

SOMMAIRE :

Avant-projet de loi de modernisation de l'économie : la négociabilité des tarifs est actée ! La discrimination abusive est supprimée ! Un texte qui lamine les intérêts des industriels et de manière plus générale ceux des fournisseurs !

Jean-Christophe Grall p. 2

A propos de la notion de relation commerciale établie au sens de l'article L.442-6-L.5° du Code de Commerce

Nathalia Kouchnir-Cargill p. 5

Intéressante décision du Ministre de l'économie dans le secteur de la collecte, du recyclage et du traitement des déchets

Thomas Lamy p. 7

Une juridiction commerciale n'est pas compétente pour ordonner le retrait d'une exemption par catégorie

Jean-Christophe Grall p. 9

Brève : fruits & légumes, Carrefour sanctionnée !

Jean-Christophe Grall p. 10

Brève sur l'arrêté du 3 mars 2008 modifiant l'arrêté du 4 août 1987 relatif aux prix et aux marges des médicaments remboursables et légalisant l'abandon de marge en gros

Jean-Christophe Grall et Juliette Epis p. 11

La Cour d'appel de Paris confirme, 11 ans après, les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 97-D-39, relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur

Benoît Laurin p. 12

Est-il possible de faire référence à la marque d'un tiers pour commercialiser un produit ?

Emmanuelle Laur-Pouëdras p. 13

Ordonnance de visite et de saisie

Arlette Gastaldy p. 15

La théorie économique à l'épreuve des faits : la Cour d'appel de Paris réforme la décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 rendue par le Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxo Smith Kline

Benoît Laurin p. 16

Revirement de jurisprudence : le bénéfice de l'action directe de l'article L.132-8 du Code de commerce est désormais refusé aux commissionnaires de transport

Eléonore Camilleri p. 19

La Cour d'appel confirme les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence à l'encontre de fournisseurs et de distributeurs de cycles

Louis-Gabriel Masson p. 20

Actualités communautaires : la Commission publie un Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence. Quelques brèves également !

Alexandre Rios p. 22

Le délai de prescription en matière de responsabilité délictuelle : quelques rappels et état des modifications envisagées par le législateur demain !

Juliette Epis p. 25

Maladies professionnelles / TMS (troubles musculo-squelettiques) : quelles mesures de prévention adopter ?

Emmanuelle Tibi p. 26

Quelques informations p. 28

Avant-projet de loi de modernisation de l'économie : la négociabilité des tarifs est actée ! La discrimination abusive est supprimée ! Un texte qui lamine les intérêts des industriels et de manière plus générale ceux des fournisseurs !

Par Jean-Christophe Grall

L'avant-projet de loi de modernisation de l'économie transmis au Conseil d'Etat début avril n'est manifestement pas un texte de compromis entre les intérêts des fournisseurs et ceux des distributeurs.

Il ignore totalement les intérêts des industriels/fournisseurs et fait la part belle à ceux de la grande distribution.

- **Premier point : un texte qui supprime la discrimination abusive et consacre le principe de libre négociabilité des tarifs des fournisseurs :**

Les articles L.441-6 et L.442-6-I du Code de commerce sont modifiés de manière substantielle :

- ✓ **S'agissant de l'article L.442-6-I-1° du Code de commerce** qui avait institutionnalisé le principe de la non discrimination, cette disposition est purement et simplement abrogée au nom de la libre négociabilité des tarifs, prenant ainsi acte des conclusions figurant dans les rapports Attali du 23 janvier 2008 et Hagelsteen du 7 février 2008, qui se sont largement prononcés en faveur d'une libéralisation totale de la négociation commerciale.

Cette levée de la prohibition de la discrimination abusive était dans l'air du temps depuis plusieurs années en fait, et il était évident que les fournisseurs ne pouvaient plus compter sur cette disposition pour s'opposer à certaines demandes plus ou moins fondées de la part de leurs clients.

Dans une vision anglo-saxonne, le principe même de discrimination abusive n'avait plus lieu d'être et c'est en toute logique qu'il va disparaître.

Cependant, les cultures sont différentes et la négociation commerciale n'est pas la même Outre-Atlantique, Outre-Manche, Outre-Rhin et en France où la culture de la marge arrière est très fortement ancrée dans les esprits.

On peut douter que toute marge arrière soit éradiquée dès le 1er janvier 2009 ; on peut craindre dès lors que l'on se retrouve avec une négociation tarifaire totalement débridée et une certaine forme de continuité dans la négociation de marges arrière.

De plus et surtout, le texte actuellement entre les mains du Conseil d'Etat supprime le mot le plus important du Titre 4 du Livre IV du Code de commerce et donc des pratiques restrictives de concurrence, à savoir celui de «*contrepartie*» !

Fin de la discrimination abusive, libre négociabilité des tarifs et suppression du mot «contrepartie» signifient que les tarifs ne voudront en fait plus rien dire puisqu'ils seront librement négociables par chaque client de chaque fournisseur lors de chaque négociation commerciale !

Et ne nous y trompons pas, dès lors que l'article L.441-6 du Code de commerce serait modifié en ce qui concerne l'octroi de conditions particulières de vente, ces dernières n'auraient plus à être justifiées par quoi que ce soit.

- ✓ **S'agissant de l'article L.441-6 du Code de commerce** qui définit les conditions particulières de vente et exige aujourd'hui une contrepartie.

Le projet de texte actuel prévoit ni plus ni moins que la possibilité pour un fournisseur, un grossiste, un importateur ou un prestataire de services, de convenir avec son client de conditions particulières de vente qui n'auront plus besoin d'être motivées.

Plus aucune motivation de ces conditions particulières de vente ne pourra donc être exigée de son client, à tout le moins en se fondant sur un texte légal.

Ces conditions particulières de vente n'auront, bien entendu, pas à être communiquées, mais tel était déjà le cas, à ses autres clients qui pourraient en faire la demande.

**LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DE VENTE
N'AURONT PLUS À ÊTRE MOTIVÉES !**

Allant toujours dans le sens de la libre négociabilité des tarifs et donc de l'absence de toute contrepartie, le texte qui avait été envisagé le 26 mars 2008 lors de la réunion présidée par Madame Christine Lagarde et Monsieur Luc Chatel, prévoyait que la convention annuelle instituée par la loi Chatel du 3 janvier 2008 ayant modifié l'article L.441-7 du Code de commerce, «*indique également les contrepar-*

ties aux avantages tarifaires consentis», le texte de synthèse établi par l'administration portant l'observation suivante : «*il y a consensus des participants pour que les contreparties soient : vérifiables et appréciées globalement*». C'était là une excellente chose !

Or, le texte actuellement soumis au Conseil d'Etat ne prévoit plus une telle exigence de rappel des contreparties aux avantages tarifaires consentis par le fournisseur au profit de ses clients dans la convention annuelle qu'il devra établir à compter du 1er janvier 2009.

C'est là quelque chose de grave, en ce que ce texte matérialise un déséquilibre significatif entre industriel/fournisseur et distributeur/acheteur puisque prenant clairement parti pour les distributeurs et ignorant donc les intérêts légitimes des fournisseurs.

Nombre d'entreprises auraient à souffrir cruellement de ce déséquilibre si celui-ci devait être légalisé par le Parlement lors de l'adoption de cette loi dans les prochaines semaines !

CE TEXTE VIENT CONSACRER LES INTÉRÊTS
DES DISTRIBUTEURS !

De plus, l'article L.442-6 du Code de commerce ne permettrait au juge de sanctionner que «*le déséquilibre significatif entre les droits et obligations*» des parties à la négociation commerciale.

Afin d'accompagner cette libre négociation des conditions commerciales et de ne pas permettre leur remise en cause par le juge, l'avant-projet de loi prévoit que le juge ne pourrait désormais condamner que le seul «*déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*».

On peut toujours rêver, en ayant une vision idéale de la négociation commerciale.

Cependant, si nous «*retombons sur terre*», ce texte est manifestement rédigé pour le rendre inapplicable pour les deux raisons suivantes :

✓ **Ce texte est inapplicable sur le fond**

Qu'est-ce qu'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations ? Nous n'avons pas de définition !

Que veut dire «*significatif*» ; comment cela sera-t-il étalonné ?

Ce déséquilibre significatif renvoie en fait au droit des obligations bien connu des civilistes, mais parfaitement inadapté au droit commercial, et en l'espèce à la négociation commerciale, compte tenu de ce que le juge du commerce, même s'il s'agit d'une juridiction

spécialisée, devra systématiquement replonger, à tout le moins, dans les dispositions de l'article 1108, qui définit les conditions de validité de toute convention, à savoir : le consentement de la partie qui s'oblige, en l'espèce, le fournisseur d'un côté et le distributeur de l'autre, sa capacité de contracter, **un objet certain qui forme la matière de l'engagement** et une cause licite dans l'obligation.

Seul l'objet de la convention, support de la négociation commerciale est ici visé.

Il sera donc nécessaire demain que le juge spécialisé détermine cet objet et apprécie si les droits et obligations réciproques du fournisseur et du distributeur dans l'esprit d'un contrat synallagmatique, sont significativement déséquilibrés.

C'est là une mission extrêmement compliquée et qui promet de belles plaidoiries, pour autant qu'il y ait contentieux.

✓ **Ce texte est inapplicable sur la forme**

En effet, qui ira saisir le juge du commerce, certes spécialisé, pour que celui-ci retienne le déséquilibre significatif existant entre le fournisseur et le distributeur ?

Certainement pas le fournisseur qui est en état de dépendance économique à l'égard de ses principaux clients et, s'agissant de la grande distribution, des cinq ou six centrales nationales.

Le Ministre de l'économie : peut-être, mais est-ce vraiment le rôle du Ministre de l'économie de s'immiscer dans la négociation commerciale ?

Il est vrai qu'au nom de la défense de l'ordre public économique, c'est le rôle du Ministre de l'économie que de faire sanctionner des comportements abusifs.

Et les principales décisions rendues en matière de pratiques restrictives en France l'ont été à l'initiative du Ministre de l'économie.

■ **Deuxième point : Les services distincts disparaîtraient de la convention annuelle prévue par les lois Dutreil et Chatel au profit de leur remontée sur facture en tant que réduction de prix**

C'est là un point important également en ce que l'avant-projet de loi consacre la disparition des services distincts puisque finalement n'étant plus prévus dans la convention annuelle et étant exprimés sous forme de remise ou de ristourne, ils vont se transformer ni plus ni moins en conditions particulières de vente.

Les conditions particulières de vente n'ayant pas besoin d'être motivées, la conclusion est assez facile à trouver : sous couvert de conditions particulières de vente, fournisseurs et distributeurs pourront négocier des services qui ne seront pas formalisés puisqu'aucune obligation de formalisation des conditions particulières de vente n'existe à ce jour, si ce n'est au travers du plan d'affaires annuel créé par la loi Chatel, avec un risque très grand d'exigence de rémunération de services qui n'en seront pas réellement, mais que l'on aura qualifié très globalement de conditions particulières de vente.

Or, faire disparaître les services distincts et les transformer ipso facto en conditions particulières de vente induisant leur mention sur facture, c'est peut-être possible pour les relations entre fournisseurs et distributeurs, mais très difficilement adaptable aux relations «B to B», soit au monde du négoce professionnel.

De plus, comment peut-on considérer qu'un service qui est rendu par un distributeur à un fournisseur, telle qu'une communication de statistiques qui fait l'objet aujourd'hui d'une facture du distributeur qui est le prestataire de service, pourrait-il être rémunéré demain sous forme de remise ou de ristourne et donc être mentionné sur la facture de l'industriel ?

LA DISPARITION ANNONCÉE DES SERVICES
DISTINCTS !

C'est le monde à l'envers et ce, pour autant que fiscalement de tels services puissent être requalifiés en avantages tarifaires, ce qui a été contesté par la Cour administrative d'appel de Paris dans la célèbre affaire «*Monsanto/Somagri*».

Une telle requalification en remise ou ristourne fera donc prendre un risque aux fournisseurs et aux distributeurs sur le plan fiscal.

Il sera nécessaire de bien y réfléchir.

De toutes les façons, pourrait-on considérer qu'un opérateur économique qui souhaiterait en 2009 conclure un contrat de prestation de services, que nous ne qualifierions pas de distincts, avec l'un de ses clients ou fournisseurs serait sanctionnable ?

Nous ne le pensons pas, car la loi définit le contenu a minima de ce que doit prévoir le plan d'affaires annuel et non un contenu a maxima, ce qui signifie que le plan d'affaires annuel pourrait continuer à prévoir des

services distincts et que, par ailleurs, rien n'interdirait a priori et selon les termes actuels de l'avant-projet de loi, à un fournisseur et à un distributeur et ce notamment dans le cadre d'une relation «B to B», de convenir de prestations de services distincts dans le cadre d'un contrat de prestations de services rémunérés sous une forme forfaitaire ou proportionnelle, avec émission d'une facture par le prestataire de service.

Vaste débat en perspective !

■ **Troisième point : quelques autres modifications sont envisagées, telles que le renforcement des sanctions dans le cadre du déséquilibre significatif des obligations entre fournisseur et distributeur et la création d'une autorité de concurrence**

Les sanctions sont certes, il est vrai, fortement renforcées puisque le plafond de l'amende civile de 2 millions d'euros serait augmenté, le cas échéant, de trois fois le montant des sommes indûment perçues, la juridiction saisie pouvant ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, ainsi qu'infliger des astreintes.

Les juridictions seraient spécialisées, ce qui serait une très bonne chose, ainsi que cela est le cas pour les pratiques d'ententes ou de position dominante aux termes de l'article L.420-7 du Code de commerce.

Une autorité de concurrence serait créée sur la base du Conseil de la concurrence actuel dont les compétences seraient élargies, notamment en matière de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, ce qui passerait par un renforcement des moyens d'investigation, en intégrant selon notre compréhension, une partie des fonctions aujourd'hui dévolues à la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes et notamment à la Direction Nationale des Enquêtes de Concurrence.

Ces dispositions feraient l'objet d'une ordonnance qui devrait intervenir dans les huit mois à compter de la date de publication de la future loi.

Nous reviendrons sur cette réforme qui est bien entendu particulièrement importante de par le renforcement très net des pouvoirs du Conseil de la concurrence, qui est envisagé.

A propos de la notion de relation commerciale établie au sens de l'article L.442-6-I.5° du Code de Commerce

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Par un arrêt en date du 29 janvier 2008, la Cour de cassation vient une nouvelle fois de préciser les contours de la notion de relation commerciale établie en censurant un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait adopté une approche particulièrement stricte de cette notion.

Dans l'affaire en cause, un pompiste avait distribué les carburants et lubrifiants de la marque «Mobil Oil» jusqu'au 26 mai 1997, date à laquelle la société BP France avait pris le relais.

Par la suite, soit le 22 décembre 1999, la société BP France signait avec ledit pompiste un contrat de commission lui confiant la vente au détail des carburants BP France.

Par courrier du 18 septembre 2003, la société BP France faisait part à l'exploitant de la station service de sa décision de ne pas renouveler le contrat précité du 22 décembre 1999, à son échéance du 31 décembre 2003.

Pour juger que le délai de préavis de trois mois et demi ainsi consenti par la société BP France était conforme aux prescriptions légales, la Cour d'appel de Versailles a retenu que la relation commerciale entre le pompiste et BP France n'avait commencé que par la signature du contrat du 22 décembre 1999, dans la mesure où ce contrat succédait à des conventions antérieures auxquelles la société BP France n'avait pas été partie et qu'il comportait des conditions différentes des conventions antérieures signées avec Mobil Oil.

Estimant ainsi que la relation commerciale n'avait duré que quarante huit mois, la Cour d'appel de Versailles en a déduit que le délai de préavis de trois mois et demi était suffisant.

Cette décision a été cassée pour deux motifs :

⇨ Tout d'abord, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de Versailles d'avoir considéré que la relation commerciale avait commencé avec la convention du 22 décembre 1999, alors qu'elle avait par ailleurs pu relever que le pompiste concerné avait lié des relations commerciales avec la société BP France dès l'année 1997, c'est-à-dire dès la reprise par celle-ci de l'activité de Mobil Oil.

La décision de la Cour de cassation nous semble parfaitement fondée sur ce point tant il apparaît évident que la Cour d'appel de

Versailles a confondu la notion de relation commerciale établie au sens de l'article L.442-6-I.5° du Code de Commerce avec celle de relation contractuelle.

Un certain nombre de décisions des juges du fond avaient d'ailleurs déjà pu faire cette distinction et on peut citer à cet égard un arrêt de la Cour d'appel de Lyon en date du 10 avril 2003 dans une affaire Gerolymatos / Aventis Pasteur :

«Attendu que la notion de "relation commerciale établie" est étrangère à la notion restrictive de contrat commercial à durée déterminée et la dépasse ; que la loi a entendu viser une situation contractuelle née de la pratique instaurée entre des parties entretenant des relations d'affaires stables, suivies et anciennes quelle que soit leur forme».

Cette décision, même si elle vise une situation «contractuelle», fait bien référence à la relation commerciale dans son ensemble, en l'occurrence faite de la conclusion successive et sans interruption pendant 35 ans de contrats de distribution.

L'arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2008 s'inscrit donc clairement dans cette logique.

⇨ Dans le deuxième motif de cassation, la haute juridiction reproche à la Cour d'appel de Versailles de ne pas avoir «recherché, comme elle y était invitée, si la société BP France qui avait repris, par avenant au contrat conclu entre les sociétés X... et Mobil Oil, certains engagements de cette dernière, n'avait pas continué la relation commerciale initialement nouée».

Cette dernière motivation va, quant à elle, plus loin que le premier motif de cassation.

En effet, la Cour de cassation semble considérer qu'en reprenant par avenant certains engagements souscrits par la société Mobil Oil, la société BP France aurait continué la relation commerciale existant antérieurement, sous-entendant qu'il pourrait être tenu compte dans ce cas de la totalité de l'ancienneté de la relation commerciale depuis son origine.

Ainsi, en acceptant de continuer, par avenant, une relation commerciale antérieure, une société reprenant une branche d'activité

pourrait se voir opposer l'ancienneté de cette relation avec son prédécesseur.

Certes, cette transmission de l'ancienneté de la relation reste subordonnée à la volonté effective du repreneur de continuer la relation établie antérieurement, mais il n'en demeure pas moins qu'une telle position peut surprendre dans la mesure où une relation commerciale est censée, par définition, être personnelle à l'entreprise qui l'a effectivement entretenue et que n'étant constitutive ni d'un droit, ni d'une obligation, ni encore d'une dette ou d'une créance, elle n'est pas censée être, en tant que telle, transmissible.

En cela, la Cour de cassation adopte donc une approche plutôt souple et protectrice de la notion de relation commerciale établie.

Reste à s'interroger sur la solution qui aurait pu être retenue par la Cour, si la société BP France n'avait pas manifesté le souhait de maintenir une relation commerciale avec le pompiste de la société Mobil Oil au-delà de quelques jours.

Aurait-elle pu être l'auteur d'une rupture d'une relation commerciale établie ?

La question reste en suspens...

Intéressante décision du Ministre de l'économie dans le secteur de la collecte, du recyclage et du traitement des déchets

Par Thomas Lamy

Le 23 janvier 2008, le ministre de l'économie, intervenant au titre du contrôle des concentrations, a prononcé une décision d'autorisation d'acquisition intéressante tant au niveau de sa forme inhabituelle (23 pages) que sur le fond, puisque cette décision a permis de porter l'éclairage sur le secteur économique particulièrement complexe de la collecte, du recyclage et du traitement des déchets¹.

En l'occurrence, la société Veolia Propreté, filiale du groupe Veolia Environnement, active notamment dans des activités de tri, de recyclage, de traitement et de valorisation des déchets, avait formé le projet d'acquiescer la société Bartin Recycling Group, tout particulièrement présente dans le secteur de la collecte et de la valorisation des déchets provenant de l'industrie et des collectivités et, plus précisément, dans celui de la collecte de valorisation des chutes neuves d'industrie et des déchets d'équipements électriques et électroniques.

La décision du ministre est intéressante en ce qu'elle apporte plusieurs éclaircissements sur les marchés en cause, alors même que la pratique décisionnelle antérieure laissait planer le doute sur la définition et le dimensionnement, au regard du droit de la concurrence, des activités en cause.

Qui plus est, le ministre opère d'intéressants développements dans le droit fil de l'adoption de la directive n° 2002/96/CE du 27 janvier 2003, «relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE)».

* * *

Après avoir rappelé qu'un déchet peut être défini comme «*tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériaux, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon*»², le ministre s'intéresse à la définition des secteurs de la collecte des déchets et du traitement des déchets.

✓ Le secteur de la collecte et des déchets

Aux fins de l'analyse concurrentielle, le ministre distingue :

- Le marché de la collecte des déchets dangereux, c'est-à-dire des déchets contenant, en quantité variable, des éléments toxiques

ou dangereux, de nature organique ou minérale, relevant que sur le plan géographique, ce marché serait de dimension nationale ;

- Le marché de la collecte des déchets banals d'entreprises (DBE) qui inclut généralement la mise à disposition de conteneurs de collecte des déchets ainsi que le transport et le choix entre les différents modes de traitement, ce marché pouvant être de dimension nationale quoique cette question, qui reste ouverte, soit sans influence sur l'analyse concurrentielle en cause ;
- Est également évoquée l'existence d'un marché de la collecte des déchets ménagers et assimilés (DMA), comprenant les déchets produits directement par les ménages et, d'autre part, les déchets produits par les artisans et les petits commerces, dits «*assimilés*», sur lesquels les parties ne sont toutefois pas présentes concomitamment ;
- Le marché de la collecte des DEEE ménagers, qui sont principalement composés des équipements électroménagers, des équipements grand public hi-fi et vidéo, des équipements informatiques et de télécommunication, de l'outillage, des jouets et des lampes, qui seraient de dimension nationale, mais cette question est toutefois restée ouverte par l'administration ;

- La collecte professionnelle, qui diffère de celle des DEEE ménagers dans la mesure où aucun éco-organisme n'a, au jour de la décision, été agréé dans ce domaine, les producteurs ayant mis en place un «*système individuel de reprise*» faisant directement appel à des prestataires : contrairement à la collecte des DEEE ménagers, la demande ne serait pas constituée sur ce marché par des éco-organismes dûment autorisés, mais par les entreprises elles-mêmes. De même que pour celui de la collecte des DEEE ménagers, le marché de la collecte des DEEE professionnels est considéré comme étant de dimension géographique nationale, mais cette question n'est, in fine, pas tranchée par le ministre.

S'agissant du secteur du traitement des déchets, le ministre considère que celui-ci peut être segmenté de manière analogue à celui de

(1) BOCCRF n° 2bis du 28 février 2008.

(2) Article L.541-1 du Code de l'environnement.

la collecte, étant relevé que pour autant, les deux secteurs (collecte/traitement) sont structurés différemment : ainsi, l'activité de traitement recouvre deux prestations distinctes, les déchets pouvant être en effet soit éliminés, soit valorisés. Le choix entre ces deux traitements dépend de la réglementation propre à chaque type de déchets ou, lorsqu'elle n'existe pas, des installations disponibles au regard de la valeur marchande du déchet.

En effet, un déchet ne sera valorisé que si les conditions économiques de sa valorisation sont plus avantageuses que le coût total de son transport et de son élimination.

En outre, la valorisation des déchets ne peut pas être appréhendée comme un marché unique, dans la mesure où les techniques de transformation des déchets dépendent directement du type des déchets traités.

Ainsi, la segmentation retenue doit être plus fine que celle appliquée au secteur de la collecte. Il existerait donc autant de marchés du traitement que de types de déchets : DEEE, bois, verre, ferraille, papiers-cartons, etc.

S'agissant de la décision en cause, le ministre ne se prononce que sur les marchés sur lesquels les parties sont actives concomitamment, ce qui le conduit à identifier les marchés suivants :

✓ Le marché du traitement des déchets non-dangereux

Après avoir relevé que, selon les parties, le marché du traitement des déchets non dangereux inclut le tri, l'incinération et l'enfouissement en centre de stockage de classe II, le ministre évoque une décision de la Commission³ qui distingue le fait que le traitement des déchets non dangereux est effectué soit par une mise en décharge (enfouissement), soit par incinération, en proposant de distinguer entre ces deux modalités de traitement. Le ministre en déduit que la question de la délimitation précise du marché et du traitement des déchets non dangereux peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant pour leur part inchangées.

Sur le plan géographique, il ressort de l'analyse du ministre que la dimension géographique du marché des traitements des déchets non dangereux serait locale, c'est-à-dire, selon les parties, départementale ou, selon la Commission européenne⁴ correspondant à des zones d'un rayon

⁽³⁾ Décision de la Commission européenne n° IV/M.1059 Suez Lyonnaise des Eaux / BFI du 19 décembre 1997.

⁽⁴⁾ Décision de la Commission européenne n° COMP/M.2897 Sita Sverige AB du 14 octobre 2002.

de 200 km environ. Sur ce point, le ministre laisse la question ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées selon que l'on retienne une aire géographique départementale ou un rayon de 200 km.

Le ministre évoque les propos tenus par les parties, qui avaient souligné le fait qu'il n'existait pas d'installations dédiées aux seuls DEEE ménagers ou professionnels. Dès lors, il apparaît pertinent de considérer un marché global du traitement des DEEE, l'instruction du ministre, confirmé par le test de marché, concluant en outre à l'absence de pertinence d'une segmentation du marché selon l'origine des DEEE (ménagers/professionnels).

Sur le plan géographique, la question de la dimension du marché est laissée ouverte dans la mesure où elle n'influence pas l'analyse concurrentielle : le ministre relève néanmoins que, selon la nature du DEEE, la dimension géographique du marché correspondrait vraisemblablement à une aire d'un rayon compris entre 100 et 400 km environ autour des centres de traitement.

✓ Les marchés de la valorisation des matériaux

Par opposition à l'élimination, la valorisation consiste à traiter des déchets dans le but de les revendre à des industries consommatrices de déchets recyclés (valorisation matière) ou de produire de l'énergie (valorisation énergétique). Selon le ministre, il existerait autant de marchés de la valorisation des déchets que de types de matériaux à valoriser, ce qui, au cas d'espèce, le conduit à évoquer l'existence d'un marché de la valorisation des déchets métalliques, un marché de la valorisation des papiers et des cartons, ainsi qu'un marché de la valorisation des déchets de bois.

S'agissant de la dimension géographique de ces marchés, le ministre considère que les opérateurs de taille nationale étant actifs sur l'ensemble du territoire, tant du côté de l'offre que de la demande, les conditions de concurrence peuvent être considérées comme homogènes en France : il en retient une délimitation nationale des marchés de la valorisation, quel que soit le matériau concerné.

* * *

L'analyse concurrentielle n'ayant pas, par ailleurs, permis d'identifier un risque de création de renforcement d'une position dominante des parties en cause, le ministre a autorisé l'opération notifiée.

Une juridiction commerciale n'est pas compétente pour ordonner le retrait d'une exemption par catégorie

Par Jean-Christophe Grall

Dans un jugement prononcé le 13 mars 2008, le Tribunal de commerce de Paris a rejeté la demande formée par la société Turbo Europe à l'encontre de trois constructeurs automobiles visant à obtenir la livraison de plusieurs milliers de véhicules neufs.

Le revendeur hors réseau, en l'espèce, s'étant vu opposer une fin de recevoir de la part des différents constructeurs et ayant saisi le Tribunal de commerce de Paris de ses demandes, considérait qu'une juridiction commerciale était en droit de retirer l'exemption catégorielle dont bénéficient les différents contrats de distribution mis en place par ces constructeurs, parfaitement conformes aux dispositions du règlement 1400/2002 du 31 juillet 2002 de la Commission européenne sur la distribution automobile.

Le Tribunal de commerce de Paris a écarté à juste titre, de manière parfaitement étayée, cette demande, dès lors que seule une autorité de concurrence est en droit de prononcer le retrait d'une exemption catégorielle aux termes de l'article 29, paragraphe 2 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002, qui dispose que :

«L'autorité de concurrence [...] peut retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie en cause sur ce territoire» ;

le Tribunal ajoutant, sur le fondement des lignes directrices du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité CE, ce qui suit : *«le point n° 36 de ce texte rappelle que la Commission est habilitée à retirer le bénéfice de règlement d'exemption, possibilité ouverte également à l'autorité de concurrence d'un Etat sur son territoire. Immédiatement après, le point n° 37 précise que les juridictions des Etats membres ne sont pas habilitées à retirer le bénéfice des règlements d'exemption» ;*

et de conclure :

«La Commission a donc eu l'occasion d'opérer une distinction claire entre l'autorité de concurrence et les juridictions d'un Etat membre quant à la compétence en matière de retrait du bénéfice d'un règlement d'exemption tel que le règlement 1400/2002. La Commission se réserve la possibilité de retirer d'un accord le bénéfice

de l'application d'un règlement d'exemption, possibilité qu'elle a déléguée à la seule autorité nationale de concurrence, c'est-à-dire le Conseil de la concurrence pour la France».

Le Tribunal de commerce de Paris s'est donc légitimement considéré comme incompétent pour retirer au contrat de distribution des constructeurs en cause le bénéfice de l'application du règlement d'exemption 1400/2002 et a débouté la société Turbo Europe de l'ensemble de ses demandes.

Un autre point sera relevé dans ce jugement, à savoir la parfaite légitimité d'un fournisseur ayant mis en place un réseau de distribution sélective conforme au cadre réglementaire, en l'espèce issu du règlement précité 1400/2002, de refuser toute commande émanant d'un distributeur hors réseau.

A cet égard, le Tribunal de commerce de Paris a mis en exergue la différence existant entre la commande passée par un fournisseur et sa demande d'agrément au sein d'un réseau de distribution sélective, un distributeur souhaitant passer commande d'un produit distribué exclusivement dans le cadre d'un réseau de distribution sélective devant, dans un premier temps, procéder à une demande d'agrément.

En l'espèce, le demandeur à l'instance n'avait jamais souhaité devenir membre des réseaux de distribution sélective mis en place par les constructeurs automobiles en cause.

Quels enseignements tirer en conséquence de ce jugement ?

1. Une juridiction qu'elle soit civile ou commerciale n'est pas habilitée à procéder au retrait d'une exemption catégorielle ; seul le Conseil de la concurrence, s'agissant de l'Etat français, bénéficie d'un tel droit.
2. Tout distributeur souhaitant commander des produits bénéficiant d'un réseau de distribution sélective doit commencer par faire acte de candidature à l'intégration dans ce réseau et toute commande qu'il pourrait passer au fournisseur ayant mis en place ledit réseau de distribution sélective ne pourra qu'être rejetée par les tribunaux car commande de produits et demande d'agrément ne se confondent pas.

Brève : fruits & légumes, Carrefour sanctionnée !

Par Jean-Christophe Grall

La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt remarqué du 18 mars 2008, vient d'infirmar le jugement prononcé le 6 novembre 2006 par le Tribunal de grande instance de Caen qui avait refusé d'entrer en voie de condamnation, à la demande de la Fédération Nationale des Producteurs de Légumes (FNPL), des pratiques restrictives de concurrence mises en œuvre par la société Interdis, autrement dit Carrefour France.

La Cour de Caen sanctionne Interdis pour avoir conclu «*des contrats favorisant l'opacité sur le coût de la répartition des produits entre les détaillants du groupe Carrefour et l'avantage procuré à ceux-ci*» et condamne Carrefour à verser un million de dommages et intérêts à la FNPL, reconnaissant à ce titre, ce qui est un point particulièrement important, l'intérêt à agir d'une fédération professionnelle à l'encontre d'une centrale d'achat ou de référencement, au nom des producteurs, en l'espèce de fruits et légumes, qu'elle représente, face à des comportements illicites - coopération commerciale fictive - initiés par des distributeurs.

Relevons que dans son argumentation la FNPL avait, d'une part, mis en relief l'absence de services spécifiques rendus par ce groupement de distribution, **services qui auraient en fait dissimulé des ristournes calculées en pourcentage du chiffre d'affaires annuel** et, d'autre part, considéré le fait que certaines fonctions telle que l'«*optimisation de la production par la centralisation*» relevaient ni plus ni moins que de la fonction même d'une centrale d'achat.

Le second point particulièrement important qu'il convient de retenir de cette décision est la référence faite à l'article 1108 du Code civil, soit à la définition même de l'objet du contrat⁵.

Or, et en relation directe avec l'éditorial de la présente **Lettre du Cabinet**, la Cour de Caen est venue sanctionner, sur le fondement de cet article, le **déséquilibre** existant entre les producteurs et ce grand distributeur, dans les termes suivants : «*Attendu que la Fédération Nationale des Producteurs de Légumes fait valoir le déséquilibre des situations entre le groupe distributeur et les producteurs, déséquilibre confirmé par le rapport de la Commission à l'assemblée nationale dont un exemplaire est versé au dossier ; Que l'on peut tenir ce document pour sérieux et retenir cette relation contractuelle déséquilibrée en défaveur des producteurs*» !

Les enseignements à retenir de cette décision sont donc les suivants :

- Une fédération professionnelle est parfaitement en droit d'agir au nom de ses membres qui auraient été conduits à signer des contrats annuels ou ponctuels d'enseigne avec les différents groupements de distribution, aux fins de remise en cause du contenu des prestations ou avantages tarifaires qui y sont définis ;
- L'objet du contrat est susceptible d'être retenu par les magistrats aux fins de dénonciation des avantages exigés et de condamnation des pratiques critiqués.

⁵ Art. 1108 : «*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'y oblige ; sa capacité à contracter ; un objet certain qui fait la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation*».

Brève sur l'arrêté du 3 mars 2008 modifiant l'arrêté du 4 août 1987 relatif aux prix et aux marges des médicaments remboursables et légalisant l'abandon de marge en gros

Par Jean-Christophe Grall et Juliette Epis

Après avoir décidé la suppression dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 d'une contribution exceptionnelle due par les entreprises de vente en gros de spécialités pharmaceutiques, le gouvernement a pris un arrêté en date du 3 mars 2008 modifiant l'arrêté du 4 août 1987 relatif aux prix et marges des médicaments remboursables. Ce nouveau dispositif tend à une réduction du plafond des marges des grossistes répartiteurs «*ayant pour effet une baisse du prix de vente des produits de santé au comptoir*».

Il introduit deux modifications :

- Une réduction du taux limite de marge brute hors taxes, qui passe de 10,30 % à 9,93 %, pour la première tranche [**c'est-à-dire pour la partie du prix fabricant hors taxe comprise entre 0 et 22,90 €**] ;
- La création d'une quatrième tranche au delà de 400 €, assortie d'un taux limite de marge de 0 % [**les anciennes dispositions prévoyaient seulement trois tranches**].

Les taux de marge des deuxième et troisième tranches ne font l'objet d'aucune modification.

Ainsi, pour la partie du prix fabricant hors taxes comprise entre 22,91 € et 150 €, le taux limite de marge brute hors taxe est de 6 % et pour celle comprise entre 150 € et 400 €, ce taux est de 2 %.

Il convient de préciser qu'à titre transitoire et jusqu'au 5 juin 2008, il est possible pour les grossistes répartiteurs et les officines de commercialiser et de délivrer des unités détenues en stock comportant des vignettes mentionnant le prix public résultant des dispositions antérieures. Ces unités pourront continuer à faire l'objet d'une prise en charge ou d'un remboursement.

De plus cet arrêté, en modifiant l'article 2 de l'arrêté du 4 août 1997 par la création d'un paragraphe c) sous le I-2, précise désormais ce qui suit :

«Pour les pharmaciens d'officine ce montant comprend les trois éléments suivants :

- a) un taux calculé conformément au barème figurant en annexe I-2 du présent arrêté ;*
- b) un forfait par conditionnement dont le montant est de 0,53 € ;*
- c) le cas échéant, tout ou partie du montant visé au 1° ci-dessus ;*

Ceci signifie que le pharmacien est en droit d'intégrer tout ou partie de la marge dite «*grossiste*» lors d'une vente directe par un laboratoire, institutionnalisant ainsi une pratique bien connue, mais très ambiguë, dite de l'«*abandon de marge*».

La Cour d'appel de Paris confirme, 11 ans après, les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 97-D-39, relative à des pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur

Par Benoît Laurin

Cette affaire recevra peut-être la palme de l'une des procédures à rebondissements les plus longues ... Et ce, pour revenir au résultat initial !

A la suite d'une procédure initiée par une plainte en 1993, le Conseil de la concurrence avait sanctionné plusieurs producteurs de béton, par une décision n° 97-D-39 du 17 juin 1997, pour leur participation à différentes ententes (pratiques concertées de répartition de marché par fixation de prix et de quotas) sur les marchés locaux (Toulon, Nice, Avignon et Cavaillon, Aix-en-Provence, département du Var) et dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (répartition de marchés et pratique collective de prix d'éviction à l'encontre d'une entreprise après son installation), sur le marché du béton prêt à l'emploi.

Cette décision du Conseil de la concurrence avait fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris⁶, (et un arrêt rectificatif)⁷ qui l'avait rejeté, puis d'un pourvoi devant la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation⁸ qui avait cassé l'arrêt, en particulier pour violation de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de

l'homme et des libertés fondamentales, puis d'un nouvel arrêt d'appel⁹ lui-même à nouveau censuré par la Cour de cassation¹⁰ pour violation des articles L.464-8 du Code de commerce et 561 et 562 du Nouveau Code de Procédure Civile, au motif que la Cour d'appel était tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties tendant à l'annulation de l'enquête et de l'instruction ayant conduit à la décision qu'elle annulait.

Par cet arrêt du 25 mars 2008, la Cour d'appel de Paris, statuant cette fois-ci en droit et en fait, conclut également à l'existence de plusieurs pratiques concertées tant à l'échelle locale que régionale pour répartition de marchés par fixation de prix et de quotas, mais également à l'existence d'une entente entre différents producteurs de béton ayant pratiqué des prix prédateurs en vue de limiter l'accès au marché de l'un de leurs concurrents.

A noter que la Cour d'appel de Paris prononce des sanctions strictement conformes à l'égard des trois entreprises requérantes à celle que le Conseil de la concurrence avait prononcée en 1997!

Retour à la case départ onze ans après la condamnation initiale !

⁽⁶⁾ Cour d'appel de Paris, 20 octobre 1998.

⁽⁷⁾ Arrêt rectificatif de la Cour d'appel de Paris, 24 novembre 1998.

⁽⁸⁾ Cour de cassation, 9 octobre 2001.

⁽⁹⁾ Cour d'appel de Paris, 22 juin 2004.

⁽¹⁰⁾ Cour de cassation, 27 septembre 2005.

Est-il possible de faire référence à la marque d'un tiers pour commercialiser un produit ?

Par Emmanuelle Laur-Pouédras

On connaît déjà les dispositions de l'article L.713-6 du Code de la propriété intellectuelle qui permettent aux fabricants d'accessoires et de pièces détachées d'indiquer au public la destination de leurs produits, laquelle passe nécessairement par la référence à la marque du produit principal destiné à recevoir ces accessoires ou pièces détachées.

Ainsi, L.713-6 précise :

«L'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme :

a) dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique ;

b) référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine.

Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite».

Un tiers non titulaire de la marque en cause et non autorisé par le titulaire de la marque à l'utiliser peut donc y faire référence dans les conditions restrictives posées par la loi.

Cette exception a été étendue par la jurisprudence aux garagistes et réparateurs, lesquels ne pouvaient sinon valablement indiquer de quelle marque automobile ils pouvaient assurer l'entretien, la réparation, etc.

Une autre hypothèse possible d'utilisation d'une marque par un tiers non autorisé a conduit encore très récemment à une jurisprudence (très contestée) : le titulaire d'une marque peut-il s'opposer à l'usage de celle-ci à titre d'argument commercial ?

La 31^e chambre du Tribunal correctionnel de Paris a eu à connaître de cette question et y a répondu par la négative, par décision du 15 février 2008.

Le Tribunal a en effet relaxé une dizaine de prévenus mis en cause par les plus grands parfumeurs pour actes de contrefaçon de leurs marques, ces actes tenant à l'utilisation par les prévenus des marques des parfumeurs comme

argument de promotion (à l'aide notamment de slogans tels que «*si vous aimez ..., vous aimerez ...*») ou à l'utilisation de tableaux de concordance.

Afin de relaxer les prévenus et débouter les parfumeurs de leur action, le Tribunal correctionnel s'est référé à un arrêt bien connu de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) du 14 mai 2002¹¹, saisie d'une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 5, paragraphe 1 sous a) et b) de la première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques.

Cet article précise :

«1. La marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers, en l'absence de son consentement, de faire usage, dans la vie des affaires :

a) d'un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée ;

b) d'un signe pour lequel, en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l'identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association entre le signe et la marque».

Le contexte dans lequel s'inscrivait cette question préjudicielle était le suivant : Monsieur Hölterhoff, qui commercialisait des pierres précieuses taillées par ses soins ou acquises auprès de tiers, avait, dans le cadre de tractations commerciales avec un orfèvre joaillier, fait référence à «*la taille Spirit Sun*» et vendu des pierres selon «*la taille Spirit Sun*».

Or cette appellation correspondait à une marque enregistrée par Monsieur Freiesleben pour désigner des diamants destinés à être transformés en bijoux, ces diamants se distinguant par une taille particulière.

Monsieur Freiesleben avait alors estimé que la référence à sa marque en constituait une contrefaçon.

La CJCE n'a pas été du même avis puisqu'elle a conclu que :

«l'article 5, paragraphe 1 sous a) et b), de

⁽¹¹⁾ Affaire Michael Hölterhoff /Ulrich Freiesleben.

la directive, doit être interprété en ce sens que le titulaire d'une marque ne peut pas invoquer son droit exclusif lorsqu'un tiers, dans le cadre de tractations commerciales, révèle que le produit provient de sa propre fabrication et n'utilise la marque en cause qu'à la seule fin de décrire les propriétés spécifiques du produit qu'il propose, si bien qu'il est exclu que la marque utilisée soit interprétée comme se référant à l'entreprise de provenance dudit produit».

Si une telle décision semble poser une solution de principe, tel n'est pourtant pas nécessairement le cas, de nombreux auteurs estiment que cet arrêt est d'une portée étroite et que la CJCE en aurait limité l'application aux seules négociations commerciales entre professionnels.

Il ressort en effet d'un point précédant l'attendu précité que :

«dans une situation telle que décrite par la juridiction de renvoi, l'usage de la marque ne porte atteinte à aucun des intérêts que vise à protéger ledit article 5, paragraphe 1. En effet, ces intérêts ne sont pas affectés par une situation dans laquelle :

- le tiers fait référence à la marque dans le cadre d'une tractation commerciale avec un client potentiel, qui est un professionnel de la joaillerie, (...)».

Outre qu'il paraît délicat de transposer purement et simplement la solution dégagée par l'arrêt de la CJCE précité au cas qui était soumis au Tribunal correctionnel de Paris, on peut également s'interroger sur le fait que cette décision ait été rendue par référence à une jurisprudence communautaire venant donner, dans un cas particulier, une interprétation de la directive alors qu'il existait dans notre ordre juridique interne des éléments de réponse.

En effet, certains auteurs estiment que l'article L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle qui précise :

«Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire :

a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ;

b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée,

offrait le support juridique suffisant à l'examen de la situation soumise au Tribunal correctionnel.

De surcroît, la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 novembre 2003¹², donc postérieur à l'arrêt de la CJCE précité, rendu dans une affaire similaire de commercialisation de parfums au moyen notamment de tableaux de concordance avec des marques de parfums déposées, a donné raison à la Cour d'appel laquelle avait estimé que :

«la réalisation puis l'utilisation de ces tableaux, mettant en correspondance des parfums de marques déposées, et les parfums proposés à la vente sous la marque "Michel Oelge" sont suffisants pour établir l'infraction d'utilisation illicite de marque qui lui est reprochée dès lors que les vendeurs étaient mis en mesure, par l'emploi de ces tableaux, de commercialiser les parfums "Michel Oelge" directement par référence aux marques déposées figurant dans le tableau et de tirer ainsi profit du prestige des produits des sociétés titulaires de ces marques».

La Cour de cassation a ainsi affirmé :

«attendu qu'en l'état de ces énonciations, dont il résulte que le prévenu reproduisait sur des tableaux de concordance et faisait usage, sans l'autorisation de leurs titulaires, de marques connues, enregistrées pour désigner des parfums, à seule fin de tirer profit du prestige de ces marques pour promouvoir les parfums commercialisés par sa société, la cour d'appel a justifié sa décision».

La décision de la Cour de cassation est d'autant plus intéressante qu'elle a été rendue au visa, notamment, des articles 5 de la directive 89/10/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 et L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Le jugement du Tribunal correctionnel est aujourd'hui frappé d'appel à l'initiative des parfumeurs et l'on suivra avec intérêt les débats qui auront lieu devant la Cour d'appel.

Enfin, si le débat a porté sur l'existence ou non d'actes de contrefaçon, il aurait pu également être orienté vers le parasitisme curieusement absent des débats.

En effet, l'un des prévenus aurait affirmé *«si on ne faisait pas de comparaisons avec des produits de grande marque, on ne vendrait pas grand-chose, même rien du tout»*. Un tel aveu montre sans ambiguïté la volonté de se placer dans le sillage d'une marque notoire, ce qui est de l'essence même du parasitisme économique !

(12) Pourvoi n° 03-80.560.

Ordonnance de visite et de saisie

Par Arlette Gastaldy

L'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 21 février 2008 (affaire Ravon et Autres c/France) a jugé que les dispositions de l'article L.450-4 du Code de commerce n'étaient pas conformes à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales en ce qu'elle ne prévoit pour contester la licéité de l'ordonnance de visite et de saisie prise par le juge des Libertés et de la Détention, qu'un pourvoi en Cassation !

Or, la Cour considère qu'un pourvoi en cassation ne répond pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dès lors qu'un tel recours ne permet pas un examen des éléments de fait fondant les autorisations litigieuses.

Le gouvernement français soutenait notamment que le fait que les ordonnances ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation

ne serait pas problématique, la convention n'imposant pas un double degré de juridiction.

La Cour répond à cet argument que l'on ne saurait considérer que l'instance au cours de laquelle le juge examine la demande d'autorisation est conforme à l'article 6 § 1 alors que la personne visée par la perquisition - qui ignore à ce stade l'existence d'une procédure instaurée à son encontre - ne peut se faire entendre.

L'intégrité du domicile étant protégé par l'article 8 de la convention, toute atteinte à ce droit incombe d'obtenir un jugement contentieux pris par un juge ayant plein pouvoir de juridiction et notamment celui d'arrêter la mesure conformément aux dispositions de l'article 6 de la convention.

La loi sur la modernisation de l'économie devrait logiquement prévoir demain une telle procédure.

**La théorie économique à l'épreuve des faits :
la Cour d'appel de Paris réforme la décision n° 07-D-09
du 14 mars 2007 rendue par le Conseil de la concurrence
relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire
Glaxo Smith Kline¹³**

Par Benoît Laurin

Par un arrêt remarqué du 8 avril 2008¹⁴, la Cour d'appel de Paris a sanctionné le raisonnement économique tenu par le Conseil de la concurrence pour caractériser une pratique de prix prédateurs et ainsi mis hors de cause le laboratoire Glaxo Smith Kline (ci-après « Glaxo »), en jugeant qu'il n'avait pas enfreint les dispositions des articles L.420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE, alors que le Conseil de la concurrence l'avait condamné à une sanction pécuniaire de 10.000.000 € pour abus de position dominante.

Cette affaire avait été initiée par la saisine du Conseil de la concurrence le 21 juillet 2000 par le laboratoire Flavelab, fabricant de médicaments génériques, à l'encontre du laboratoire Glaxo pour des pratiques de prix anormalement bas ainsi que de ventes liées.

Flavelab cherchait à répondre aux demandes des hôpitaux pour leur proposer son générique.

La guerre commerciale sur les prix qui s'en était suivie avait été transformée par Glaxo en bataille juridique devant les tribunaux pour contrefaçon.

Différents griefs avaient été notifiés au laboratoire Glaxo pour abus de position dominante, pour avoir pratiqué des remises liées à l'achat de plusieurs médicaments et une politique de prix de prédation.

Faute de pouvoir déterminer le marché pertinent et donc la position dominante du laboratoire Glaxo sur certains marchés, le Conseil de la concurrence avait considéré que Glaxo détenait une position dominante sur le seul marché du Zovirax injectable et avait pratiqué une politique de prix de prédation sur les prix du Zinnat injectable proposés à différents hôpitaux et groupement d'achats, dont les effets avaient été renforcés par des pratiques de remises de couplage anticoncurrentielles, ayant eu pour objet et pour effet l'éviction des concurrents («génériques») sur les marchés de ces produits.

⁽¹³⁾ Voir la Lettre du Cabinet d'avril/mai 2007

⁽¹⁴⁾ Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, section H, 8 avril 2008 n° RG 2007/07008.

Le Conseil de la concurrence avait ordonné la publication d'un résumé de la décision.

* * *

Le Conseil de la concurrence avait rappelé dans sa décision que :

«La pratique de prix prédateurs se définit comme une politique de prix par laquelle une entreprise dominante baisse ses prix et, de ce fait, subit délibérément des pertes ou réduit ses profits à court terme pour éliminer ou discipliner un ou plusieurs concurrents, ou pour bloquer l'entrée sur le marché de concurrents potentiels dans le but de protéger ou de renforcer sa position dominante».

Le Conseil de la concurrence avait alors pris soin de définir sa méthodologie dans cette affaire en indiquant que¹⁵ :

«L'analyse économique distingue trois types de stratégies possibles en matière de prédation [...]

- «La prédation financière» qui «correspond à la situation dans laquelle la proie (c'est-à-dire l'entreprise victime de la prédation) dépend pour son maintien sur le marché d'un financement extérieur»;

- «La prédation par signal» qui est celle «dans laquelle le prédateur cherche à influencer la perception qu'a la proie des conditions de rentabilité du marché» ;

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

⁽¹⁵⁾ Point 257 de la décision du Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence avait noté à ce propos que la prédation par réputation « n'a pas nécessairement pour objectif d'éliminer un concurrent. Elle peut préférer discipliner un concurrent sans l'éliminer, c'est-à-dire l'amener à cesser une compétition trop vigoureuse, dès lors que le but général est de freiner le développement de la concurrence sur le marché. Cet aspect préventif est relevé aussi bien par la théorie économique que par la jurisprudence¹⁶ ».

Au cas d'espèce, le Conseil de la concurrence avait favorisé la méthode de la prédation par construction d'une réputation :

« Dans l'affaire en cause, il s'agit bien, pour le laboratoire Glaxo, de la même stratégie que celle décrite dans l'affaire Akzo, consistant à se bâtir une réputation d'agressivité en pratiquant des prix très bas sur le marché du céfuroxime injectable pour retarder l'arrivée des génériques sur le marché de l'aciclovir injectable mais également sur d'autres marchés menacés par l'expiration du brevet¹⁷ ».

« [...] la politique de prix bas pratiquée sur le marché du Céfuroxime sodique pouvait être un signal destiné à décourager les petites génériques d'entrer sur le marché des spécialités hospitalières et notamment sur celui de l'aciclovir injectable dont le monopole était menacé dès 1999, c'est-à-dire à l'époque des pratiques en cause ou pour lequel était anticipée une arrivée massive des génériques en 2002. Ce signal constitué par des prix en dessous des coûts maintenus pendant deux ans a permis au laboratoire Glaxo de se forger une réputation d'agressivité¹⁸ ».

« Cette stratégie a produit des effets puisqu'elle l'a conduit non seulement à éliminer le laboratoire Flavelab du marché hospitalier (le céfuroxime constituait 50 % des ventes hospitalières de ce dernier) mais aussi à décourager les laboratoires Panpharma et Cgam présents sur le marché du céfuroxime sodique d'orienter leur production vers d'autres génériques des spécialités du laboratoire Glaxo¹⁹ ».

Concluant ainsi que :

« Il est donc paradoxal que le laboratoire Glaxo

⁽¹⁶⁾ Citant ainsi l'arrêt AKZO (CJCE, 3 juillet 1991, affaire C-62/86, point 146) : « des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer une entreprise concurrente doivent être considérés comme abusifs » [...] « Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent des coûts fixes et des coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrente [...] ».

⁽¹⁷⁾ Point 262 de la décision du Conseil de la concurrence.

⁽¹⁸⁾ Point 265 de la décision du Conseil de la concurrence.

⁽¹⁹⁾ Point 266 de la décision du Conseil de la concurrence.

ait choisi d'être agressif sur le marché à faible enjeu financier et accommodant sur celui à fort enjeu financier. Ce paradoxe apparent est toutefois résolu si l'on explique le comportement du laboratoire Glaxo par la mise en œuvre d'une politique de prédation par réputation. La dissuasion peu coûteuse exercée sur le marché du Céfuroxime était de nature à dissuader les six fabricants de génériques disposant d'une autorisation sur l'aciclovir injectable d'emboîter le pas à Merck Génériques et de commencer à vendre à l'hôpital²⁰ ».

* * *

C'est ce raisonnement que condamne la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 8 avril 2008.

Après avoir noté que le requérant était fondé à rappeler que :

- l'arrêt AKZO précité portait sur une espèce dans laquelle « des menaces directes [avaient été] proférées lors de réunions », « stratégie [qui] n'est pas alléguée ici »,

- et que « les deux marchés étaient dans cette affaire étroitement liés [...], ce qui avait en effet permis à l'entreprise mise en cause d'utiliser le marché non dominé pour démontrer ses intentions sur les marchés dominés »,

alors que :

« En revanche, les liens existant dans la présente affaire entre les marchés de l'aciclovir et du céfuroxime sodique restent limités à des caractéristiques générales des marchés concernés (marché hospitalier et identité de fonctionnement de ceux-ci) ».

La Cour d'appel de Paris reconnaît toutefois le fait que Glaxo ait mené « en 2000 une pratique de prix très bas, en dessous des prix pratiqués par les concurrents pour des produits génériques ».

Elle constate toutefois, condamnant ainsi le raisonnement du Conseil de la concurrence, que :

« Considérant qu'à supposer même que les éléments de l'analyse économique opérée par le Conseil conduisent à ne pas accorder de crédit aux explications avancées par le laboratoire Glaxo sur la réaction à l'attitude de Flavelab, aucun élément du dossier ne permet pour autant de démontrer un lien nécessaire entre, d'une part, ces pratiques de prix suivies de la sortie de Flavelab du marché du céfuroxime sodique et, d'autre part, la conception et la mise en œuvre d'un plan ou d'une stratégie d'éviction caractérisée par l'acquisition d'une réputation

⁽²⁰⁾ Point 281 de la décision du Conseil de la concurrence.

d'agressivité démontrée sur ce marché non dominé et finalement destinée à dissuader, par un "signal" certains fabricants de génériques d'entrer sur le marché dominé de l'aciclovir injectable [...] ;

Considérant en effet que rien ne permet d'établir que les concurrents potentiels de Glaxo qui, à l'exception de Panpharma et de Cgam, n'étaient pas présents sur le marché du céfuroxime sodique, disposaient immédiatement d'informations précises et complètes, non seulement sur les prix pratiqués sur ce marché par les différents opérateurs, mais encore sur les pertes de Glaxo, informations devant les conduire à analyser et à interpréter avec certitude des «messages» à implication concurrentielle lancés par ce laboratoire et à influencer ainsi leur décision ou non d'entrer sur le marché dominé de l'aciclovir injectable, les notions de perception d'une «réputation» et d'identification «signal» étant empreintes, de surcroît, d'une forte part de subjectivité».

La Cour d'appel observe par ailleurs pour contredire, par les faits, l'analyse économique, que :

«Glaxo est fondé à faire observer que la réputation d'agressivité qui lui est attribuée, qui aurait été construite sur le marché du céfuroxime sodique au détriment de Panpharma, ne peut se concilier avec le fait qu'il n'a pas résisté à la progression continue de ce laboratoire qui, après avoir racheté Flavelab, a dépassé dès 2001 le seuil de 50 % de parts de ce marché, puis n'a cessé de conforter sa position à son détriment».

La Cour d'appel constate également que :

- « [...] trois fabricants de génériques [...] sont effectivement entrés sur le marché de l'aciclovir injectable à la fin 2002 et que rien ne permet de faire un lien entre l'absence d'entrée sur ce marché d'autres fabricants de génériques et les pratiques de prix de Glaxo sur le marché du céfuroxime sodique ;
- Aucun élément du dossier ne permet non plus d'exclure les hypothèses avancées à ce sujet par le requérant sur l'effet de dissuasion créé par l'entrée préalable de ces fabricants de génériques qui ne permettrait pas de capter une part de marché résiduelle suffisante ou encore sur la diminution importante et constante de la valeur du marché de l'aciclovir».

Pour ces raisons, la Cour d'appel de Paris réforme la décision n° 07-D-09 du Conseil de la concurrence et juge :

«Qu'il résulte de ce qui précède que les griefs d'abus de position dominante par prix prédateurs imputés à Glaxo ne peuvent être tenus et que cette entreprise doit, en conséquence, être mise hors de cause».

L'analyse économique à laquelle a procédé le Conseil de la concurrence en se fondant sur la théorie économique de la «prédation par construction d'une réputation» est donc censurée par la Cour d'appel de Paris au vu de la réalité des faits de l'espèce.

Revirement de jurisprudence : le bénéfice de l'action directe de l'article L.132-8 du Code de commerce est désormais refusé aux commissionnaires de transport

Par Eléonore Camilleri

L'article L.132-8 du Code de commerce, tel que modifié par la loi Gayssot, prévoit une action directe du transporteur à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire des marchandises, lesquels deviennent garants du prix du transport :

«La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier.

Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite».

Bien que non visés expressément par la lettre de cet article, qui semble restreindre le bénéfice de l'action directe au «voiturier», autrement dit à celui qui effectue lui-même le transport, les commissionnaires de transport ont tenté de se prévaloir de ces dispositions.

Les juges du fonds avaient fait droit à cette prétention en s'appuyant sur deux fondements :

- soit la théorie du « contrat global », en considérant que l'article L.132-8 instaurait une relation contractuelle entre l'ensemble des intervenants au transport, y compris le commissionnaire intermédiaire,
- soit la subrogation légale (article 1251-3° du Code civil), lorsque le commissionnaire justifiait être subrogé dans les droits du voiturier pour l'avoir payé.

La Cour de cassation, en 2004, s'était basée sur

l'article 1251-3° du Code civil pour considérer que le commissionnaire, qui avait payé le voiturier et se trouvait subrogé dans les droits de ce dernier, pouvait exercer l'action directe contre le destinataire²¹.

Le commissionnaire bénéficiait ainsi de l'action directe, non en sa qualité, mais par subrogation dans le droit d'action directe du sous-traitant d'ores et déjà payé.

Par un arrêt du 22 janvier 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation opère un revirement spectaculaire en refusant à un commissionnaire de transport impayé le bénéfice des dispositions de l'article L.132-8 du Code de commerce :

«Celui qui est subrogé dans les droits du voiturier pour l'avoir payé de son fret n'acquiert pas, du fait de cette subrogation, la garantie de paiement instituée par l'article L.132-8 du code de commerce, réservée exclusivement au transporteur²²».

Il résulte de cette décision que la garantie de paiement instituée par l'article L.132-8 du Code de Commerce est réservée au seul transporteur et qu'elle ne peut être transmise au commissionnaire par subrogation.

Dès lors, le commissionnaire qui a sous-traité une partie du transport ne peut exercer l'action directe qu'à hauteur du prix du transport qu'il a lui-même réalisé, mais ne peut récupérer auprès de l'expéditeur ou du destinataire le prix du transport effectué par ses sous-traitants qu'il a pourtant payés.

⁽²¹⁾ Com., 2 juin 2004, n° 02-20535.

⁽²²⁾ Com., 22 janvier 2008, n° 06-19423.

La Cour d'appel confirme les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence à l'encontre de fournisseurs et de distributeurs de cycles

Par Louis-Gabriel Masson

Dans une décision n°06-D-37 du 7 décembre 2006, le Conseil de la concurrence a sanctionné²³ des fournisseurs et des distributeurs de cycles et de produits pour cyclistes pour des pratiques d'ententes visant à évincer du marché de la distribution de ces produits une certaine catégorie de distributeurs, les discounters.

Dans un arrêt du 4 mars 2008, la Cour d'appel a rejeté les recours des parties mises en cause, formés à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence en constatant l'existence de pratiques constitutives d'ententes verticales et horizontales.

La Cour d'appel de Paris, comme le Conseil de la concurrence, a constaté l'existence de pratiques d'ententes anticoncurrentielles visant explicitement à exclure une catégorie de distributeurs (I), de pratiques d'ententes caractérisées par l'existence de clauses de non concurrence visant à répartir la clientèle (II), et de pratiques d'ententes visant à faire respecter des prix de vente aux consommateurs imposés (III).

I) Sur la pratique d'entente verticale et horizontale reprochée à l'un des fournisseurs de cycles ayant cédé aux pressions exercées par des distributeurs en vue d'exclure du marché la catégorie des discounters :

L'affaire qui a donné lieu à la décision

n° 06-D-37 précitée du Conseil de la concurrence, confirmée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 mars 2008 qui fait l'objet du présent commentaire, n'est pas sans rappeler l'affaire bien connue dite du «*sanitaire chauffage*»²⁴ qui a connu son épilogue en début d'année avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

Dans ces deux affaires, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont sanctionné des pratiques d'ententes anticoncurrentielles, commises par les acteurs d'une filière, visant à exclure une certaine

catégorie de distributeurs, les grandes surfaces de bricolage dans l'affaire dite du «*sanitaire chauffage*» et les discounters dans l'affaire qui fait l'objet des développements suivants.

En l'espèce, les membres d'un G.I.E regroupant des distributeurs de cycles de marque, se sont étonnés auprès de l'un de leurs fournisseurs, la société Bicicleta de Alava, que les produits de cette dernière soient vendus à des prix inférieurs à ceux qui étaient pratiqués par les membres du réseau. Les membres du G.I.E ne se sont pas limités à la simple information du fournisseur en cause mais l'ont menacé de représailles s'il restait sans réaction face au distributeur discounteur.

Le fournisseur en cause est intervenu auprès du discounteur pratiquant des prix bas pour lui demander de relever ses prix de vente aux consommateurs, puis a exigé le retour des bicyclettes non vendues. Le fournisseur a également sensiblement infléchi sa politique commerciale envers le discounteur demandant aux membres du G.I.E d'arrêter la représentation des ventes des cycles auprès de ce dernier, en s'interdisant de pratiquer la rétrocession de cycles.

Le Conseil de la concurrence ainsi que la Cour d'appel de Paris ont estimé que ces pratiques avaient eu tant pour effet que pour objet d'évincer un concurrent sur le marché de la distribution de cycles et de produits cyclistes, et avaient eu pour objet et pour effet d'empêcher la fixation des prix sur ce marché par le libre jeu de la concurrence.

En conséquence, tant le fournisseur en cause que les distributeurs membres du G.I.E ayant exercé les pressions initiales ont été sanctionnés sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce interdisant les ententes anticoncurrentielles.

II) Sur les pratiques d'ententes caractérisées par l'existence de clauses contractuelles visant à répartir la clientèle entre les distributeurs

La Cour d'appel de Paris relève que des clauses figurant dans des conditions générales de vente de fournisseurs, peuvent caractériser l'existence d'une entente verticale et horizontale entre concurrents, alors que ces

⁽²³⁾ Le montant cumulé des amendes prononcées par le Conseil de la concurrence dans la décision n° 06-D-37 s'est élevé à 580.000 €, 22 entreprises ayant été sanctionnées.

⁽²⁴⁾ Décision n° 06-D-03 du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2008.

documents contractuels s'inscrivent dans une perspective verticale dans la mesure où ils sont censés régir la relation d'achat vente entre un fournisseur et ses distributeurs.

Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont relevé dans les conditions générales de vente de deux fournisseurs ayant vocation à structurer un réseau de distribution sélective, la présence de clauses de non rétrocession. Ces clauses interdisaient aux distributeurs du réseau de rétrocéder ou d'échanger à d'autres magasins, faisant partie ou non du réseau de distribution sélective, des cycles ou des produits cyclistes vendus, ces produits ayant été vendus à chaque point de vente en vue de la seule revente dans celui-ci.

La Cour d'appel juge que de telles clauses constituent des «*clauses noires*» au regard des dispositions de l'article 4)b)²⁵ du règlement général d'exemption par catégorie n° 2790/1999 concernant les accords qui contiennent des restrictions verticales. Ces clauses empêchent donc non seulement l'exemption de l'ensemble de l'accord, mais sont en elles-mêmes constitutives d'une entente anticoncurrentielle, interdite par les dispositions des articles L.420-1 du Code de commerce et 81 TCE, peu important que ces conditions générales de vente s'appliquent à des entreprises non membres du réseau de distribution sélective, ou que des normes de sécurité doivent être respectées par les distributeurs de cycles.

La Cour d'appel a également considéré qu'une clause d'interdiction de réexportation présente dans les conditions générales de vente d'un fournisseur devait être considérée comme une «*clause noire*», constitutive d'une entente anticoncurrentielle.

Ces clauses, qui font partie d'un accord vertical, produisent des effets restrictifs de concurrence au niveau horizontal puisqu'elles aboutissent à une répartition de la clientèle, et sont donc considérées comme étant constitutives d'une entente verticale et d'une entente horizontale.

III) Sur les pratiques constitutives d'ententes horizontales et verticales concernant l'imposition de marges minimales, assimilables à des pratiques de prix imposés

Le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont relevé qu'une concertation avait eu lieu sur les prix de revente aux consommateurs, ou plus exactement sur les marges minimales à appliquer par les distributeurs membre d'un réseau.

Le réseau Bouticycles a en effet publié dans une lettre d'information hebdomadaire des articles successifs dans lesquels :

- les membres du réseau de distribution étaient appelés à être «*solidaires dans la tenue des prix*» ;
- il était fait état d'une délibération d'un comité du Conseil supérieur du réseau Bouticycles (CSRB) ayant décidé : «*En 2005, au plus tard, le coefficient moyen d'un adhérent Bouticycles sera de 2*» ;
- des mises en garde et des menaces ont été explicitement adressées aux membres du réseau qui ne respecteraient pas les prix minimaux fixés par le CSRB.

La Cour d'appel a confirmé que ces pratiques visant à faire respecter un coefficient de marge minimal conseillé étaient équivalentes à des pratiques de prix imposés et donc constitutives d'une entente anticoncurrentielle de prix imposés, en l'occurrence verticale et horizontale, puisque mise en place entre les distributeurs avec l'assentiment des fournisseurs.

Par cet arrêt, la Cour d'appel rappelle donc que les prix ou les marges conseillés dans un réseau de distribution doivent être maniés avec beaucoup de prudence. De tels conseils, s'ils sont accompagnés d'une surveillance, de menaces ou de représailles constitutives de police des prix, seront considérés par les autorités de concurrence et les juridictions comme des pratiques constitutives d'ententes anticoncurrentielles.

^[25] Cet article prévoit que ne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie les «*accords qui ont pour objet la restriction concernant (...) la clientèle à laquelle l'acheteur peut vendre (...) les biens contractuels*».

Actualités communautaires :

la Commission publie un Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction au droit communautaire de la concurrence.

Quelques brèves également !

Par Alexandre Rios

La Commission a publié le 2 avril dernier un *Livre blanc sur les actions en dommages-intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*.

Ce Livre blanc fait suite à un premier *Livre vert* publié en décembre 2005 et dans lequel la Commission constatait qu'en pratique, les victimes de pratiques anticoncurrentielles obtenaient rarement réparation du préjudice subi et concluait que cette défaillance était due, en grande partie, à divers obstacles juridiques et procéduraux régissant les actions en responsabilité dans les différents Etats membres.

Le Parlement européen a adhéré à ces conclusions et a donc invité la Commission à élaborer un Livre blanc comportant des propositions tendant à supprimer les obstacles à l'efficacité des actions en dommages-intérêts.

Parmi ces propositions, la Commission suggère l'instauration de deux mécanismes de recours collectifs :

le premier viserait à permettre des **actions dites représentatives**, c'est-à-dire intentées par des entités qualifiées tels que des associations de consommateurs, des organismes publics ou des organisations professionnels, au nom de victimes identifiées ou identifiables ;

le second viserait à permettre de véritables **actions collectives**, ou «*class action*», assorties d'une option de participation explicite («*opt in*»).

S'agissant de la difficulté tenant à la preuve des pratiques préjudiciables, la Commission propose une série de mesures assez floues et, au demeurant peu convaincantes, à l'instar de celle au terme de laquelle les juridictions nationales auraient «*dans des conditions déterminées, le pouvoir d'enjoindre aux parties à la procédure ou à des tiers de divulguer des catégories bien définies de preuves pertinentes*».

De manière plus convaincante, la Commission propose que les décisions de condamnation des autorités nationales de concurrence, devenues définitives, aient autorité de la chose

jugée au civil.

S'agissant du montant des dommages-intérêts, la Commission se prononce en faveur du principe de la réparation intégrale du préjudice subi, à l'exclusion, par conséquent, du recours à des dommages intérêts punitifs à l'instar du système des «*treble damages*» en vigueur aux Etats-Unis.

Pour l'évaluation concrète des dommages-intérêts, la Commission propose «*d'établir un cadre contenant des orientations pragmatiques et non contraignantes pour l'évaluation des dommages et intérêts dans les affaires d'ententes et d'abus de position dominante, par exemple au moyen de méthodes d'approximation ou de règles simplifiées pour l'estimation des dommages subis*».

En ce qui concerne le délai de prescription de l'action civile en réparation, la Commission propose que ce délai ne commence pas à courir (i) «*avant le jour où l'infraction prend fin*» et (ii) «*avant le moment où la victime de l'infraction peut raisonnablement être considérée comme ayant connaissance de cette infraction et des dommages qu'elle lui cause*».

Elle suggère par ailleurs «*qu'un nouveau délai de prescription de deux ans minimum commence à courir le jour où la décision constatant l'infraction, sur laquelle le requérant s'appuie pour intenter une action, est devenue définitive*».

S'agissant de la très délicate problématique de l'articulation des actions en réparation avec les procédures de clémence, la Commission préconise laconiquement «*une protection*» des «*déclarations d'entreprises soumises par tout demandeur de clémence en rapport avec une infraction à l'article 81 du traité CE (...) que la demande de clémence soit acceptée, rejetée ou ne donne lieu à aucune décision de la part de l'autorité de concurrence*». Afin de garantir que les programmes de clémence restent pleinement attractifs, la Commission préconise également de «*limiter la responsabilité civile des auteurs d'infraction auxquels a été accordé le bénéfice d'une immunité d'amendes*».

Enfin, la Commission propose la reconnaissance de l'exception du «*passing on defense*» qui

consiste pour une entreprise victime d'une pratique anticoncurrentielle à répercuter en aval le surcoût subi. Cette théorie a déjà fait l'objet de quelques applications devant les tribunaux français. Elle permet au défendeur de faire valoir que le demandeur n'a pas subi de préjudice puisqu'il a répercuté l'augmentation de ses coûts sur ses clients.

Parallèlement à la publication de ce Livre blanc, la Commission a lancé une consultation publique qui s'achèvera le 15 juillet 2008. Il est vrai que Kneelie Kroes, commissaire à la concurrence, avait fait du « private enforcement » l'un des principaux chevaux de bataille de son mandat. Reste, après un Livre vert, puis un Livre blanc, à voir la couleur des mesures concrètes prises soit au niveau communautaire, soit au niveau des Etats membres, pour favoriser les actions en responsabilité civile du fait de pratiques anticoncurrentielles.

✓ **L'addition se corse pour Microsoft.**

Dans notre précédent numéro de **La Lettre du Cabinet**, nous vous informions de l'ouverture de deux nouvelles procédures à l'encontre de Microsoft relatives à deux nouvelles infractions présumées à l'article 82 du Traité CE prohibant les abus de positions dominante.

A cette occasion nous étions brièvement revenus sur la saga *Microsoft* devant les autorités communautaires de la concurrence.

La saga avait été initiée par la décision de condamnation du 24 mars 2004 par laquelle la Commission avait infligé au géant de l'informatique une amende de près de 500 millions d'euros pour deux comportements constitutifs d'un abus de position dominante.

A titre de mesure corrective, la Commission avait alors enjoint à Microsoft de divulguer les informations complètes et précises sur les interfaces pour permettre une totale interopérabilité entre les serveurs de groupe de travail – concurrents – et les PC et serveurs *Windows*.

En 2006, la Commission constatait que *Microsoft* n'avait pas exécuté son obligation de façon satisfaisante et avait alors infligé au géant américain une astreinte de 280,5 millions d'euros sur le fondement de l'article 24 du règlement 1/2003.

Le 27 février dernier, rebelote ! La Commission a infligé une astreinte d'un montant de 899 millions d'euros à Microsoft pour ne pas avoir rempli les obligations qui lui incombent en vertu de la décision du 24 mars 2004.

La Commission a en effet estimé qu'avant le

22 octobre 2007 *Microsoft* avait imposé des prix excessifs pour l'accès à la documentation sur les interfaces de groupe de travail et que, ce faisant, elle avait manqué à ses obligations.

Le moins que l'on puisse dire est que l'addition du géant américain est copieusement salée puisqu'elle s'élève aujourd'hui à près d'un 1.700 millions d'euros... à quelques millions d'euros près.

La Commission montre ainsi clairement qu'elle entend sanctionner lourdement le non respect de ses décisions en mettant en œuvre, avec sévérité, les pouvoirs de sanction qui lui ont été confiés.

Pour mémoire, nous rappellerons que l'article 24, paragraphe 1, du règlement 1/2003 prévoit que :

«La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :

- a) à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité conformément à une décision prise en application de l'article 7; (...)*
- c) à respecter un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9 (...).*

✓ **Condamnation du cartel des déménageurs belges.**

Pour finir, signalons que le 11 mars, la Commission a annoncé avoir sanctionné une entente anticoncurrentielle entre 12 entreprises de déménagements internationaux depuis la Belgique.

L'enquête avait été initiée à l'initiative de la Commission qui avait procédé à des visites improvisées dans les locaux des entreprises en cause («*perquisitions*») ou «*Dawn raids*».

A l'issue de cette enquête, la Commission a conclu que les entreprises en cause s'accordaient pour la fixation des prix et se répartissaient les marchés en manipulant les procédures d'appel d'offre par le biais de «*devis de complaisance*».

Les entreprises en cause avaient en effet mis en œuvre un système de compensation par lequel les membres du cartel se facturaient mutuellement des commissions sur les offres complaisamment rejetées. Cette entente aurait duré 19 ans, de 1984 à 2003.

Compte tenu de la durée des pratiques et de leur gravité, la Commission a prononcé des amendes d'un montant total de 32,7 millions d'euros. Une des entreprises a bénéficié d'une réduction de 50 % de son amende pour sa col-

laboration lors de l'enquête au titre de la communication sur la clémence. Une autre a bénéficié d'une réduction de 70 %, «à titre *exceptionnel*», compte tenu de son incapacité de payer et de «*circonstances particulières*».

Le délai de prescription en matière de responsabilité délictuelle : quelques rappels et état des modifications envisagées par le législateur demain !

Par Juliette Epis

I) L'état actuel de la législation

Par exception à la prescription trentenaire de droit commun, la prescription de l'action en responsabilité extracontractuelle est décennale ; elle est prévue par l'article 2270-1 du Code civil qui dispose que :

«Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.»

Lorsque le dommage est causé par des tortures et des actes de barbarie, des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans».

Cette disposition de portée générale s'applique à la responsabilité des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque l'action est intentée devant une juridiction civile.

Cependant, lorsque l'action est intentée devant les juridictions répressives, cette action est soumise au délai de prescription de l'action publique²⁶ [10 ans pour les crimes, 3 ans pour les délits et 1 an pour les contraventions].

L'article 2270-1 du Code civil prévoit expressément pour point de départ du délai décennal la manifestation du dommage ou son aggravation.

II) Le projet de loi soumis à l'Assemblée nationale

Selon le rapport d'examen des articles de la Commission des lois, le texte en discussion

portant réforme de la prescription en matière civile soumet les actions en responsabilité civile au même délai de prescription, qu'elles aient un fondement contractuel ou extracontractuel.

Ce délai serait en principe de cinq ans.

Cette réforme viendrait modifier la durée de cette prescription dans le futur article 2224 du Code civil [remplaçant l'ancien article 2262 qui prévoyait la prescription de droit commun de 30 ans] qui disposerait que *«les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer».*

Le point départ du délai serait le jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.

L'actuel article 2270-1 du Code civil serait remplacé par l'article 2226 du Code civil qui disposerait que :

«L'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage.»

Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans».

⁽²⁶⁾ Article 10 al. 1 du CPP : «L'action civile se prescrit selon les règles du Code civil. Toutefois, cette action ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'expiration du délai de prescription de l'action publique».

Maladies professionnelles / TMS (troubles musculo-squelettiques) : quelles mesures de prévention adopter ?

Par Emmanuelle Tibi

Première cause de maladies professionnelles en France depuis plus de 10 ans, les troubles musculo-squelettiques (TMS) défraient la chronique avec la campagne de sensibilisation menée en ce moment par le Ministère du Travail, des Relations Sociales, de la Famille et de la Solidarité.

Ces affections touchent principalement les tendons, les muscles, les nerfs, les articulations au niveau du cou, du haut et du bas du dos, des épaules, des bras, des mains et des membres inférieurs²⁷.

Non soignés, ces TMS peuvent avoir des conséquences néfastes pour l'entreprise et provoquer des incapacités de travail chez les salariés concernés, ce qui génère inévitablement des coûts considérables à la charge de l'entreprise (notamment cotisations, gestion de l'absentéisme et du «turnover» induit, etc.).

Commerce, agroalimentaire, services aux entreprises et à la personne, BTP, métallurgie, habillement, imprimerie, industrie pharmaceutique, etc., les TMS touchent tous les secteurs d'activité et peuvent concerner toutes les entreprises, quelle que soit leur taille.

Pour faire face à une croissance constante de ces TMS, il est urgent d'agir en menant notamment des actions de prévention dans les entreprises.

L'objectif est de préserver la santé des salariés et la performance de l'entreprise.

La mobilisation des entreprises est dès lors indispensable.

■ Un risque professionnel à évaluer :

Le chef d'entreprise doit préserver la santé et la sécurité des salariés²⁸. Pour cela, il doit organiser la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles au sein de son entreprise.

La prévention des TMS passe obligatoirement

⁽²⁷⁾ Voir à la fin de l'article le tableau 57 de l'Assurance Maladie sur les maladies professionnelles TMS reconnues.

⁽²⁸⁾ Article L.230-2 du Code du travail : «le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d'information et de formation ainsi que la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Il veille à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes, etc».

par une phase d'évaluation du risque professionnel (EvRP).

Cette évaluation n'est possible qu'après l'identification des facteurs de risques.

Les facteurs de risques sont nombreux et souvent combinés entre eux. Il existe notamment :

- des facteurs biomécaniques liés au poste de travail (efforts excessifs, gestes répétitifs à cadence élevée, positions pénibles, postures prolongées, maniement de charges lourdes, vibrations, froid, etc.) ;
- des facteurs organisationnels (inadaptation de l'organisation du travail, temps de récupération insuffisant, etc.) ;
- des facteurs psychosociaux (stress, pression des résultats, absence d'autonomie, relations interprofessionnelles, sentiment d'isolement, etc.) ;
- des facteurs de risque individuels liés aux caractéristiques intrinsèques des individus (âge, antécédents médicaux, etc.).

L'identification de ces facteurs de risques s'appuie sur la documentation disponible, sur l'observation et l'analyse des postes et situations de travail, ainsi que sur l'écoute des salariés.

Cette phase d'identification des risques opérée, le classement des risques permet de connaître les priorités et d'aider à la planification des actions de prévention.

■ La démarche de prévention à suivre :

L'implication forte de la Direction de l'entreprise est indispensable pour assurer une prévention efficace et durable.

Compte tenu de la diversité des facteurs de risques existants, la démarche de prévention des TMS doit être **globale, pluridisciplinaire et participative**.

L'entreprise doit informer et mobiliser l'ensemble des acteurs de l'entreprise à tous les niveaux hiérarchique et fonctionnel.

Comme il n'existe pas de solutions prédéfinies, l'approche ergonomique est un bon moyen de prévention.

Impliquer les salariés, par exemple, en les associant à la détection des risques liés à leur activité, en étant à leur écoute, etc.

Impliquer les instances représentatives du personnel (CHSCT²⁹/CE/délégués du personnel) dans la mise en œuvre de la politique de prévention.

Le médecin du travail a une place stratégique au sein de l'entreprise. Il est le premier informé de l'apparition de pathologies. Il a un rôle essentiel dans la prévention des TMS et doit donc être intégré dans la démarche de prévention.

Après avis des instances représentatives des salariés, le choix des actions de prévention à mener est formalisé.

Les résultats de l'évaluation du risque professionnel (EvRP) sont intégrés dans le plan annuel de prévention.

■ **Les mesures concrètes à mettre en place :**

Plusieurs entreprises ont déjà mis en place des mesures de prévention en prenant en compte la réalité des situations de travail et en améliorant ainsi les conditions de travail.

Plusieurs exemples de mesures concrètes peuvent venir illustrer ce qu'il est possible de mettre en pratique :

- analyse de l'existant (étude des postes et outils de travail au moyen de vidéos et/ou de rapports) ;
- organisation de réunions d'information sur les TMS en collaboration avec la CRAM et le CHSCT ;
- réalisation par le médecin du travail d'une cartographie de chaque poste de travail à risques en vue d'évaluer sa pénibilité ;
- élaboration et distribution en interne aux salariés d'un questionnaire sur leur santé,

les contraintes rencontrées, les douleurs subies, etc. ;

- mise en place d'un groupe de travail composé, par exemple, d'un responsable de production, d'un responsable d'atelier, d'un responsable de maintenance, d'une personne de la sécurité ou l'infirmière, un membre du CHSCT de l'atelier concerné et un chef d'équipe ;
- formation des membres composant le groupe de travail ;
- formation aux gestes « propres » dès le début de la production pour éviter les mauvaises habitudes ;
- mise en place d'une fiche ergonomique à chaque poste de travail avec les gestes « à éviter » et les gestes « propres » ;
- mise en place d'une boîte à idées pour les améliorations et/ou d'un recueil de plaintes ;
- organisation des temps de travail et des rotations tenant compte de la physiologie.

Le champ d'action de la prévention est vaste.

Chaque entreprise doit adapter sa politique de prévention des TMS en fonction de sa taille, de son effectif et de son secteur d'activité.

En cas de changement de locaux et/ou d'équipements, l'entreprise a, dès lors, tout intérêt, en vue de minimiser les risques de TMS, à intégrer la prévention dès la conception des lieux, des équipements, des postes et des méthodes de travail.

N° tableau MP Régime général	Libellé
57	Affections périarticulaires provoquées par certains gestes et postures de travail
69	Affections provoquées par les vibrations et chocs transmis par certaines machines-outils, outils et objets et par les chocs itératifs du talon de la main sur des éléments fixes
79	Lésions chroniques du ménisque
97	Affections chroniques du rachis lombaire provoquées par des vibrations de basses et moyennes fréquences transmises au corps entier
98	Affections chroniques du rachis lombaire provoquées par la manutention de charges lourdes

⁽²⁹⁾ Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail.

QUELQUES INFORMATIONS

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

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

■ **A la loi relative au développement de la concurrence au profit des consommateurs (loi «Chatelet» du 3 janvier 2008 :** négociation et contractualisation **du plan d'affaires annuel 2008 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et services distincts, non discrimination, règles de facturation, «Trois fois net» comme nouveau seuil de revente à perte depuis le 1^{er} janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, 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 Jouet du 20 décembre 2007. Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;

■ **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 / Services 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

Meffre & Grall

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr