

SOMMAIRE :

Le Tribunal de première instance des communautés européennes a rendu deux arrêts importants concernant l'application du droit de la concurrence au marché de l'élimination des déchets d'emballage

par Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson p. 1

Pavane pour une disposition défunte

par Thomas Lamy p. 5

Matériel non conforme à l'attestation CE : responsabilité pénale du chef d'entreprise

par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi p. 7

Cohabitation entre marque et nom de domaine : un point sur l'actualité

par Emmanuelle Laur-Pouëdras p. 9

La décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-21 du 26 juin 2007 est riche d'enseignements en matière d'engagements validés par le Conseil de la concurrence ou comment laver plus blanc !

par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin p. 11

Coopération commerciale ou tâches inhérentes à la qualité de distributeur

par Arlette Gastaldy p. 13

Echanges d'informations et pratiques anti-concurrentielles

par Arlette Gastaldy p. 13

Colloque « *Autorités publiques et concurrence* » organisé par la DGCCRF le 6 juin 2007

par Louis-Gabriel Masson p. 14

Mise au point de la Cour de cassation quant aux conditions de l'action en concurrence déloyale par rapport à celles de l'action en contrefaçon

par Eléonore Camilleri p. 16

Décision n° 07-D-15, relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France

par Clémence Ducros p. 18

Le Tribunal de première instance des communautés européennes a rendu deux arrêts importants concernant l'application du droit de la concurrence au marché de l'élimination des déchets d'emballage

Par Jean-Christophe Grall et Louis-Gabriel Masson

Dans deux arrêts du 24 mai 2007⁽¹⁾, le Tribunal de première instance des communautés européennes a rejeté dans leur intégralité les recours en annulation introduits

par la société Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH [« *DSD* »],

– d'une part, à l'encontre d'une décision de la Commission européenne du 20 avril⁽²⁾ 2001 ayant condamné DSD sur le fondement de l'article 82 du traité des communautés européennes

(1) Arrêt du TPICE du 24 mai 2007 dans l'affaire n° 151/01, DSD c/Commission, ayant pour objet l'annulation de la décision 2001/463/CE de la Commission européenne du 20 avril 2001 ; et arrêt du TPICE du 24 mai 2007 dans l'affaire n° 289/01, DSD c/Commission, ayant pour objet l'annulation de la décision 2001/837/CE de la Commission européenne du 17 septembre 2001.

(2) Décision 2001/463/CE de la Commission européenne du 20 avril 2001 relative à l'application de l'article 82 TCE.

interdisant les abus de position dominante, pour avoir imposé le paiement de redevances aux fabricants et distributeurs qui souhaitaient utiliser le logo du « grüne Punkt » sur les emballages de leurs produits,

– et, d'autre part, à l'encontre d'une décision d'exemption sous condition de la Commission du 17 septembre 2001³, relative aux contrats-type signés entre DSD et les entreprises de collecte.

Le 12 juin 1991, le gouvernement allemand a adopté un décret relatif à la prévention de la production de déchets d'emballages⁴ en vertu duquel les fabricants et distributeurs sont désormais obligés de reprendre et de valoriser les emballages de vente usagés en dehors du système public d'élimination des déchets.

Les fabricants et distributeurs peuvent s'acquitter de deux manières de cette obligation de reprise et de valorisation des emballages de vente usagés :

- ils sont tenus, en vertu du décret précité, de reprendre gratuitement les emballages utilisés par les consommateurs finals, au point de vente ou à proximité immédiate de celui-ci, et de les soumettre à une valorisation (ce système est dénommé « *système individuel* »),
- les fabricants et distributeurs peuvent adhérer à un système qui assure une collecte régulière, sur l'ensemble de la zone de chalandise du distributeur, des emballages de vente usagés auprès du consommateur final ou à proximité de son domicile afin de les soumettre à une valorisation (ce système est dénommé « *système collectif* »).

Depuis 1991, **Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH** est la seule société qui exploite un système collectif sur l'ensemble du territoire allemand, à savoir le système dual (ci-après le « *système DSD* »).

Pour recourir au système DSD, les fabricants et les distributeurs doivent signer avec **DSD** un contrat leur conférant le droit d'utiliser le fameux logo « *der grüne Punkt* » qui correspond à la marque collective « *der grüne Punkt* », dont **DSD** est titulaire. En contrepartie, les fabricants

et les distributeurs souhaitant recourir au système **DSD** étaient tenus de payer une redevance à **DSD**. Le contrat d'utilisation du logo a été considéré par la Commission comme constituant un abus de position dominante⁵ du fait de l'obligation de payer une redevance à **DSD**. Le recours en annulation introduit par **DSD** à l'encontre de cette décision a été rejeté par le TPICE dans la première décision rendue le 24 mai 2007⁶ (I).

Dans le cadre du système **DSD**, l'entreprise ne collecte et ne valorise pas elle-même les emballages usagés, mais sous-traite ce service à des entreprises de collecte. Les relations entre **DSD** et ces entreprises sont régies par un contrat type de services qui a pour objet la création et l'exploitation d'un système visant au ramassage et au tri des emballages. En 1992, **DSD** a notifié à la Commission ses statuts, ainsi que ses contrats de services. La Commission européenne après avoir demandé des engagements de la part de **DSD** en 1997, a finalement rendu une décision d'exemption⁷ de ces accords en application de l'article 81§3 du TCE, mais en l'assortissant de deux obligations mises à la charge de **DSD** pour préserver la concurrence. Ces deux obligations ont fait l'objet d'un recours en annulation, rejeté par le deuxième arrêt du TPICE du 24 mai 2007⁸ (II).

I) L'affaire T 151/01 relative à l'abus de position dominante commis par DSD à l'égard des fabricants et distributeurs :

Dans sa décision du 20 avril 2001⁹ précitée, la Commission européenne a considéré qu'un abus de position dominante a été commis par **DSD** du fait que, en application du contrat d'utilisation du logo, le paiement de la redevance perçue par **DSD** auprès des fabricants et distributeurs d'emballage qui adhèrent au système **DSD** n'était pas conditionné à l'utilisation effective de ce système, mais calculée sur la base du nombre d'emballages portant le logo « *der grüne Punkt* » que ces fabricants et ces distributeurs commercialisaient en Allemagne.

Le TPICE, dans le premier arrêt qu'il a rendu le 24 mai 2007, a confirmé cette décision et rejeté les arguments avancés par **DSD** pour justifier le paiement automatique de la redevance

(3) Décision 2001/837/CE de la Commission européenne du 17 septembre 2001, relative à l'application de l'article 81§3 TCE.

(4) Verordnung über die Vermeidung von Verpackungsabfällen, BGBI. 1991 I, p. 1234.

(5) Décision de la Commission précitée n° 2001/463/CE.

(6) Affaire T 151/01.

(7) Décision de la Commission européenne n° 2001/837 précitée.

(8) TPICE, Affaire T 289/01 précitée.

(9) Décision de la Commission européenne n° 2001/463/CE précitée.

en cas d'apposition du logo sur les emballages, en rappelant préalablement les effets d'une telle pratique :

« Les effets de cet abus sont, selon la décision attaquée doubles, et caractérisent tout à la fois un abus d'exploitation des clients de DSD, du fait de la disproportion entre la rémunération exigée et le service réalisé, et une barrière à l'entrée de concurrents proposant des solutions alternatives au système DSD, compte tenu des coûts liés à l'utilisation conjointe d'un autre système que le système DSD¹⁰. »

➔ Sur l'importance et le rôle du logo « *der grüne Punkt* »

En réponse à l'argumentation développée par DSD concernant l'utilité du logo pour assurer la collecte et la valorisation d'un maximum de produits, le TPICE a retenu que les objectifs de valorisation fixés par le décret relatif à la prévention de la production de déchets d'emballages précité, pour chaque type de déchets, ne sont pas fixés en termes d'emballages revêtus ou non d'un logo, mais seulement en termes de masse de matières concernées par la valorisation.

Dans ce contexte, le TPICE estime que ce qui importe dans la relation contractuelle entre DSD et les fabricants ou les distributeurs n'est pas le fait que les emballages portent un logo, mais que ces emballages soient valorisés. Par conséquent, la rémunération perçue par DSD, si elle est fonction du nombre, du poids ou de la surface de produits portant le logo, doit être considérée comme constitutive d'un abus de position dominante.

➔ Sur le recours au marquage sélectif que DSD a souhaité imposer et sur la prétendue violation du droit des marques :

Les fabricants et les distributeurs qui recourraient au système DSD « *devraient être à même de renoncer à apposer le logo "der grüne Punkt" sur les emballages qui ne relevaient pas du système DSD¹¹* ».

Ainsi, selon la volonté de DSD, les fabricants et les distributeurs n'auraient dû apposer le logo « *der grüne Punkt* » que sur les emballages destinés à être valorisés par DSD.

Or le TPICE, confirmant le point de vue de la Commission, a estimé que cette obligation aurait pour conséquence d'entraîner un surcoût significatif pour les fabricants et les distributeurs qui souhaiteraient commercialiser un emballage uniforme en Europe ou recourir à des systèmes mixtes, faisant intervenir plusieurs entreprises dans la valorisation de leurs emballages du fait de la nécessité d'intervenir au stade de la ligne d'emballage et de contrôler sa commercialisation jusqu'au stade de la remise au consommateur final.

Le Tribunal rappelle qu'afin d'éviter ce surcoût, **le logo « *der grüne Punkt* » peut être apposé conjointement avec d'autres logos** permettant d'identifier une autre possibilité d'élimination via un système individuel ou un système collectif concurrent, sans que cela porte atteinte au droit des marques, c'est-à-dire à la fonction essentielle du logo « *der grüne Punkt* », puisque la fonction essentielle est seulement d'identifier la possibilité d'élimination de l'emballage en cause par le système DSD, sans assurance que cet emballage soit effectivement valorisé dans le cadre du système DSD :

« Au demeurant, il convient d'observer qu'accepter l'exclusivité revendiquée par la requérante n'aurait d'autre effet que d'empêcher les fabricants et distributeurs d'emballages de recourir à un système mixte et de légitimer la possibilité, pour la requérante, d'être rémunérée pour un service dont les intéressés ont pourtant démontré qu'il n'a pas été concrètement effectué puisque confié à un autre système collectif ou à un système individuel selon les modalités définies à l'article 1^{er} de la décision attaquée. »

Pour le TPICE comme pour la Commission européenne, il importe en somme que la rémunération versée par des fabricants ou des distributeurs à un organisme chargé de la valorisation de leurs déchets d'emballages soit avant tout fonction du volume de déchet valorisé et non fonction de critères plus larges et sans doute moins objectifs.

II) L'affaire T 289/01 relative aux obligations imposées par la Commission européenne à DSD concernant les entreprises de collecte :

Les entreprises de collecte qui ont conclu un contrat de services avec DSD constituent de véritables goulets d'étranglement dans la chaîne d'élimination des déchets d'emballages. Aussi est-il apparu nécessaire à la Commission euro-

(10) Point 119 de l'arrêt du TPICE rendu dans l'affaire T/151/01 précitée.

(11) Point 170 de l'arrêt rendu par le TPICE dans l'affaire T151/01.

pénne¹², afin de ne pas assécher la concurrence dans le secteur de la valorisation des déchets d'emballages, de ne pas permettre le développement de liens d'exclusivité entre ces entreprises et DSD.

La Commission a donc défini deux principes fondamentaux de sa politique de concurrence dans le secteur de l'élimination des déchets lorsque les accords de services signés entre DSD et les entreprises de collecte lui ont été notifiés¹³ :

- la Commission a indiqué qu'elle ne pouvait accepter des dispositions d'exclusivité à long terme en faveur des entreprises de collecte dans les accords conclus entre DSD et ces dernières, que si le caractère indispensable de ces dispositions pouvait être justifié par des arguments économiques convaincants,
- la Commission a insisté sur l'importance qu'elle attache à un libre accès et sans entraves aux infrastructures de collecte pour les concurrents de DSD.

La Commission européenne a, en conséquence, assorti l'exemption concernant les accords de services conclus par DSD avec ses sous-traitantes chargées de la collecte des emballages, de deux obligations à la charge de DSD :

« 43. La première charge est imposée à DSD à l'article 3, sous a), de la décision attaquée, aux termes duquel "DSD n'empêche pas les entreprises de collecte de conclure avec des concurrents de DSD des contrats autorisant ces derniers à utiliser leurs bacs et autres installations de collecte et de tri des emballages de vente usagés, et d'honorer ces contrats" ;

44. La seconde charge est définie à l'article 3, sous b), de la décision aux termes duquel "DSD ne peut pas exiger des entreprises de collecte ayant conclu avec des concurrents de DSD des contrats portant sur l'utilisation conjointe de bacs et d'autres installations de collecte et de tri des emballages de vente usagés, qu'elles lui apportent la preuve des quantités d'emballages qui n'ont pas été collectées dans le cadre du système DSD" ;

(12) Décision n° 2001/837/CE du 17 septembre 2001 précitée.

(13) Décision n° 2001/837 précitée.

45. Pour expliquer en quoi de telles charges doivent être imposées en dépit de l'engagement de DSD d'autoriser ses concurrents à utiliser les installations de collecte, la décision attaquée évoque l'importance vitale que revêt un libre accès à ces infrastructures pour l'existence de la concurrence et les réserves faites par DSD en ce qui concerne la mise en œuvre de l'un des engagements mentionnés au considérant 71 (considérant 164 de la décision attaquée)¹⁴. »

Dans son arrêt du 24 mai 2004⁷, le TPICE, sans employer les termes de « **facilité essentielle** », confirme qu'il est économiquement difficile de reproduire l'infrastructure de collecte des déchets existant à proximité des consommateurs finals et que les engagements de la part de DSD exigés par la Commission respectent le principe de proportionnalité.

Le Tribunal rejette donc les arguments développés par DSD pour demander l'annulation des obligations mises à sa charge par la décision d'exemption. Il juge que ces obligations **respectent le principe de proportionnalité**, notamment en ce que l'accès des systèmes concurrents aux entreprises de collecte doit être protégé pour garantir une certaine concurrence entre le système DSD et les autres systèmes de valorisation, et que, par ailleurs, « *le fait que DSD autorise l'entreprise de collecte à apposer gratuitement la marque "der grüne Punkt" sur ses installations de collecte ne saurait suffire à DSD pour revendiquer l'utilisation exclusive desdites installations¹⁵* », en concluant à propos de la première obligation mise à la charge de DSD :

« Il ressort de ce qui précède que la première charge empêche la requérante d'entraver l'accès des systèmes collectifs concurrents aux installations de collecte de ses cocontractants. Cette charge repose sur la volonté de la Commission de garantir l'accès des systèmes concurrents de DSD au marché de la collecte auprès des consommateurs, et par voie de conséquence, au marché de l'organisation de la reprise et de la valorisation auprès des consommateurs. Aucun argument présenté par la requérante dans le cadre du premier moyen n'est de nature à remettre en cause cette conclusion. » !

(14) Points 43, 44 et 45 de l'arrêt du TPICE rendu dans l'affaire T 289/01.

(15) Point 185 de l'arrêt du TPICE rendu dans l'affaire T 289/01.

Pavane pour une disposition défunte...

Par Thomas Lamy

Sans attendre le prochain rapport qui sera soumis par le gouvernement au Parlement en application de l'article 57 de la loi « *en faveur des petites et moyennes entreprises* » du 2 août 2005, on peut dire d'ores et déjà que ce texte aura, dans des proportions certes relatives, permis une baisse des prix des produits de grande consommation, considération qui, à elle seule, le rend indiscutablement méritoire.

Mais, si le législateur a ainsi atteint – au moins pour partie – le but qu'il s'était fixé s'agissant de cet objectif primordial de promotion du pouvoir d'achat des Français, tel n'aura, en revanche, pas été le cas des dispositions de la loi « *Dutreil* » prévoyant une transparence accrue des conditions catégorielles de vente des fournisseurs, lesquelles ont été ni plus ni moins qu'« *enterrées* » à la suite d'un avis rendu le 12 avril 2007 par la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales [CEPC]¹⁶.

C'est néanmoins avec un certain soulagement que l'on établira l'obituaire de cette défunte disposition légale...

Comme chacun sait, l'article 41 de la loi « *Dutreil* » du 2 août 2005, devenu l'article L.441-6 du Code de commerce, prévoit que « *les conditions générales de vente [qui doivent être communiquées à tout acheteur potentiel qui en fait la demande] peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produit ou de demandeurs de prestation de services, et notamment entre grossistes et détaillants* ».

Ce même article prévoit par ailleurs que :

« les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution ».

Ce faisant, le législateur, tout en donnant certaines indications de tendances, s'agissant des critères de distinction des catégories d'acheteurs [chiffre d'affaires, nature de la clientèle, etc.], avait donc renvoyé au gouvernement le soin de définir une grille de lecture stricte des conditions catégorielles de vente, qu'au demeurant il appelait de ses vœux.

Cette façon de procéder était-elle une illusion? Toujours est-il que la lecture du rapport établi par le Professeur Michel Glais et par notre confrère Francis Delbarre, qui figure en annexe à l'avis précité de la CEPC, conclut à l'impossibilité pratique d'une mise en œuvre des dispositions légales.

Les auteurs du rapport posent ainsi clairement un certain nombre d'évidences incontestables sur le plan juridique.

Certes, en premier lieu, Messieurs Glais et Delbarre relèvent que le fait d'énumérer des catégories de clients présenterait l'avantage de donner aux entreprises une certaine sécurité juridique [sécurité toutefois bornée par le droit des ententes].

Mais, selon les auteurs du rapport, cette solution impliquerait, cependant, de vérifier tout d'abord que ces catégories ne sont pas en concurrence entre elles.

Elle présenterait en outre plusieurs inconvénients.

Etablir une liste de catégories d'acheteurs ne pourrait, en premier lieu, prétendre à l'exhaustivité tant il existe de situations nombreuses, différentes et complexes.

Comme le relève justement le rapport, une énumération des différentes catégories de clientèle introduirait une trop grande rigidité dans un domaine et à une époque où l'on prône par ailleurs la souplesse commerciale; ainsi, un cadre rigide pourrait s'avérer contre productif, dès lors qu'une catégorie non citée dans le mécanisme réglementaire ne pourrait bénéficier des dispositions prévues par l'article L.441-6 précité du Code de commerce.

A titre d'exemple, un clivage grossistes/détaillants méconnaîtrait le cas des grossistes qui vendent également au détail.

De même, des catégories fondées sur la seule chiffre d'affaires, pourtant prévues par la loi, ne permettraient pas à un acheteur de connaître les tranches de chiffre d'affaires qu'il lui faudrait réaliser pour bénéficier d'un taux plus élevé de remise ou de ristourne.

Qui plus est, ainsi que le relèvent Messieurs Delbarre et Glais, ce cadre réglementaire serait définitif, sauf à publier un nouveau décret, et peu adapté aux évolutions rapides du com-

[16] CEPC, avis n°07-01, « relatif à l'encadrement de la différenciation tarifaire telle que prévue par l'article 41 de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME ».

merce : identique pour toutes les entreprises, le dispositif ne pourrait prendre en compte les spécificités de chaque marché.

En fait, pour prétendre à l'universalité, le décret ne pourrait fixer qu'un nombre très restreint de catégories, ne permettant pas alors à maintes catégories d'entreprises d'épouser les contours de leurs marchés.

Et les auteurs du rapport de citer, à titre d'exemple, les différents canaux existant dans le secteur du bricolage, qui sont les grandes surfaces de bricolage, les surfaces de bricolage de type dépôt ou entrepôt, les jardineries, les hypermarchés, le négoce des matériaux et les grossistes.

Sur la base de ces considérations, la CEPC en arrive à la conclusion qu'établir une liste de catégories d'acheteurs serait à la fois illusoire, dangereux et inutile, tant il existe dans les relations d'achat-vente de situations nombreuses, différentes et complexes.

Ainsi, selon la CEPC, le décret susceptible d'être pris en application de l'article L.441-6 du Code de commerce n'apporterait pas de réelle sécurité juridique aux opérateurs économiques, et ne serait pas souhaitable économiquement parlant.

Réjouissons-nous : on aurait pu craindre un moment que le bon sens, qui aura finalement prévalu grâce à la CEPC, cède le pas à la lourdeur réglementaire.

Au lieu de cela, les fournisseurs vont pouvoir continuer de proposer à leur clientèle des conditions catégorielles de ventes adaptées à leur positionnement économique et dont l'organisation logique devra seulement tenir compte du simple constat, rappelé par les auteurs du rapport précité, selon lequel :

- la population des clients finals, loin d'être homogène, est segmentée en différents groupes en fonction, par exemple, du type d'utilisation, du niveau de qualité des produits en cause, de l'importance des services accompagnant la vente [démonstration, SAV, ...] ;
- les distributeurs commercialisent ces produits ou services présentent des positionnements différents les uns des autres en matière d'image, de taille, de gamme de produits offerts, mais également de services offerts tant aux producteurs qu'aux consommateurs.

On rappellera, en dernier lieu, que la catégorisation des conditions de vente ne doit, en aucun cas, conduire un fournisseur à exclure ou à désavantager outrageusement, par a priori, une catégorie de clientèle, ce qui aurait alors pour conséquence d'entraîner un déséquilibre dans la concurrence : c'est là, en quelque sorte, le seul bornage à la liberté consentie par l'article L.441-6 du Code de commerce.

Matériel non conforme à l'attestation CE : responsabilité pénale du chef d'entreprise

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

L'article L.233-5 du Code du travail édicte que les équipements de travail :

« doivent être conçus et construits de façon que leur mise en place, leur utilisation, leur réglage, leur maintenance, dans des conditions conformes à leur destination, n'exposent pas les personnes à un risque d'atteinte à leur sécurité ou leur santé. »

En application de cet article, des décrets en Conseil d'Etat déterminent les procédures de certification de conformité auxquelles doivent se soumettre les fabricants importateurs et cédants de ces équipements selon leur catégorie.

C'est notamment, sur le fondement de ces dispositions, que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 11 avril 2006, a condamné, pour homicide involontaire et mise en service d'un équipement de travail non conforme, le Président de la société fabricante d'un engin élévateur dont la manipulation avait causé la mort d'un salarié d'une entreprise de métallerie.

La Cour avait ainsi condamné le chef d'entreprise à six mois d'emprisonnement avec sursis et à 3.000 euros d'amende, outre le paiement de dommages et intérêts.

Sur pourvoi du chef d'entreprise, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est prononcée, par arrêt du 20 mars 2007 (pourvoi n° 06-84230).

Les circonstances de l'accident étaient les suivantes :

L'équipement de travail en cause était une nacelle élévatrice mobile, permettant une rotation de 360 degrés de son poste de conduite, déployée pour placer son utilisateur à une hauteur de plus de quatre mètres.

Cette nacelle a pivoté de 180 degrés au moment de l'accident de sorte que l'action des commandes était inversée et que l'engin élévateur est parti dans le sens opposé à celui souhaité par la victime, provoquant la chute mortelle de celle-ci.

L'enquête avait établi que :

- l'engin ainsi utilisé ne correspondait pas au modèle ayant fait l'objet de l'attestation CE de type délivrée au fabricant ;

- qu'il ne prévoyait pas les mentions « *avant - arrière - droite - gauche* » apposées autour de l'organe de service commandant le déplacement de la nacelle ;

- et qu'il n'était plus conforme aux règles de conception applicables définies par l'annexe 1 de l'article R.233-84 du Code du travail.

Le pourvoi critiquait l'arrêt de la Cour d'appel sur le fondement notamment des articles 121-1 du Code pénal et L.263-2 et L.263-6 du Code du travail au motif que :

- l'existence d'une faute personnelle du dirigeant n'était pas démontrée ;

- que si les fabricants sont tenus de répondre aux exigences particulières de sécurité du Code du travail, cette obligation ne peut s'entendre comme une obligation de prévenir tous les risques que les précautions de la victime auraient permis d'éviter.

Sur ce premier moyen, la Cour de cassation va considérer que la Cour d'appel ayant relevé la non-conformité de l'engin élévateur à l'attestation CE de type et le fait que le Président de la société fabriquant ce matériel ne pouvait en ignorer la non-conformité avec ladite attestation, la Cour d'appel avait suffisamment caractérisé la faute personnelle du prévenu au sens de l'article L.263-2 du Code du travail.

La Cour d'appel avait notamment relevé que :

« la mention portée sur la machine (pour utiliser l'appareil, l'opérateur doit être formé pour la conduite de celui-ci sous la responsabilité de son employeur, connaître et appliquer les recommandations contenues dans le manuel de conduite) n'était pas de nature à faire disparaître le danger présenté par l'ambiguïté des commandes [...] et ce, d'autant que le risque de confusion des mouvements en cas d'inversion des tourelles n'était pas mentionné dans la notice d'instructions, d'utilisation et de maintenance du constructeur. »

Le second moyen du pourvoi critiquait l'arrêt de la Cour d'appel sur le fondement notamment de l'article 121-3 du Code pénal qui pose les conditions de la responsabilité pénale des personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage et de l'article 221-6 du Code pénal définissant l'homicide involontaire.

Le pourvoi soutenait ainsi :

- « 1) que ne contribue pas à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage, le fabricant d'une nacelle qui après avoir respecté les procédures de certification a pris la peine de mettre en garde l'utilisateur contre les dangers d'une conduite sans formation ;
- 2) que la Cour d'appel n'avait pas démontré que le prévenu ne pouvait ignorer que la faute caractérisée qui lui était reprochée exposait autrui à un risque d'une particulière gravité ;
- 3) que la faute caractérisée doit être appréciée au regard de la réalisation des diligences normales par l'auteur des faits et que la Cour d'appel n'avait pas recherché si un quelconque manquement à l'accomplissement des diligences normales qui lui incombait pouvait être reproché au prévenu. »

Sur ce second moyen, la Cour de cassation va noter que la Cour d'appel avait relevé :

- que l'accident était dû à une confusion dans le système de commande de l'engin sous lequel la victime travaillait et qu'il ne se serait pas produit si celui-ci avait été conforme aux règles de conception définies par le Code du travail ;
- que le Président de la société, fabricant de cette machine, ne pouvait ignorer ni la réglementation applicable dont il lui appartenait personnellement de faire assurer le respect, ni le danger qu'il faisait courir de ce fait aux utilisateurs de l'engin ;
- enfin, qu'en raison du danger causé par l'ambiguïté des commandes, la victime aurait été soumise aux mêmes risques si elle avait été formée pour conduire cette machine et qu'un second opérateur n'aurait pas permis d'éviter l'accident.

La Cour de cassation estime que la Cour d'appel a ainsi caractérisé le fait que le prévenu

avait créé la situation qui avait permis la réalisation du dommage et qu'il avait, de ce fait, commis une faute caractérisée exposant l'utilisateur de la machine à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

Compte tenu de cette motivation, la Cour de cassation estime que la circonstance que le salarié n'ait pas reçu une formation adaptée n'a pas été la cause exclusive du dommage, et que de ce fait, la Cour d'appel avait suffisamment justifié sa décision au regard de l'article 121-3 du Code pénal.

Cette jurisprudence confirme la sévérité des juridictions pénales envers les dirigeants d'entreprises en matière de sécurité du travail.

Le non respect d'une réglementation particulière en matière de sécurité du travail est toujours une faute caractérisée.

Par ailleurs, la connaissance du risque par un dirigeant d'entreprise est toujours implicitement reconnue par les juridictions du fait même des fonctions exercées.

La vigilance est donc primordiale pour les dirigeants ; dans un tel cas de figure, seule une délégation de pouvoirs valablement mise en place aurait permis au chef d'entreprise de s'exonérer.

Toutefois, la délégation de pouvoirs pour être efficace suppose d'abord qu'elle soit partielle ou limitée.

En outre, la délégation de pouvoirs n'est valable que si le salarié délégataire est pourvu de la compétence nécessaire aux tâches qui lui sont confiées et que le dirigeant lui a délégué les moyens de cette compétence (moyens matériels et financiers).

Enfin, le salarié délégataire doit être doté de l'autorité nécessaire aux fonctions qui lui sont déléguées.

Le dirigeant doit donc également transférer au salarié délégataire une part de son pouvoir disciplinaire afin d'assurer le respect des consignes de sécurité dans l'entreprise.

Cohabitation entre marque et nom de domaine : un point sur l'actualité

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

La cohabitation entre marque et nom de domaine est loin d'être toujours harmonieuse et les tribunaux sont souvent sollicités pour apprécier la licéité de noms de domaine au regard de marques enregistrées.

Une illustration des conflits qui peuvent naître résulte d'une affaire soumise à la Cour de cassation¹⁷ dans laquelle le titulaire de la marque semi figurative « *Desperados* », désignant des boissons, poursuivait la société Atari Europe, laquelle avait déposé et fait usage de la marque dénomminative « *Desperados* » afin de désigner des jeux vidéo et avait également exploité des sites Internet nommés « *desperados-game.com* » et « *desperados-game.net* ».

La Cour a estimé qu'il avait été porté atteinte à la marque notoire « *Desperados* », marque qui jouissait d'une renommée s'étendant au-delà des produits désignés lors du dépôt de la marque et que l'emploi de la marque « *Desperados* » pour désigner des jeux vidéo était de nature à priver le titulaire de la marque de la possibilité de développer son exploitation dans d'autres domaines.

Outre cette particularité des marques de renommée qui voient le périmètre de leur protection être étendu, la décision est également fondée sur la notion d'élément distinctif.

En effet, la société Atari soulevait que les noms de domaine qu'elle avait déposés comportaient outre le nom « *desperados* » les termes « *-game.com* » et « *-game.net* », que la marque « *desperados* » était en outre enregistrée sous une calligraphie spécifique et que la Cour d'appel aurait dû se livrer à une appréciation globale de la similitude des signes en présence.

La Cour de cassation n'accueille pas une telle critique estimant en effet que « *outre le fait que la société Atari Europe n'avait nullement soutenu que la calligraphie de marque notoire en constituait un élément distinctif, la Cour d'appel en retenant que le mot "desperados" était l'élément essentiel des noms de domaine en litige, a pu ainsi écarter tout effet à la désignation "game", purement descriptive* ».

La Cour, en se fondant sur les caractéristiques de la clientèle d'Atari, a également estimé que cette clientèle serait encline à associer les marques en cause, celle associée à des boissons et celle associée à des jeux vidéo et de leur attribuer une origine commune, l'ajout du mot « *game* » dans les marques contestées étant en outre purement descriptif, s'agissant de jeux vidéo.

Précisons enfin que la Cour a relevé la mauvaise foi de la société Atari Europe laquelle avait auparavant réalisé une opération de communication commune avec la société Brasserie Fischer autour d'un jeu vidéo et d'un autre type de bière, eu connaissance également à cette époque de la bière « *desperados* » et que, dès lors, « *le choix de la même dénomination pour désigner des jeux (...) ne [pouvait] être fortuit, la société Atari disposant d'autres vocables du langage courant pour titrer son jeu* ».

Dans d'autres espèces, un conflit qui pouvait paraître largement en faveur du titulaire de la marque a, en revanche, débouché sur une décision à son désavantage.

Il en est ainsi d'un litige dans lequel la société Decathlon avait assigné la société Valley ainsi que trois autres personnes pour atteinte portée notamment à la marque notoire Decathlon, ainsi qu'à sa dénomination sociale et à son enseigne.

Les faits qui étaient reprochés à la société Valley et aux autres co-défendeurs tenaient à l'exploitation d'un site Internet dénommé « *decathlon.pl* » dont le contenu utilisait ce terme et présentait des dessins humoristiques accompagnés de légendes en polonais, tournant en dérision les sportifs pratiquant les épreuves du décathlon.

Sous l'angle du droit des marques, la Cour de cassation¹⁸ a estimé – approuvant la Cour d'appel de Paris – que :

« *La propriété d'une marque, même notoire, constituée d'un nom commun n'interdisant pas l'usage de ce mot en son sens usuel, la*

[17] C. cass. Ch. Com., 20 février 2007, Atari Europe/Brasserie Fischer, n° 05-10462.

[18] C. cass. Ch. Com., 20 février 2007, Decathlon c/société Valley & autres, n° 05-10319.

Cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant, par motifs non contestés, que le mot décathlon est employé dans son acception usuelle, ce dont résulte une absence de toute atteinte au droit de marque. »

Le caractère notoire d'une marque ne suffit donc pas toujours à la protéger de toute utilisation qui en serait faite, l'enregistrement à titre de marque d'un mot ayant un sens dans le langage courant ne permettant pas en effet à son titulaire de s'opposer à toute utilisation de ce mot par d'autres opérateurs, dès lors néanmoins que ces derniers l'emploient dans son acception courante et non dans le sens visé par le titulaire de la marque.

Ainsi, alors que dans les deux affaires évoquées ci-dessus il s'agissait de marques notoires, qui avaient toutes deux été reprises par un tiers, on aboutit cependant à une solution divergente.

Ce qui démontre que, face au développement d'Internet et à la nécessité de faire coexister les droits de multiples intervenants, les tribunaux tentent de réaliser un équilibre entre la sauvegarde des droits attachés à une marque et la nécessité de ne pas priver d'autres opérateurs de la possibilité d'utiliser un mot qui peut recevoir plusieurs acceptions.

Comment laver plus blanc ?

La décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-21 du 26 juin 2007 est riche d'enseignements en matière d'engagements validés par le Conseil de la concurrence

Par Jean-Christophe Grall et Benoît Laurin

Le Conseil de la concurrence a rendu le 26 juin 2007 une décision importante relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location - entretien du linge.

Saisi par le Ministre de l'économie en juillet 2004, le Conseil de la concurrence, a caractérisé sur le marché très concentré de la location - entretien du linge, des pratiques d'entente horizontale entre les deux entreprises leaders sur ce marché, à savoir le groupement ELIS (et certains de ses membres) et la société Initial BTB, ainsi que des pratiques imputables au syndicat professionnel GEIST.

Il était en particulier reproché au GIE ELIS et à certaines des sociétés membres de ce Groupement, ainsi qu'à la société Initial BTB de s'être concertées, s'agissant des contrats conclus avec leurs clients « *grands comptes* » :

- pour maintenir un statu quo sur la répartition des clients dits « *exclusifs* » entre ces deux entreprises, sous la forme d'un pacte de non agression au moment du renouvellement des contrats ;
- et, pour les clients dits « *partagés* » auxquels les deux entreprises fournissaient des services, de se concerter dans le but d'éviter des baisses de prix imposées par les clients, en coordonnant les offres tarifaires lors de la négociation des contrats.

Le GIE ELIS, les sept sociétés membres de ce groupement, la société Initial BTB (ainsi que le syndicat professionnel GEIST) ont choisi de ne pas contester les griefs respectifs qui leur étaient reprochés et ont donc sollicité le bénéfice des dispositions de l'article L.464-2-III du Code de commerce, en application duquel :

« 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. »

Dans le cadre de cette procédure, le GIE Elis et les membres du Groupement, ainsi que la société Initial BTB ont souscrit des engagements classiques en vue de « *modifier [leurs] comportements pour l'avenir* », comme ceux :

- de mettre en place des programmes « *visant à sensibiliser le personnel concerné sur les règles du droit de la concurrence et à l'informer des termes et de l'importance des présents engagements et de l'obligation de s'y conformer* »,
- de mettre en place des procédures concrètes de contrôle interne du respect des engagements souscrits,
- de faciliter la transmission des vêtements professionnels au nouveau prestataire en cas de changement de fournisseur (Initial BTB).

Mais ils ont également souscrit deux types d'engagements très novateurs :

a) un nouveau type d'engagement, tout à fait pragmatique, qui n'avait jusqu'alors jamais été validé par le Conseil de la concurrence : le « *whistleblowing* », connu au demeurant pour avoir été spontanément mis en place en interne par de nombreux groupes anglo-saxons ou japonais.

Il s'agit d'une procédure de contrôle interne à l'entreprise qui donne la **faculté aux salariés de dénoncer toute pratique prohibée dont ils pourraient avoir connaissance**, soit à la direction des ressources humaines, soit à une direction d'audit interne ou à un médiateur spécialement nommé à cet effet dans la société, **tout en bénéficiant de la confidentialité** de cette démarche.

L'engagement suivant a donc été convenu :

« La société Initial BTB s'engage à poursuivre les démarches visant à la mise en œuvre d'une procédure interne dite d'alerte ("whistleblowing") étendue aux infractions aux règles de concurrence (voir en annexe confidentielle le projet de code de bonne conduite de la société Initial BTB modifié en ce sens, dans le respect du Code du travail et des règles applicables en matière de données personnelles). »

« Cette procédure introduira la **faculté, pour tout salarié de la société Initial BTB, de signaler toute pratique anticoncurrentielle dont il aurait connaissance ou qu'il soupçonnerait** au directeur des ressources humaines de la société Initial BTB ou au directeur de l'audit interne de Rentokil Initial PLC. »

Le GIE ELIS et ses membres ont pour leur part souscrit un engagement « *vis-à-vis du personnel* » consistant à nommer un médiateur au sein du GIE ELIS, ayant notamment pour mission :

« de mettre en place une ligne téléphonique ou courrier électronique d'alerte **permettant, dans le respect de la réglementation et notamment de la loi "Informatique et Libertés", à tout employé d'ELIS ayant connaissance de pratiques potentiellement anticoncurrentielles, d'en informer le médiateur, qui garantira à cet employé la confidentialité** ».

Ce type d'engagement est dans la droite ligne du dispositif de clémence instauré par le paragraphe IV de l'article L.464-2 du Code du commerce qui incite les entreprises à révéler les ententes prohibées, moyennant une exonération/baisse de sanction.

L'incitation à dénoncer les pratiques anticoncurrentielles entre ainsi à l'intérieur des entreprises qui ont souscrit ce type d'engagement !

b) le GIE ELIS et ses membres ont, pour leur part, souscrit un engagement classique de donner « *instruction au personnel concerné de ne jamais participer à des réunions avec des représentants des entreprises concurrentes [...] à l'exception des réunions techniques organisées à la demande du client* », mais se sont cependant engagés – s'agissant de ces seules réunions autorisées – à :

« demander au client concerné qu'il participe ou soit représenté à chacune de ces réunions et qu'il établisse un compte rendu indiquant notamment la date et l'objet de la réunion ainsi que le nom et la fonction des participants et, le cas échéant, un relevé des décisions prises ».

Le fait de demander au client, s'agissant des réunions qu'il organise entre entreprises concurrentes de rédiger le compte rendu de la réunion est très novateur !

Initial BTB qui s'est également engagé à ne tenir des réunions techniques s'agissant des clients « *partagés* » « *qu'en présence du client et uniquement à la demande de celui-ci* » est convenu de désigner un responsable de l'audit interne

qui aura la faculté d'assister aux réunions et de procéder à toutes vérifications, et qui établira un compte rendu annuel de ses diligences transmis à la Direction générale de la société (et au Conseil de la concurrence, au moins les trois premières années).

Ces engagements ont permis une diminution des sanctions de 30% pour Initial BTB et de 25% pour les sociétés du groupement ELIS.

* * *

Cette décision soulève par ailleurs la question de l'indemnisation des victimes des dommages concurrentiels, qui rappelons-le, a été légitimée par la CJCE¹⁹ :

« les actions en dommages-intérêts devant les juridictions nationales sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans la Communauté ». « Un tel droit renforce [...] le caractère opérationnel des règles communautaires de concurrence et est de nature à décourager les accords ou pratiques souvent dissimulés susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. »

La jurisprudence française a établi que l'action en réparation du préjudice subi du fait des pratiques anticoncurrentielles s'inscrivait dans l'action quasi délictuelle de droit commun (articles 1382 et 1383 du Code civil)²⁰.

Ainsi, elle requiert la démonstration (avec charge de la preuve) :

- d'une faute (préconstituée en cas de condamnation par le Conseil de la concurrence),
- d'un dommage (direct et certain),
- et d'un lien entre la faute et le dommage (la pratique anticoncurrentielle doit avoir été la cause génératrice du dommage !).

Les ententes horizontales ayant causé un préjudice aux tiers, comme dans le cas d'espèce, peuvent ainsi donner lieu à indemnisation des victimes des dommages concurrentiels au moyen d'une assignation de l'auteur des pratiques, par procédure distincte, devant le Tribunal de commerce compétent, voire des juridictions de proximité.

Une union de consommateurs comme UFC – Que Choisir a ainsi diligenté une action – malgré l'absence d'action collective (« *class action* ») en droit français – dans l'affaire de la téléphonie mobile.

[19] CJCE, 20 septembre 2001, C-453/99 Courage.

[20] Cour d'appel de Paris, 22 octobre 1997, Société Concurrency/Sony.

Coopération commerciale ou tâches inhérentes à la qualité de distributeur

Par Arlette Gastaldy

Un arrêt de rejet de la Chambre commerciale du 20 février 2007 vient opportunément rappeler, d'une part, que constituent des « *services spécifiques* » susceptibles d'une rémunération au titre de la coopération commerciale les exigences spécifiques d'un fournisseur concernant la présence de ses produits en rayon et la « *détention de gamme* » par laquelle un fournisseur est assuré de la présence dans les linéaires d'une partie très importante ou de l'intégralité de sa gamme de produits.

Il est clair que le respect par le distributeur des préconisations du fournisseur relatives à la présentation de ses produits, de même que l'engagement de présenter en linéaire un certain nom-

bre de références, ne sont pas des obligations inhérentes à l'acheteur qui n'est finalement tenu que de payer la chose que lui a délivrée le vendeur en droit civil.

L'arrêt rappelle, d'autre part, que l'imprécision ou les erreurs dans le libellé des contrats de coopération commerciale ne sauraient constituer la preuve que les services n'ont pas été rendus.

Une infraction relative à une facturation insuffisamment précise ne saurait ainsi entraîner ipso facto la responsabilité du distributeur pour avoir obtenu un avantage quelconque ne répondant à aucun service commercial effectivement rendu !

Echanges d'information et pratiques anticoncurrentielles

Par Arlette Gastaldy

L'arrêt de la Chambre commerciale du 29 juin 2007 a partiellement cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 12 décembre 2006 sur la décision du Conseil de la concurrence 05-D-65 du 30 novembre 2005.

Il convient de rappeler que le Conseil avait lourdement sanctionné les trois opérateurs de téléphonie mobile auxquels il reprochait, d'une part, des échanges réguliers d'informations confidentielles de 1997 à 2003 relatives à leurs parts de marché et, d'autre part, un accord au cours des années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun.

La Chambre commerciale approuve l'arrêt de la Cour d'appel en ce qui concerne l'entente visant à stabiliser leurs parts de marché, **mais censure la Cour d'appel qui n'a pas recherché :**

« de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son

fonctionnement, de la nature d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisionnel de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné. » !

Cet arrêt est dans la ligne de celui de la CJCE du 23 novembre 2006 (aff.C-238/05) qui, saisie d'une demande question préjudicielle sur la licéité d'un système d'échanges d'informations entre établissements financiers sur la solvabilité des clients, invite la juridiction à vérifier si le système d'échanges produit un effet restrictif compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel se réalise cet échange.

Un échange d'informations confidentielles n'est pas constitutif en soi d'une pratique anticoncurrentielle.

Les échanges d'informations ne sont condamnables que pour autant qu'ils réduisent la part d'incertitude qui doit accompagner toute décision de stratégie commerciale de la part des opérateurs économiques parties à la communication des informations en cause.

Colloque « **Autorités publiques et concurrence** » organisé par la DGCCRF le 6 juin 2007

Par Louis-Gabriel Masson

→ **Introduction de Guillaume Cerruti :**

La Cour d'appel de Versailles a annulé la décision du Tribunal de commerce de Nanterre du 15 novembre 2005, relative à de fausses prestations de coopération commerciales rémunérées de surcroît rétroactivement.

Le ministre aurait dû, selon la Cour d'appel de Versailles, associer plus étroitement les fournisseurs à sa démarche.

Le directeur général de la concurrence a rappelé que deux autres Cour d'appel (Paris et Bourges) avaient jugé le contraire et validé le pouvoir d'action autonome du Ministre de l'économie pour demander la répétition de l'indû en cas de pratiques sanctionnées par l'article L.442-6 du Code de commerce. La Cour de cassation devra donc trancher la question de l'autonomie des pouvoirs du Ministre prévus par l'article L.442-6-III du Code de commerce.

La loi du 2 août 2005 prévoyant un rapport d'évaluation fin 2007, celui-ci devrait également aborder ce sujet.

→ **Introduction de Monsieur Michel Bazex :**

1) Les autorités publiques sont-elles concernées par le droit de la concurrence ?

Le Professeur Bazex rappelle que les autorités publiques ne sont, en principe, pas soumises au droit de la concurrence pour l'exercice de leur mission de service public (**Arrêt Eurocontrol de la CJCE, jurisprudence confirmée par un arrêt de la CJCE du 5 décembre 2006 relatif à l'ordre des avocats italien**).

L'assujettissement de certaines autorités publiques est toutefois prévu en vertu de l'article 4 du TCE ainsi que d'autres articles du traité (notamment les articles 95 et 96 du TCE, en vertu desquels les Etats membres doivent avertir la Commission en cas de risque pour la concurrence).

La décision du 30 novembre 2006 de la Commission européenne relative au tarif réglementé dans le secteur de l'énergie est venue confirmer l'assujettissement des personnes publiques exerçant une activité en matière d'énergie.

Le Professeur Bazex a rappelé ensuite la jurisprudence communautaire relative à l'assujettissement de certaines personnes publiques aux règles du droit de la concurrence :

– **CJCE, 16 novembre 1977, INNO/ATTAB** : les Etats ne doivent pas prendre de mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence ;

– **CE, 3 novembre 1997, Million et Marais** : la régularité d'une mesure étatique est évaluée, entre autres, au regard du respect des règles du droit de la concurrence.

2) Selon quelles modalités les autorités publiques peuvent-elles être soumises aux règles du droit de la concurrence ?

Le droit public de la concurrence est bien sûr constitué des règles du Code de commerce (TA Bastia, 6 février 2003, annulation de la passation d'un marché du fait de l'existence d'une entente) et des règles du Traité des Communautés européennes.

Les règles du droit public de la concurrence (droit de la concurrence adapté aux nécessités du droit public) s'appliquent à elles en étant adapté aux nécessités du droit public (préservation de l'environnement, intérêt général...).

→ **Intervention de Madame Caroline Montalcino « Pouvoirs publics et opérateurs publics, le droit de la concurrence omniprésent » :**

Les pouvoirs publics peuvent faire appel à des personnes publiques ou privées pour exercer leur mission de service public. La Cour de justice des communautés européennes (Arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle) a ainsi affirmé que le fait pour une autorité publique de ne pas exercer soi-même la mission de service public qui lui a été confiée, est un droit.

Les opérateurs exerçant une mission de service public (en principe avec des droits exclusifs et spéciaux) peuvent être des entreprises publiques ou privées (cf. art. 295 du TCE).

Madame Montalcino est ensuite revenue sur la définition du service d'intérêt économique général (article 86 du TCE), notion plus restreinte que la notion de service public, car elle ne concerne pas les services non marchands. Elle est également revenue sur la définition des

droits exclusifs et spéciaux qui correspondent au droit pour les pouvoirs publics de réserver à un organisme une intervention sur un territoire donné.

Les **missions de service public** peuvent être **attribuées par un acte unilatéral** (un texte législatif ou réglementaire). Dans ce cas, elles font l'objet de la part de la Commission européenne d'un contrôle sur l'erreur manifeste d'appréciation et la proportionnalité des restrictions de concurrence. Elles font également l'objet d'un encadrement par le droit communautaire des aides d'Etat, et d'un contrôle par le juge national (CE, 26 janvier 2007, IGN).

Les missions de service public peuvent également être **attribuées par un acte contractuel**. Les pouvoirs publics n'ont pas besoin de conclure un contrat pour attribuer la mission de service public à un service interne (« *exception in house* »). La portée de l'exception « *in house* » a été restreinte (CJCE, Parking Brixen, 13 octobre 2005).

L'attribution d'une mission de service public par contrat suppose une **mise en concurrence préalable** des candidats ainsi que la rédaction d'un **cahier des charges** (TA Caen, Société des hôtels et casinos de Deauville, 2 mai 2006) ; CJCE, Teleustria, 7 décembre 2000 ; CE, Corsica Ferries, 15 décembre 2006).

En apparence, les **modalités de financement** des missions de service public sont libres. Cependant, la réglementation communautaire des aides d'Etat restreint singulièrement cette liberté (Voir notamment CJCE, Altmark, 24 juillet 2003).

➔ **Intervention de Madame Sandra Lagumina, directrice juridique de Gaz de France, relative à l'application des règles de concurrence à Gaz de France :**

Rappel : Le capital de Gaz de France est détenu à 79,8 % par l'Etat. Cette société réalise un chiffre d'affaires de 27,6 milliards € et emploie 50 000 collaborateurs dont plus de la moitié hors statut de la fonction.

Les règles s'appliquant à Gaz de France sont celles du **droit de la concurrence** classique, ainsi que celles du **droit de la régulation**. Les deux types de règles sont **applicables concurremment** (Décision de la Commission européenne, Deutsche Telekom, 21 mai 2003) (ce n'est pas le cas des Etats-Unis, cf. arrêt Trinko).

La principale règle de droit gazier est consti-

tuée par l'article 15 de la loi du 3 janvier 2003. Le droit gazier est marqué par l'importance des obligations de service public (inhérentes à la sécurité des personnes, la continuité de la fourniture, la qualité des prix et des produits, le développement équilibré du territoire. NB : l'offre de tarifs réglementés ne constitue pas une obligation de service public gazier).

Les acteurs du marché gazier sont astreints à la « **péréquation tarifaire** » (proposition d'un tarif unique pour tout le territoire et pour les personnes ayant accès au gaz).

Un contrat de service public a été signé entre GDF et l'Etat le 10 juin 2005. Il définit les « *OSP* » (« *Obligations de service public* ») et le tarif réglementé.

GDF, opérateur historique, est débiteur d'obligations particulières :

- assurer l'accès des tiers aux infrastructures,
- organiser la neutralité entre les activités de commercialisation et d'infrastructures i) par la séparation juridique et comptable (comptabilité séparée entre les filiales de transport et de distribution), ii) par la garantie de l'indépendance des filiales régulées (la société mère n'a qu'un pouvoir de supervision), et iii) par la non communication d'informations commercialement sensibles.

La problématique de la **relation de GDF avec l'Etat** est marquée par le contrôle des aides d'Etat (Décision de la Commission, 12 février 2004, Ryanair) et par la théorie de l'abus de position dominante automatique (CE, 29 juillet 2002, Cogedim).

Quand l'Etat fixe un tarif, il doit en effet permettre, voire préserver, une certaine concurrence (Recours actuel de POWEO devant le Conseil d'Etat à propos de la non augmentation des tarifs).

En ce qui concerne la **problématique de la relation entre GDF avec les nouveaux entrants** et les clients nouveaux, des infractions peuvent être commises par GDF (théorie des infrastructures essentielles, non respect du droit de la concurrence en raison de la méconnaissance de prescriptions contractuelles, subventions croisées prohibées, pratiques discriminatoires prohibées). Les sanctions encourues par GDF sont, soit des sanctions pécuniaires, soit un refus des autorités de concurrence d'autoriser des concentrations auxquelles participe GDF.

➔ **Intervention de Jean-Mathieu Cot et Miguel Odriozola relative à l'affaire ENDESA :**

Jusqu'où un Etat membre peut-il aller pour freiner une opération de concentration et favoriser un acteur national ?

Par un arrêt du 23 mai 2003, La CJCE avait jugé la « *golden share* » (action détenue par l'Etat lui permettant de s'opposer au rachat de tout ou partie du capital par un agent économique) contraire au droit de la concurrence, et en particulier à l'article 56 du Traité CE relatif à la liberté de circulation des capitaux.

En 2005, GAS NATURAL, numéro un espagnol du gaz, lance une OPA sur ENDESA, numéro un espagnol de l'électricité (opération de dimension non communautaire car les deux entreprises réalisaient plus des deux tiers de leur chiffre d'affaires sur le marché espagnol).

Le 21 février 2006, E.ON lance une OPA sur ENDESA.

Afin d'éviter que cette dernière OPA ne réussisse, le gouvernement espagnol publie un décret royal en urgence pour subordonner toute OPA à l'autorisation du CNE (autorité de régulation espagnole dans le secteur de l'énergie).

Un recours en manquement est instruit par la Commission européenne contre le gouvernement espagnol.

Le 26 mai 2006, l'Espagne abroge le régime de « *golden share* » conformément à l'arrêt de la CJCE du 23 mai 2003.

Le 27 juillet 2006, le CNE autorise l'OPA de E.ON sur ENDESA à la condition que E.ON cède 30 % de ses actifs en Espagne, sans consulter la Commission européenne.

Le 20 décembre 2006, la Commission européenne condamne l'Espagne pour violation de l'article 21 du règlement n° 139/2004, et enjoint à l'Espagne de retirer les conditions que la CNE a posées pour autoriser l'OPA de E.ON.

Finalement E.ON accepte des conditions réduites posées par le CNE, alors que la Commission instruit un recours en manquement contre l'Espagne.

Mais ACCIONA et ENEL lancent le 26 mars 2007 une OPA conjointe sur ENDESA, qui réussit (après transaction avec E.ON). Finalement E.ON n'aura pas pu racheter ENDESA, mais prend part à son capital.

Mise au point de la Cour de cassation quant aux conditions de l'action en concurrence déloyale par rapport à celles de l'action en contrefaçon

Par Eléonore Camilleri

Par un arrêt du 12 juin 2007²¹ et le communiqué y afférent²², la Cour de cassation apporte quelques précisions et clarifications sur les conditions de l'action en concurrence déloyale par opposition à celles relatives à l'action en contrefaçon, à l'occasion d'une affaire opposant des fabricants de lunettes de protection.

Il s'agissait des actions engagées par les sociétés Bollé Protection et Bushnell Performance Optics Europe à l'encontre de la société Euro

Protection sur le fondement de la contrefaçon de dessins et modèles de lunettes de protection ainsi que sur le fondement de la concurrence déloyale.

La Cour d'appel de Lyon avait débouté les sociétés Bollé et Bushnell de leurs demandes en considérant :

- d'une part, que les lunettes en cause n'étant pas protégeables au titre du droit d'auteur, faute d'originalité, l'action en contrefaçon devait être rejetée ;
- d'autre part, que l'action en concurrence déloyale devait être également rejetée dès lors qu'elle reposait sur les mêmes faits que

(21) Cass. com. 12 juin 2007, n° pourvoi 05-17349.

(22) Communiqué du Service de documentation et d'études de la Cour de cassation disponible sur le site de la Cour de cassation (<http://www.courdecassation.fr>).

ceux invoqués au titre de la contrefaçon, à savoir l'imitation de modèles qui ne présentent aucune originalité.

A ce titre, il convient de rappeler que la jurisprudence estime traditionnellement que lorsqu'elle s'accompagne d'une action en contrefaçon, l'action en concurrence déloyale ne peut être accueillie favorablement que si elle repose sur des faits distincts par rapport à ceux constituant les actes de contrefaçon. En effet, ces deux actions ne font pas double emploi et visent à sanctionner des faits de nature différente : alors que l'action en contrefaçon vise à sanctionner l'atteinte portée à un droit privatif, l'action en concurrence déloyale a pour objectif de sanctionner les comportements contraires à la loyauté commerciale.

Les demanderesse ayant formé un pourvoi, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel sur le terrain de la concurrence déloyale en soulignant, au visa de l'article 1382 du Code civil, que l'absence d'originalité ne pouvait être retenue par la Cour d'appel pour rejeter l'action en concurrence déloyale :

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif, et que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale à raison de sa copie, cette circonstance n'étant que l'un des facteurs possibles d'appréciation de l'existence d'une faute par création d'un risque de confusion, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Il ressort de cet arrêt que la démonstration de faits distincts de ceux invoqués au titre de la contrefaçon n'est pas nécessaire lorsque l'action en contrefaçon est rejetée pour défaut de droit privatif. Autrement dit, si seule l'action en concurrence déloyale est recevable, en cas de demandeur non propriétaire d'un droit privatif, les éléments qui auraient pu constituer un acte de contrefaçon peuvent utilement être invoqués à l'appui de cette demande.

Il ne s'agit pas à proprement parler d'un revirement ni d'une nouveauté, puisque la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises en matière de marque et notamment dans un arrêt en date du 13 décembre 2005, d'affirmer que :

« la société exploitante d'une marque, qui ne dispose pas d'un droit privatif sur le titre de propriété industrielle, est recevable à agir en concurrence déloyale, peu important que les éléments sur lesquels elle fonde sa demande soient les mêmes que ceux que le titulaire de la marque a pu opposer au titre de la contrefaçon » ²³.

Force est de constater que le réel intérêt de l'arrêt du 12 juin 2007 se trouve principalement dans le communiqué qu'en a fait le Service de documentation et d'étude de la Cour de cassation. Ce communiqué vient, en effet, rappeler de manière précise les conditions d'examen d'une action en concurrence déloyale, dans l'hypothèse d'un objet imité ou reproduit :

« Il s'agit en matière de concurrence déloyale, d'une approche concrète, circonstanciée, limitée, de l'atteinte à un intérêt relatif, attaché à la connaissance de l'objet imité, quel qu'il soit (modèle, enseigne, dénomination sociale...), dans le cadre où ils sont utilisés ; en définitive, de l'atteinte induite ou préjudiciable à un commerce paisible. [...] »

Il faut examiner, au regard de l'existence d'un risque de confusion ou d'une captation parasitaire, l'ensemble des facteurs soumis au débat, tels que l'ancienneté d'usage de l'objet copié, la réalité du public concerné, l'intensité de la reconnaissance acquise auprès de ce public, le caractère, en effet, plus ou moins arbitraire, original, distinctif ou fonctionnel de cet objet, le caractère systématique ou répétitif de la copie, bref, de façon générale, évaluer tout ce qui peut être utile à conclure, ou à exclure, que cette imitation soit fautive et dommageable.

Cet examen doit être mené en fonction des faits du litige, tels que concrètement établis selon les obligations de preuve incombant à chaque partie, mais non point par référence à des principes généraux, comme l'originalité absolue de l'objet en question, qui ne relèvent pas des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute. »

Ces précisions ne pourront qu'être utiles aux juges du fond, ainsi qu'aux justiciables.

[23] Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-10775.

Décision n° 07-D-15 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics des lycées d'Ile-de-France

Par Clémence Ducros

Les acteurs français du BTP n'en ont pas fini avec l'affaire des marchés « truqués » de rénovation des lycées d'Ile-de-France.

Après une condamnation définitive au pénal prononcée le 27 février 7 par la Cour d'appel de Paris sur le fondement de l'article L.420-6 du Code de commerce²⁴, le Conseil de la concurrence, qui s'était saisi d'office, a sanctionné douze entreprises du BTP à hauteur de 47,3 millions d'euros pour une entente générale et continue visant la répartition de 88 marchés publics d'un montant total de 10 milliards de francs.

L'entente générale a fonctionné pendant sept ans avec un mode opératoire identique : les entreprises étaient présélectionnées par une commission interne occulte puis chaque entreprise faisait connaître ses choix et indiquait ses prix à ses concurrents ou renonçait en déposant une offre de prix délibérément majorée, autrement dit « *une offre de couverture* » !

Le Conseil a estimé que l'extrême gravité des comportements en cause et le caractère exceptionnel du dommage à l'économie qu'ils ont causé justifiaient des sanctions exemplaires, à savoir des sanctions maximales à hauteur du plafond applicable (soit 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice clos), selon la législation applicable à l'époque des faits.

Deux difficultés juridiques ont été soulevées dans cette affaire, **le caractère général et continu de l'entente (I) et la preuve de l'entente de répartition des marchés (II)**.

I. Le caractère général et continu de l'entente

Le Conseil retient que l'entente générale qui a été initiée par un accord de principe lors des premières réunions inaugurales, s'est poursuivie lors de chaque vague de marchés d'entreprise de travaux publics (METP) par le biais de nouvelles réunions ou d'échanges d'informations.

(24) « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2. »

Le Conseil a rejeté l'argument avancé par les entreprises en cause selon lequel le principe d'un accord de répartition générale des 90 METP conclu en 1990 est impossible, car à cette date les entreprises n'avaient pas connaissance de la totalité des 90 METP et ne connaissaient pas les entreprises qui seraient présélectionnées sur chacun des appels d'offres et qu'en conséquence, le rapporteur aurait dû démontrer l'entente pour chacun des marchés concernés.

Le Rapporteur constate en effet que la présente entente est un accord complexe et considère que :

« La circonstance que les parties à la concertation soient intervenues à des moments différents et n'aient pas joué le même rôle dans l'entente ne fait évidemment pas obstacle à ce que leur responsabilité soit retenue au titre de cette infraction complexe, les particularités de leur participation n'étant prises en compte qu'au titre de la sanction. Dès lors, le fait que certaines entreprises n'aient pas obtenu de marchés ou n'aient été sélectionnées que pour certaines vagues ne suffit pas à les exonérer des conséquences de leur participation à un accord qui visait l'ensemble des vagues et à la réalisation duquel elles ont consenti. »

[...]

« Il résulte de ce qui précède que les entreprises ont décidé de répartir entre elles les marchés METP avant le lancement de la première vague, dès les premières réunions inaugurales de 1989-1990. Bien que le partage de l'ensemble des METP n'ait pas été alors décidé, cette circonstance est indifférente pour caractériser l'accord de volonté des entreprises qui s'est manifesté par un accord de principe sur la répartition des METP présents et à venir, puis a été réitéré lors de chaque vague METP. La responsabilité d'une entreprise dans l'entente générale portant en l'espèce sur 88 marchés différents ne se limite pas au(x) seul(s) marché(s) dont l'entente lui a permis d'être attributaire mais s'applique aussi à l'ensemble des marchés qui ont fait l'objet de la répartition. »

Le caractère continu et général de l'entente a donc bien été retenu par le Conseil, ce qui implique que la prescription de trois ans (prévue alors et de cinq ans aujourd'hui !) prévue par l'article L.462-7 du Code du commerce a com-

mencé à courir à compter du moment où a cessé l'entente générale !

II. La preuve de l'entente de répartition des marchés

En l'absence d'indices matériels d'échanges d'informations préalables au dépôt des offres sur les marchés METP, le Conseil de la concurrence s'est fondé sur les seules déclarations recueillies au cours de l'instruction pénale !

Les mis en cause n'ont pas manqué de contester la validité de la communication du dossier pénal prévu par l'article L.463-5 du Code de commerce qui dispose que :

« Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi. »

Les entreprises ont notamment soutenu que les auditions tirées de la procédure d'instruction ne pouvaient leur être opposées car ne respectant pas les règles procédurales applicables en droit de la concurrence.

Le Conseil a cependant rappelé une précédente décision du 21 mars 2006²⁵ dans laquelle il avait déjà constaté que l'article L.463-5 du Code de commerce ne prévoit aucune restriction de l'utilisation de pièces pénales communiquées au Conseil et avait reconnu la même valeur probatoire de ces pièces qu'à celles issues des procédures de concurrence :

« Ces pièces peuvent donc fonder les griefs de la même façon que les pièces issues d'une enquête administrative. De même que le rapporteur peut fonder son analyse des griefs sur le rapport d'enquête administrative qui lui est transmis par le ministre chargé de l'économie sans procéder lui-même à des actes d'instruction, de même il peut procéder à cette analyse à partir des documents et pièces de la procédure pénale qui lui ont été communiqués et qui sont de nature à caractériser les griefs, sans procéder à des actes d'investigation complémentaires, s'il estime les poursuites suffisamment fondées par ces documents et pièces. En l'espèce, le dossier de la procédure devant le Conseil est en effet constitué par les seuls documents et pièces transmis par le juge d'instruction et a été

ouvert à la consultation des parties qui ont été appelées à en discuter le contenu en présentant leurs propres moyens et pièces. Ces documents et pièces extraits de la procédure pénale sont nécessairement des copies, l'original de ces pièces figurant au dossier de l'information pénale. »

S'agissant plus particulièrement **des auditions**, le Conseil a constaté le respect de l'ensemble des règles procédurales applicables en droit de la concurrence :

« Pour répondre aux arguments développés par les parties, premièrement, s'agissant du cadre procédural, les auditions des personnes mises en cause menées par les juges d'instruction comportent des garanties, quant aux droits de la défense, puisqu'elles sont reçues par le juge assisté d'un greffier assermenté, en présence de l'avocat de la personne auditionnée, lequel a eu connaissance et reçu copie de l'entier dossier d'instruction avant l'audition de son client et peut également intervenir au cours de l'audition. Des confrontations et des actes d'instruction complémentaires peuvent également être sollicités par les parties ; leur refus doit être motivé par le juge d'instruction ; des voies de recours en cours d'instruction sont permises (cf. chapitre premier du code de procédure pénale et notamment ses articles 81, 101, 105, 106, 107, 114, 115, 116, 120, 121).

Quant aux auditions réalisées par les officiers de police judiciaire sur commission rogatoire, elles sont effectuées sous le contrôle du juge d'instruction. Enfin, les personnes placées en garde à vue ont bénéficié des droits prévus par le code de procédure pénale. Les auditions comme toutes les pièces d'instruction peuvent être soumises au contrôle de la chambre de l'instruction.

[...]

Dans le présent dossier, les déclarations ont été recueillies régulièrement dans une procédure d'instruction puis soumises au contradictoire des parties dans la procédure suivie par le Conseil. »

On retiendra que les pièces tirées du dossier pénal peuvent être opposées aux entreprises mises en cause, parce que régulièrement obtenues dans le cadre de la procédure pénale, puis soumises au contradictoire des parties dans la procédure suivie par le Conseil : elles sont donc conformes aux règles procédurales applicables en droit de la concurrence.

[25] Cons. Conc., décision n°06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France.

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 1^{er} mai 2004 du règlement 1/2003 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ 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 après les décisions « Sanitaire - Chauffage » et « Parfums » des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence] ;

■ 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 marchés 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

MG

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