



Grall & Associés
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance
Antitrust
Alliance

La lettre du Cabinet

JANVIER - FÉVRIER 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

Sommaire

- 2** Le Tribunal de commerce de Lille sanctionne Castorama pour déséquilibre manifeste : premier jugement faisant suite aux neuf assignations de l'automne dernier !
Jean-Christophe Grall
- 6** Entente et abus de position dominante collective : halte à la confusion des genres
Thomas Lamy
- 8** Ventes liées et pratiques commerciales déloyales en France : les suites de l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009.
L'arrêt du 26 novembre 2009 « UFC Que Choisir c/ Darty »
Eléonore Camilleri
- 10** Brève :
Appel d'offres et sous-traitance
Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse
Sarah Darmon
- 11** Des avancées significatives sur l'effectivité des recours en indemnisation des victimes d'infractions aux règles communautaires de concurrence
Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon
- 17** Commerce électronique, pseudonyme et concurrence déloyale
Jean-Alain Jonvel
- 19** Quelques informations

Membre d'Antitrust Alliance, réseau européen d'avocats en droit de la concurrence

Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Suède, Suisse

Selarl d'Avocats au barreau de Paris au capital de 125.770 euros

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris ■ Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40



Le Tribunal de commerce de Lille sanctionne Castorama pour déséquilibre manifeste : premier jugement faisant suite aux neuf assignations de l'automne dernier !

Par Jean-Christophe Grall

On se souvient que Hervé Novelli, Secrétaire d'Etat au commerce et à la consommation, avait clairement indiqué au mois d'octobre 2009 que la loi de modernisation de l'économie devait être appliquée et qu'elle le serait, dénonçant à cette occasion un certain nombre de clauses fréquemment insérées dans les contrats d'enseigne nationale proposés par la grande distribution, qu'elle soit alimentaire ou spécialisée, au titre des négociations 2009.

Ces clauses se retrouvent d'ailleurs dans les contrats d'enseigne 2010.

Les assignations n'avaient pas traîné ...

Et, effectivement, dès le début novembre 2009, une rafale de neuf assignations a marqué le passage de la grande distribution française, avec l'assignation des enseignes suivantes : Carrefour, Auchan, Système U, Casino, Leclerc, Cora, Intermarché, Castorama et Darty.

Le premier jugement vient d'être rendu, le 6 janvier, moins de deux mois après l'assignation délivrée à Castorama le 12 novembre dernier.

La procédure retenue est une procédure d'urgence, à bref délai, avec autorisation à cette fin du Président du Tribunal de commerce de Lille, de telle sorte que la connaissance de ce jugement puisse avoir lieu avant que les plans d'affaires 2010 ne soient signés (c'est-à-dire avant fin février 2010). Le message est fort ; il est lisible et clair !

Le Ministre de l'économie demandait au Tribunal de :

- « Dire et juger que l'obligation, à la charge du fournisseur, de verser à chaque fin de mois à Castorama France des acomptes de ristournes et remises, crée un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de Castorama ;
- Dire et juger que le fait d'imposer une modalité de paiement par virement crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du fournisseur ;
- Dire et juger qu'en continuant à faire payer des acomptes, alors même que leurs montants ne correspondent plus aux obligations auxquelles le fournisseur s'est engagé, Castorama impose à son profit des obligations créant un déséquilibre

significatif dans les droits et obligations des parties ;

- Dire et juger que les pratiques incriminées sont fautives au sens de l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce ;
- Enjoindre à Castorama de cesser les pratiques dénoncées ;
- Condamner Castorama au paiement d'une amende civile de 2.000.000 €.

Que répond le Tribunal de commerce de Lille ?

1°) S'agissant du versement d'acomptes mensuels au titre du paiement de ristournes annuelles ou convenues au titre de l'année 2009 :

Il s'avère que Castorama a imposé à ses fournisseurs en 2009 le paiement d'acomptes mensuels, payables en fin de mois, au titre des ristournes convenues (le Tribunal utilise les termes de « *remises différées* », mais il faut entendre par « *remises différées* » les ristournes de fin d'année ou (RFA) qui doivent être versées au début de l'année « n + 1 » et en l'espèce, s'agissant de l'année 2009 et donc du chiffre d'affaires réalisé par les fournisseurs avec Castorama en 2009, au cours du premier trimestre de l'année 2010).

Nous savons tous, en tant que praticiens des relations industrie/commerce de longue date, que le paiement d'une rémunération annuelle qui devrait intervenir au début de l'année suivante peut donner lieu à versements par voie d'acomptes.

Jusqu'au 31 décembre 2008, force était effectivement de reconnaître que la rémunération de la coopération commerciale, puis des services distincts, donnait lieu au versement d'acomptes mensuels déterminés sur la base du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'année « n - 1 » ou du chiffre d'affaires prévisionnel de l'année « n ».

Il est évident que la rémunération de la coopération commerciale et des anciens services distincts ayant fortement chuté en 2009 et ce, au profit d'une montée en puissance des conditions particulières de vente exprimées sous forme de ristournes de fin d'année, les modalités de paiement connues pour la rémunération de ces services ont été naturellement reprises pour le versement de ristournes, compte tenu du caractère éminemment inflationniste des CPV.

Le Ministre de l'économie critique les modalités de paiement de ces RFA au regard des délais de paiement pratiqués par Castorama pour payer ses fournisseurs, qui révèlent un écart de deux à trois mois défavorable aux fournisseurs et ce, alors même que Castorama étant une grande surface de bricolage, elle bénéficie d'un accord dérogatoire lui permettant de ne pas appliquer les nouveaux délais de paiement issus de la loi de modernisation de l'économie (cf. accord sur le bricolage : décret du 29 avril 2009).

Cette asymétrie de conditions de paiement est mise en avant par le Tribunal.

Le Tribunal, suivant en cela l'administration, dénonce, en outre, par un violent coup de griffe (cf. page 18 du jugement) ce transfert de la rémunération de prestations de services vers les réductions de prix différées, et ainsi le caractère inflationniste des CPV constaté en 2009 :

« Attendu que les volumes financiers importants de ces acomptes dans la mesure où ces remises différées représentent un pourcentage élevé des chiffres d'affaires réalisés (entre 5% et 35% de l'échantillon retenu) ; que Castorama a recherché et obtenu en 2009 une augmentation sensible du poids des marges arrière, notamment en intégrant des factures de prestations de services, contrairement à l'objectif de la LME ; que la société admet avoir mené volontairement une telle politique : "de manière générale, nous négocions principalement des réductions de prix différées" ».

Le Tribunal de commerce de Lille a jugé que :

« [...] cette pratique d'acomptes mensuels se traduit inévitablement par une dégradation du fond de roulement des fournisseurs ; qu'elle induit pour eux des besoins de trésorerie accrus et génère des coûts financiers supplémentaires.

Que cette charge est indéniable ; que les simulations et calculs financiers développés par Castorama qui tendraient à démontrer la réalité ou l'absence d'impact financier ne sont pas pertinents, outre le rapport au chiffre d'affaires et non au volume des ristournes, les méthodes de calcul par différence entre 2008 et 2009 ou par comparaison avec un paiement réciproque des factures et des ristournes étant sérieusement critiquables ; que ces calculs ne sont plus probants et ne peuvent être retenus ».

Les juges lillois considèrent, en outre, que le taux des pénalités de retard fixé à un taux journalier de 1 %, certes avec un plafond de 10 %, est exorbitant et qu'il peut être qualifié d'*usuraire* et ce, de surcroît, du fait que le règlement de ces pénalités intervient par compensation, en les déduisant directement des règlements en cours aux fournisseurs.

Les magistrats lillois précisent d'ailleurs qu'une telle compensation est contestable !

Or, cette clause de compensation est prévue dans la quasi-totalité des contrats d'enseigne.

S'agissant toujours de ce « *système de pénalité* », le Tribunal de commerce de Lille insiste sur le fait qu'il a été imposé sans concertation aux fournisseurs, contribuant ainsi à renforcer leur dépendance en mettant à leur charge le poids de la réclamation, aggravant dès lors le déséquilibre de la relation en défaveur des fournisseurs.

Les juges lillois sont d'autant plus sévères que lors de la discussion de l'accord sur les délais de paiement dans le domaine du bricolage, le Conseil de la concurrence, à l'époque, avait insisté sur la différence de traitement inacceptable des débiteurs selon qu'il s'agissait d'un distributeur ou d'un industriel, avec une différenciation entre le règlement du prix des produits aux fournisseurs et le règlement des sommes dues aux distributeurs, s'agissant tout particulièrement des prestations de services qui bénéficiaient d'un délai de règlement plus court que celui applicable aux achats de produits effectués par les distributeurs auprès de leurs fournisseurs (cf. avis de l'Autorité de la concurrence du 20 février 2009).

Or, le Tribunal de commerce de Lille insiste sur le fait que ce raisonnement doit s'appliquer en ce qui concerne les modalités de paiement des RFA, citant à cet égard l'avis n° 09-12 de la CEPC.

Le Tribunal conclut dès lors que la pratique consistant à exiger le versement d'acomptes mensuels, mise en place par Castorama en 2009, est abusive et **qu'une telle pratique crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en faveur de Castorama**, tel que prévu par l'article L.442-6-I-2° du Code de commerce.

2°) S'agissant de l'obligation de paiement par virement :

On peut être à cet égard quelque peu surpris de la dénonciation de ces modalités de paiement et de leur condamnation par le Tribunal de commerce de Lille, tant le paiement par virement est aujourd'hui inscrit dans les modalités habituelles de paiement des créances commerciales.

Cependant, ce n'est pas tant l'utilisation du virement bancaire qui est, selon le Tribunal « *un moyen de paiement pratique, sûr et économique* » qui est contestée par l'administration, dans un premier temps, puis condamnée par le Tribunal, dans un second temps, que l'imposition du virement au titre du règlement des acomptes de ristournes annuelles par Castorama à ses fournisseurs.

Un tel choix n'a effectivement pas été négocié entre Castorama et ses fournisseurs.

Le Tribunal de commerce de Lille s'étonne, en outre, que la compensation, cette fois demandée

par certains fournisseurs au titre du paiement de ces acomptes avec le règlement du prix de leurs produits, n'ait pas été acceptée par Castorama alors même que la compensation était de droit, selon Castorama, entre le règlement des factures des fournisseurs et le versement des pénalités pour retard de paiement des acomptes mensuels de ristourne.

Le Tribunal affirme très clairement que le choix du moyen de paiement doit rester une liberté économique négociable et que le Code monétaire et financier dans son article 111-8, qui définit les exclusions en matière de moyens de paiement, ne prévoit pas une telle restriction et qu'en dernier lieu, il est plus normal que le choix du moyen de paiement revienne à l'émetteur du paiement. Le mode de paiement par virement n'est donc pas constitutif en tant que tel d'un déséquilibre manifeste mais vient renforcer, nous dit le Tribunal de commerce de Lille, ce déséquilibre.

3°) S'agissant de l'absence de clause de modification des acomptes en cours de contrat :

Ce que reproche le Tribunal de commerce de Lille peut apparaître parfaitement légitime au regard de la rationalité économique.

En effet, dès lors que le chiffre d'affaires envisagé par les parties n'est pas au rendez-vous et que pour telle ou telle raison, le fournisseur et le distributeur s'aperçoivent que le chiffre d'affaires estimatif envisagé au cours de l'année (en l'espèce 2009) ne va pas être réalisé, il apparaîtrait logique que soit prévue contractuellement la possibilité de diminuer le montant des acomptes dont l'assiette de calcul est justement constituée par le chiffre d'affaires prévisionnel.

Or, et de toute évidence, tel n'était pas le cas, selon les magistrats lillois.

« Mais attendu qu'elle (Castorama) n'a pas prévu dans les contrats commerciaux avec les fournisseurs de clause de modification en cours de contrat au cas où le volume d'affaires avec le fournisseur viendrait à baisser de manière significative ; qu'elle reconnaît cette omission et convient que le contrat pourrait utilement être complété sur ce point ; que cette absence peut se traduire par une surestimation anormale des montants des acomptes réclamés par Castorama qui pour sa part ne prend aucun engagement de volume d'achats ; que ces acomptes ne correspondraient pas alors à un chiffre d'affaires effectif ; que la créance ne serait pas dès lors certaine, liquide et exigible ; que la régularisation en fin d'année serait tardive ; qu'il en résulterait un préjudice sérieux pour le fournisseur.

Attendu qu'en cas d'évolution négative d'activité, la charge de la réclamation incombe au fournisseur, qu'elle le met ainsi en situation de dépendance vis-à-vis de Castorama ».

Le Tribunal conclut dès lors que cette absence de clause de révision contribue à accroître le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat Castorama.

* * *

Au vu de ces constatations, le Tribunal de commerce de Lille a donc fait droit aux demandes formulées par le Ministre de l'économie de cessation des pratiques qu'il avait dénoncées dans son assigination, dans des termes particulièrement forts, qu'il conviendra de retenir dans le cadre des négociations 2010, lors de la rédaction par les distributeurs de leur contrats d'enseigne et lors de la signature de ces derniers par les fournisseurs.

Le Tribunal considère, là aussi, de manière extrêmement lisible, que les clauses dénoncées ci-avant sont abusives !

Le Tribunal a réduit le montant de l'amende civile demandée par le Ministre de l'économie, qui s'élevait à 2.000.000 €, en tenant compte du fait que la société Castorama avait fait preuve de loyauté au cours de l'enquête diligentée par la DGCCRF et qu'elle avait également fait preuve de compréhension et d'une relative souplesse lors des difficultés rencontrées en 2009 avec certains fournisseurs, permettant ainsi de considérer que Castorama avait fait preuve de bonne foi et qu'un message lui est adressé par le Tribunal à savoir « qu'elle a la possibilité de corriger ses pratiques dès 2010 ».

Le montant de l'amende a donc été fixé à 300.000 € au titre de l'amende civile.

Un simple rappel : contrairement à ce qu'indique le Tribunal qui précise que l'article L.442-6-III prévoit la possibilité d'une amende civile maximale de 2.000.000 €, la loi de modernisation de l'économie a précisé, tout en maintenant le principe d'une amende de 2.000.000 €, que le juge pouvait porter celle-ci au triple des sommes indûment versées par le fournisseur.

* * *

En conclusion, ce premier jugement rendu par le Tribunal de commerce de Lille démontre la volonté du gouvernement et de son administration de faire appliquer dans toute sa rigueur, mais aussi dans tout son esprit, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

Dans son jugement, le Tribunal de commerce de Lille, à la condition de bien lire ce jugement et de lire parfois entre les lignes, a souhaité diffuser un message d'une grande clarté quant à l'appréciation que les magistrats consulaires porteront sur les contrats d'enseigne nationale que les praticiens des relations industrie/commerce connaissent bien.

Une attention extrême doit être portée à ce jugement par les rédacteurs de ces contrats, car c'est finalement la responsabilité de l'enseigne, du groupement de distribution, de la centrale d'achat,

de la centrale de référencement, etc., qui est en cause : tous les contrats, parmi les plus connus naturellement, de la distribution française ont été vus et « *audités* » par les services de la DGCCRF et plus particulièrement par la brigade LME mise en place par Christine Lagarde et Luc Chatel au mois de juin 2009.

Attention également aux sanctions qui pourront être prononcées au titre de l'amende civile. La marge de manœuvre dont dispose les tribunaux de commerce est grande désormais dans la détermination, l'*arbitrage* pour reprendre le terme pré-

cis figurant dans le jugement du Tribunal de commerce de Lille, du quantum de cette amende.

Ne doutons pas que ce jugement fera l'objet d'un appel et qu'il ne s'agit donc pas d'un jugement définitif.

On peut observer à cet égard que l'exécution provisoire de ce jugement n'était pas demandée par le Ministre de l'économie et qu'elle n'a donc pas été prononcée par le Tribunal de commerce de Lille.

Attendons à présent les huit autres jugements, qui ne sauraient tarder.





Entente et abus de position dominante collective : halte à la confusion des genres

Par Thomas Lamy

Peut-être les lecteurs de la **Lettre du Cabinet** ont-ils pu déjà éprouver la sensation en abordant le droit de la concurrence, d'une certaine aridité intellectuelle : sans doute celle-ci pourrait-elle pour partie s'expliquer en raison d'un relatif manque d'humanité de cette science qui, paradoxalement, se revendique pourtant comme de nature, disons « *économico-comportementale* » ; à ce titre, la notion d'« *abus de position dominante collective* » n'a pas manqué, au cours de la décennie écoulée, de causer un certain émoi chez les commentateurs qui, par delà le raisonnement scientifique ayant conduit à la validation du concept, ont parfois été réticents à cautionner le fait qu'une personne (fût-elle morale) puisse être condamnée pour abus de position dominante... sans pourtant être elle-même bénéficiaire, à titre individuel, d'une semblable prépondérance.

Du reste, il faut bien avouer qu'au regard de la rationalité du raisonnement, on puisse être heurté de ce que la théorie ait ainsi pu admettre qu'en l'absence même de tout lien structurel ou contractuel, différentes entreprises puissent être considérées comme une unité agissante – et le cas échéant mal-faisante – sur un marché donné.

Cela fait pourtant un certain temps que, sans détour, le Tribunal de première instance des communautés européennes [TPICE] a validé les trois critères d'existence de la position dominante collective : ainsi, à l'occasion d'un arrêt « *Airtours c/ Commission* »¹, un oligopole a été considéré comme pouvant être collectivement dominant lorsque :

- la transparence sur le marché était suffisante pour permettre à chaque membre dudit oligopole de connaître le comportement des autres membres afin de vérifier s'il adopte ou non la même ligne d'action ;
- la situation de coordination tacite était susceptible de se maintenir dans la durée, supposant l'existence d'une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ;
- et lorsqu'enfin cette ligne d'action commune n'était pas susceptible d'être contestée par les concurrents actuels et potentiels des sociétés en cause, ainsi que par des consommateurs.

Or, force est de constater que, sur le plan national, les répercussions de l'arrêt « *Airtours* » ont été dans un premier temps très limitées, le Conseil de la concurrence et les juges répugnant manifestement

à caractériser l'existence d'une position dominante collective en l'absence d'un lien avéré entre les membres de l'oligopole : à titre d'illustration, on peut citer, entre autres, les termes d'une décision du Conseil de la concurrence intervenue le 20 février 2006 dans le secteur des travaux routiers, qui paraissent particulièrement éloquents quant à cette volonté française d'assujettir la caractérisation de la position dominante - on serait presque tenté d'écrire « *de se raccrocher* » - à l'existence un accord inter-entreprises² :

« L'existence de liens structurels entre les entreprises d'une part, tels que des liens de capital ou encore des accords formalisés entre elles et l'adoption d'une ligne d'action sur le marché d'autre part, suffisent à démontrer l'existence d'une position dominante collective [...] ».

Ici, les liens structurels résultent de la présence des quatre sociétés routières titulaires des parts des trois centrales ardennaises. [...]

Le fait que toutes les décisions soient prises à l'unanimité élimine toute possibilité de déviation ».

Nous ne prendrons pas le risque, dans le cadre du présent article, de nous interroger sur les motivations de ce qu'il faut bien considérer comme une certaine pusillanimité de la part de notre autorité nationale de concurrence, qui du reste n'est pas sans rappeler celle des instances communautaires dans les années précédant l'arrêt « *Airtours* ». Peut-être, au fond, cette attitude était-elle dictée par la résonance, très assourdie, selon laquelle, sur le plan pénal, la mise en cause conjointe et la condamnation de plusieurs individus ne peut intervenir qu'à la condition *sine qua none* qu'aient été établis entre eux un mobile, une motivation, une « *intelligence* » enfin, pour reprendre un terme tiré de l'ancien droit... A défaut, des comportements disjoints, fussent-ils unidirectionnels, ne sont jamais suffisants à qualifier l'action délictueuse en réunion et la vigueur de ce principe suffirait, à notre avis, à faire naître des états d'âme dans l'esprit des zélateurs les plus convaincus du droit de la concurrence.

Toujours est-il que, rapportée au principe dégagé par le TPICE, la démarche adoptée par l'autorité et les juges français ne pouvait conduire qu'à une impasse, puisqu'elle avait pour conséquence induite de faire de la notion d'abus de position dominante collective une sorte de sous-catégorisation de

⁽¹⁾ TPICE 6 juin 2002 – *Airtours c/ Commission* – T 42/99, point 62.

⁽²⁾ Décision n°06-D-02 du 20 février 2006 « *relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux routiers liés à la fabrication d'enrobés bitumineux dans le département des Ardennes* ».

l'entente anticoncurrentielle, créant par voie de conséquence, et par corruption de la notion, un droit des ententes en quelque sorte « *au rabais* ».

C'est à cette déviance que la Cour de cassation vient de mettre un terme, à l'occasion d'un arrêt fort intéressant rendu le 7 juillet 2009 par sa chambre commerciale³.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris avait, pour caractériser l'existence d'une position dominante collective des sociétés Vicat et Lafarge Ciments sur le marché de l'approvisionnement en ciment de la Corse, mis en avant l'existence entre ces deux entités de contrats leur permettant de se présenter auprès de la concurrence et de leurs clients comme une entité commune.

En termes on ne peut plus clairs, la Cour de cassation rejette ce raisonnement :

« Attendu que, pour dire que les sociétés Lafarge et Vicat détenaient une position dominante collective sur le marché de gros de l'approvisionnement de la Corse en ciment, l'arrêt relève que les liens qui unissaient ces sociétés résultent des contrats qu'elles ont signés conjointement, contrats dont la mise en œuvre à l'égard de leurs clients, de leurs concurrents et des consommateurs traduit que ces deux entreprises se présentaient sur le marché de l'approvisionnement en gros de la Corse en ciment comme une entité collective pratiquant une stratégie commune et ajoute que la structure du marché rendait possible une telle domination collective ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, en l'absence d'ententes conclues avec leurs clients, les sociétés Lafarge et Vicat auraient disposé en commun de la possibilité de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision [...] ».

En d'autres termes, nous dit la Cour de cassation, les ententes sont une chose, la question de la position dominante en est une autre avec cette conséquence, sur le plan conceptuel, que la position dominante collective ne peut, en aucun cas, être assimilée à la branche cadette du droit des ententes : CQFD !

Ce faisant, la Cour de cassation place ainsi l'Autorité de la concurrence et les juges de l'ordre judiciaire en face de leur responsabilité, quant à la caractérisation des pratiques en cause.

* * *

⁽³⁾ Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique, 7 juillet 2009, n° 08-15.609, Société Vicat et société Lafarge Ciments c/ Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi.

Il est fort intéressant de relever qu'à quelques jours d'intervalle, le Conseil d'Etat a, pour sa part, rendu une décision de portée similaire en matière de contrôle des concentrations, en faisant pour la première fois pleinement application des critères dégagés par les juridictions communautaires dans le droit fil de la jurisprudence « *Airtours* » précitée⁴.

Dans cette affaire, était en cause la décision du ministre d'avoir autorisé, sans saisir le Conseil de la concurrence et sans émettre de réserve, la société Deloitte à acquérir 100 % des actions d'une société concurrente, Marque Gendrot : les sociétés requérantes soutenaient que l'opération était susceptible d'entraîner la création ou le renforcement d'une situation de position dominante collective.

Sur ce point, le Conseil d'Etat statue en ces termes :

« Considérant que les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru au détriment, notamment, des consommateurs, que l'identification d'une telle position dominante collective suppose que, compte tenu des différents indices et éléments de preuve qui peuvent être relevés, il apparait que chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres, qu'il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous et que les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite [...] ».

Considérant qu'il ressort des termes de la décision attaquée que le ministre s'est livré à un examen détaillé des caractéristiques du marché et de l'opération en cause afin de déterminer si les indices et éléments de preuve dont il disposait lui permettaient de conclure que les trois conditions mentionnées ci-dessus étaient réunies [...] ».

* * *

Ainsi qu'on le voit, ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'Etat, n'apprécient la confusion des genres en matière de pratiques anticoncurrentielles : ces deux intéressantes décisions de nos juridictions suprêmes nationales devraient à l'avenir permettre notamment de faciliter l'auto-évaluation, par les entreprises bénéficiaires d'une prépondérance de marché, des pratiques commerciales qu'elles souhaitent mettre en œuvre.

⁽⁴⁾ Conseil d'Etat, 31 juillet 2009, Sociétés Fiducial Audit et Fiducial Expertise c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, n° 305903.





Ventes liées et pratiques commerciales déloyales en France : les suites de l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009

L'arrêt du 26 novembre 2009 « UFC Que Choisir c/ Darty »

Par **Eléonore Camilleri**

L'arrêt⁵ du 23 avril 2009 de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) n'a pas fini de faire des vagues en droit national des promotions des ventes et, en particulier, des ventes liées, jumelées ou subordonnées⁶.

Rappelons que dans cette affaire, la CJCE a jugé contraire à la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, la réglementation nationale belge qui prohibe par principe toutes « offres conjointes ». La raison en est que, selon la CJCE, ladite directive, qui procède à une « harmonisation complète » de la matière, contient une annexe I établissant une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui sont réputées déloyales en toutes circonstances et qui constituent les seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme interdites sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la même directive, lesquels énoncent les critères permettant de déterminer si une pratique présente un caractère déloyal ou non⁷. [Cf. **Flash concurrence MG Avocats n°2 du mois d'avril 2009 et son actualisation du mois de juin 2009**]

Or, à l'instar de la loi belge, le Code français de la consommation prohibe de façon générale les offres conjointes, son article L.122-1 disposant en effet que :

« Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ».

Se posait, dès lors, la question de la conformité au droit communautaire de cette disposition interdisant les ventes liées en tant que telles, mais également de certaines autres réglementations françaises prohibant de façon générale telle ou telle pratique promotionnelle, dans la mesure où il résulte de l'arrêt du 23 avril 2009 de la CJCE que toute pratique pouvant être qualifiée de « pratique

commerciale » au sens de la directive du 11 mai 2005 ne peut être interdite per se que si elle est expressément visée dans l'annexe I de ladite directive.

Les juridictions nationales n'ont pas tardé à se prononcer sur la question de l'interdiction des ventes liées, à commencer par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite « **Orange Sport** », qui opposait France Telecom et sa filiale Orange à Free et SFR, lesquels reprochaient à l'opérateur historique de contraindre les personnes désireuses de profiter de la chaîne Orange Sport à contracter un abonnement « *Triple play* », ce qui aurait constitué une violation de l'article L.122-1 précité et, partant, un acte de concurrence déloyale.

Dans son arrêt du 14 mai 2009, la Cour d'appel de Paris, après avoir cité l'arrêt de la CJCE et observé que l'offre subordonnée ne figurait pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I de la directive du 11 mai 2005, a considéré que l'article L.122-1 du Code de la consommation, qui pose un principe d'interdiction des ventes subordonnées, se heurtait au régime institué par la directive. La Cour a, en conséquence, estimé qu'il lui revenait d'en écarter l'application et d'évaluer le caractère déloyal des offres subordonnées compte tenu des circonstances de l'espèce et au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive.

Le 26 novembre dernier, la Cour d'appel de Paris a eu, à nouveau, l'occasion de se prononcer sur l'applicabilité de l'article L.122-1 précité, dans une affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Darty et relative, cette fois, à la vente d'ordinateurs avec des logiciels (et en particulier du système d'exploitation Windows XP) préinstallés. [Sur cette même question mais en matière d'antitrust, voir les célèbres procès actuellement pendants entre le géant Microsoft et la Commission Européenne]

Cette décision intervient à la suite de l'assignation devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, par l'UFC Que Choisir, de la société Darty afin que cette dernière soit enjointe :

- de cesser de vendre des ordinateurs avec des logiciels préinstallés, sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels, moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, sur le fondement de l'article L.122-1 du Code de la consommation interdisant les ventes liées

⁵ Aff. C-261/07 et C-299-07, VTM-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV.

⁶ Dans le présent article, nous parlerons indifféremment de ventes jumelées, subordonnées ou liées.

⁷ Rappelons que cette directive a été transposée en droit français aux articles L.120-1 et suivants du Code de la consommation.

et de l'article L.121-1 du même code sur les pratiques commerciales trompeuses ;

- d'indiquer le prix des logiciels préinstallés qu'elle expose à la vente, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui prévoit que « *Les produits vendus par lots doivent comporter un écriteau mentionnant le prix et la composition du lot ainsi que le prix de chaque produit composant le lot* ».

Le Tribunal de Grande Instance de Paris avait considéré, dans un jugement du 24 juin 2008, que Darty avait bien pratiqué des « *ventes liées* » au sens de l'article L.122-1 du Code de la consommation, en vendant des ordinateurs préalablement équipés du système d'exploitation de Microsoft, Windows XP, ainsi que d'autres logiciels. Toutefois, le Tribunal avait considéré que cette pratique était justifiée par un motif légitime, à savoir en l'occurrence l'intérêt des consommateurs, lesquels préféreraient en grande majorité un ordinateur pré-équipés à un ordinateur « *nu* ».

Le Tribunal en avait conclu que la société Darty ne contrevenait pas aux dispositions de l'article L.122-1 précité en vendant des ordinateurs pré-équipés, mais qu'elle avait, en revanche, l'obligation de mentionner le prix de chaque produit composant le lot, conformément à l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix.

La Cour d'appel de Paris réaffirme que Darty n'est pas tenu de vendre des ordinateurs « *nus* », c'est-à-dire non pré-installés, mais ce, sans se fonder, contrairement au Tribunal, sur le motif légitime – en l'occurrence l'intérêt des consommateurs – pouvant justifier la vente liée.

En effet, la Cour, qui reprend exactement le même raisonnement que dans son arrêt du 14 mai 2009, écarte purement et simplement l'application des dispositions de l'article L.122-1 du Code de la consommation au motif qu'elles seraient non-conformes au droit communautaire et, en particulier, à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. La Cour entreprend ensuite de déterminer si, en l'occurrence, la vente liée pratiquée par Darty constitue ou non une pratique commerciale déloyale au sens de ladite directive. C'est ainsi qu'au terme d'une analyse très motivée, la Cour estime que cette pratique n'est pas déloyale.

Sans grande surprise, cet arrêt confirme donc la position que la Cour d'appel de Paris avait d'ores et déjà dégagée dans l'affaire « Orange Foot » en mai dernier, s'agissant de l'article L.122-1 du Code de la consommation.

Le véritable apport de l'affaire « *UFC Que Choisir/ Darty* » concerne en réalité l'application de l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui pose une obliga-

tion d'afficher de façon distincte le prix de chaque produit composant le lot, soit en l'espèce de l'ordinateur « *nu* », d'une part, et de chaque logiciel pré-installé, d'autre part.

A cet égard, **la société Darty avait soulevé, entre autres, l'incompatibilité des dispositions de l'article 7 dudit arrêté avec la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.**

Toutefois, la Cour d'appel de Paris se garde bien de s'aventurer sur ce terrain, en relevant l'impossibilité pour Darty de connaître et donc de fournir les prix respectifs de l'ordinateur « *nu* » et de chacun des logiciels du fait « *de la structure de l'offre des fabricants* » et du secret des affaires.

La Cour en conclut : « *qu'ainsi, Darty ne peut sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels* » et qu'en conséquence, les demandes de l'UFC Que Choisir présentées sur le fondement de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peuvent être accueillies, « *sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la compatibilité de l'article 7 de l'arrêté avec la norme communautaire* ».

Ce « *tour de passe-passe* » met en évidence la situation inconfortable dans laquelle se trouvent aujourd'hui les juridictions françaises, lesquelles sont ainsi appelées, suite à l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009 et compte tenu de l'absence d'une réforme consécutive du droit français de la promotion des ventes – contrairement à l'évolution, corrélatrice à l'arrêt de la CJCE, de la législation belge – à se prononcer sur la conformité de certaines dispositions françaises en vigueur à la directive communautaire du 11 mai 2005.

Une telle situation pourrait être à l'origine d'une certaine insécurité juridique pour les opérateurs économiques – et en particulier les organisateurs d'opérations promotionnelles – dès lors que les différentes juridictions amenées à se prononcer pourraient adopter des positions différentes ou, à tout le moins, non parfaitement homogènes.

A cet égard, on peut relever que si le Tribunal de Grande Instance de Bobigny a suivi, le 15 mai 2009, dans une affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Auchan France, un raisonnement similaire à celui de la Cour d'appel de Paris en refusant d'appliquer l'article L.122-1 du Code de la consommation⁸, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre s'en est, quant-à-lui, démarqué dans un jugement du 30 octobre 2009.

En effet, dans cette affaire opposant l'UFC Que Choisir à la société Hewlett Packard France

⁽⁸⁾ S'agissant encore de la vente d'ordinateurs vendus avec des logiciels pré-installés, le Tribunal a, par un jugement en date du 15 mai 2009, débouté l'UFC Que Choisir au motif que sa « *demande formulée en raison de la violation de l'article L. 122-1 du Code de la consommation ne saurait aboutir en raison du caractère contraire des dispositions édictées par ce texte au regard de la directive 2005/49* » (TGI de Bobigny, 15 mai 2009, UFC Que Choisir c/ Auchan France).

s'agissant là encore de la vente liée d'ordinateurs et de logiciels, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre opte pour une démarche différente de celle de la Cour d'appel de Paris en décidant d'appliquer l'article L.122-1 précité mais interprété à la lumière de la directive du 11 mai 2005 :

« L'article L. 122-1 ne sera pas déclaré radicalement inapplicable comme clairement contraire au droit communautaire : il sera considéré comme pouvant être soumis à l'épreuve du principe d'appréciation conforme du fait de son ambivalence, la notion de motif légitime appréciable au cas par cas étant suffisamment fluide pour permettre de sanctionner au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive en cause, une offre conjointe déloyale »⁹.

⁽⁹⁾ TGI de Nanterre, 30 octobre 2009, UFC Que Choisir c/ HP France.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre n'adopte donc pas la position de la Cour d'appel de Paris et suit un raisonnement tout compte fait assez classique, en appliquant l'article L.122-1 du Code de la consommation pour finalement conclure qu'il s'agit d'un cas d'« exemption » prévu expressément par ledit article, estimant que la vente liée est, en l'occurrence, réalisée dans l'intérêt du consommateur.

Afin d'éviter une certaine « cacophonie » entre les différentes juridictions, une clarification législative du droit de la promotion des ventes en France serait la bienvenue en termes de sécurité juridique que peuvent attendre légitimement les entreprises.



Brève : Appel d'offres et sous-traitance

Autorité de la concurrence, décision n° 09-D-34 du 18 novembre 2009 relative à des marchés de travaux publics d'électricité et d'éclairage public en Corse

Par Sarah Darmon

L'Autorité de la concurrence affirme de manière ferme que si des sociétés **échangent des informations dans la perspective d'une sous-traitance en vue de l'exécution d'un marché sur appel d'offres, elles ne sont pas autorisées ensuite à présenter des offres séparées pour ce marché, et il importe peu que les discussions entre les entreprises en vue de cette sous-traitance aient été révélées au maître d'ouvrage.**

Tout échange d'informations préalablement au dépôt des offres, dans le cadre d'un appel d'offres tant public que privé, est anticoncurrentiel s'il est

de nature à diminuer l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées relativement au comportement de leurs concurrentes.

La preuve de pratiques anticoncurrentielles résulte d'une ou plusieurs preuves établissant sans ambiguïté la pratique en cause, ou de l'utilisation d'un **faisceau d'indices graves, précis et concordants**, constitué par le rapprochement lors de l'instruction de plusieurs documents ou déclarations, qui n'auraient pas un caractère probant pris isolément.





Des avancées significatives sur l'effectivité des recours en indemnisation des victimes d'infractions aux règles communautaires de concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Sarah Darmon

Le 19 janvier 2010, la Commission européenne a rendu publique une étude de décembre 2009 intitulée « *Quantifying antitrust damages – Towards non-binding guidance for courts* »¹⁰ qui vise à poser les grands principes devant présider à la quantification des dommages-intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et les abus de position dominante.

Cette étude fait suite à l'adoption, le 26 mars 2009, par le Parlement européen, d'une résolution¹¹ sur le Livre Blanc relatif aux actions et dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante¹².

L'accès effectif à la justice est une préoccupation majeure de la Communauté européenne.

Il existe bien en droit communautaire un droit des victimes à réparation, comme l'a rappelé la Cour de Justice des Communautés européennes en 2001 et 2006¹³. Pourtant, dans la pratique, ce recours n'est pas effectif et les victimes n'obtiennent que rarement réparation. Selon le Livre Blanc, « *le montant des dommages et intérêts dont sont actuellement privées ces victimes est de l'ordre de plusieurs milliards d'euros par an* »¹⁴.

La Commission européenne s'est penchée sur cette question afin de déterminer quelles sont les causes de cette défaillance et quels sont les moyens de parvenir à une procédure d'indemnisation effective et à une réparation intégrale des victimes.

Elle a publié, dès décembre 2005, un Livre Vert¹⁵ sur des solutions visant à faciliter les actions en dommages et intérêts pour les infractions aux règles de concurrence du Traité CE. Dans ce Livre Vert, elle est parvenue à la conclusion que

cette défaillance était due en grande partie à divers obstacles juridiques et procéduraux inscrits dans les règles des Etats membres.

Le Parlement européen a adhéré¹⁶ aux conclusions du Livre Vert et a invité la Commission à élaborer un Livre Blanc comportant des propositions détaillées visant à supprimer ces obstacles.

Pour rédiger ce document, publié le 2 avril 2008, la Commission s'est fondée sur trois principes directeurs :

- tout d'abord, assurer aux victimes une indemnisation intégrale ;
- ensuite, adopter un cadre juridique qui repose sur une approche européenne, c'est-à-dire que les mesures prises tiennent compte des cultures et des traditions juridiques européennes ;
- enfin, préserver la fermeté de l'application des articles 81 et 82 dans la sphère publique par la Commission et les autorités nationales de concurrence.

En adoptant la résolution du 26 mars 2009, le Parlement a apporté son soutien, dans l'ensemble, aux recommandations de la Commission issues de ce Livre, malgré quelques réserves.

Le Commissaire européen à la concurrence, Neelie Kroes, s'est félicitée de ce vote : « *Today's vote follows years of discussions on the Green and White Papers, and I am delighted that the European Parliament shares the Commission's view that something needs to be done to ensure that the victims of competition breaches finally get the compensation they are entitled to* »¹⁷.

Enfin, on signalera l'existence d'un projet non officiel de directive relative aux actions et dommages et intérêts pour infraction aux articles 101 et 102 du TFUE, élaboré par la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne au mois d'avril dernier. Ce projet de directive, dont nous nous sommes procuré une copie, reprend globalement les propositions du Livre Blanc excepté concernant l'action représentative que nous évoquerons ci-après (III 2-2).

⁽¹⁰⁾ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf

⁽¹¹⁾ Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽¹²⁾ Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008, COM (2008) 165 final.

⁽¹³⁾ Arrêt du 20 septembre 2001 Courage et Crehan, C-453/99, Recueil 2001, page I-6297 et arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295-298/04 Manfredi, Recueil 2006, page I-6619.

⁽¹⁴⁾ Point 2.2 of the Impact Assessment Report du 2 avril 2008, SEC (2008) 404.

⁽¹⁵⁾ Livre Vert, « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante » du 19 décembre 2005, COM (2005) 672 final.

⁽¹⁶⁾ Résolution du 25 avril 2007, (2006/2207(INI)).

⁽¹⁷⁾ Communiqué de presse de la Commission du 26 mars 2009, MEMO/09/135.

Après examen de l'encadrement juridique (I) proposé par le Parlement et la Commission dans leur projet d'amélioration de l'effectivité des recours en indemnisation des victimes d'infractions aux règles communautaires de concurrence, il conviendra de présenter les trois grandes orientations qui ressortent de ce projet à savoir :

- une volonté de réparation intégrale du dommage subi dans un délai préservant le recours en réparation (II),
- une qualité pour agir entendue au sens large : acheteurs indirects et recours collectifs (III),
- une preuve de l'infraction facilitée (IV).

I. Encadrement juridique :

Les parlementaires¹⁸ relèvent que, parallèlement aux Livres Vert et Blanc mentionnés en introduction, la Commission a publié un autre Livre Vert relatif aux possibilités d'action de la Communauté dans le domaine de la législation de protection des consommateurs. Ils craignent que les mesures prises au niveau communautaire n'aboutissent à « *une fragmentation arbitraire et inutile du droit procédural national et invitent la Commission à examiner les bases juridiques éventuelles et les possibilités d'adopter une approche horizontale ou intégrée, même si cette approche ne doit pas nécessairement passer par un instrument horizontal unique, et à s'abstenir, dans l'intervalle, de proposer des mécanismes de recours collectif pour les particuliers dans le domaine du droit communautaire de la concurrence sans permettre au Parlement de participer à leur adoption dans le cadre de la procédure de codécision* ».

Il est à noter que dans un discours prononcé le 4 mars 2009¹⁹ à la conférence ALDE, au Parlement européen, Neelie Kroes a au contraire affirmé que les mécanismes de recours proposés par le Livre Blanc relatif aux actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante et les options présentées dans le Livre Vert sur les recours collectifs des consommateurs ne font pas double-emploi. Alors que le Livre Blanc porte, selon elle, exclusivement sur les dommages subis par les victimes des infractions aux règles de concurrence, le Livre Vert concerne la réparation d'un champ beaucoup plus large d'infractions telles que relatives aux produits défectueux, à la publicité trompeuse et à d'autres préjudices causés aux consommateurs. Neelie Kroes souligne que la différence majeure entre les

deux initiatives réside dans le fait que le Livre Vert consommation ne couvre que la réparation des consommateurs, tandis que les mécanismes de recours proposés dans le Livre Blanc concurrence sont conçus pour profiter à la fois aux consommateurs et aux entreprises.

Le projet de directive officieux de la DG concurrence révèle que les craintes du Parlement ainsi que ses recommandations n'ont pas été prises en compte.

Les députés insistent enfin sur le fait que le Parlement européen doit être associé à toute proposition législative concernant les recours collectifs dans le cadre de la procédure de codécision et demandent que toute proposition législative soit précédée d'une analyse coûts avantages indépendante.

Là encore, cette proposition ne semble pas entendue par la Commission.

Il convient à présent d'examiner la première orientation du projet de la Commission à savoir la volonté d'une réparation intégrale du dommage subi dans un délai préservant le recours en réparation.

II. Une réparation intégrale du dommage subi dans un délai préservant le recours en réparation :

La Commission et le Parlement veillent à assurer une réparation intégrale du dommage subi (1) et à aménager des délais de prescription préservant les recours en réparation de dommages (2).

1. Une réparation intégrale du dommage subi :

Selon la Commission, cette réparation doit s'étendre non seulement au dommage réel imputable, par exemple, à une augmentation anticoncurrentielle des prix, mais aussi au manque à gagner résultant de toute diminution des ventes, et donne droit à la perception d'intérêts.

Dans le document de travail accompagnant le Livre Blanc, la Commission s'est fixée pour objectif de fournir aux juridictions nationales comme aux parties une assistance pratique et non obligatoire dans la tâche difficile de quantification des dommages-intérêts dans les affaires relatives aux infractions aux règles de concurrence.

L'étude publiée le 19 janvier 2010 et citée en introduction, a pour objet d'aider la Commission dans l'élaboration de ces orientations.

Elle présente d'abord le cadre conceptuel devant présider à toute évaluation des dommages-intérêts. Elle décrit ainsi les deux principales étapes de l'évaluation. La première étape consiste à déterminer le scénario contrefactuel. Calculer le préjudice résultant d'une infraction aux règles de concurrence exige en effet une évaluation de ce qui se serait produit dans un scénario hypothétique où l'infraction ne se serait pas produite. La seconde étape est le passage du factuel/contre-

⁽¹⁸⁾ Point 5 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽¹⁹⁾ Neelie Kroes, Speech/09/88, « Collective Redress – delivering justice for Victims », Brussels, 4th March 2009.

factuel à une évaluation finale des dommages, c'est-à-dire l'application des résultats de l'analyse contrefactuelle aux spécificités de l'affaire.

L'étude expose ensuite la gamme des méthodes, modèles et techniques fournis par la littérature économique, susceptible d'être utilisés pour la quantification des dommages-intérêts. L'étude tente d'expliquer dans quelles circonstances il est préférable de recourir à des méthodes complexes et dans quelles circonstances on peut se contenter d'adopter une approche plus simple. Le choix de l'approche dépendra des circonstances de chaque affaire, et, en particulier, de la disponibilité et de la qualité des données et informations, mais aussi de la méthode contrefactuelle choisie.

Par ailleurs, la Résolution²⁰ du Parlement insiste sur la nécessité d'encourager les entreprises à indemniser les victimes de leurs comportements illicites aussi rapidement et efficacement que possible, et invite les autorités de concurrence, pour ce faire, à tenir compte de cette réparation dans le calcul des amendes infligées à ces entreprises, sans préjudice du droit de la victime à obtenir une réparation complète du préjudice subi ni de l'objectif dissuasif des amendes.

Le Parlement ajoute qu'il ne pourrait en résulter une incertitude prolongée en ce qui concerne la finalité du règlement pour les entreprises. Le Conseil et la Commission sont ainsi invités à intégrer ces principes pour le calcul des amendes dans le Règlement (CE) n° 1/2003.

2. Des délais de prescription préservant les recours en réparation de dommages :

Afin d'éviter que les délais de prescription ne constituent un obstacle à la réparation des dommages, la Commission propose, dans son Livre Blanc, que le délai de prescription ne commence pas à courir :

- avant le jour où l'infraction prend fin, en cas d'infraction continue ou répétée ;
- avant le moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause.

Afin de préserver la possibilité d'engager des actions faisant suite à une décision d'une autorité de concurrence, la Commission propose qu'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commence à courir le jour où la décision constatant l'infraction est devenue définitive.

Le Parlement approuve ces propositions²¹. Il souligne que les dispositions en matière de délai de

prescription renforcent la sécurité juridique et qu'il convient par conséquent d'établir un délai de prescription de 5 ans pour les cas où aucune action publique ou privée n'a été engagée. Le Parlement constate également avec satisfaction que pour les actions indépendantes, la durée du délai de prescription doit être régie par le droit national et demande que cette disposition soit étendue aux actions de suivi.

Ces propositions du Parlement n'ont pas été reprises par le projet de directive, qui, là encore, s'inspire très fortement du Livre Blanc.

III. Une qualité pour agir entendue au sens large : acheteurs indirects et recours collectifs :

Tant les acheteurs directs qu'indirects auraient qualité pour agir en réparation des dommages résultant des infractions aux articles 81 et 82 du Traité CE. Il en résulterait en contrepartie une possibilité d'alléguer d'une « *passing-on defence* » pour l'auteur de l'infraction (1).

Plusieurs types de recours collectifs doivent être mis en place afin de répondre au besoin d'effectivité des recours en indemnisation des victimes (2).

1. Acheteurs indirects et passing-on defence :

En ce qui concerne la qualité pour agir, la Commission « *se félicite* » de la confirmation donnée par la Cour de justice des communautés européennes que « *toute personne* » ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles de concurrence doit pouvoir demander réparation devant les juridictions nationales²².

La Commission en déduit que ce principe s'applique également aux acheteurs indirects, c'est-à-dire aux acheteurs qui, sans traiter directement avec l'auteur de l'infraction, ont subi des dommages du fait de la répercussion, le long de la chaîne de distribution, d'un surcoût illégal.

La Commission recommande en contrepartie l'admission du principe du « *passing-on defence* » selon lequel l'auteur de l'infraction doit pouvoir invoquer à titre de moyens de défense l'éventuelle répercussion par ses clients directs sur leurs propres clients du surcoût dû à la pratique anticoncurrentielle, le niveau de preuve requis pour ce moyen de défense ne devant toutefois pas être inférieur à celui imposé au requérant pour prouver les dommages subis.

Toutefois, pour éviter que l'auteur de l'infraction ne se soustrait à sa responsabilité, le Livre blanc propose d'alléger la charge incombant aux éventuelles victimes de prouver que le surcoût illégal a été répercuté sur elles dans sa totalité, en instau-

⁽²⁰⁾ Point 11 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽²¹⁾ Point 19 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽²²⁾ Arrêt du 13 juillet 2006 dans les affaires jointes C-295-298/04, Manfredi, Recueil 2006, page I-6619.

rant une présomption réfragable que le surcoût illégal a été transmis intégralement à l'acheteur indirect.

Le rapporteur Klaus-Heiner Lehne, dans l'exposé des motifs du rapport sur le Livre Blanc²³, estime qu'en vertu de cette règle de présomption le défendeur risque de faire l'objet de recours multiples, étant donné qu'il devra accorder réparation aux acheteurs indirects et, faute de preuves concernant la répercussion du surcoût, aux acheteurs directs. L'allègement de la charge de la preuve doit, selon lui, rester une exception dont les conditions n'ont pas encore pu être déterminées par la Commission.

Le Parlement suggère donc, au point 18 de sa Résolution²⁴, l'élaboration d'orientations sur la possibilité que l'acheteur indirect, en particulier le dernier acheteur indirect, s'appuie sur la présomption réfragable visée plus haut.

2. Mise en place des recours collectifs :

2.1 Actions représentatives et actions collectives :

La Commission introduit la possibilité pour les victimes d'exercer des recours collectifs.

En effet, il est fréquent que les consommateurs individuels et les PME hésitent, en raison du faible montant de leur demande d'indemnisation, à agir.

C'est pourquoi la Commission propose de mettre en place deux mécanismes de recours collectifs :

- les actions représentatives intentées par des entités qualifiées telles que des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnelles, au nom de victimes identifiées ou identifiables. Ces entités sont soit officiellement désignées à l'avance soit habilitées par un Etat membre, au cas par cas pour une infraction donnée aux règles de concurrence, à intenter une action au nom d'une partie ou de la totalité de leurs membres²⁵.
- les actions collectives assorties d'une option de participation explicite, dans lesquelles les victimes décident expressément de mettre en commun leurs demandes d'indemnisation individuelles pour les dommages qu'elles ont subis, afin d'engager une seule action en justice.

⁽²³⁾ Exposé des motifs du Rapport du Parlement du 9 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante A6-0123/2009.

⁽²⁴⁾ Point 18 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽²⁵⁾ Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, page 3.

De tels recours renforcent la possibilité pour les victimes d'accéder à la justice et constituent un instrument important de dissuasion.

Dans sa résolution, le Parlement approuve ces mesures.

Il estime, cependant, qu'afin d'éviter les actions multiples en relation avec un même intérêt à agir, le choix d'une action par une partie doit empêcher de recourir à une autre, soit simultanément, soit ultérieurement²⁶.

De plus, il propose²⁷ l'adoption d'une procédure extrajudiciaire de règlement des litiges de masse pouvant être engagée par les parties avant le début d'une action en justice ou être ordonnée par le tribunal devant lequel l'action est engagée.

2.2 Le difficile choix entre l'opt-in et l'opt-out :

En matière d'action représentative, le Livre Blanc envisage le mécanisme de l'opt-out seulement de façon subsidiaire, sinon marginale, évoquant, comme nous l'avons vu, l'hypothèse « *des actions représentatives, intentées [...] au nom des victimes identifiées ou, dans des cas plutôt restreints, identifiables* ».

Le Parlement, quant à lui, « *demande que seul un groupe clairement identifié de personnes puisse participer aux recours collectifs et que l'identification des membres du groupe dans le cas de recours collectifs assortis d'une option de participation explicite et l'identification dans le cas d'actions représentatives engagées par des entités qualifiées désignées préalablement ou ayant fait l'objet d'une habilitation ad hoc interviennent pendant une période clairement définie sans retard indu, dans le respect de la législation existante prévoyant une date ultérieure* ».

Au contraire, la proposition de directive énonce que, pour intenter des actions représentatives, les entités qualifiées ne sont pas tenues d'identifier individuellement toutes les parties lésées appartenant au groupe représenté.

Ceci constitue une évolution notable de la position de la DG concurrence par rapport au Livre Blanc.

Disparaît ainsi toute obligation d'identifier individuellement les parties lésées appartenant au groupe représenté, ouvrant la porte à une généralisation du mécanisme de l'opt-out.

Les garde-fous proposés par la Commission pour éviter une dérive à l'américaine du système sont de trois ordres :

⁽²⁶⁾ Point 8 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

⁽²⁷⁾ Point 7 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).

- (i) les mécanismes d'agrément, et donc de retrait d'agrément en cas d'abus, des entités qualifiées par les Etats membres pour tenter des actions représentatives ;
- (ii) la publicité faite par ces entités qualifiées afin que les parties lésées puissent exercer leur droit de ne pas être représentées dans ladite action représentative et
- (iii) le contrôle du remboursement des dépenses engagées par les entités qualifiées pour les besoins de l'action représentative. Ainsi, la proposition de directive précise que, si les dommages et intérêts alloués dans le cadre d'une action représentative seront distribués, autant qu'il est possible, aux parties lésées représentées, les Etats membres peuvent prévoir qu'une partie des dommages et intérêts alloués pourra être utilisée pour couvrir les dépenses engagées dans une mesure raisonnable par les entités qualifiées pour les besoins de l'action représentative.

Klaus-Heiner Lehne, l'auteur du rapport d'initiative sur le Livre Blanc a fait part de ses craintes quant à l'introduction du principe de l'opt-out en expliquant que ce principe risque de conduire à instaurer en Europe les mécanismes de la class actions à l'américaine avec les dérives qu'ils ont entraînées alors que le Parlement européen avait justement insisté pour que soient réduits au maximum les risques de dérives à l'américaine.

Cependant, il est à remarquer que l'action en représentation conjointe existant actuellement en France²⁸ est sujette à critiques²⁹ résultant justement du fait que l'association de consommateurs doit préalablement obtenir un mandat écrit de chacun des consommateurs, qui doit obligatoirement donner pouvoir à l'association d'accomplir en son nom tous les actes de procédure. Cette exigence nécessite donc que les consommateurs soient identifiés avant que l'action ne soit intentée. C'est là un frein considérable à un regroupement des conflits individuels de consommation de grande ampleur car il sera très difficile d'identifier et d'obtenir mandat de chacun des consommateurs concernés en cette hypothèse.

A titre d'illustration, il est à noter que la société Intel³⁰ a récemment été condamnée par la

Commission européenne à une amende record de 1,06 milliard d'euros, pour abus de position dominante sur le marché des microprocesseurs, reconnaissant le préjudice considérable subi par les consommateurs.

Si « *la question du préjudice subi par les consommateurs est désormais tranchée* », celle, en revanche, « *du droit à une réparation effective pour tous les consommateurs reste posée* » a déploré l'association UFC-Que choisir, en se référant à la situation existant en Europe par opposition à celle existant aux Etats-Unis. L'UFC a ainsi de nouveau regretté « *l'inexistence d'une réelle action de groupe, qui est pourtant la seule procédure à même de permettre à l'ensemble des victimes d'obtenir une juste réparation* ».

Ainsi, il semble que la formule de l'opt-out, à laquelle le projet de directive non-officiel de la Commission accorde sa préférence, soit la plus appropriée malgré les risques de dérives à l'américaine.

IV. Une preuve de l'infraction facilitée :

La Commission et le Parlement semblent vouloir faciliter la preuve de l'infraction pour la victime de celle-ci. En effet, ils posent tout d'abord la règle selon laquelle seule une erreur excusable peut exempter l'auteur de l'infraction de la responsabilité des dommages causés (1). De plus, les décisions définitives des autorités de concurrence des Etats membres constituent des preuves suffisantes des infractions en cause (2). Enfin, un niveau minimal de divulgation des preuves interpartes est suggéré (3). Cependant, une protection des déclarations effectuées dans le cadre d'une demande de clémence est proposée (4).

1. Preuve de l'existence d'une faute :

Il existe dans les Etats membres des approches divergentes en ce qui concerne la nécessité de l'existence d'une faute pour obtenir réparation.

Afin de clarifier cet aspect, la Commission³¹ propose, pour les Etats membres qui exigent que la preuve d'une faute soit rapportée, que lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction à l'article 101 ou 102 du TFUE, l'auteur de cette infraction doit être tenu responsable des dommages causés, sauf s'il prouve que l'infraction résulte d'une erreur véritablement excusable.

Une erreur est considérée comme excusable dans le cas où une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

Le Parlement souligne au point 15 de sa résolution que tout droit à l'obtention de dommages et intérêts suppose l'existence d'un acte fautif et que

⁽²⁸⁾ Article L.422-1 du Code de la consommation : Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs. Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur.

⁽²⁹⁾ Nicolas Leblond, Jurisclasseur Concurrence-Consommation, Fascicule 1210, n° 90.

⁽³⁰⁾ Commission IP/09/745, 13-05-2009 (non encore publiée).

⁽³¹⁾ Livre Blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante du 2 avril 2008, COM (2008) 165 final, page 5.

l'infraction aux règles communautaires de la concurrence a été commise du moins par négligence sauf en cas d'implication automatique ou de présomption réfragable de faute en droit national dans le cas d'une violation du droit communautaire de la concurrence, ce qui garantit une application uniforme et cohérente du droit de la concurrence.

Le projet de directive reprend les propositions de la Commission.

2. Décisions définitives comme moyens de preuve :

Afin d'accroître la sécurité juridique et dans un souci d'économie de procédure, la Commission recommande également de considérer les décisions définitives des autorités de concurrence des Etats membres en matière d'infractions comme preuves irréfutables des infractions en cause dans les actions en dommages et intérêts engagées par la suite. Cette proposition est reprise par le projet de directive.

Le projet de directive affirme également l'effet contraignant, déjà énoncé dans le Livre Blanc, pour les juridictions nationales statuant sur une demande de réparation des décisions définitives des autorités nationales de Concurrence ou des Cours d'appel constatant une infraction aux règles communautaires de concurrence.

3. Un niveau minimal de divulgation des preuves inter partes :

La Commission souhaite garantir aux victimes d'infractions aux règles communautaires de la concurrence un accès, à la suite d'une enquête, à l'information nécessaire pour engager une action en dommages et intérêts.

Un tel accès permettrait de garantir une procédure équitable dans laquelle les deux parties bénéficient d'un accès équivalent aux preuves.

Toutefois cet accès est limité. Il aurait lieu uniquement sous contrôle juridictionnel strict et requerrait la satisfaction de conditions préalables.

La résolution du Parlement ajoute que le règlement (CE) n° 1049/2001, qui définit un droit d'accès aux documents des institutions devrait donc être interprété ou modifié en conséquence.

Le Parlement souligne également que lorsqu'elles octroient l'accès aux documents, les autorités doivent être particulièrement attentives à la protection des secrets commerciaux ou industriels du défendeur ou de tiers.

Le projet de directive reprend ces propositions et ajoute que des sanctions doivent être prévues en cas de destruction ou de dissimulation de preuves, mais aussi en cas de violation du secret des affaires ou d'utilisation abusive des éléments

de preuve obtenus par le mécanisme de divulgation. Ces sanctions incluent la possibilité de présumer acquises ou, à l'inverse, non acquise, la preuve attachée à l'élément détenu par l'autre partie.

4. Protection des déclarations effectuées dans le cadre d'une demande de clémence :

La Commission considère qu'il faut assurer une protection adéquate aux déclarations effectuées par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence contre la divulgation de ces informations dans des actions privées en dommages et intérêts.

La Commission propose également de limiter la responsabilité civile des bénéficiaires d'une immunité d'amende aux demandes d'indemnisation de leurs partenaires contractuels directs ou indirects.

Le Parlement³² souligne que quelle que soit l'importance de la demande d'application du programme de clémence, la dispense complète de responsabilité civile solidaire accordée aux témoins coopératifs serait contraire au système, et rejette catégoriquement ce type de dispense comme préjudiciable à de nombreuses victimes d'infractions au droit communautaire de la concurrence.

Le projet de directive, quant à lui, stipule que les Etats Membres devraient s'assurer que les juridictions nationales n'ordonnent aucunement la divulgation des déclarations des entreprises dans le cadre des programmes de clémence ou des procédures de transactions.

* * *

Ainsi, tant le Livre Blanc de la Commission relatif aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de concurrence que la Résolution du Parlement sur ce Livre Blanc contribuent à rendre effectif le droit des victimes à réparation des dommages résultant des infractions au droit de la concurrence.

Le projet de directive non officiel, qui reprend, dans l'ensemble, les recommandations du Livre Blanc, renforce encore plus le droit à réparation des victimes en instaurant le principe de l'opt-out en matière d'actions représentatives.

Les organisations européennes et américaines (American Chamber of commerce to the EU, Business Europe, Eurochambres, European Justice Forum et US Chamber Institute for Legal Reform) ont fait connaître, leur hostilité à ce projet de directive de la Commission.

⁽³²⁾ Point 21 de la Résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante (2008/2154(INI)).





Commerce électronique, pseudonyme et concurrence déloyale

Par Jean-Alain Jonvel

La revente de produits de marque sur internet par des internautes peu scrupuleux, via des sites marchands ou des sites d'enchères en ligne, se développe de plus en plus, du fait d'un accès, toujours plus facile et toujours plus performant, de simples particuliers au commerce en ligne.

En effet, outre les internautes qui vendent des produits non authentiques, certains n'hésitent pas à s'approvisionner à l'étranger, via différents sites Internet, pour revendre en France des produits de marque à des prix inférieurs à ceux du marché, en jouant notamment sur les taux de change.

La lutte contre ces revendeurs sauvages est rendue difficile par la dématérialisation du commerce électronique et les difficultés d'identification de ces revendeurs qui se cachent sous un ou plusieurs pseudonymes, obligeant généralement les fabricants à acheter eux-mêmes des produits à ces revendeurs pour connaître leur véritable identité et pouvoir agir à leur rencontre.

Dans le contexte économique actuel, la concurrence de cette nouvelle catégorie de commerçants est mal ressentie, notamment dans les réseaux de distribution sélective, dans la mesure où ces revendeurs hors réseau s'exonèrent des contraintes et des investissements que tous les distributeurs agréés doivent supporter.

La jurisprudence sanctionne ces comportements au titre de la contrefaçon de marque, lorsque l'absence d'authenticité des produits est démontrée ou lorsque la preuve de l'importation des produits en cause depuis un pays situé en dehors de l'Espace économique européen et donc de leur commercialisation sur ce territoire sans l'accord du titulaire de la marque est rapportée.

La jurisprudence sanctionne également ces comportements sur le terrain de la concurrence déloyale. Toutefois, même lorsque le fabricant a pu identifier un nom se cachant sous un pseudonyme et faire condamner la personne en cause, rien ne lui permet de s'assurer qu'elle ne recommencera pas sous un autre pseudonyme et sur un autre site marchand.

Un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris pourrait faciliter la lutte contre ces revendeurs en leur imposant de fournir leurs noms et prénoms, et non plus seulement un pseudonyme, sous peine d'être automatiquement condamnés pour concurrence déloyale.

Ainsi, dans un arrêt en date du 6 novembre 2009, la Cour d'appel de Paris a confirmé et appliqué sa jurisprudence habituelle en la matière, que ce soit au titre de l'existence d'une contrefaçon ou de

l'existence d'actes de concurrence déloyale liés aux conditions de revente des produits.

Les faits de l'espèce étaient malheureusement des plus classiques.

Un particulier a mis en vente sur le site Ebay, différents produits, dont des parfums portant des marques appartenant aux sociétés Lancôme et L'Oréal. Lorsque ces dernières ont été informées de la présence de ces produits, elles ont procédé à l'achat de plusieurs produits afin de connaître l'identité du vendeur se cachant derrière au moins deux pseudonymes différents.

Elles ont ensuite fait procéder à une saisie contrefaçon.

Après avoir constaté que les produits revendus n'étaient pas authentiques, elles ont agi sur le fondement de la contrefaçon et de la concurrence déloyale.

La réalité des actes de contrefaçon n'étant pas contestable ni contestée, la Cour s'est uniquement attachée à évaluer le préjudice des demanderesse lié à ces actes.

Concernant l'existence d'actes de concurrence déloyale, la Cour d'appel a tout d'abord estimé que « l'atteinte portée à l'image des marques (...) ne constitue pas un grief distinct de celui apprécié au titre de la contrefaçon (...); la réparation due au titre de la contrefaçon couvre ainsi les conséquences de la reprise de ce signe et, notamment, l'atteinte portée à celui-ci et à l'image que peut en avoir le consommateur ».

Au contraire, elle a considéré que « les conditions de cette vente réalisée en dehors des circuits de distribution sélective mis en place par les intimées, concourent à la désorganisation de ceux-ci; qu'en outre, les produits incriminés sont offerts à la vente sous des étuis identiques à ceux sous lesquels sont présentées les eaux de toilette authentiques et à des prix nettement inférieurs; que le consommateur n'a ainsi pu que se méprendre sur l'authenticité des eaux de toilette en cause et être incité à en faire l'achat ».

Cette jurisprudence est jusqu'ici des plus classiques, en ce qu'elle recherche des actes distincts de la contrefaçon pour caractériser des actes de concurrence déloyale.

Toutefois, la portée de cet arrêt dépasse le cadre habituel de la contrefaçon de marque et de la concurrence déloyale liée aux conditions de revente.

En effet, la Cour d'appel a pour la première fois considéré que constitue un acte de concurrence

déloyale le fait pour un internaute de faire du commerce électronique sous un pseudonyme sans indiquer notamment ses noms et prénoms.

Elle rappelle que l'article 19 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique prévoit notamment que :

« Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;

2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec elle ;

(...)

Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».

Il sera ici précisé que l'activité définie à l'article 14 de ladite loi est le commerce électronique, qui correspond à « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

La Cour a ainsi approuvé le Tribunal de grande instance de Paris d'avoir retenu que le fait de commercialiser les produits en cause uniquement sous

un pseudonyme contrevient aux dispositions de l'article 19 précité.

Selon la Cour, le fait que « la société Ebay puisse inviter les vendeurs à choisir un pseudonyme » ne saurait exonérer l'internaute vendeur de sa responsabilité, dans la mesure où il a l'obligation de fournir aux consommateurs consultant son service les informations prévues par l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Dans ces conditions, après avoir constaté que les sociétés L'Oréal et Lancôme avaient dû passer un ordre de vente pour connaître l'identité de l'internaute se cachant derrière le pseudonyme en cause, la Cour d'appel a expressément considéré que « **cette mise en ligne d'un service commercial concurrent, opérant sans transparence, en violation de l'article 19 précité caractérise également un acte de concurrence déloyale** ».

Si la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris devait se confirmer, les titulaires de marque et les promoteurs de réseau de distribution, notamment sélective, seront face à deux situations possibles :

- Soit l'internaute qui revend habituellement leurs produits n'utilise qu'un pseudonyme et sa condamnation pour concurrence déloyale devrait être aisément obtenue une fois qu'il aura été identifié,
- Soit l'internaute en cause s'identifie et il sera facile de le poursuivre s'il commet par ailleurs des actes de contrefaçon de marque et de concurrence déloyale.

Ainsi, la surveillance des revendeurs sur les sites marchands devrait être facilitée, tout comme les poursuites à l'encontre de ces derniers.

Cela devrait également permettre de s'assurer qu'un tel revendeur déjà condamné ne recommence pas son commerce sous un autre pseudonyme.





Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

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

- **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services: coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- **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 dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009: [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et 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 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;**
- **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses/déloyales dans le cadre de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008 et de la **LME** du 4 août 2008: jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs**: responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.
* * *
- **Proposition d'audit de structures tarifaires: Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**
- **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale: CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

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



