistrées dans leur comptabilité comme des ventes.

A cet égard, la Cour d'appel a relevé que les produits étaient commercialisés sans avoir subi de transformation par la société Décathlon et que la société Promiles n'était pas un façonnier comme le soutenait la société Décathlon car cette dernière n'achetait pas la matière première destinée à la fabrication des produits.

Et dans la droite ligne de son arrêt du 21 juin 1993 (**pourvoi n° 92-80.538**)[14], la Chambre criminelle approuve la Cour d'appel d'avoir ajouté que l'article L.442-2 du Code de commerce **ne fait aucune distinction entre les opérateurs** et incrimine tout commerçant qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif.

Le motif approuvé par la Chambre criminelle est tiré de la généralité du texte (*ubi lex non distinguit*) qui ne fait pas de différence entre la situation selon laquelle Décathlon achète à un producteur étranger de celle dans laquelle il achète à sa filiale productrice.

2. Il apparaît clairement que l'infraction n'aurait pas été constituée si les relations contractuelles entre la SA Décathlon et la SNC Promiles s'étaient inscrites dans le cadre d'un contrat de façonnage, c'est-à-dire d'un contrat d'entreprise.

(14) Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris s'était prononcée sur la revente à perte faite par la société Darty à certaines de ses filiales, d'appareils électroménagers achetés en dehors de son groupe.

Prescription – Article L. 462-7 du Code de commerce

Par Marianne Mousseron

Dans son étude thématique consacrée au « *Régime de la prescription en droit national de la concurrence* » (**Rapport annuel 2002**), le Conseil relève que « *depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er décembre 1986, la prescription a été une des questions procédurales les plus discutées devant le Conseil de la concurrence et devant ses instances de contrôle, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation* ».

Si l'article 6 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 a porté à **cinq ans** la durée de la prescription, il n'a pas modifié la liste des actes interruptifs de prescription.

Ainsi, aux termes de l'article L.462-7 du Code de commerce, « *Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* ».

Dans un arrêt rendu le 7 mars 2007 (**Arrêt n° 441 FS-P + B**), la Cour de cassation, saisie de pourvois dirigés contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 6 mars 2006, a eu à se prononcer sur la question de savoir si les pourvois – et arrêts rendus sur ces pourvois – contre des ordonnances autorisant des opérations de visites et de saisies dans les locaux d'entreprises, étaient interruptifs de prescription.

Comme l'on pouvait raisonnablement s'y attendre, la Chambre commerciale a tranché par l'affirmative et jugé « *… que les opérations de visite et de saisie constituent des actes de recherche et de constatation de faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées ; que ces actes,* ***y compris les voies de recours exercées à l'encontre des décisions les autorisant ou rejetant les requêtes tendant à leur annulation,*** *interrompent la prescription des faits dont le Conseil est saisi ; …* ».

La Chambre commerciale a également précisé à cet égard « ***que l'interruption de la prescription pour des faits dont le Conseil est saisi vaut à l'égard de toutes les entreprises mises en cause*** », ce qui est important.

Brève : Publication de la partie réglementaire du Code de commerce

Par Sonia Halimi-d'Alessio

Le décret n°2007-431 du 25 mars 2007, relatif à la partie réglementaire du Code de commerce, a été publié au Journal officiel du 27 mars 2007. Ce texte, dont le but est de codifier des textes réglementaires disparates, porte abrogation de quatre vingt dix décrets environ. Les dispositions, articulées selon le plan de la partie législative, sont désormais rassemblées en un ensemble plus cohérent, permettant ainsi au Code de commerce, pour l'année de son bicentenaire, de trouver sa forme définitive.

Abus de position dominante collective sur le marché du ciment en Corse

Par Erwan Le Morhedec

Le Conseil de la concurrence a rendu, le 12 mars 2007, une décision par laquelle il a souhaité faire un retour didactique sur la notion de position dominante collective.

En l'espèce, le Conseil de la concurrence se prononçait sur plusieurs pratiques mises en œuvre au sein d'un duopole existant sur le marché du ciment en Corse. Seule l'une des pratiques visées est toutefois sanctionnée au titre de l'abus de position dominante collective.

En ce qui concerne la caractérisation de la position dominante collective, le Conseil de la concurrence rappelle qu'il existe deux voies pour la caractérisation d'une situation de dominance collective, conformément à la jurisprudence issue de l'arrêt du TPICE *Airtours*[15], expressément visé par le Conseil :

- La première consiste en la caractérisation de liens structurels *et* d'une ligne d'action commune.

- La seconde passe par la réunion de trois conditions, posées dans cet arrêt : (i) une condition liée à la structure oligopolistique et la transparence du marché, (ii) une deuxième condition portant sur la non-contestabilité du marché et l'absence de compétition potentielle et (iii) la dernière, portant sur la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune.

En l'occurrence, le Conseil ne s'est pas contenté d'emprunter la première voie, en caractérisant l'existence desdits liens structurels, il a souhaité, « *à titre superfétatoire* », caractériser également les trois conditions visées dans l'arrêt Airtours.

En ce qui concerne les liens structurels, le Conseil relève que les deux acteurs du marché « *se sont présentés conjointement pour signer ensemble une série de contrats* » portant sur l'exploitation en commun et exclusive d'infrastructures portuaires, le recours à un prestataire commun pour l'exploitation d'autres infrastructures, l'exécution en commun des prestations de transport maritime, via les mêmes affréteurs et transporteurs, l'approvisionnement conjoint de négociants… de sorte que **ces opérateurs** « ***se sont présentés comme une entité collective*** » **auprès de divers partenaires commerciaux.**

En ce qui concerne les trois conditions de l'arrêt *Airtours*, le Conseil relève, en premier lieu, le fait que les deux opérateurs concernés regroupent 93,7 % du marché et que les ciments distribués par les deux sociétés forment un produit homogène.

Le Conseil de la concurrence souligne également que le critère de transparence du marché « ***ne suppose pas une connaissance parfaite de l'ensemble des agissements de son concurrent mais une connaissance suffisante des données de marché stratégiques et la possibilité d'une surveillance de la ligne d'action suivie par le concurrent*** » (pt 225).

Il caractérise la non-contestabilité du marché par le verrouillage effectué par ces opérateurs, au moyen de deux ententes (également examinées dans la décision).

La possibilité d'exercer des représailles est également retenue, du fait de la possibilité « ***pour l'autre duopoleur de réagir, de répliquer rapidement à un politique agressive et d'engager une guerre des prix*** » [16] :

> « *Dès lors que les membres du duopole sont en mesure de déceler sans délais tout comportement déviant de la ligne d'action commune fixée, ils sont aussi en mesure de décider immédiatement des représailles.* »

Enfin, l'abus de cette position dominante collective était, quant à lui, spécialement caractérisé par une pratique de **remises de fidélité** – pratique déjà particulièrement sensible lorsqu'elle est mise en place par une entreprise en situation de position dominante individuelle – **attribuée *a posteriori***, soit après vérification que le négociant concerné ne s'était pas approvisionné auprès de concurrents durant la période concernée !

(15) Arrêt du 6 juin 2002, Aff. T-342/99.

(16) A cet égard, le Conseil cite sa propre décision n°06-d-18 du 28 juin 2006.

Pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma

Par Julienne Chang

Bien que le Conseil de la concurrence conclue à l'absence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le secteur du chèque-cinéma, la décision n° 07-D-12 du 28 mars 2007 est riche d'enseignements.

Cette décision rappelle en effet la théorie des « *infrastructures essentielles* » et les conditions d'application de l'article L.420-1 du Code de commerce.

I. Sur l'applicabilité de la théorie des « *infrastructures essentielles* » :

La société EuroPalaces qui résulte de la fusion opérée, en 2001, des activités d'exploitation de salles de cinéma des sociétés Gaumont, Pathé et Pathé Palace, est la première société d'exploitation cinématographique française.

Il était ainsi soutenu par la société saisissante, la société Loisichèques, que la société EuroPalaces détiendrait une position dominante sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma, compte tenu du fait que certains établissements de cinéma constitueraient des infrastructures essentielles.

Le Conseil de la concurrence rejette ce raisonnement pour les motifs suivants :

1. Absence de position dominante :

En 2003, la société EuroPalaces détenait 12,4 % du parc cinématographique français et réalisait 23,8 % des entrées au niveau national.

Or, au regard d'une jurisprudence nationale et communautaire établie, une telle part de marché ne saurait suffire, à elle seule, à caractériser l'existence d'une position dominante de la société EuroPalaces sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma.

2. Absence d'infrastructures essentielles :

La théorie des « *infrastructures essentielles* » est définie de la manière suivante :

« ***Une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire***[17] ».

Il résulte donc de cette jurisprudence que **la position dominante de la société possédant une infrastructure jugée essentielle, constitue l'une des conditions d'applicabilité de cette théorie**.

En l'espèce, la position dominante de la société EuroPalaces sur le marché concerné n'étant pas caractérisée, la qualification d'infrastructure essentielle ne saurait donc être retenue pour les établissements de cinéma.

II. Sur l'existence d'une entente entre la société EuroPalaces et ses filiales :

- Les critères permettant d'établir l'existence d'une entente entre une société mère et ses filiales :

La société EuroPalaces regroupe en France une quarantaine de sociétés filiales ayant pour activité l'exploitation d'établissements de cinéma.

En l'occurrence, la société Loisichèques reprochait à la société EuroPalaces d'avoir donné aux directeurs d'établissement de cinéma, la consigne de résilier les protocoles d'accord portant sur l'adhésion de l'établissement au réseau Cinéchèque et la participation à des opérations commerciales déterminées.

Or, tant la jurisprudence communautaire que française exige, pour caractériser l'existence d'une entente anticoncurrentielle, qu'un concours de volontés libres entre entreprises, c'est-à-dire une adhésion de plusieurs parties indépendantes à un comportement anticoncurrentiel, soit préalablement prouvé.

Ainsi dès 1990, dans son rapport annuel, le Conseil de la concurrence, précisait-il que :

« ***La démonstration ou la conviction qu'il y a eu un concours de volontés entre des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination.*** »

Il en résulte qu'un accord entre une société mère et ses filiales est exclu du champ d'application de l'article L.420-1 du Code de

(17) Avis du Conseil de la concurrence n° 02-A-08 du 22 mai 2002.

commerce dès lors qu'il existe une étroite dépendance entre les sociétés en cause.

En effet, un tel accord a seulement pour objet l'organisation interne du groupe formé par la société mère et ses filiales.

Il convient alors, pour retenir la qualification d'entreprise indépendante, d'examiner plusieurs paramètres, parmi lesquels l'importance de la participation financière de la société mère dans le capital de la société contrôlée, les nominations au sein des organes de direction, la possibilité pour les organes dirigeants de la société filiale de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome.

S'agissant de ce dernier critère, le Conseil de la concurrence a considéré dans une décision n° 99-D-57 du 12 octobre 1999 que :

« ***Le fait pour une entité économique d'avoir un directeur qui dispose d'une délégation de pouvoir lui permettant de signer des contrats, de la liberté de gérer le personnel, le matériel et le bureau d'études, et qui représente la société et signe des offres ou passe des commandes, ne suffit pas, en l'absence d'autonomie stratégique, à la qualifier d'entreprise au sens du droit de la concurrence.*** »

En l'occurrence, l'instruction a révélé que, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, les filiales d'exploitation du groupe EuroPalaces ne jouissaient d'aucune autonomie par rapport à leur société mère.

En effet, celle-ci détient, sauf exception, 99 % de leur capital ; les directeurs des établissements de cinéma ne disposent pas de la pleine liberté de contracter et de décider de leur propre politique d'investissement et de leur stratégie commerciale ; enfin les extraits K-Bis indiquent la présence de dirigeants communs au sein des organes de direction de toutes les sociétés du groupe.

En conséquence, les recommandations émises par la société EuroPalaces aux exploitants en charge des salles de cinéma ne sauraient constituer des pratiques constitutives d'une entente prohibée au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce.

- Les critères permettant d'établir l'existence d'une entente au sein d'une organisation professionnelle :

Les organisations professionnelles qui réunissent plusieurs entreprises peuvent, dans certains cas, être considérées comme le support d'une entente.

En effet s'il est loisible à une association regroupant des professionnels d'un même secteur d'activité de donner à ses membres des informations destinées à les renseigner de manière générale sur le fonctionnement d'un marché ou à les aider dans la gestion de leur entreprise, il leur est interdit d'exercer une influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession et ce, de quelque manière que ce soit.

Ainsi des consignes, directives, ou recommandations qui émanent de ces syndicats et sont destinées à leurs adhérents peuvent constituer le support d'ententes anticoncurrentielles dès lors que peut être établi leur objet ou leur effet anticoncurrentiel.

En l'occurrence, si les membres de la Fédération Nationale des Cinémas Français ont effectivement évoqué lors de réunions la cessation des relations commerciales avec la société Loisichèques, les éléments recueillis ne permettent pas de démontrer l'existence d'un accord de volontés entre les sociétés membres de cette fédération.

En effet, non seulement les volontés exprimées par les différents intervenants étaient discordantes, mais en outre il n'apparaît pas qu'une consigne officielle ait été arrêtée, puis diffusée auprès des adhérents.

Or, dans un arrêt du 22 octobre 2002, la Cour de cassation a pu préciser que :

« ***Si le boycott constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché*** **[…], [les]** ***pratiques arguées de boycott par la société Vidal ne pouvaient être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de la société Vidal par la FFSSA n'était pas établie.*** »

Dès lors, un simple échange d'idées ne saurait constituer une entente anticoncurrentielle prohibée.

Dans la décision n° 05-D-20 du 13 mai 2005, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé qu'une note du syndicat des Casinos modernes, adressée au ministre, qui selon la saisissante aurait visé à l'influencer afin qu'il refuse l'implantation d'un casino, n'avait pas d'objet anticoncurrentiel en soi car elle s'inscrivait dans le « *contexte d'un débat public dans lequel les groupes socioprofessionnels font connaître leur point de vue pour défendre les intérêts de leurs membres* ».

Le Conseil de la concurrence sanctionne pour la première fois un abus de position dominante constitué par une pratique de prix prédateurs

Par Louis-Gabriel Masson

Le Conseil de la concurrence, dans une décision n°07-D-09 du 14 mars 2007[18], relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire pharmaceutique GlaxoSmithKline France, a prononcé pour la première fois de son histoire une condamnation sur le fondement des articles L.420-2 du Code de commerce et 82 du TCE, relatifs aux abus de position dominante, en estimant qu'en l'espèce, un abus de position de dominante avait été commis par la société précitée du fait de la mise en place par celle-ci de pratiques de prix prédateurs ou de prix d'éviction.

La société **Panpharma** a obtenu, le 24 février 1998, une autorisation de mise sur le marché du médicament générique du princeps[19] *Zinnat* (céfuroxime sodique) injectable pour lequel le laboratoire **GlaxoSmithKline** bénéficiait antérieurement d'un monopole relevant du droit de la propriété industrielle. Le laboratoire **Flavelab** a également obtenu une autorisation de mise sur le marché de ce même type de générique, ainsi qu'un agrément pour la vente aux hôpitaux.

Bien que le marché du céfuroxime sodique français ait une taille relativement modeste (1 million d'euros de chiffre d'affaires annuel), le laboratoire **GlaxoSmithKline** a décidé de réagir à l'arrivée de ces deux concurrents en mettant en œuvre des pratiques qui ont été jugées anticoncurrentielles et reposant sur des prix prédateurs.

Pour faire face à l'arrivée des deux fabricants de médicaments génériques précités sur le marché du céfuroxime injectable, le laboratoire **GlaxoSmithkline** a vendu, en 1999 et 2000, le *Zinnat* injectable, à un prix inférieur à son coût d'achat. Les prix de vente pratiqués sur le *Zinnat* injectable étaient en effet inférieurs au prix d'achat de ce médicament par **GlaxoSmithKline France**, lequel se fournissait auprès d'une autre filiale du groupe, par conséquent à un prix déjà assez faible.

(18) Décision n°07-D-09 du 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire pharmaceutique GlaxoSmithKline France.

(19) Médicament non générique faisant l'objet d'un brevet qui n'est pas tombé dans le domaine public.

Le Conseil de la concurrence a estimé que le laboratoire **GlaxoSmithKline** s'était rendu coupable de pratiques de prix d'éviction (autrement appelées « *pratiques de prix prédateurs* »), et l'a donc condamné, sur le fondement des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du TCE, au **paiement d'une amende de 10 millions d'euros**.

L'intérêt de cette décision est triple :

– cette décision est la **première** condamnation par le Conseil de la concurrence d'une pratique de prix d'éviction **(1) ;**

– le Conseil de la concurrence s'inspire directement de la jurisprudence communautaire et refuse de tenir compte du fait que **GlaxoSmithKline** se soit fourni auprès de l'une de ses filiales pour caractériser la pratique de prix d'éviction **(2) ;**

– les faits de l'espèce illustrent l'un des **trois cas de stratégie de prédation** retenus par la jurisprudence communautaire, celui d'une **stratégie par « *signal d'agressivité* » (3).**

1. Le Conseil de la concurrence a déjà sanctionné des pratiques de prix prédateurs, mais sur le fondement des ententes[20] anticoncurrentielles.

Il en a été ainsi, à l'occasion de l'examen de pratiques mises en œuvre dans le secteur du béton prêt à l'emploi.

Dans une première décision de mesures conservatoires n° 94-MC-10 du 14 septembre 1994[21], le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les entreprises aient « *mis en œuvre une entente ayant pour objet d'exclure une ou plusieurs entreprises indépendantes du marché du béton prêt à l'emploi dans l'ouest du département du Var* », en motivant sa décision par l'observation que les entreprises avaient pratiqué des prix unitaires de vente inférieurs à leurs coûts moyens variables.

(20) Article L. 420-1 du Code de commerce ayant remplacé l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

(21) Décision du Conseil de la concurrence n°94-MC-10 : Mesure conservatoire du 14 septembre 1994 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Ministre de l'Économie dans le secteur du béton prêt à l'emploi.

Au fond, le Conseil de la concurrence a confirmé cette analyse dans sa décision n°97-D-39 du 17 juin 1997[22], confirmée sur ce point par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 20 octobre 1998.

Ces décisions, à la différence de celle rendue le 14 mars 2007, se situent **sur le terrain de la concertation anticoncurrentielle entre entreprises**, et non pas sur celui d'un abus de position dominante.

La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 20 octobre 1998, avait estimé que la politique de baisse des prix aux fins de pratiquer des prix inférieurs aux coûts moyens de production était révélatrice en l'espèce d'une entente dans la mesure où il était par ailleurs démontré que les entreprises, déjà poursuivies pour entente de répartition de marché, avait par là mis en œuvre une politique d'éviction à l'encontre d'un nouvel entrant.

La décision n°07-D-09 est donc bien la première décision du Conseil de la concurrence, concernant une pratique de prix d'éviction, rendue en matière d'abus de position dominante.

2. La décision s'inspire directement de la jurisprudence communautaire (notamment l'arrêt ***AKZO***[23]) et en particulier des standards de preuve dégagées par celle-ci, se rapportant à un abus de position dominante commis sous la forme de pratiques de prix prédateurs.

Selon la jurisprudence communautaire, un tel abus de position dominante est caractérisé par les éléments suivants :

> – « ***dans un premier cas : l'objet anticoncurrentiel de la politique de prix est présumé si les prix de vente sur le marché où l'éviction des concurrents est recherchée sont inférieurs aux coûts moyens variables de l'entreprise en cause, sauf pour cette dernière à apporter une preuve contraire*** [...] [24] »
>
> – « ***dans un second cas, si les prix de vente sont inférieurs aux coûts moyens totaux de l'entreprise mais supérieurs à ses coûts variables, une telle constatation ne constitue qu'un indice que la politique des prix a un objet anticoncurrentiel*** ». **L'autorité de concurrence doit alors** « ***apporter la preuve que le comportement adopté par l'entreprise mise en cause, s'inscrit dans une stratégie de prédation, c'est-à-dire visant le découragement des concurrents et la récupération ultérieure des pertes initialement subies*** ».

En l'espèce, le Conseil de la concurrence, pour conclure que les pratiques relevées étaient constitutives d'un abus de position dominante, s'est contenté d'examiner les prix pratiqués par la filiale française de **GlaxoSmithKline**, et de constater que ces **prix étaient inférieurs** aux coûts moyens variables ou évitables (c'est-à-dire les coûts pouvant être évités si l'entreprise mise en cause ne fournit pas l'unité supplémentaire du produit ou du service en cause).

Il a rejeté l'argument avancé par **GlaxoSmithKline** selon lequel, la filiale française se fournissant auprès de la filiale suisse du groupe, les coûts devant être pris en compte pour l'examen d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles auraient dû être les coûts de la filiale du groupe qui produisait les médicaments.

Le Conseil de la concurrence a considéré que :

> « ***L'argumentation ainsi avancée est sans pertinence puisqu'elle revient à invoquer les coûts d'une société, en l'occurrence étrangère, qui n'est pas intervenue sur le marché hospitalier en France et qui n'a donc aucune responsabilité dans la politique de prix menée par le laboratoire Glaxo sur le marché hospitalier français***[25]. »

3. Bien qu'il ait constaté que les prix pratiqués par **GlaxoSmithKline** pour le *Zinnat* injectable étaient inférieurs aux coûts moyens variables de ce médicament, ce qui, en soi, suffit à faire présumer la pratique d'abus de position dominante, le Conseil de la concurrence a également examiné l'argumentation de **GlaxoSmithKline** contestant la mise en œuvre de toute stratégie de prédation, et l'a rejetée.

Le Conseil a tout d'abord rappelé quelles sont les trois principales stratégies connues en théorie économique :

(22) Décision n° 97-D-39 du 17 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur.

(23) Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C62/86, Rec. p. I3359.

(24) Point 172 de la décision n°07-D-09 précitée.

(25) Point 218 de la décision n°07-D-09 précitée.

*« – la première, dénommée **prédation financière**, correspond à la situation dans laquelle la proie (c'est-à-dire l'entreprise victime de la prédation) dépend pour son maintien sur le marché d'un financement extérieur. […] le prédateur cherche à influencer la perception que les investisseurs ont de l'entreprise financée en poussant celle-ci, par des prix bas, à faire des pertes […]*

*– la deuxième, dénommée **prédation par signal**, est celle dans laquelle le prédateur cherche à influencer la perception qu'a la proie des conditions de rentabilité du marché. Le fait d'accumuler des pertes est une façon de dissuader l'entrée des concurrents, en les convaincant que l'activité n'est pas rentable. […]*

*– la troisième stratégie, dite de **prédation par construction d'une réputation**, est celle dans laquelle le prédateur cherche à se bâtir une réputation d'agressivité. Typiquement, il s'agit d'une situation dans laquelle le prédateur est soumis à la menace d'entrée de plusieurs concurrents sur des marchés différents (soit des marchés successifs, soit des marchés de produits distincts). Il choisit l'un d'entre eux et se comporte sur celui-ci de manière très agressive en tarifant en dessous de ses coûts. Observant cette agressivité, et pourvu, là encore, que la crédibilité du message soit assurée, les concurrents potentiels s'abstiendront d'entrer sur les autres marchés, redoutant un comportement identiquement agressif du prédateur[26]. »*

Le Conseil de la concurrence démontre que la stratégie de prédation mise en place par **GlaxoSmithKline**, reposant sur la constitution d'une réputation d'agressivité a été efficace !

Elle a en effet produit des effets sur le marché du cérufoxime sodique injectable, puisque ses concurrents ont dû « *sortir* » du marché mais également sur d'autres marchés, où **GlaxoSmithKline** aurait pu être concurrencée par des fournisseurs de produits génériques.

Or le Conseil de la concurrence démontre que sur ces marchés, la part de marché de **GlaxoSmithKline** est restée plus élevée que celle détenue par une entreprise antérieurement détentrice d'un brevet sur un marché qui vient de s'ouvrir aux médicaments génériques comparables à ceux qui étaient concernés en l'espèce.

GlaxoSmithKline dissuadait donc bel et bien la concurrence sur plusieurs marchés aux caractéristiques relativement similaires, par les pratiques de prix prédateurs qu'elle a mises en place sur un seul marché.

(26) Point 257 de la décision n°07-D-09 précitée.

Modification du décret d'application de la loi « Informatique et libertés »

Par Eléonore Camilleri

Passé jusqu'à présent quelque peu inaperçu, le récent décret n°2007-451 du 25 mars 2007, n'en mérite pas moins toute l'attention des entreprises étant amenées à traiter des données à caractère personnel.

Ce texte a, en effet, complété et modifié en profondeur le décret du 20 octobre 2005 pris en application de la loi « *Informatique et libertés* » du 6 janvier 1978, elle-même modifiée récemment par la loi du 6 août 2004.

Plus particulièrement, le nouveau décret détaille très précisément quelles sont **les obligations incombant aux responsables de traitement des données à caractère personnel**.

A ce titre, force est de constater que ces derniers se voient obligés de manière plus contraignante qu'auparavant puisqu'ils doivent désormais respecter un certain formalisme et des délais courts.

Ainsi, il résulte notamment du décret du 25 mars 2007 que les responsables du traitement de données à caractère personnel **doivent répondre à une demande d'accès, de rectification et/ou d'opposition d'un particulier dans le délai de <u>deux mois</u> suivant sa réception**.

De plus, et excepté lorsque la demande est manifestement abusive, **les décisions du responsable du traitement de ne pas donner une suite favorable à la demande qui lui est présentée doivent être motivées et doivent mentionner les voies et délais de recours ouverts pour les contester**.

En contrepartie de ces obligations renforcées à la charge des responsables du traitement des données, le nouveau décret encadre également la manière dont les particuliers peuvent exercer leurs droits d'accès, de rectification et d'opposition des données les concernant.

Le décret du 25 mars 2007 a notamment précisé que, lorsqu'elles sont présentées par écrit, les demandes tendant à la mise en œuvre des droits d'accès, de rectification et d'opposition, **doivent être signées et accompagnées de la photocopie d'un titre d'identité portant la signature du titulaire** ; elles doivent également préciser l'adresse à laquelle doit parvenir la réponse.

De même, lorsqu'une demande est présentée sur place, l'intéressé doit justifier par tout moyen de son identité auprès du responsable du traitement.

Le décret précise que l'intéressé peut se faire assister d'un conseil de son choix et que la demande peut être également présentée par une personne spécialement mandatée à cet effet par le demandeur, après justification de son mandat, de son identité et de l'identité du mandant.

Par ailleurs, le décret du 25 mars 2007 traite également des formalités préalables incombant aux responsables de traitements envisageant **un transfert de données à caractère personnel hors communauté européenne**.

Le nouveau décret détaille ainsi quelles sont les informations devant être communiquées, d'une part, à la personne intéressée et, d'autre part, à la CNIL, par les responsables de traitement voulant procéder à un transfert de données à caractère personnel vers un Etat n'appartenant pas à la Communauté européenne.

Enfin, il convient de relever que le décret du 25 mars 2007 a modifié l'organisation, le fonctionnement et les procédures internes de la CNIL afin de tenir compte du récent accroissement de son activité.

QUELQUES INFORMATIONS

Animation de formations dispensées 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 catégorielles de vente, conditions particulières de vente, coopération commerciale, services distincts, non discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, situation des grossistes et exception de revente à perte, « 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 1er 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 ;

- **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [**ententes et abus de domination/pratiques concertées/standard de preuves requis par les autorités de concurrence <u>après les décisions « Sanitaire - Chauffage » et « Parfums » des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence</u>] ;**

- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire] ;

- **A l'application des règles de concurrence aux marché publics ;**

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

* * *

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

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

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats
156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0) 1 53 57 31 70 ■ Fax +33 (0) 1 47 20 90 40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr

Avril-mai 2007 — Tous droits réservés — Comme toute information à caractère général, la Lettre du Cabinet ne saurait engager la responsabilité de MG Avocats et de ses membres.