

Juin 2006**Sommaire :**

▶ Quelques décisions de condamnation en matière de facturation, prononcées à l'encontre d'enseignes de la grande distribution :	
* Tribunal correctionnel de Nantes - 29 septembre 2005 (deux affaires)	
* Tribunal correctionnel de Créteil - 16 décembre 2005 - Affaire Ministère Public c/ Baud/Franprix	
Par Jean-Christophe Grall	1
▶ Procédure d'engagements et distribution sélective : petits arrangements avec Internet –	
Par Nathalia Kouchnir-Cargill	4
▶ Règlement n° 1400/2002 : Le Conseil de la Concurrence refuse de mettre le Turbo –	
Par Thomas Lamy	5
▶ Revirement en matière de déchéance d'une marque pour défaut d'usage sérieux –	
Par Emmanuelle Laur-Pouédras	7
▶ La pratique des « <i>marchandiseurs</i> » et le risque pénal encouru par les fournisseurs de la grande distribution : brève analyse à la lumière de l'affaire Carrefour de Perpignan - Par Grégory Desbrandes	8
▶ Royal Canin, la réforme : arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2006 - Par Erwan Le Morhedec	10
▶ Le Conseil de la concurrence franchit la porte de la clémence – décision du 11 avril 2006 –	
Par Nikoletta Nagy	12
▶ Le Rapport annuel 2005 de la Cour de justice des communautés européennes : retour sur une « <i>année de consolidation</i> » - Par Eléonore Camilleri et Charlotte Grass	14
▶ Quelques informations	17

Quelques décisions de condamnation en matière de facturation, prononcées à l'encontre d'enseignes de la grande distribution !**- Par Jean-Christophe Grall -****Tribunal correctionnel de Nantes
29 septembre 2005 [deux affaires] :****Première affaire : Ministère Public c/ Société Coopérative d'Approvisionnement de l'Ouest.**

Le Tribunal correctionnel de Nantes sanctionne la **Société Coopérative d'Approvisionnement de l'Ouest** (ci-après dénommée « *SCAO* ») à hauteur de 100.000 euros, pour violation des dispositions visées sous l'article L.441-3 du Code de commerce :

- en premier lieu, en raison de l'**émission tardive** des factures correspondant aux prestations de coopération commerciale, certaines factures ayant été émises dans

des délais supérieurs à 150 jours après la fin de la prestation, d'une part, et de l'**absence de date de réalisation des prestations**, d'autre part ;

- en second lieu, en raison de l'**imprécision liée à la quantité et au prix unitaire hors TVA des services rendus**, chacune des prestations ayant en effet dû être quantifiée avec mention de son prix unitaire,
- en troisième lieu, et surtout pourrait-on dire, au motif de l'**absence de mention de la dénomination précise des services rendus par Système U**.

A cet égard, le Tribunal correctionnel de Nantes précise ce qui suit :

« Les explications fournies relèvent en effet soit de l'explication théorique de la prestation, soit du mode de gestion de l'entreprise ou de certains de ses produits. »

Citons par exemple celles données par le représentant de la société lorsqu'il est entendu, relative à la mention qui figure sur un certain nombre de factures "amélioration des performances logistiques" :

- "deux aspects : l'ensemble des industriels crée de plus en plus de références pour le consommateur ; or notre outil logistique ne permet pas d'accueillir la totalité des produits. Cela permet à nos industriels de proposer des références complémentaires etc. "

D'autres désignations sont aussi critiquables :

Citons par exemple le libellé suivant :

- "Présence sur prospectus régional : Qui dit mieux" – Aucune indication sur le nombre de prospectus diffusés, sur le nombre de produits mis en valeur, sur les dates de diffusion, etc.

La mention " Développer les flux d'informations (EDI) gamme 01 – Aide culinaire – Couscous " est tout aussi imprécise.

La dénomination "Analyse d'assortiments" – Information sur le suivi des dates limites de vente des produits du 01.01.2000 au 31.12.2000 (facture du 26.09.2000 pour 66.161,48 francs émise auprès de la SA Gratien et Meyer) ne laisse apparaître aucune information sur le type d'analyse menée, le temps passé, les moyens mis en œuvre, la fréquence des informations, etc.) ».

Le Tribunal correctionnel de Nantes en conclut fort logiquement que les retards apportés à l'émission de plusieurs factures, leur libellé pour beaucoup d'entre elles rédigé en termes généraux, non différenciés selon les produits distribués ou les prestations fournies, ne répondent pas à la volonté du législateur d'établir une véritable transparence dans les relations commerciales et les prix pratiqués, étant rappelé que ces prestations facturées représentent des sommes considérables.

Le montant de l'amende délictuelle s'établit à 100.000 euros, l'article L.441-4 du Code de commerce prévoyant pour sa part un montant maximal de 375.000 euros pour la personne morale poursuivie, étant toutefois précisé que l'amende peut aussi être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

En l'espèce, le montant total des factures émises par la Centrale Régionale Système U en cause s'élevait

à 1.058.376 euros, ce qui aurait donc pu permettre au Tribunal correctionnel de Nantes de prononcer une sanction supérieure à 500.000 euros !

Somme toute, la sanction prononcée à due concurrence de 100.000 euros peut donc apparaître relativement clémente.

Deuxième affaire : Ministère Public c/ Centrale Régionale Système U Ouest

Le Tribunal correctionnel de Nantes condamne la **Centrale Régionale Système U Ouest (ci-après dénommée « CRSUO »)**, à une amende de 100.000 euros pour infraction aux dispositions visées sous l'article L.441-3 du Code de commerce,

- en premier lieu, pour **émission tardive des factures de coopération commerciale**, « de nombreuses factures "oubliées" laissent ainsi apparaître des retards de plus de 100 jours après la date de fin de la prestation de service concernée » ;
- en second lieu, pour **absence de mention de la date d'exécution desdites prestations**, le libellé de 28 factures relatives aux « actions de diffusion du complément d'assortiment régional » ne répondant pas aux obligations légales édictées par l'article L.441-3 du Code de commerce, indiquant en effet en termes très généraux une prestation qui se limite à la reproduction de l'intitulé du contrat ou du « type de service rendu », avec parfois une indication supplémentaire relative au taux de rémunération pratiqué selon un chiffre d'affaires qui n'est pas rappelé sur la facture.

A cet égard, le Tribunal correctionnel de Nantes rappelle ce qui suit :

« Par ailleurs, il semble acquis que le distributeur lors de l'établissement des contrats de coopération, pour déterminer le prix des prestations facturées, a dû se livrer à une évaluation précise des coûts et des services rendus ; il lui était ainsi aisé de faire figurer sur la facturation les opérations concrètes essentielles permettant d'identifier les prestations fournies, sans qu'il y ait besoin de se référer au **contrat de coopération commerciale dont le libellé, pour les actions de diffusion, se limite à fournir des informations relatives à la gestion commerciale de la société** ».

Le Tribunal relève également une infraction à l'encontre de la CRSUO, pour **absence de dénomination précise des prestations rendues**

par Système U « *les factures, au nombre de 15, émises en application des contrats de coopération commerciale des opérations promotionnelles d'ouverture et réouverture des magasins U pour l'année, outre les sommes à payer, ne mentionnent que le seul intitulé de la prestation, sans qu'aucune indication concrète n'y figure ; la durée des opérations promotionnelles, leur nature, la place occupée par les produits sur lesquels portent les promotions, leur quantité, etc., font défaut, ainsi que la liste des points de vente* » !

A méditer !

Et de conclure que, outre les retards apportés à l'émission de plusieurs factures, leurs libellés rédigés en termes généraux, non différenciés selon les produits distribués et les fournisseurs co-contractants, ne répondent pas à la volonté du législateur d'établir une véritable transparence dans les relations commerciales et les prix pratiqués, étant observé, comme le soutient la DGCCRF, que **le pourcentage des prestations par rapport aux montants des achats peut atteindre 44,6 % et entre 22,7 et 37,9 % pour les autres fournisseurs.**

Là encore, eu égard au montant total facturé par Système U, le montant de l'amende peut apparaître somme toute très élément.

Ces deux jugements font l'objet d'un appel !

Tribunal correctionnel de Créteil - 16 décembre 2005 - Affaire Ministère Public c/ Baud/Franprix

Dans son jugement du 16 décembre 2005, le Tribunal correctionnel de Créteil a condamné la société Baud, pour infraction aux dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce, après avoir relevé qu'au cours de la période 2000/2001, plus d'une centaine de **factures d'acompte** sur la rémunération annuelle due au titre des services de coopération commerciale ne respectaient pas les règles de facturation, en ce que, et alors même qu'il s'agissait de factures d'acompte, chacune de ces factures « *devait être analysée isolément et décrire avec une précision suffisante la nature de la prestation pour laquelle elle est émise et la date à laquelle cette prestation a été effectuée* ».

Pour le Tribunal correctionnel de Créteil, point de différence en conséquence entre une facture d'acompte et une facture portant sur le paiement de la totalité de la rémunération due.

Chaque facture, qu'elle soit d'acompte ou non, doit préciser la nature de la prestation concernée, les dates auxquelles la prestation a été réalisée, ainsi

que le prix unitaire du service ; le Tribunal ne manquant pas de relever que si les contrats de coopération commerciale auxquels les factures peuvent renvoyer viennent apporter quelques informations en des termes au demeurant elliptiques (exemple : « *présence en magasin de la gamme référencée* »), il n'en demeure pas moins que **chaque facture doit être respectueuse des dispositions strictes de l'articles L.441-3 du Code de commerce.**

A méditer là encore !

Rappelons que sur un plan fiscal, l'instruction 3C.A n° 136 du 7 août 2003 précise que les factures d'acompte peuvent ne pas mentionner l'ensemble des mentions obligatoires lorsque les informations nécessaires à leur établissement ne sont pas connues au moment de leur émission et qu'il en va ainsi de l'émission de factures d'acompte lorsque la date exacte de la ou des opérations en cause, la quantité ou le prix exact du bien ou du service, lorsqu'ils sont variables ou aléatoires, ne sont pas connus.

Cependant et à tout le moins, que ce soit en Droit de la concurrence ou bien en Droit fiscal, la dénomination précise du service doit être indiquée, qu'il s'agisse d'une facture d'acompte ou de toute autre facture.

Le Tribunal correctionnel de Créteil condamne la société Baud à une peine d'amende de 120.000 euros, ainsi qu'à la publication du jugement dans le journal « *Les Echos* ».

* * *

Les décisions qui précèdent, ajoutées à celles rapportées dans « *La Lettre du Cabinet* » du mois de mars 2006, consacrée aux décisions parmi les plus importantes rendues au cours de l'année 2005 concernant les relations Industrie/Commerce, viennent renforcer le message très clairement délivré par les services de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, ainsi que par les Directions Régionales ou Départementales, d'une part, et par les Tribunaux correctionnels ou les Parquets, très fortement sensibilisés à l'application des dispositions relevant des pratiques restrictives de concurrence, d'autre part, à savoir que l'on ne doit pas « *plaisanter* » ou à tout le moins ne le peut-on plus, avec l'application stricte des règles de facturation !

Celles-ci sont connues ; La loi Dutreil du 2 août 2005 n'a pas apporté de modifications aux dispositions de l'article L.441-3 du Code de commerce, et chaque opérateur économique, qu'il

soit fournisseur, grossiste, distributeur spécialisé ou non, est averti des sanctions qui pèsent désormais sur sa tête et que les sanctions prononcées ne le sont pas exclusivement à l'égard des voisins, concurrents, fournisseurs ou distributeurs.

En outre, rappelons que l'article L.441-3 du Code de commerce édicte un principe de coresponsabilité en matière de facturation et que pour une facture mal rédigée, la sanction maximale peut s'établir à 75.000 euros pour le représentant légal (ou son délégataire) de l'entreprise ayant émis la facture incriminée et pour celui de l'entreprise l'ayant reçue et acceptée, d'une part, et à 375.000 euros pour chacune de ces deux entreprises, d'autre part, soit un total maximal de 900.000 euros ...

Procédure d'engagements et distribution sélective : petits arrangements avec Internet

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004, portant adaptation de certaines dispositions du Code de Commerce au droit communautaire de la concurrence, a introduit une nouvelle disposition à l'article L.464-2 du Code de commerce : la procédure d'engagements.

Désormais, le Conseil de la Concurrence « peut [...] accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ».

Les règles de cette procédure ont été précisées dans le Décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005.

Il est prévu par ce texte, avant toute acceptation des engagements proposés par les entreprises, une évaluation préliminaire des pratiques en cause par le Rapporteur saisi du dossier puis, une fois les engagements proposés dûment formalisés par la ou les entreprises concernées, la communication de leur contenu aux auteurs de la saisine ainsi qu'au Commissaire du Gouvernement et une publication par tout moyen d'un résumé de l'affaire et des engagements proposés pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations.

Dans ce cas, un délai est fixé pour la production des observations des parties, du Commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, des tiers intéressés, ces observations étant versées au dossier. C'est une fois cette procédure respectée que les parties sont à nouveau convoquées et que le Conseil de la Concurrence statue.

S'il considère que les engagements proposés sont de nature à répondre au problème de concurrence soulevé par l'affaire portée devant lui, il peut, constatant qu'il n'y a plus lieu d'agir, procéder à la clôture du cas en prenant acte de ces engagements qui prennent alors un caractère obligatoire.

Dans le cadre de cette procédure, le Conseil de la Concurrence a publié récemment les propositions d'engagements de certaines sociétés inquiétées sur la validité de leur réseau de distribution sélective et qui ont préféré proposer au Conseil des modifications de leur contrat cadre plutôt que d'encourir d'éventuelles sanctions pour entente anticoncurrentielle.

Les préoccupations de concurrence évoquées alors par le Conseil dans le cadre de son évaluation préliminaire des pratiques en cause concernaient notamment le problème de la distribution sur Internet.

Ainsi, à la suite d'une saisine déposée fin 2005 par la société Bijourama qui vend sur Internet des produits d'horlogerie, bijouterie et joaillerie, le Conseil de la Concurrence a reçu de la part de la société Festina France des propositions d'engagements et en a publié un résumé sur son site web.

La saisine du Conseil par la société Bijourama faisait suite au refus opposé par la société Festina à sa demande d'agrément pour intégrer le réseau de distribution sélective des produits du groupe Festina-Lotus en France.

La société Festina France avait motivé son refus principalement par le fait qu'elle ne souhaitait pas vendre ses montres par l'intermédiaire de distributeurs utilisant exclusivement des sites Internet comme moyen de vente au consommateur final sans avoir de magasin.

La société Bijourama considérait de son côté que ce refus était illégitime et discriminatoire et contestait par ailleurs la validité du contrat de distribution sélective mis en place par la société Festina en ce qu'il excluait a priori une forme de distribution.

Procédant à l'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence soulevées par cette affaire, le Rapporteur du Conseil a estimé que si le principe de la mise en place d'un réseau de distribution sélective pour les ventes des montres du groupe Festina-Lotus n'apparaissait a priori pas illicite, le contrat quant à lui soulevait des difficultés.

Et c'est sur le point précis du problème de la vente sur Internet que le Rapporteur s'est prononcé.

Il a exposé, ainsi que le résume la décision n° 06-S-01 du 3 février 2006 du Conseil de la Concurrence prononçant le sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure d'engagements :

« ... ce contrat ne contient aujourd'hui aucune disposition régissant la vente sur Internet. En conséquence, Festina France ne peut se fonder uniquement sur celui-ci pour justifier son refus d'agrément. Or, l'absence de règles applicables à la vente sur Internet des produits distribués par Festina France, alors que des autorisations ponctuelles et informelles sont accordées aux distributeurs déjà agréés disposant d'un magasin pour recourir à ce type de vente est susceptible de conduire à des restrictions de concurrence, le cas échéant inacceptables, tant en ce qui concerne les conditions d'agrément des distributeurs au sein du réseau de distribution sélective que les conditions dans lesquelles les membres de ce réseau peuvent recourir à la vente sur Internet ».

En particulier, le Rapporteur a rappelé que, selon une pratique décisionnelle constante, le Conseil considère que la liberté d'organisation du réseau de distribution par le fournisseur est de droit, sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché mais estime que :

« l'absence, en l'espèce, de règle applicable est susceptible de conduire directement ou indirectement à une restriction de la possibilité de vendre sur Internet pour les membres du réseau et donc à une restriction de vente active ou passive interdite par l'article 4 du Règlement n° 2790/99 ».

Le Conseil considère alors que la procédure d'engagements est a priori adaptée pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées dans cette évaluation et a en conséquence sursis à statuer pour laisser un délai à Festina France lui permettant de présenter les engagements envisagés.

Et de fait, les engagements de la société Festina, et notamment son projet d'avenant à son contrat cadre de distribution se proposant de régir la distribution de ses produits sur Internet, ont été publiés sur le site du Conseil dans l'attente des observations de tiers.

Et on constate en visitant ce site que la problématique de la distribution sur Internet est

d'actualité à la lecture de la publication des engagements proposés par trois autres sociétés dans le secteur des matériels Hi Fi et Home Cinéma.

Ces sociétés distribuant leurs produits dans le cadre de réseaux de distribution sélective avaient effectivement prévu dans leurs contrats des dispositions restreignant la vente sur Internet et, dans le cadre de son communiqué de procédure, le Conseil confirme qu'il y voit une « *préoccupation de concurrence* », rappelant à cet égard les dispositions de l'article 4 du Règlement n° 2790/1999 de la Commission Européenne du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux classant, parmi des restrictions emportant la non-application de l'exemption, « *les restrictions de ventes actives ou de ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché* ».

Ainsi, il apparaît clairement que si le Conseil de la Concurrence a pu décider par le passé que l'application discriminatoire de critères de sélection d'entrée dans un réseau de distribution sélective ne constituait pas une pratique anti-concurrentielle dans la mesure où il ne s'agit pas d'une restriction caractérisée au sens du Règlement n° 2790/1999, l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre sur Internet pourra être considérée comme une clause noire dans la mesure où Internet est un mode de vente passive et qu'en l'interdisant, le fournisseur limite les possibilités de ventes passives de ses distributeurs, rendant de ce fait leurs accords anti-concurrentiels.

Il est donc plus prudent, pour les fournisseurs vendant leurs produits dans le cadre de réseaux de distribution sélective, de prévoir désormais dans leur contrat cadre, ou par avenant, des dispositions spécifiques relatives à la disposition de leurs produits sur Internet.

Règlement n° 1400/2002 : Le Conseil de la Concurrence refuse de mettre le Turbo !

- Par Thomas Lamy -

C'est une décision très intéressante que vient de rendre le Conseil de la Concurrence le 16 mai 2006¹, tant sur la question des règles de procédure que sur le fond du droit.

¹ Conseil de la Concurrence, décision n° 06-D-11 du 16 mai 2006, « *relative à une saisine de la société Turbo Europe* ».

En l'espèce, la SARL Turbo Europe, qui a pour activité le commerce de véhicules automobiles en dehors du cadre des réseaux de distribution « officiels » mis en place par les constructeurs, avait saisi le Conseil de la Concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Renault, Peugeot et Citroën qui, selon elle, auraient eu pour objet et pour effet de l'évincer du secteur de la vente de véhicules automobiles neufs : Turbo Europe avait, dans les faits, enjoint aux constructeurs précités de lui adresser leurs « meilleures propositions pour la livraison de certains de leurs véhicules », demandes qui avaient fait l'objet d'une fin de non recevoir au motif que Turbo Europe ne faisait pas partie des réseaux de distribution sélective respectivement mis en place par Renault, Peugeot et Citroën, et n'avait, de surcroît, formulé aucune demande en ce sens.

Sur le fondement de ce refus de vente, Turbo Europe prétendait démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre Renault, Peugeot et Citroën, aboutissant à son boycott ; en conséquence, Turbo Europe demandait ni plus ni moins au Conseil de la Concurrence que de retirer aux constructeurs concernés le bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par le Règlement n° 1400/2002 du 31 juillet 2002².

* * *

S'agissant tout d'abord de l'aspect procédural de cette affaire, le Conseil se réfère aux dispositions de l'article L 462-8 alinéa 2 du Code de commerce, qui précise que « le Conseil de la Concurrence peut [...] rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ».

La conséquence, assez remarquable, d'une telle procédure en est qu'à nul moment les entreprises visées dans la saisine ne sont informées de l'instruction du dossier par le Conseil ; elles peuvent l'être, mais ce n'est pas une obligation !

En l'espèce, la lecture de la décision démontre de facto que le Conseil n'a pas jugé opportun de requérir les observations des constructeurs Renault, Peugeot et Citroën !

Peut-être est-ce là un message que le Conseil de la Concurrence a souhaité « faire passer » aux entreprises, et qui signifierait que l'autorité de concurrence ne devrait pas être instrumentalisée par quelque société que ce soit qui se prétendrait victime d'un refus de vente ou d'agissements

² Règlement n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002, « concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ».

discriminatoires, de nature anticoncurrentielle, alors même que la preuve des pratiques en cause ferait défaut ou qu'il ne serait avéré, s'agissant de ces pratiques, ni objet, ni effet anticoncurrentiel...

Mais il est vrai que le Conseil n'a pas à demander aux entreprises visées dans une saisine de lui communiquer leurs observations, dès lors qu'il n'entend pas entrer en voie de condamnation à leur encontre ; c'est précisément l'objet de l'article L.462-8 du Code de commerce, le Conseil pouvant considérer que la saisine est irrecevable ou insuffisamment motivée, voire encore la rejeter pour défaut d'intérêt à agir du demandeur.

* * *

Sur les éventuelles pratiques d'entente

Sur le fond du droit, et en ce qui concerne le prétendu boycott dénoncé par Turbo Europe, le Conseil rappelle deux principes importants.

Tout d'abord, une entreprise ne saurait invoquer l'effet préjudiciable que lui cause un parallélisme de comportement adopté par deux fournisseurs, dès lors que l'augmentation constante du chiffre d'affaires de la requérante démontre l'absence d'effet cumulatif restrictif de concurrence des pratiques en cause.

En l'espèce, Turbo Europe prétendait que le « comportement strictement identique et parallèle » de Peugeot, Citroën et Renault, qui refusaient toutes trois de lui livrer des véhicules neufs, relevait d'une entente visant à la boycotter, au motif qu'elle pratiquait une politique de prix « discount ».

Sur ce, le Conseil rappelle que le simple parallélisme de comportement ne suffit pas à démontrer une pratique concertée, ce qui, pour le Conseil, paraît en l'espèce d'autant plus évident que les constructeurs incriminés n'avaient fait qu'exprimer les conséquences des choix d'organisation de la distribution de leurs produits, par le moyen d'un réseau de distribution sélective, mis en œuvre dans le cadre du Règlement d'exemption précité n° 1400/2002.

A ce propos, le Conseil relève que la demande de « meilleures propositions » adressée par Turbo Europe aux constructeurs ne pouvait s'assimiler à une demande d'agrément en qualité de concessionnaire.

Quant aux effets sur le marché du refus de vente opposé par les sociétés Renault, Peugeot et Citroën, le Conseil relève que l'existence de réseaux de

distribution sélective n'empêchait pas Turbo Europe d'importer des véhicules neufs, dont 80 % environ de marques françaises, en quantité toujours croissante ; sur cette base, le Conseil considère que les éléments versés au dossier étaient insuffisants pour envisager que le cumul d'obligations contractuelles similaires imposées par les principaux constructeurs puisse être à l'origine d'une atteinte significative à l'accès au marché ou à la concurrence.

Sur la question d'un éventuel abus de position dominante collective

Nous avons évoqué, il y a bientôt quatre ans, dans le cadre d'une précédente « *Lettre du Cabinet* », la réticence manifestée par le Conseil de la Concurrence s'agissant de la caractérisation de la position dominante collective³ : la décision aujourd'hui en cause confirme logiquement cette attitude que d'aucuns auraient qualifié de frileuse, mais dans des termes qui ne prêtent pas lieu à interprétation.

En l'espèce, Turbo Europe évoquait le fait que « *les sociétés Peugeot, Citroën et Renault [détenaient] conjointement 58,32% de part de marché [mais représentaient] directement ou indirectement, grâce aux sociétés avec lesquelles elles sont liées, pratiquement 90% de part de marché* ».

A cet égard, Turbo Europe se référait, notamment aux liens juridiques existant, d'une part, entre le groupe PSA et les sociétés Ford ou Toyota et, d'autre part, entre Renault et Nissan, ainsi qu'enfin à divers accords conclus avec les sociétés mises en cause, notamment la *joint venture* Signant, créée par Ford, PSA et Renault-Nissan dans le secteur de la télématique.

Turbo Europe prétendait en l'occurrence inférer de ces accords l'existence d'une position dominante collective, dont Renault, Peugeot et Citroën auraient fait à son préjudice un usage abusif.

Le Conseil rappelle cependant le principe suivant :

« Pour qu'une position dominante collective existe, il faut que les entreprises concernées aient ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs ».

³ « *La lettre du Cabinet* », juillet/août 2002, « *L'abus de position dominante collective, ou comment mettre le droit des pratiques anti-concurrentielles sens dessus dessous !* », par Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy.

Sur ce point, le Conseil de la Concurrence se réfère à la jurisprudence communautaire bien connue « *Kali & Salz* »⁴.

En l'espèce, le Conseil de la Concurrence relève que l'addition des parts de marché des constructeurs en cause et la constatation de certains liens structurels entre eux, notamment au travers de coopérations ciblées, associées au fait que ces constructeurs avaient choisi un même mode de distribution, sont insuffisantes pour présumer de l'existence d'une position dominante collective ; le Conseil relève notamment qu'aucun élément substantiel dans la saisine ne tend à démontrer que les constructeurs en cause ne se livreraient pas à une véritable concurrence et qu'ils ne subiraient pas de pressions concurrentielles appréciables, que ce soit de la part d'autres constructeurs ou de la part des consommateurs, lesquels « *peuvent notamment, dans de nombreux cas, retarder l'achat d'une voiture neuve ou se reporter sur l'achat d'un véhicule d'occasion s'ils estiment que les prix sont trop élevés* ».

En conséquence, le Conseil rejette fort logiquement la saisine de la société Turbo Europe, en ayant adopté un raisonnement d'une rigueur absolue en droit de la concurrence, ce dont on doit se féliciter !

* * *

Nous ignorons, pour l'heure, si cette décision fera ou non l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

Revirement en matière de déchéance d'une marque pour défaut d'usage sérieux

- Par Emmanuelle Laur-Pouëdras -

L'article L.714-5 du Code de la propriété intellectuelle précise qu'« *encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* ».

L'action en déchéance de marque est une arme qui peut s'avérer redoutable et qui est souvent utilisée en réaction à une action en contrefaçon de marque ou à une opposition formée à l'encontre de l'enregistrement d'une marque.

⁴ CIEC, 31 mars 1998, France c/ Commission, dit « *Kali & Salz* », affaires jointes C-68/94 et C-30/95, recueil page I-1375. 221.

Cette action « boomerang » est redoutée des titulaires de marques.

L'alinéa 2 de l'article précité précise toutefois qu'« est assimilé à un tel usage [soit à un usage sérieux permettant d'échapper à la déchéance de la marque] :

b) *L'usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif ; (...).* »

Cette disposition permet de faire évoluer certaines marques tout en préservant le signe initial déposé à titre de marque, d'une action en déchéance.

Que se passe-t-il si le propriétaire de la marque menacée d'une action en déchéance a fait usage pendant cette période de cinq ans d'un signe proche de la marque, ce signe proche étant lui-même déposé à titre de marque ?

La question qui se pose – ou plus exactement qui se posait – était celle de l'interprétation de l'article L.714-5 alinéa 2 b) du Code de la propriété intellectuelle : devait-on considérer que l'exploitation d'une marque voisine de la marque menacée de déchéance valait usage de la marque menacée ou qu'une telle « *forme modifiée* » n'était pas admise par le Code ?

C'est la seconde lecture qui a prévalu jusqu'à récemment, les juges estimant que « *l'exploitation d'une marque enregistrée, analogue à une autre marque enregistrée, ne vaut pas exploitation de cette dernière* ».

Par trois arrêts du 14 mars 2006⁵, la Cour de cassation a affirmé, de façon identique dans les trois affaires, que **l'article L.714-5 alinéas 1 et 2 b) « exige seulement que la marque exploitée sous une forme modifiée n'altère pas le caractère distinctif de la marque première, peu important que la marque seconde ait été enregistrée »**.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que la « *forme modifiée* » exploitée est une marque enregistrée ou pas.

Ces arrêts qui marquent un intéressant revirement de jurisprudence, confirment l'intérêt pour le titulaire d'une marque de déposer des marques proches afin d'en assurer une protection plus forte, tout en délivrant le

⁵ Cour de cassation, ch. com, 14 mars 2006 : affaire Playboy entreprises international / Etablissements Laporte – Pourvoi n°03-20198 ; affaire Franklin Loufrani, société Smiley licensing corporation ltd / société Pier Import France – Pourvoi n°03-18732 ; affaire Trader classified média France / société Centrale directe – Pourvoi n°04-10971.

titulaire de la nécessité d'exploiter l'ensemble des marques voisines !

Ces décisions sont donc à prendre en compte, dans la gestion d'un portefeuille de marques.

La pratique des « marchandiseurs » et le risque pénal encouru par les fournisseurs de la grande distribution : brève analyse à la lumière de l'affaire Carrefour de Perpignan

- Par Grégory Desbrandes -

L'actualité judiciaire a remis en « *accusation* » la pratique des « *marchandiseurs* », dont le mécanisme est connu dans la grande distribution.

Le fournisseur d'un distributeur met à la disposition de ce dernier, par l'intermédiaire d'une société de « *marchandising* », du personnel ou « *marchandiseurs* » pour mettre en rayon des produits que le distributeur lui achète.

Ce sont pour des faits similaires et au visa :

- d'une part, de l'**article L. 125-1 du Code du travail** qui interdit le marchandage, soit « *toute opération à but lucratif de fourniture de main d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'é luder l'application de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif* »,
- et, d'autre part, de l'**article L. 125-3 du même Code** qui interdit « *toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre* »,

que différents intervenants ont été renvoyés devant le Tribunal correctionnel de Perpignan, à l'audience du 15 mai 2006.

Ainsi, sur le banc des prévenus, lors de l'audience, on pouvait relever la présence de la société Carrefour et de ses dirigeants.

Si cette affaire atteste du caractère limité du risque pénal encouru par les fournisseurs (1), il convient de souligner néanmoins que le risque pénal demeure toujours et à ce titre ne saurait être négligé (2).

1- Un risque pénal limité à ce jour...

Il ressort de l'étude de la jurisprudence publiée que les condamnations pénales « *tombent* »

principalement sur les distributeurs⁶ et les sociétés de « *marchandising* »⁷, les industriels passant le plus souvent entre les liens de la prévention.

Une explication à ce constat peut être avancée.

Les magistrats ont tendance à considérer que de telles pratiques sont imposées par les distributeurs, les fournisseurs ne pouvant s'y soustraire.

L'affaire du Carrefour de Perpignan⁸ en constitue la parfaite illustration.

Si le Juge d'instruction saisi de l'affaire a renvoyé la société Carrefour et ses dirigeants devant le Tribunal correctionnel de Perpignan, il a décidé de faire bénéficier les trente-cinq fournisseurs concernés d'une ordonnance de non-lieu, constatant que « *Carrefour est bien le seul instigateur et principal bénéficiaire de cette pratique et en a fixé les règles et le mécanisme de fonctionnement* » !

Lors de l'audience du 15 mai dernier, le Parquet a adopté la même analyse, en soulignant que les fournisseurs ne pouvaient se soustraire aux pratiques incriminées⁹.

2- ...mais qui ne doit pas être négligé

Le risque pénal encouru par les fournisseurs ne doit cependant pas être négligé.

Il est manifeste que l'absence de condamnation pénale prononcée à l'encontre des fournisseurs dépend du bon vouloir des Parquets et des Juges d'instruction.

Si la tendance actuelle semble être à la clémence envers les fournisseurs, ces derniers ne sont pas à l'abri d'un revirement de la position des Parquets ou d'une interprétation opposée que pourrait faire certains Juges d'instruction des données économiques, à l'initiative notamment des distributeurs¹⁰.

⁶ Crim., 15 février 2005, pourvoi n° 04-80806, Legifrance ; Crim., 14 mai 2002, pourvoi n° 01-83952, Legifrance ; Crim., 27 février 2001, pourvoi n° 00-81-407, Legifrance.

⁷ Crim., 30 mars 2005, pourvoi n° 04-84457, Legifrance.

⁸ Voir l'article paru dans le journal Le Monde paru le 25 avril 2006

⁹ Voir la dépêche de l'AFP publiée dans le journal gratuit 20 minutes le 16 mai 2006, ainsi que l'article paru dans le journal l'Humanité daté du 17 mai 2006

¹⁰ Les distributeurs sont d'autant plus intéressés à attribuer la paternité du système des « *marchandiseurs* » aux fournisseurs qu'ils espèrent ainsi échapper ou, en tout cas, limiter leur responsabilité. Dans cette optique, lors du procès tenu le 15 mai à Perpignan, Carrefour a plaidé que « *C'était les fournisseurs qui étaient demandeurs* ».

Seules des considérations d'opportunité ont conduit pour l'instant à ce que les fournisseurs échappent largement à la répression pénale, sauf exception.

Ces considérations d'opportunité ne font aucunement disparaître l'infraction commise par un fournisseur en participant aux pratiques de mise à disposition de « *marchandiseurs* », sauf à établir que la pression économique exercée par le distributeur sur le fournisseur remplit les conditions de la contrainte.

En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de condamner pénalement le système des « *marchandiseurs* » aux termes d'une motivation explicite :

« la mise à disposition, par les fournisseurs, de salariés dits « *marchandiseurs* », occupés à placer les produits dans les rayons de deux magasins exploités par la société Carrefour, dissimulait en réalité une opération illicite de prêt de main d'œuvre à but lucratif »¹¹.

Pourtant, ce n'est pas faute pour les distributeurs d'avoir excipé de l'ensemble des moyens de défense à leur disposition pour tenter de faire valider le système des « *marchandiseurs* » et échapper ainsi à la répression pénale.

Jusqu'à présent, les Juridictions correctionnelles de première instance et d'appel, ainsi que la Chambre criminelle de la Cour de cassation, ont rejeté toutes les tentatives de justification de la légalité du système des « *marchandiseurs* ».

L'hostilité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation à l'égard d'un tel système semble avoir de grandes chances de perdurer.

Nous pouvons douter que les « *petites* » variations ou variantes, que la pratique apporterait au système des « *marchandiseurs* », soient susceptibles d'infléchir la position de la Cour de cassation.

Reprenant la formule adoptée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un¹² de ses arrêts, nous pouvons constater que « *la généralité des articles L. 125-1 et 125-3 du Code du travail* » autorise une large répression.

D'ailleurs, il semble bien que les distributeurs aient aujourd'hui pris acte de l'état de la jurisprudence,

¹¹ Crim., 15 février 2005, pourvoi n° 04-80806, Legifrance ; voir également dans le même sens Crim., 14 mai 2002, pourvoi n° 01-83952, Legifrance.

¹² Crim., 30 septembre 2003, RJS 2004, n° 273.

comme l'affaire du Carrefour de Perpignan le démontrerait.

En effet, à la lecture des comptes-rendus qui ont été faits de l'audience par la presse, il apparaît que la stratégie de défense adoptée par les hauts dirigeants de la société Carrefour ait consisté pour l'essentiel non pas à contester le caractère illicite du système des « *marchandiseurs* », mais seulement leur connaissance du système avant que la justice ne soit saisie.

En conclusion, compte tenu de la constance de la solution jurisprudentielle prohibant le système des marchandiseurs, le recours à un tel système, même à l'initiative d'un distributeur, doit être écarté.

Pour finir, le Tribunal correctionnel de Perpignan a mis sa décision en délibéré au 26 juin 2006.

Bien évidemment, nous informerons les lecteurs assidus de **La Lettre du Cabinet** de la teneur du jugement rendu, lors du prochain numéro de celle-ci.

Royal Canin, la réforme : arrêt de la Cour d'appel de paris du 4 avril 2006

- Par Erwan Le Morhedec -

Nous avons commenté, dans ces mêmes colonnes¹³, la décision rendue par le Conseil de la concurrence le 22 juin 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, par laquelle la société Royal Canin s'était vue sanctionnée en raison notamment des remises de fidélité pratiquées, et de la mise en place d'un système de prix imposés pour la revente des croquettes sèches pour chiens !

Cette décision avait fait preuve d'un relatif classicisme au regard de l'appréciation des remises de fidélité, tout en se montrant plus originale en ce qui concerne la définition du marché pertinent.

L'intervention de la Cour d'appel de Paris confirme cette dernière originalité et ajoute sa propre « *touche* », en se montrant particulièrement rigoureuse, et quelque peu novatrice, sur les remises de fidélité.

En ce qui concerne la définition du marché pertinent, on rappellera en effet que la décision du Conseil de la Concurrence fournissait un exemple notable, puisque rare, de définition du marché en

fonction du circuit de distribution, et non uniquement du produit considéré.

Cette appréciation du marché pertinent a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, même si elle modifie légèrement l'appréciation du Conseil de la Concurrence qui avait écarté du marché pertinent les prescripteurs, à savoir les vétérinaires et les éleveurs.

La Cour d'appel considère ainsi que **le marché pertinent est celui de « la vente des croquettes sèches pour chien dans la distribution spécialisée, soit en magasins spécialisés et chez les éleveurs et les vétérinaires, sur le territoire national ».**

Ce marché est donc doublement défini par les produits vendus et par le circuit de distribution considéré, dans une appréciation par conséquent particulièrement étroite.

Il faut toutefois noter une spécificité factuelle de ce marché dans la mesure où certains types de produits, les produits haut de gamme, étaient réservés à la distribution dans les circuits spécialisés, ce qui permet d'expliquer le traitement original qui lui est ainsi réservé.

C'est en ce qui concerne les remises de fidélité que la décision de la Cour d'appel est la plus marquante, quoique les développements qu'elle lui consacre soient les plus brefs.

La Cour d'appel rappelle tout d'abord le principe selon lequel « *le seul fait [qu'une entreprise] soit en position dominante ne lui interdit pas, par principe, le recours à des remises purement quantitatives* », puis elle examine le caractère fidélisant des remises.

Le Conseil de la concurrence avait retenu un nombre conséquents d'éléments à l'encontre de la société Royal Canin pour caractériser l'effet fidélisant, relevant le nombre élevé de paliers qui incitaient les entreprises à continuer de se fournir auprès de la société Royal Canin, afin de pouvoir bénéficier du palier suivant, le fait que les remises quantitatives étaient calculées sur la totalité du chiffre d'affaires et sur une période longue, et enfin que la structure tarifaire de la société Royal Canin ajoutait, aux remises sur facture en fonction des volumes commandés qu'elle attribuait déjà, une ristourne de fin d'année qui était fonction de la progression annuelle du chiffre d'affaires ou du tonnage.

Il apparaît que la Cour d'appel a considéré que ces éléments étaient malgré tout trop théoriques !

Et la Cour d'exiger qu'une appréciation in concreto particulièrement scrupuleuse soit faite.

¹³ Lettre du Cabinet du 8 juillet 2005

Car, si elle ne conteste pas les divers éléments retenus à charge par le Conseil de la concurrence - tout en relevant que l'effet de forclusion des remises ne pouvait être déduit « *du seul fait qu'elles ont accompagné d'autres pratiques restrictives* » - elle souligne, en premier lieu, que le Conseil de la Concurrence n'a pas démontré que les autres fabricants de produits haut de gamme ne pratiquaient pas également des remises de fidélité.

Dès lors, s'il était avéré que ces fabricants accordent également des remises de fidélité - non répréhensibles, en l'absence, par hypothèse, de position dominante de leur part - on doit comprendre que les effets de telles pratiques seraient peu ou prou amenés à se compenser.

En second lieu, la Cour d'appel relève que le marché a connu un développement significatif et que le Conseil de la Concurrence n'a pas établi que les pratiques de la société Royal Canin ont eu pour effet d'entraîner les détaillants à se détourner des autres fabricants des produits concurrents :

*« 1° : sur les pratiques à l'occasion des relations de la société Royal Canin avec les centrales d'achat, **constitutives d'abus de position dominante.***

Considérant que c'est à juste titre que la société Royal Canin discute sa condamnation de ce chef ; qu'en effet, le seul fait qu'elle soit en position dominante ne lui interdit pas, par principe, le recours à des remises purement quantitatives, en l'espèce des remises calculées sur l'année en fonction du chiffre d'affaires réalisé, et des remises récompensant le taux de progression par rapport à l'année précédente, calculé également en fonction du chiffre d'affaires réalisé consenties aux centrales d'achat, dès lors que l'effet de forclusion de ces remises, dont il n'a pas été constaté qu'elles n'aient pas été accordées par les autres fabricants de produits haut de gamme, ni qu'elles aient conduit les détaillants à se détourner de ces derniers, alors qu'il est constant que le marché connaissait, à l'époque considérée, un développement significatif, ne résulte d'aucun élément du dossier et ne saurait se déduire du seul fait qu'elles ont accompagné d'autres pratiques restrictives de concurrence ; »

C'est donc désormais une analyse particulièrement rigoureuse qui devra être conduite par le Conseil de la concurrence, afin de caractériser l'effet fidélisant des remises, ne pouvant plus se contenter de le constater « *sur le papier* », pourrait-on dire.

En revanche, **s'agissant des prix imposés** par Royal Canin, la Cour d'appel de Paris confirme en tous points la décision du Conseil :

*« Considérant que c'est à juste titre [...], statuant ensuite sur le **grief de prix de vente imposés aux grossistes**, [que] le Conseil retient une pratique visant à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence au stade des ventes en gros, après avoir relevé que la société Royal Canin éditait, à l'intention de ses grossistes-distributeurs, des barèmes de prix de vente aux détaillants, dit « tarifs T0 », pour les commandes de 300 à 999 kg, à leur en-tête, comportant une date d'entrée en vigueur commune et reprenant les tarifs qui avaient été arrêtés à l'issue de réunions organisées au plan national (les comités mixtes Royal Canin), et que ces tarifs étaient volontairement appliqués par l'ensemble des grossistes pour les commandes supérieures à 300 kg (points 51 à 54, 191 à 195) ; que les constatations sur lesquelles le Conseil s'est fondé, qui établissent **une adhésion générale de grossistes-distributeurs au système proposé**, ne sont pas utilement combattues par les sociétés Alpadis, Canidis, Etablissements J&B Cazenave, Fapac Tivadis, Ferrat Distribution, Galetou-Sodegal, Garilbaldi et Rhonaldis, qui justifient seulement, pour la période en cause, d'une non-application ponctuelle du tarif T0, pour deux clients, en ce qui concerne la société Fapac Tivadis, et permanente mais partielle en ce qui concerne la société Rhonaldis qui appliquait exactement deux des séquences du tarif sur les cinq proposées (ainsi que l'a expliqué le dirigeant de cette société en cote 1676) ; qu'il n'importe en outre que n'aient pas été relevées de mesures de coercition, que la situation ne rendait pas nécessaires, ni, s'agissant d'une entente verticale, que les grossistes ne fussent pas sur une zone de chalandise commune, étant souligné à cet égard que les effets anticoncurrentiels de la pratique étaient réels dès lors que, même dans un système de distribution exclusive, une vente passive hors territoire doit être honorée et qu'en l'espèce, en l'état des accords en vigueur, un détaillant n'avait plus d'intérêt à s'adresser à un autre grossiste, qui lui aurait proposé le même prix ; »*

« Considérant enfin que le Conseil a retenu à juste titre que les effets anticoncurrentiels de ces pratiques étaient majorés par le fait qu'était instituée une remontée des informations, mensuelle, portant sur toutes les ventes réalisées par client et par produit, prévue par les contrats annuels d'objectifs Alliance Service et rémunérée par une prime de 0,10 % du chiffre d'affaires, et que la juxtaposition de pratiques de territoires exclusifs et d'exclusivité

bilatérale entre Royal Canin et les grossistes ainsi que l'imposition d'un prix de revente aux grossistes-distributeur avaient pour effet d'éliminer toute concurrence intra-marque sur les produits Royal Canin, les détaillants n'ayant d'autre choix que de s'adresser au grossiste prescrit par Royal Canin et à s'approvisionner au prix unique imposé ; »

Et d'ajouter, s'agissant non plus des prix pratiqués, par les grossistes, **mais par les détaillants** :

« Considérant que, relevant que, lors de l'enquête préliminaire au cours de laquelle plus de 1000 prix ont été relevés, il a été constaté, sur toute la France, un alignement général des prix de vente au détail sur les gammes RCCI et Premium, conforté par un relevé de prix effectué en novembre 1998 par l'équipe commerciale de Royal Canin pour la région Paris-Nord-Est, le Conseil, excluant par une analyse motivée, un simple parallélisme du comportement et une entente horizontale entre les revendeurs, retient que cette homogénéité de prix ne peut s'expliquer que par une série d'ententes verticales entre Royal Canin, ses grossistes-distributeur et les revendeurs autour d'un prix de revente déterminé par Royal Canin ; que, constatant que cette dernière a établi et diffusé des prix publics indicatifs, que ces prix ont été respectés par les revendeurs et qu'à été mis en place un système de contrôle exhaustif des prix organisé au moins deux fois par an, il retient sa culpabilité ainsi que celle des entreprises du réseau de distribution grossistes-distributeur, centrales de franchisés, détaillants à chaque fois que sont relevés des éléments positifs démontrant leur participation à cette entente, soit notamment, la société Georges Delbard, la société Truffaut et les sociétés Alpadis, Canidis, Fapac Tivadis et Rhonaldis, les parties requérantes ;

Considérant que la société Royal Canin, qui reconnaît avoir procédé à des recommandations unilatérales auprès des points de vente « en vue d'assurer un positionnement cohérent du produit auprès des consommateurs » et qui admet que des distributeurs ont pu attirer son attention sur le fait que certains prix pratiqués s'éloignaient sensiblement des prix conseillés, soutient qu'aucune contrainte ni sanction n'a alors été mise en œuvre et que les distributeurs demeureraient libres de pratiquer des prix différents, qu'elle conteste également que les prix pratiqués aient été homogènes et produit divers relevés démontrant le contraire selon elle ; »

« Mais considérant, d'une part, qu'ainsi que le Ministre le relève à juste titre, les tableaux produits par les sociétés Royal Canin et Normandie Loir Distribution sélectionnent à

dessein les 130 écarts de prix les plus importants, alors que l'enquête de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes portait sur plus de 1000 prix ; que les conclusions chiffrées auxquelles ils parviennent ne peuvent donc être regardées comme significatives et pertinentes au regard des autres relevés effectués. »

* * *

On ne rappellera donc jamais assez la dangerosité attachée à toute pratique de prix imposés ou même seulement préconisés, suggérés ou conseillés, et autres références à des prix de marché ou généralement constatés !!!

Donc attention !

Le Conseil de la concurrence franchit la porte de la clémence – décision du 11 avril 2006

- Par Nikolettta Nagy -

Le 11 avril 2006, le Conseil de la concurrence a condamné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois, pour des pratiques d'entente sur les prix, sur la base d'une dénonciation à l'initiative de la société France Portes qui avait pourtant joué un rôle particulièrement actif au sein de ce cartel !

Le Conseil de la Concurrence vient donc d'appliquer, pour la première fois, **la procédure de clémence**.

La société France Portes, qui aurait dû être condamnée à payer une amende de 1,25 millions d'euros, a sollicité l'application de **mesures de clémence** et a coopéré activement avec les autorités de concurrence.

En l'espèce, le Conseil de la concurrence lui a accordé une immunité totale et, par voie de conséquence, l'a exonérée de toute sanction pécuniaire.

En effet, dans son programme de clémence, le Conseil de la Concurrence peut proposer une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire aux entreprises (ou organismes en cause) qui contribuent à la découverte et à l'établissement des faits relatifs à l'existence d'une pratique prohibée.

Conformément aux dispositions de l'**article L. 464-2-IV du Code de commerce**, le Conseil de la concurrence rend alors un **avis de clémence** qui précise les conditions auxquelles serait subordonnée une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaires.

Le Commissaire du gouvernement et l'entreprise (ou l'organisme en cause) sont ensuite invités à présenter leurs observations.

En adoptant une telle loi, le législateur de 2001 [cf. **loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques qui a introduit ce mécanisme de clémence dans le droit français !**] a clairement fait savoir aux entreprises qu'il était plus important de mettre à jour de telles infractions, que de sanctionner pécuniairement les entreprises qui y participent !

Il convient de préciser à cet égard que le Conseil de la Concurrence dispose du pouvoir d'exonérer partiellement, ou totalement, de sanction pécuniaire, une entreprise, dans une telle procédure de clémence.

S'agissant de l'exonération totale, il convient de distinguer deux situations, à savoir :

- Soit l'administration n'a encore aucune information, ni aucune preuve de l'infraction,
- Soit elle a d'ores et déjà connaissance de tels agissements et l'entreprise qui demande la clémence doit alors remplir **trois conditions** pour bénéficier de l'exonération totale (par exemple, l'entreprise qui sollicite l'exonération doit être la première à fournir des éléments de preuve suffisants pour que l'infraction soit établie ou bien encore, il ne faut pas qu'une autre entreprise - partie à l'entente - ait pu obtenir un avis conditionnel d'exonération totale de sanction pécuniaire).

Cependant, les entreprises qui ne satisfont pas à ces conditions peuvent toujours bénéficier d'**une exonération partielle** sous certaines conditions.

A cette fin, le Conseil de la Concurrence retiendra « *les éléments de preuve qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont il dispose déjà* » ou encore « *le rang et la date à laquelle la demande a été présentée* ».

L'entreprise qui souhaite se situer dans une perspective de clémence doit bien entendu communiquer des informations concrètes sur « *les*

produits et les territoires couverts par la pratique présumée, l'identité des auteurs..., la nature, la durée de l'entente ».

Ainsi, pour que la société France Portes puisse bénéficier d'une exonération totale de sanction, le Conseil de la Concurrence a posé, dans son avis de clémence, plusieurs conditions :

- **les éléments** apportés par l'entreprise devaient concerner la période non prescrite et contribuer à établir la réalité des pratiques dénoncées, présentées comme étant anticoncurrentielles, et devaient permettre d'en identifier clairement les auteurs ;
- l'entreprise s'engageait à **une coopération totale**, permanente et rapide, tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction, et ainsi à fournir au Conseil tout élément de preuve qui viendrait à être en sa possession ou dont elle disposerait sur les infractions suspectées ;
- elle devait **mettre fin** à sa participation **aux activités illégales** présumées, sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence ; elle ne devait pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer aux infractions poursuivies ;
- **elle ne devait pas avoir informé de sa démarche les entreprises susceptibles d'être mises en cause** dans le cadre des pratiques dénoncées.

Après avoir examiné les faits, le Conseil de la Concurrence a constaté que la société France Portes « [avait] versé des **éléments probants** » aux débats, concernant les réunions des membres du cartel, au cours desquelles les sociétés en cause s'étaient mises d'accord sur un prix minima de vente des portes.

Il a également considéré comme étant une preuve probante les auditions des dirigeants de la société, ainsi que les pièces présentées qui ont permis de confirmer l'existence des pratiques prohibées.

➔ **Sur la condition de coopération totale**

Le Conseil de la concurrence a considéré qu'elle était satisfaisante.

➔ **Sur la cessation de la participation de la société France Porte aux pratiques illégales incriminées**

Le Conseil de la Concurrence a considéré que la société France Portes avait effectivement mis fin à sa participation auxdites pratiques d'ententes horizontales dénoncées.

Il a précisé en outre qu'il n'avait trouvé aucun document, pièce ou élément, qui aurait pu être produit par d'autres membres du cartel, afin d'apporter la preuve que la société France Portes avait manqué à cette obligation, au plus tard à la date de l'avis conditionnel de clémence.

Il a souligné par ailleurs que malgré le rôle actif joué par la société France Portes au sein de l'entente en cause, elle n'avait pas contraint d'autres sociétés à y participer.

➔ **Sur l'exigence de « *silence* » de la société France Portes à l'égard des sociétés ayant participé à l'entente dénoncée**

Là encore, le Conseil a constaté que la société France Portes avait respecté son obligation.

Dès lors, le Conseil de la concurrence a considéré que la société France Portes avait entièrement respecté les conditions visées par l'avis de clémence et l'a, en conséquence, exonérée de toute sanction pécuniaire, par application des dispositions de l'article L. 464-2-IV du Code de commerce.

* * *

Dans son communiqué, le Conseil de la concurrence a toutefois souhaité préciser que même si « l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires [était] accordée par le Conseil de la Concurrence à une entreprise, ça ne la protège pas des conséquences civiles qui peuvent résulter de sa participation à une infraction ».

C'est donc la porte ouverte à la réparation des dommages causés par ce type de cartels, voie qui devrait être empruntée fréquemment dans l'avenir, ce qui est encouragé par les autorités de concurrence, qu'elles soient françaises ou communautaires !

Le Rapport annuel 2005 de la Cour de justice des communautés européennes : retour sur une « année de consolidation »

- Par Eléonore Camilleri et Charlotte Grass -

Si l'année passée a été marquée par le début d'activité du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne¹⁴, le Rapport annuel de 2005 met surtout l'accent sur la continuation de ce qui a été initié en 2004, à savoir l'arrivée des juges des dix nouveaux Etats membres, intervenue à la suite de l'élargissement de l'Union européenne, ainsi que la mise en œuvre des mesures internes adoptées afin d'améliorer l'efficacité des méthodes de travail de la Cour de justice. En effet, selon les termes mêmes du Rapport annuel qui vient d'être publié, 2005 a été pour la Cour de justice une « *année de consolidation* » après 2004 qui fut l'année des grands changements.

Comme tous les ans, le Rapport retrace l'évolution de l'institution au cours de l'année passée et présente l'essentiel de l'activité juridictionnelle de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, accompagné de données statistiques. A ces développements traditionnels s'ajoute en 2005 un bilan des mesures organisationnelles adoptées par le Tribunal de la fonction publique.

Il nous semble pertinent de revenir sur l'activité de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, qui a été selon le Rapport particulièrement soutenue (I), puis de faire un rapide tour d'horizon des décisions que le Rapport a mentionnées comme étant les plus marquantes de l'année (II).

I. Une forte augmentation de l'activité de la Cour de justice et du Tribunal de première instance

Le Rapport annuel est tout d'abord l'occasion d'une interrogation sur l'effectivité du droit de l'Union européenne et l'efficacité de l'action de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. La version 2005 présente une analyse statistique de l'évolution de la charge de travail et de la durée de procédure sur laquelle il nous semble fort intéressant de revenir, s'agissant tant de la Cour que du Tribunal.

¹⁴ Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne est la première chambre juridictionnelle spécialisée créée à la suite des modifications apportées par le Traité de Nice.

1) En ce qui concerne la **Cour de justice**, les statistiques nous dévoilent que l'activité a été très soutenue en 2005. En effet, avec 574 affaires clôturées, soit 100 de plus que le nombre d'affaires introduites, la Cour de justice a poursuivi sa politique de résorption du stock d'affaires en cours après l'année particulièrement chargée et laborieuse que fut 2003 et dont les premiers effets avaient été déjà ressentis en 2004 à la suite de l'adoption de nouvelles mesures internes instaurées, afin d'améliorer l'efficacité des méthodes de travail de la Cour.

Ainsi, le nombre des affaires pendantes devant la Cour a encore diminué, passant de 531 en 2004 à 474 en 2005 soit une réduction d'environ 12 %. Ce progrès a été accompagné d'un raccourcissement important des délais de procédure, du moins en ce qui concerne les renvois préjudiciels et les pourvois. Pour ces deux types de recours, les durées de procédure sont, en 2005 comprises entre 20 et 21 mois, alors qu'elles étaient respectivement de 25,5 mois et 28,7 mois en 2003 ! S'agissant des recours directs, la durée est un peu plus élevée (21,3 mois) mais reste satisfaisante en comparaison avec celle observée en 2003 (24,7 mois).

Il ressort du Rapport annuel que cette réduction de la durée de procédure, encore plus nette qu'en 2004, s'explique en grande partie par le fait que la Cour a pleinement utilisé, au cours de l'année 2005, les différents instruments dont elle dispose pour accélérer le traitement de certaines affaires, telles que la procédure simplifiée et la possibilité de statuer sans conclusions préalables de l'avocat général lorsque l'affaire ne soulève aucune question de droit nouvelle. Ainsi, douze ordonnances ont été rendues par recours à la procédure simplifiée pour répondre à certaines questions préjudicielles et 35 % des arrêts rendus en 2005 l'ont été sans conclusions de l'avocat général.

En revanche, le Rapport souligne que la procédure accélérée n'a pu être mise en œuvre dans six affaires où elle fut pourtant demandée, en raison de l'absence de réunion des conditions exceptionnelles d'urgence requises par le règlement de procédure.

2) S'agissant du **Tribunal de première instance**, l'année 2005 apparaît comme une année charnière en raison de « *l'évolution notable du volume et de la forme du contentieux porté devant lui* » selon les termes du Rapport.

Le Rapport fait ressortir que le Tribunal a eu, tout comme la Cour de justice, une activité très importante avec 610 affaires clôturées, soit une augmentation de 69% par rapport à l'année 2004. Il

est expliqué que cette augmentation très sensible est en partie due à l'arrivée de 10 nouveaux juges en 2004, mais également en raison du transfert d'un certain nombre d'affaires au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne nouvellement créé et dont les membres sont entrés en fonction en octobre 2005.

Le Rapport souligne également que, pour la première fois, le nombre des affaires pendantes devant le Tribunal a décliné, passant de 1174 en 2004 à 1033 en 2005. Toutefois, ce flux d'affaires encourageant ne doit pas masquer le problème certain qu'est l'augmentation des délais de procédure. En effet, à l'inverse de la Cour de justice qui a vu ses délais diminuer, il ressort du Rapport annuel que le Tribunal connaît une durée moyenne d'instance sensiblement plus élevée que l'année précédente puisqu'elle s'élève à 25,6 mois (contre 22,6 mois en 2004). Heureusement, et ainsi que le relève le Rapport, la récente création du Tribunal de la fonction publique, devrait dès 2006, permettre au Tribunal de « *se concentrer plus directement sur certaines matières du contentieux économique* » et éventuellement d'entraîner une diminution de la durée de la procédure.

II. Les affaires de l'année 2005 à retenir tout particulièrement

Chaque Rapport d'activité de la Cour de justice est l'occasion de mettre en lumière les décisions les plus marquantes rendues au cours de l'année écoulée. Dans ce Rapport sont en effet présentés les principaux développements jurisprudentiels de l'année, classés par matière. Cette synthèse proposée par le Rapport fait en quelque sorte office de « *lignes directrices* » et doit par conséquent être lue avec une attention toute particulière, tant s'agissant de la Cour (1) que du Tribunal de première instance (2).

1) Les affaires marquantes de la Cour de justice en 2005

Force est de constater que 2005 a apporté à la Cour de justice son lot d'affaires particulièrement importantes ou intéressantes. Comme chaque année, le Rapport de la Cour revient sur les décisions qu'elle a eu l'occasion de rendre, dans un cadre consultatif ou contentieux, dans un certain nombre de matières tels le droit institutionnel, l'interdiction de toute discrimination, la libre circulation des marchandises, la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services, **les règles de concurrence**, le droit social, l'environnement etc.

Il n'est pas ici question de dresser la liste exhaustive de ces décisions, ni d'en faire une étude approfondie ; toutefois, nous nous proposons de revenir sur les décisions que retient le Rapport en matière de concurrence.

Dans cette matière, le Rapport de 2005 ne souligne que trois arrêts majeurs, l'un intervenu en matière de **concentration**, les deux autres en matière d'**aides d'Etat**.

▪ Le Rapport annuel 2005 revient de manière très approfondie sur l'affaire **Commission c/ Tetra Laval BV**¹⁵ qui a fourni l'occasion à la Cour d'apporter des clarifications importantes sur les modalités du contrôle des concentrations, notamment en ce qui concerne les exigences pesant sur la Commission en matière de preuve, sur l'étendue du contrôle juridictionnel et sur le rôle des engagements de comportement. Le Rapport met tout particulièrement l'accent sur cet arrêt car ce dernier devrait avoir un impact important sur la pratique future de la Commission et ce, notamment quant aux engagements proposés par les entreprises concernées de nature à rendre une opération de concentration notifiée compatible avec le marché commun. En effet, dans cet arrêt, la Cour de justice rappelle clairement à la Commission, dont elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal, que de tels engagements de comportement doivent être pris en compte, et ce tout particulièrement lorsque le problème de concurrence identifié est lié au comportement futur de la nouvelle entité.

▪ En matière d'**aides d'Etat**, le Rapport souligne l'importance des affaires jointes **AEM**¹⁶ et de l'affaire **Commission c/ Grèce**¹⁷. Dans la première affaire rendue sur question préjudicielle, la Cour précise que la majoration de la redevance pour l'accès au réseau de transport d'électricité et pour son utilisation, imposée en Italie, à titre transitoire, aux entreprises d'électricité hydraulique ou géothermique, ne constitue pas en soi une aide d'état en faveur des entreprises qui n'y sont pas soumises. Dans l'arrêt **Commission c/Grèce**, la Cour a déclaré qu'en ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les mesures nécessaires pour le remboursement des aides jugées illégales et incompatibles avec le marché commun, la Grèce avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la décision de la Commission.

¹⁵ CJCE, 15 février 2005, C-12/03 P, Rec. p. I-987.

¹⁶ CJCE, 14 avril 2005, C-128/03 et C-129/03, Rec. p.I-2861.

¹⁷ CJEC, 12 mai 2005, C-415/03, Rec. I-3875.

2) Les affaires marquantes du Tribunal de première instance en 2005

Le Rapport annuel de 2005 évoque les principales orientations de la jurisprudence du Tribunal de première instance dans plusieurs domaines relatifs, respectivement, aux aspects généraux de la procédure, au contentieux de la légalité, au contentieux de l'indemnité et enfin au référé.

Il serait bien trop fastidieux de revenir sur tous ces développements et nous choisissons, tout comme nous l'avons fait concernant la Cour de justice, de ne souligner que les affaires mentionnées par le Rapport en ce qui concerne le droit de la concurrence.

Sur ce point, le Rapport précise que le Tribunal a rendu, en 2005, onze arrêts statuant sur les règles de fond prohibant les accords anticoncurrentiels. Excepté un arrêt relatif à l'application de l'article 82 CE sur les abus de position dominante et trois arrêts statuant sur des questions de fond relatives au contrôle des concentrations, les autres décisions ont été prises en matière de **cartels**.

Le Rapport annuel 2005 revient plus spécialement sur certaines affaires que nous nous proposons de relater rapidement afin d'en retenir les principaux apports.

▪ L'arrêt **Piau c/ Commission**¹⁸ est particulièrement d'actualité puisqu'il a trait au football. Le Rapport 2005 en fait mention à plusieurs reprises et notamment en relevant qu'à l'occasion de cette affaire, le Tribunal a eu l'occasion « *de préciser une nouvelle fois que les règles de concurrence peuvent, à certaines occasions, s'appliquer dans le domaine du sport* » ! Le Tribunal a en effet considéré que les clubs de football et les associations nationales qui les rassemblent, sont respectivement des entreprises et des associations d'entreprises de sorte que la FIFA, qui regroupe les associations nationales, constitue elle-même une association d'entreprises au sens des articles 81 et 82 TCE. Du fait du caractère obligatoire du règlement de la FIFA, le Tribunal a jugé que la FIFA détenait une position dominante sur le marché des services d'agents de joueurs. Toutefois, selon le Tribunal, la Commission a estimé, à bon droit, que les pratiques dénoncées ne constituaient pas un abus de position dominante.

¹⁸ TPICE, 26 janvier 2005, Piau c/ Commission, T-193/02.

▪ Les **arrêts EDP c/ Commission**¹⁹ et **General Electric c/ Commission**²⁰ sont retenus par le Rapport 2005 comme étant particulièrement importants en matière de **contrôle des concentrations**. En effet, l'arrêt **EDP c/ Commission** apporte des précisions importantes sur la charge de la preuve lorsque est contesté le caractère suffisant des engagements proposés par les parties et sur l'appréciation des opérations de concentration dans un secteur non ouvert à la concurrence. L'arrêt **General Electric c/ Commission** est relevé par le Rapport en ce qu'il vient clarifier la portée du contrôle juridictionnel du Tribunal à l'égard des décisions de la Commission statuant sur des opérations de concentration ainsi que sur l'appréciation concurrentielle des opérations ayant des effets de conglomérat, ce qui vient compléter l'apport de l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire **Commission c/ Tetra Laval BV** précitée.

▪ Enfin, il convient de relever que le Rapport mentionne de façon répétée et insistante l'affaire **Groupe Danone c/ Commission**²¹ à l'occasion de laquelle le Tribunal a précisé les conditions d'application de plusieurs règles figurant dans les lignes directrices « *pour le calcul des amendes* »²². Cet arrêt apporte en effet de nombreuses précisions en ce qui concerne l'évaluation de la gravité de l'infraction en soulignant notamment que le premier critère de gravité, à savoir la nature même de l'infraction (en l'espèce des accords ou pratiques concertées visant la fixation des prix et la répartition de la clientèle), permet de qualifier une infraction de très grave, sans qu'il soit nécessaire de caractériser ce comportement en fonction des deux autres critères de gravité, à savoir l'impact concret et l'étendue du marché géographique concerné. Le Rapport cite également l'arrêt **Groupe Danone/ Commission** en ce qui concerne les circonstances aggravantes liées à l'existence de menaces de représailles en vue de l'extension d'une entente. Le Tribunal a, en effet, dans cette affaire, approuvé la position de la Commission selon laquelle le fait pour une entreprise partie à une entente de forcer une autre partie à ladite entente à étendre le champ de cette dernière, en la menaçant de représailles en cas de refus, peut être retenu en tant que circonstance aggravante, un tel comportement ayant

¹⁹ TPICE, EDP c/ Commission, 21 septembre 2005, T-87/05.

²⁰ TPICE, General Electric c/ Commission, 14 décembre 2005, T-209/01.

²¹ TPICE, Groupe Danone c/ Commission, 25 octobre 2005, T-38/02.

²² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 et de l'article 65, paragraphe 5, du Traité CECA (JO 1998, C 9, p. 3).

pour effet direct d'aggraver les dommages induits par l'entente en cause.

En conclusion, il ressort du Rapport annuel que l'année 2005, si elle n'a pas été une année charnière tant en ce qui concerne l'évolution de l'institution qu'est la Cour de justice que s'agissant de l'activité jurisprudentielle, demeure une année remarquable en ce qu'elle a permis l'affermissement d'un certain mouvement déjà initié en 2004. Reste à espérer que cette impulsion consistant notamment à résorber le nombre d'affaires en cours et à diminuer la durée de la procédure par le biais de techniques de travail améliorées, se poursuive en 2006, s'agissant de la Cour de justice et se déclare enfin définitivement pour le Tribunal de première instance !

* * *

QUELQUES INFORMATIONS :

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

☞ **A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi « Dutreil ») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 :** conditions générales de vente, conditions 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 risque pénal dans l'entreprise**

Définitions des infractions en droit de la concurrence, droit des sociétés, droit social et marchés publics.

Mise en cause des dirigeants et de la personne morale.

☞ **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 du 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] ;
- ☞ **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**