

Sommaire

- 2** L'Autorité de la concurrence : c'est parti !
Jean-Christophe Grall et Nicolas Geay
- 5** Synthèse à date des avis rendus par l'Autorité de la concurrence en matière de délais de paiement
Jean-Christophe Grall
- 8** Quelles perspectives pour le Droit européen des aides d'Etat dans le contexte de la crise mondiale actuelle ?
Thomas Lamy et Peggy Turret
- 11** Marque et publicité comparative : les conditions d'une conciliation de ces deux domaines aux vocations opposées
Emmanuelle Laur-Pouëdras
- 13** La Cour d'appel de Paris se joue des droits de la défense
Louis-Gabriel Masson
- 16** Nouvelles règles pour les annonces de réduction de prix : L'arrêté du 31 décembre 2008 et le projet de circulaire d'application
Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri
- 19** Cartel de la sidérurgie : 575,4 millions d'euros d'amende infligée aux acteurs principaux du marché français de la sidérurgie
Clémence Ducros
- 21** Le caractère délictuel de la responsabilité en cas de rupture brutale de relations commerciales établies à l'épreuve de la clause attributive de compétence de juridiction
Jean-Alain Jonvel
- 24** Entrefilet
Alexandre Rios
- 25** Quelques informations



L'Autorité de la concurrence : c'est parti !

Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Geay

La nouvelle Autorité de la Concurrence créée par la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008 (LME) devient, enfin, pleinement opérationnelle avec la nomination des membres de son Collège et de ses Rapporteurs (1) fin février et début mars 2009. A cette fin, elle a publié également deux communiqués de procédure dans le cadre de son fonctionnement (2).

1. L'Autorité de la Concurrence devient opérationnelle

On se souvient que la LME a créé une « *super* » autorité de concurrence, chargée de reprendre les fonctions exercées jusqu'alors par le Conseil de la concurrence dans le cadre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, mais également celles exercées par le Ministre de l'Economie dans le cadre de l'examen et de l'autorisation des opérations de concentration (Cf. la **Lettre du Cabinet MG Avocats de septembre 2008**).

L'entrée en fonction de la nouvelle Autorité de la concurrence était tout d'abord subordonnée à l'adoption par ordonnance des mesures nécessaires à la régulation de la concurrence et au renforcement des droits de la défense en matière d'enquêtes de concurrence dites lourdes (visites et saisies). Ce fût chose faite avec la publication le 13 novembre 2008 de l'Ordonnance n° 2008-1161 portant modernisation de la concurrence (Cf. la **Lettre du Cabinet MG Avocats de septembre 2008**).

Elle était ensuite subordonnée à la publication du décret de nomination des membres de son Collège ainsi que de l'arrêté de nomination de son Rapporteur général.

Le Décret de nomination des membres du Collège de l'Autorité de la concurrence a finalement été signé le 27 février 2009 par le Président de la République.

Ce Collège sensiblement renouvelé (il compte ainsi 10 membres nouveaux sur les 17 qui exerçaient déjà dans le Collège du Conseil de la concurrence) et rajeuni, est composé de 17 membres à l'instar de celui du Conseil de la Concurrence, et comporte désormais six magistrats au lieu de huit (parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires), dix personnalités qualifiées au lieu de neuf, et un président « *nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence* ».

Le Président de l'Autorité de la concurrence est l'ancien Président du Conseil de la concurrence, **Bruno Lasserre**, dont chacun connaît la grande compétence.

Quatre membres sont des membres permanents qui ont la qualité de vice-président : il s'agit des deux vice-présidentes du Conseil de la concurrence encore en fonction, à savoir **Françoise Aubert** (conseiller honoraire à la Cour de cassation) et **Anne Perrot** (professeur de sciences économiques à l'université de Paris I), et de deux nouveaux membres : **Patrick Spilliaert** (conseiller référendaire à la Cour des comptes) et **Élisabeth Flury-Hérard** (administrateur civil mais qui avait déjà été membre du Conseil de la concurrence de 1999 à 2002 et qui était jusqu'à maintenant membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel).

Les autres membres, non-permanents, sont pour les premiers issus de juridictions : **Pierrette Pinot**, conseiller à la Cour de cassation, **Noël Diricq**, conseiller maître à la Cour des comptes (ancien sous-directeur de la DGCCRF), **Thierry Tuot**, membre du Conseil d'État, et **Jean-Bertrand Drummen**, président du Tribunal de commerce de Nanterre. Ils sont pour d'autres nommés en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation : **Reine-Claude Mader-Saussaye**, présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, **Emmanuel Combe**, professeur de sciences économiques à l'Université de Paris I, Professeur affilié à l'ESCP-EAP, et **Laurence Idot**, professeur de droit de la concurrence à l'université Paris-II (Panthéon-Assas). Enfin, les derniers membres sont des personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales : **Carol Xueref**, directrice des affaires juridiques et du développement de la société Essilor International SA, **Jean-Vincent Boussiquet**, président de l'Union nationale artisanale charpente, menuiserie, agencement, **Pierre Godé**, agrégé des facultés de droit, ancien avocat, administrateur et conseiller du président du groupe LVMH, Bernard Arnault, **Denis Payre**, co-fondateur et administrateur délégué de l'entreprise de livraison Kiala SA, et Yves Brissy, avocat au barreau de Paris.

On notera que lors de sa première réunion du 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence a procédé à la formation de cinq sections en plus de la Commission permanente, et qu'elle a adopté sa première décision portant fixation des règles de quorum applicables aux différentes formations du

Collège, au terme de laquelle il a été décidé que « *l'Autorité de la concurrence ne peut valablement délibérer que si elle comprend au moins huit membres lorsqu'elle siège en formation plénière et au moins trois membres lorsqu'elle siège en commission permanente ou en section* ».

L'arrêté de nomination du Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence a été adopté le 3 mars 2009. C'est **Virginie Beaumeunier**, administratrice civile hors classe, qui a été désignée à cette fonction et prend donc la tête des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence. Elle était jusqu'alors et depuis janvier 2008, sous-directrice à la DGCCRF en charge de la sous-direction de la politique de la concurrence; elle est tout à fois d'une grande compétence, mais aussi d'une grande qualité d'écoute et de compréhension pratique des problèmes.

Nous rappellerons que le Rapporteur général jouait déjà un rôle clé dans le fonctionnement du Conseil de la concurrence; ce sera encore davantage le cas demain au sein de l'Autorité de la concurrence puisqu'il sera à la tête d'un service d'instruction unifié, qui regroupera à terme près de 70 rapporteurs et qui a vocation à gérer, de façon totalement intégrée, la conduite des enquêtes de concurrence et l'instruction des affaires de pratiques anticoncurrentielles.

A cette fin, le nouveau Rapporteur général a procédé le 5 mars 2009 à la nomination de ses principaux collaborateurs, à savoir 56 rapporteurs permanents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, dont 4 Rapporteurs généraux adjoints.

2. L'Autorité de la concurrence a adopté immédiatement deux communiqués de procédure

Dès le 2 mars 2009, à l'occasion de la première réunion de son Collège, l'Autorité de la Concurrence a publié sur son site internet deux communiqués de procédure.

Le premier est relatif aux engagements en matière de concurrence⁽¹⁾

Pour mémoire, nous rappellerons qu'il s'agit des engagements proposés par les entreprises afin de cesser ou modifier, de leur plein gré et pour l'avenir, des comportements qui soulèvent de la part de l'Autorité de la concurrence des préoccupations de concurrence en raison de leur caractère potentiellement anticoncurrentiel, et donc prohibés en droit français, en tant qu'ententes ou abus de position dominante. Lorsque les engagements sont acceptés, les entreprises peuvent ainsi obtenir la clôture de l'affaire par l'Autorité de la concurrence, avant toute appréciation et toute qualification définitive de faits, et donc toute éventuelle condamnation.

⁽¹⁾ <http://www.google.fr/search?hl=fr&q+=site:www.autoritedelaconcurrence.fr+communiqu%C3%A9+de+proc%C3%A9dure+2+mars+2009>

Ce communiqué reprend pour l'essentiel la procédure existant jusqu'alors, tout en prenant en compte les principes posés par la Cour de cassation dans un arrêt *Canal 9* du 4 novembre 2008, en termes d'accès au dossier. Elle avait ainsi jugé que le saisissant et l'entreprise concernée, toutes deux parties à la procédure, ont « **accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis [à l'autorité, désormais,] pour statuer sur les engagements** », c'est-à-dire, en l'espèce, au moins l'évaluation préliminaire et les observations des tiers versées au dossier en réponse au test de marché. Le communiqué précise à cet égard que « **cet accès est donné sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués** ».

Le second est relatif au programme de clémence français⁽²⁾

Nous rappellerons que ce programme permet à une entreprise, poursuivie pour avoir mis en œuvre avec d'autres entreprises ou organismes une entente, de bénéficier d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires lorsqu'elle a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. Ce communiqué précise donc les conditions d'application de ce programme dont les grandes lignes sont fixées par l'article L.464-2-IV du Code de commerce, et reprend pour cela l'essentiel du précédent communiqué du 17 avril 2007.

* * *

Il convient de noter que la nouvelle Autorité de la concurrence poursuit son travail de rédaction et prépare ainsi son règlement intérieur, sa Charte de déontologie ainsi que de nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations.

S'agissant précisément du **contrôle des concentrations (Cf. la Lettre du Cabinet MG Avocats de septembre et celle d'octobre-novembre 2008)**, qui est l'une des deux missions principales dont a hérité la nouvelle Autorité de la concurrence, les notifications des opérations de concentration doivent désormais être adressées à l'Autorité de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déposées à l'adresse suivante :

Autorité de la concurrence
A l'attention du Chef du service des concentrations
11, rue de l'Echelle
F-75001 Paris (France)

⁽²⁾ <http://www.google.fr/search?hl=fr&q+=site:www.autoritedelaconcurrence.fr+communiqu%C3%A9+de+proc%C3%A9dure+du+2+mars+2009>

Pour ceux qui souhaitent effectuer le dépôt par la remise en main propre du dossier de notification, le dépôt peut être effectué à la même adresse les jours ouvrables entre 9 h 00 et 19 h 00.

Les dossiers de notification sont marqués, lors de leur réception ou de leur dépôt, d'un timbre indiquant leur date d'arrivée à l'Autorité. Le timbre et l'avis de réception ne signifient pas pour autant que le dossier soit complet!





Synthèse à date des avis rendus par l'Autorité de la concurrence en matière de délais de paiement

Par Jean-Christophe Grall

Afin de réduire les délais de paiement qui, de manière générale, pénalisent l'économie française, le législateur est intervenu dans le cadre de la Loi de Modernisation de l'Economie (LME), afin de fixer des délais de paiement maxima et impératifs dans les relations entre professionnels (Cf. **la Lettre du Cabinet MG Avocats de Septembre 2008** et le **Guide pratique LME de janvier 2009**).

Ainsi, l'article 21-II de la LME a introduit sous l'article L.441-6 du Code de commerce un nouvel alinéa 9 qui prévoit que « **le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture** ».

De plus, l'article 21-I a modifié l'article L.442-6 du Code de commerce afin d'assimiler à un abus de nature à engager la responsabilité civile de son ou ses auteurs, le fait de soumettre un partenaire à un délai de règlement supérieur au plafond prévu par le nouvel alinéa 9 de l'article L.441-6 du Code de commerce. [Cf. **la Lettre du Cabinet MG Avocats de septembre et celle d'octobre-novembre 2008** ainsi que le **Guide pratique MG Avocats sur la LME de janvier 2009**].

Enfin, l'article 21-III de la LME prévoit la possibilité de dépasser temporairement le plafond des délais de paiement visés ci-dessus, par dérogation résultant d'accords interprofessionnels sectoriels.

L'Autorité de la concurrence doit se prononcer par voie d'avis (procédure consultative), avant que le Ministre de l'économie ne prenne un décret homologuant chaque accord dérogatoire aux nouveaux délais de paiement.

L'article 21 de la LME rend en effet obligatoire l'avis du Conseil de la concurrence devenue l'Autorité de la concurrence sur les dérogations sectorielles, en raison des risques potentiels de distorsion de concurrence qu'elles comportent.

Ces accords doivent être validés par un décret, qui peut également décider d'étendre l'application du dispositif à toutes les entreprises du secteur concerné.

Sur ce principe de l'extension, l'Autorité y est favorable afin de ne pas traiter différemment des entreprises placées dans une situation comparable quant aux conditions d'exercice de leur activité.

Saisi par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, l'Autorité a rendu trois avis favorables fin février, s'agissant des secteurs d'activité du **jouet, du bricolage et de l'horlogerie/bijouterie**.

Dans les trois avis qu'il vient de rendre au gouvernement, le Conseil a estimé qu'il existait des raisons économiques objectives et spécifiques pour accorder davantage de temps aux entreprises desdits secteurs pour se conformer aux nouvelles dispositions et a recommandé l'extension des accords par décret.

➤ Avis du 20 février 2009, n° 09-A-02 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du bricolage

■ Calendrier de réduction des délais convenu par les parties

Délai fin de mois	1 ^{er} janvier 2009	1 ^{er} janvier 2010	1 ^{er} janvier 2011	1 ^{er} janvier 2012
- délais actuels > 90 jours :	75 jours	65 jours	55 jours	45 jours
- délais actuels < 90 jours :	baisse de 15 jours	baisse de 10 jours	baisse de 10 jours	baisse de 10 jours

■ Réserves du Conseil de la concurrence portant sur la rédaction antérieure de l'accord :

En effet, ce dernier a considéré que l'article 4 de l'accord dans sa rédaction initiale stipulait que le délai légal de 45 jours fin de mois s'appliquait

immédiatement aux créances des distributeurs sur leurs fournisseurs, au titre des factures de prestations de services émises par les premiers (i.e. coopération commerciale), mais qu'en revanche, les fournisseurs ne bénéficieraient du délai légal de paiement pour leurs factures qu'à l'expiration de l'accord au 1^{er} janvier 2012.

■ **La différence de traitement ainsi prévue ne pouvait pas se justifier !**

La dérogation au délai légal doit s'appliquer à l'ensemble des signataires d'un accord dérogatoire, pour l'ensemble de la filière, sauf à renforcer de manière excessive la puissance d'achat individuelle ou collective des distributeurs, qui revendiqueraient - dans un rapport souvent jugé déséquilibré - un traitement asymétrique.

En séance, les organisations professionnelles signataires ont accepté la suppression de cet article. Une nouvelle version de leur accord conforme à cet engagement a été reçue par le Conseil le 18 février 2009.

➤ **Avis du 20 février 2009, n° 09-A-03 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du jouet**

■ Calendrier de réduction des délais convenu par les parties

Engagements pris sur les délais de paiement (en jours nets)	2009	2010	2011	1 ^{er} janvier 2012
période janvier-septembre : délai au 1 ^{er} janvier	180	140	100	60
période octobre-décembre : délai au 1 ^{er} octobre	120	100	80	60

■ **Réserves du Conseil de la concurrence :**

Le Conseil a estimé que les **délais dérogatoires convenus restaient néanmoins très élevés** sur l'essentiel de la période de transition au regard du délai normal de 60 jours. Ils apparaissent aussi nettement supérieurs aux délais moyens pour 2007 communiqués par la FCJPE, qui étaient de 129 jours pour la période janvier à septembre et de 93 jours pour octobre à novembre (cf. paragraphe 47).

Le niveau des délais dérogatoires retenu comme point de départ pour la première année de l'accord a probablement été choisi afin de s'adapter à la situation des distributeurs ayant aujourd'hui les délais de paiement les plus importants. Le calendrier d'ajustement prévu est ainsi rendu plus aisément supportable pour tous les distributeurs spécialisés.

Selon le Conseil, cette solution a pour inconvénient une réduction très lente des délais de paiement dérogatoires dans le secteur du jouet, avec en particulier une ultime diminution

des délais de 20 jours à réaliser le dernier jour de la période de transition. Elle ne peut que fausser la perception par les entreprises concernées du caractère volontariste et irréversible que la loi de 2008 a souhaité donner à la réforme des délais de paiement, en instaurant un délai légal unique et d'application à très court terme.

Toujours selon le Conseil, la réalisation effective du calendrier de réduction des délais dérogatoires, prévue par l'accord jouets, apparaîtrait ainsi au plan économique critiquable.

Dans ce contexte, le **pouvoir réglementaire pourrait inciter les signataires à revoir leurs engagements dans le but d'accélérer leur effort de réduction des délais de paiement, en partant d'un chiffre moins élevé en 2009 et en accélérant la transition.**

Les parties signataires ont finalement décidé de réduire à 160 jours (versus 180 jours) le délai maximum de paiement pour le Permanent entre le 1^{er} juillet 2009 et le 30 septembre 2009.

➤ **Avis du 20 février 2009, n° 09-A-04 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur de l'horlogerie, la bijouterie, la joaillerie et l'orfèvrerie**

■ Calendrier de réduction des délais convenu par les parties

Délais de paiement maximum (fin de mois) :	1 ^{er} juillet 2009	1 ^{er} juillet 2010	31 décembre 2011
	90 jours	60 jours	45 jours

■ **Réserves du Conseil de la concurrence :**

Le Conseil a estimé que l'instruction avait conduit à faire des remarques sur trois articles de l'accord, qui ont été prises en compte par les organisations signataires avec l'adoption le 23 janvier 2009 d'un avenant modifiant les points litigieux dans le texte initial de leur accord.

Les parties ont donc modifié l'article 3 de leur accord, relatif aux modalités des intérêts de retard, afin de supprimer ce qui apparaissait dans le texte initial de l'accord comme permettant de négocier le principe de tels intérêts de retard. Une telle clause était contraire à l'article L.441-6 du Code de commerce, qui rend obligatoire l'appli-

tion d'intérêts pour retard de paiement d'une facture par rapport au délai convenu ou légal.

Par ailleurs, la rédaction des articles 4 et 5 a été clarifiée afin, dans le premier cas, de cantonner l'application de délais de paiement exceptionnels

au seul réassortiment des produits volés dans le cas des attaques de magasin et d'exclure, pour ce qui concerne l'article 5, la possibilité pour le comité de suivi de l'accord mis en place de modifier l'accord dérogatoire.

➤ **Avis du 19 mars 2009, n° 09-A-06 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement concernant les fournisseurs de bois, de matériaux, de produits et de services pour le bâtiment et les travaux publics**

- Calendrier de réduction des délais convenu par les parties

au 1 ^{er} janvier 2009	au 1 ^{er} janvier 2010	au 1 ^{er} janvier 2011	au 1 ^{er} janvier 2012
70 jours fin de mois	60 jours fin de mois	50 jours fin de mois	45 jours fin de mois

➤ **Avis du 19 mars 2009, n° 09-A-07 relatif à un accord dérogatoire pour les délais de paiement dans le secteur du sanitaire, du chauffage et du matériel électrique**

- Calendrier de réduction des délais convenu par les parties

au 1 ^{er} janvier 2009	au 1 ^{er} janvier 2010	au 1 ^{er} janvier 2011	au 1 ^{er} janvier 2012
70 jours fin de mois	65 jours fin de mois	50 jours fin de mois	45 jours fin de mois

- **Réserves de l'Autorité de la concurrence concernant les deux avis supra :**

L'Autorité de la concurrence a recommandé l'alignement des calendriers de transition dans les deux accords, qui concernent pour partie les mêmes entreprises.

Elle a par ailleurs exprimé une forte réserve à l'égard des instances de suivi prévues dans l'accord sanitaire/chauffage/matériels électriques. Outre le fait qu'un Observatoire des délais de paiement a déjà pour mission d'assurer ce suivi, l'Autorité est, par principe, réticente à ce qu'un texte réglementaire facilite la mise en place d'une instance de concertation réunissant des entreprises intervenant aux différents stades d'une même filière et destinée de fait à échanger des informations relatives à des éléments de la relation commerciale, comme le sont les délais de paiement.

S'agissant de l'avis « BTP », l'Autorité de la concurrence a considéré que la clause de « rendez-vous » [*« Les parties signataires du présent accord conviennent de se réunir au plus tard le 1^{er} juillet 2009 et le 1^{er} juillet 2010, dans le cadre de l'Observatoire des délais de paiement au Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, pour faire notamment le bilan et le point sur l'application de l'accord »*], ainsi que l'article 5 prévoyant une dématérialisation des moyens de paiement, devraient être supprimés de l'accord.

* * *

Les autres avis attendus concernent notamment la pharmacie (OTC), l'édition littéraire, le disque, la bureautique, les pneumatiques, les animaux de compagnie, les deux roues, etc.

**Des « *Flash concurrence* »
seront régulièrement diffusés
afin d'informer les lecteurs de
La Lettre MG Avocats !**





Quelles perspectives pour le Droit européen des aides d'Etat dans le contexte de la crise mondiale actuelle ?

Par Thomas Lamy et Peggy Turret

Dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, la Commission européenne a décidé d'adopter un cadre temporaire³ à l'intention des Etats membres, ceci afin de lutter contre les effets préjudiciables à l'économie réelle du resserrement du crédit consenti par les établissements bancaires. Ce nouveau cadre a pour objectif – et aura sans doute pour effet – d'assouplir le régime de contrôle des aides d'Etat exercé par la Commission, ce qui conduit à s'interroger sur les conséquences, à moyen terme, d'une telle mesure sur la politique européenne de la concurrence.

Un nouveau cadre temporaire pour les aides d'Etat :

Il n'est sans doute pas inutile de rappeler que l'un des principes fondateurs du droit européen de la concurrence repose sur le postulat d'une incompatibilité des aides d'Etat avec le marché commun⁴, lesdites aides étant considérées comme susceptibles de fausser, ou de menacer de fausser, la concurrence en favorisant, à l'échelon local ou national, certaines entreprises ou productions. Nous touchons bien évidemment ici au cœur même de la construction communautaire et à sa substance post-nationale – d'aucun diraient même « *postmoderne* »⁵ : le contrôle des aides d'Etats, ou comment éradiquer une bonne fois pour toute le tropisme protectionniste des nations européennes, en exorcisant du même coup de trop funestes souvenirs...

Traditionnellement, donc, le principe d'interdiction de semblables aides d'Etat est général et ne souffre d'exceptions que dans certains cas limitativement énumérés : des dérogations peuvent ainsi être consenties lorsque les aides en cause sont considérées comme occasionnant des effets bénéfiques pour l'Union européenne, sans pour autant fausser la concurrence, ces deux impératifs contradictoires ayant pour effet mécanique de limiter le nombre des exceptions et de les circonscrire aux services d'intérêt économique général, ou à des problématiques de cohésion sociale et

régionale, d'emploi, de développement durable, de promotion de la diversité culturelle, etc.

C'est donc peu de dire que la Communauté, puis l'Union Européenne, ont fait du maintien d'un haut degré de compétitivité entre les industries et prestataires des Etats membres l'une de leurs priorités. Seulement, voila : dans le contexte de crise actuelle, ces règles ont montré leurs limites.

La Commission européenne, au demeurant bien consciente de la gravité de la situation et, par ailleurs, sujette la pression tout à la fois conjuguée et en l'occurrence unidirectionnelle des gouvernements nationaux, a donc adopté un cadre financier temporaire, dotant les Etats membres de possibilités supplémentaires aux fins de lutter contre les effets du resserrement du crédit sur l'économie réelle : ce cadre temporaire, dont les ambitions sont au demeurant limitées, ainsi qu'on le voit, fait lui-même partie intégrante du Plan européen pour la relance économique⁶, annoncé par la Commission le 26 novembre 2008.

Sur le plan strictement juridique, il est intéressant de relever que les autorités communautaires ont inscrit le régime ainsi mis en place dans le cadre des dispositions de l'article 87, § 3, point b, du Traité CE, en vertu duquel la Commission peut déclarer compatibles avec le Marché commun les aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre ».

Pour anodin qu'il paraisse de prime abord, le recours à cette base légale n'en traduit pas moins une sérieuse évolution de la position des autorités bruxelloises, tant il était traditionnellement admis que l'article 87 précité devait, du fait même de l'essence anti-dirigiste du schéma économique européen, compter au nombre des dispositions poussiéreuses du droit de la concurrence.

Sans doute était-ce d'ailleurs là la raison pour laquelle le Tribunal de Première Instance avait, en pratique, réduit d'autorité le champ d'application de cette disposition, en interprétant de manière très étroite les situations de « *perturbation grave de l'économie d'un Etat membre* » pouvant justifier son application. Dans un arrêt du 15 décembre 1999⁷, le TPICE avait ainsi établi que l'atteinte en cause au sens de ce texte devait affecter, non

³ Communication de la Commission – Cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle (2009/ C16/ 01), JOUE du 22 janvier 2009.

⁴ Article 87 Traité CE

⁵ Sur ce point, voir les remarquables développements consacrés par Tony Judt à la genèse du traité CE, dans son récent ouvrage « *Après Guerre* », Armand Colin, 2008.

⁶ Communication de la Commission au Conseil européen – Un plan européen pour la relance économique (COM²(2008) 800 final).

⁷ Arrêt du 15 décembre 1999 dans les affaires jointes T-132/96 et T-143/96, Freistaat Sachsen et Volkswagen AG / Commission, point 167, Recueil 1999, page II-3663.

pas seulement l'une ou l'autre des régions, mais l'ensemble de l'économie de l'Etat membre concerné, ceci à l'échelon de son territoire entier.

A la lecture stricte du texte, succède ainsi aujourd'hui une interprétation beaucoup plus lâche, laquelle est avant tout le fruit d'un contexte économique pesant, et non d'une réelle réflexion juridique : seule semble être prise en considération la question de l'accès aux sources de financement, préoccupation dont nul ne songe au demeurant à contester l'importance majeure, puisqu'elle constitue la condition préalable au développement des investissements, de la croissance et de la création d'emploi par le secteur privé.

Quant aux mesures adoptées *in concreto* dans ce cadre temporaire, celles-ci paraissent emblématiques des préoccupations interventionnistes du moment. Les Etats membres peuvent, en particulier, accorder, une aide d'Etat forfaitaire maximum de 500 000 euros par entreprise au cours des deux prochaines années ; de même, les Etats peuvent consentir des garanties publiques aux prêts souscrits par les entreprises, assorties d'une réduction de prime ; des prêts bonifiés, notamment pour la fabrication de produits « verts » et une aide sous forme de capital-investissement, pouvant atteindre 2,5 millions d'euros par PME et par an, pour autant qu'au moins 30 % des coûts d'investissement soient couverts par des investisseurs privés.

Pour Neelie Kroes, Commissaire européenne à la concurrence, il faut donc désormais « *lutter contre la crise, et non nous affronter les uns les autres. Les aides d'Etat doivent être ciblées de façon à permettre aux entreprises, et en particulier aux PME, de surmonter les problèmes financiers provoqués par le resserrement actuel du crédit, sans encore aggraver la situation des autres entreprises, et partant la crise (...).* »⁸

Ces mesures supplémentaires répondraient donc à deux principaux objectifs : premièrement, celui de débloquer l'octroi de prêts par les banques aux entreprises (nécessité qui paraît relever de l'évidence) ; deuxièmement, celui d'encourager les entreprises à poursuivre les investissements dans les projets environnementaux (ce qui se comprend peut-être moins aisément dans le contexte actuel).

Du reste, la rapidité avec laquelle les Etats membres ont eu recours à ces nouvelles dispositions atteste évidemment d'une impérieuse nécessité : l'Allemagne, la première, a commencé à appliquer ces mesures dès la fin du mois de décem-

bre 2008⁹. La France a également réagi rapidement et a obtenu de la Commission l'autorisation d'accorder des aides allant jusqu'à 500 000 euros aux entreprises en difficulté¹⁰, ainsi que l'autorisation de recourir à des garanties subventionnées¹¹.

Et ces deux pays sont loin d'être les seuls Etats membres concernés puisqu'à ce jour, le Portugal, la Hongrie, le Royaume-Uni et le Luxembourg ont également reçu l'autorisation de la Commission de recourir au régime d'aides temporaire.

Les conséquences à moyen terme de l'adoption du cadre temporaire sur la politique européenne de la concurrence :

En cas d'urgence nécessité fait loi, c'est bien connu, et il serait sans nul doute malséant d'accabler Madame Kroes dans sa prestation de pompier de service, alors que ce rôle ne lui était bien évidemment pas destiné à l'origine. Mais force est néanmoins de constater que, même enrubanné des traditionnelles préoccupations de défense des intérêts du consommateur, l'adoption du cadre temporaire évoqué ci-dessus augure mal de l'avenir du droit des aides d'Etat. En fait, la problématique peut être posée en termes simples : le plan d'aide témoigne-t-il de la souplesse avérée du droit de la concurrence, capable d'une constante adaptabilité au contexte économique ou bien, plus prosaïquement, la Commission ne s'est-elle pas contentée en l'occurrence, de suivre et de s'adapter tant bien que mal aux réflexes protectionnistes des uns et des autres, en mettant fin, sinon *de jure*, en tout cas au moins *de facto*, au mécanisme de régulation des aides d'Etat qui prévalaient jusqu'à présent ? Les propos récemment tenus, en France ou ailleurs, par certains membres du personnel politique méritent que l'on se pose la question.

Tirillés entre légalisme et candeur, les auteurs de ces lignes s'abstiendront bien entendu de répondre de façon définitive, mais, quoiqu'il en soit, force est de reconnaître que, sur le plan strictement factuel, la Commission demeure aujourd'hui (au moins en façade), la digue non encore submergée du mécanisme décrit ci-dessus puisqu'*in fine*, c'est à elle que les Etats doivent en référer avant de décider toute intervention. C'est en effet à la Commission que sont notifiées les mesures d'aide d'Etat visées par le cadre dérogatoire¹². A cela s'ajoutent différentes mesures connexes, à commencer par la limitation dans le temps dudit cadre dérogatoire qui, en l'état actuel, ne sera pas appliqué au-delà du 31 décembre 2010 alors que, par ailleurs, il est exigé des Etats membres qui ont

⁽⁸⁾ Cité dans le communiqué de presse de la Commission du 17 décembre 2008, IP/08/1993.

⁽⁹⁾ Communiqué de presse de la Commission du 30 décembre 2008, IP/08/2063.

⁽¹⁰⁾ Communiqué de presse de la Commission du 19 janvier 2009, IP/09/72.

⁽¹¹⁾ Communiqué de presse de la Commission du 27 février 2009, IP/09/332.

⁽¹²⁾ Article 5.2 de la Communication de la Commission – Cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle (2009/ C16/ 01), JOUE du 22 janvier 2009.

octroyés des aides, qu'ils soumettent des rapports annuels à la Commission relatifs à leur conditions d'octroi¹³.

⁽¹³⁾ Les Etats doivent également conserver pendant dix ans des dossiers détaillés sur les aides qu'ils ont octroyées et, à ce titre, toutes les informations indispensables pour établir que les conditions nécessaires ont été respectées.

Enfin, on ne manquera pas de souligner que le soutien de la Cour de Justice des Communautés européennes à la Commission est, en l'occurrence, entier, et constitue à ce titre une pièce essentielle du dispositif. A ce propos, on rappellera d'ailleurs pour mémoire qu'un recours engagé à l'encontre d'une décision de la Commission autorisant une aide d'Etat est toujours possible.





Marque et publicité comparative : les conditions d'une conciliation de ces deux domaines aux vocations opposées

Par Emmanuelle Laur-Pouédras

Plusieurs décisions tant communautaires que françaises¹⁴ ont reconnu valable, sous certaines conditions certes, la citation dans le cadre d'une publicité comparative de la marque d'un tiers.

Le fondement juridique de ces décisions est à trouver non pas dans le droit des marques mais dans le droit de la publicité.

En effet, il n'existe pas en droit des marques de dispositions spécifiques visant à autoriser ou interdire l'emploi de la marque d'un tiers à des fins de publicité comparative.

Il convient donc de rechercher au sein des dispositions relatives à la publicité un cadre permettant de répondre à la question suivante : est-il possible, et dans quelles limites, de citer dans le cadre d'une publicité comparative la marque de son concurrent ?

Or, nous sommes en présence de deux matières difficilement conciliables poursuivant des objectifs divergents :

- la publicité a vocation à offrir une information la plus large possible aux consommateurs ou professionnels d'un domaine particulier et la publicité comparative a plus spécifiquement pour objectif de distinguer ses produits ou services de ceux de ses concurrents,
- le droit des marques a lui pour objectif de garantir l'origine des produits ou services présentés sous une marque et de conférer au titulaire de la marque un quasi monopole sur ce signe, ce qui implique que le titulaire puisse, sous certaines conditions, interdire aux tiers de faire usage dans la vie des affaires d'un signe identique ou similaire à sa marque.

L'enjeu est important puisque, selon les cas, la publicité comparative pourra être qualifiée d'acte de contrefaçon ou non.

⁽¹⁴⁾ Voir pour un exemple récent : Cass. com., 26 mars 2008, pourvoi n°06-18.366, Sandoz / Glaxosmithkline, Beecham Group PLC, en matière de publicité comparative dans le domaine du médicament.

La Cour a affirmé, aux vises des articles L. 121-8 du Code de la consommation relatif à la publicité comparative et L. 5121-1 5° du Code de la santé publique relatif aux génériques, « *qu'en présentant la spécialité paroxétine G Gam comme le générique du Deroxat, la société G Gam [aux droits de laquelle est venue la société Sandoz], informait le public que cette spécialité avait la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique que la spécialité de référence, et que sa bioéquivalence avec cette spécialité était démontrée, ce dont il résulte qu'elle procédait à une comparaison de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits* ».

La Cour a ainsi estimé qu'elle était en présence d'une publicité comparative licite ce qui excluait tout acte de contrefaçon de la marque du médicament au travers de la publicité comparative en faveur de la spécialité générique.

Un arrêt de la CJCE explique parfaitement la conciliation possible entre le droit des marques et la publicité comparative.

Il s'agit d'un arrêt¹⁵ rendu dans une affaire ayant opposé deux opérateurs de téléphonie mobile britanniques.

Dans une campagne publicitaire, l'opérateur H3G avait comparé ses produits avec ceux de l'opérateur O2 en utilisant la marque de son concurrent ainsi que des images de bulles. La société O2 a agi en contrefaçon de sa marque.

Dans le cadre du recours introduit par O2 devant la Court of Appeal suite au rejet de ses prétentions, la juridiction britannique a saisi la CJCE de questions préjudicielles tenant à l'interprétation – et, en définitive, à l'articulation – de l'article 5, §1, sous a) et b)¹⁶ de la première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques et de l'article 3 bis¹⁷ de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, telle que modifiée par la directive 97/55/PE

⁽¹⁵⁾ CJCE, 12 juin 2008, affaire C-533/06, O2 Holdings Limited et O2 (UK) Limited / Hutchison 3G UK Limited.

⁽¹⁶⁾ Cet article est ainsi rédigé : « *Droits conférés par la marque*

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. »

⁽¹⁷⁾ Cet article est ainsi rédigé : « 1. Pour autant que la comparaison est concernée, la publicité comparative est licite dès lors que les conditions suivantes sont satisfaites :

a) elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2 point 2, de l'article 3 et de l'article 7 paragraphe 1 ;
b) elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
c) elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie ;
d) elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;
e) elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent ;
f) pour les produits ayant une appellation d'origine, elle se rapporte dans chaque cas à des produits ayant la même appellation ;
g) elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents ;
h) elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés. »

et Conseil du 6 octobre 1997 pour y intégrer la publicité comparative.

La CJCE énonce tout d'abord le principe selon lequel « le titulaire d'une marque enregistrée n'est pas habilité à interdire l'usage, par un tiers, dans une publicité comparative qui satisfait à toutes les conditions de licéité d'un signe identique ou similaire à sa marque ».

Néanmoins, la Cour tempère aussitôt cette affirmation en rappelant la limite que constitue le risque de confusion.

La Cour affirme qu'il convient de donner la même interprétation à la notion de « confusion » utilisée tant à l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104 qu'à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous d), de la directive 84/450 modifiée.

Or, au regard de l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104, le risque de confusion permet au titulaire de la marque d'interdire à un tiers de faire usage d'un signe identique ou similaire à sa marque, pour des produits ou services identiques ou similaires, s'il existe dans l'esprit du public, un risque de confusion.

Et au regard de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous d), de la directive modifiée 84/450, la publicité comparative est licite dès lors, notamment, qu'elle n'engendre pas de confusion sur le marché entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent.

Ainsi l'existence d'un risque de confusion rend d'une part possible l'interdiction d'utiliser la marque du titulaire et, d'autre part mais de manière superflète, illicite la publicité comparative.

En effet, lorsque les conditions requises à l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104 pour interdire l'usage d'un signe identique ou similaire à une marque enregistrée sont réunies, il est exclu que la publicité comparative dans laquelle ce signe est utilisé satisfasse à la condition de licéité énoncée à l'article 3 bis, paragraphe 1, sous d), de la directive 84/450, telle que modifiée par la directive 97/55.

C'est pourquoi, la CJCE conclut :

« En conséquence, il convient de répondre à la première question que l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive 89/104 doit être interprété en ce sens que le titulaire d'une marque enregistrée n'est pas habilité à faire interdire l'usage par un tiers, dans une publicité comparative, d'un signe similaire à cette marque pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels ladite marque a été enregistrée, lorsque cet usage ne fait pas naître, dans l'esprit du public, un risque de confusion, et ce indépendamment

du fait que ladite publicité comparative satisfait ou non à toutes les conditions de licéité énoncées à l'article 3 bis de la directive 84/450. »

Après avoir rappelé les principes ci-dessus, la Cour raisonne ensuite par rapport au cas qui lui a été soumis.

Elle rappelle à cet égard sa jurisprudence sur les circonstances dans lesquelles le titulaire de la marque peut interdire l'usage par un tiers d'un signe identique ou similaire à sa marque.

Quatre conditions doivent être réunies afin de mettre en œuvre cette interdiction :

- « - cet usage doit avoir lieu dans la vie des affaires ;*
- il doit être fait sans le consentement du titulaire de la marque ;*
- il doit être fait pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque a été enregistrée, et*
- il doit porter atteinte ou être susceptible de porter atteinte à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir aux consommateurs la provenance des produits ou des services, en raison d'un risque de confusion¹⁸ dans l'esprit du public. »*

La Cour estime ainsi que les trois premières conditions sont remplies en l'espèce.

S'agissant de l'existence d'un risque de confusion, la Cour reprenant les constatations de la juridiction de renvoi, estime que « l'usage par H3G, dans la publicité litigieuse, d'images de bulles similaires aux marques bulles n'a pas fait naître un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs. En effet, la publicité litigieuse, dans son ensemble, n'était pas trompeuse et, en particulier, ne suggérait pas qu'il y eût un quelconque lien commercial entre O2 et O2 (UK), d'une part, et H3G, d'autre part ». Elle ajoute que « c'est à bon droit que, aux fins d'apprécier l'existence d'un risque de confusion, la juridiction de renvoi a limité son analyse au contexte dans lequel le signe similaire aux marques bulles a été utilisé par H3G. »

Cet arrêt pose ainsi de façon claire les conditions dans lesquelles une publicité comparative peut priver le titulaire de la marque citée dans une telle publicité de la possibilité d'agir en contrefaçon de sa marque.

Il demeure que chaque situation est à apprécier au cas par cas et au regard du contexte dans lequel la publicité comparative est effectuée.

⁽¹⁸⁾ Selon la jurisprudence de la Cour, « constitue un risque de confusion au sens de cette disposition, le risque que le public puisse croire que les produits ou les services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement. »





La Cour d'appel de Paris se joue des droits de la défense

Par Louis-Gabriel Masson

Dans un arrêt du 28 janvier 2009, la Cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil de la concurrence n°07-D-50 du 20 décembre 2007, qui avait sanctionné trois distributeurs et quatre fournisseurs de jouets pour entente anticoncurrentielle constituée par des pratiques de prix imposés.

Dans sa décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007, le Conseil de la concurrence avait uniformément sanctionné des pratiques de prix de revente minima imposés « classiques », prétendument mises en œuvre par toutes les parties sanctionnées.

Ce faisant, il avait volontairement fait abstraction de la distinction opérée dans la notification de griefs, entre deux types de griefs¹⁹ correspondant à des pratiques bien distinctes reprochées aux plus de 50 parties mises initialement en cause :

- un grief « classique » de prix de revente minima imposés, adressé au fournisseur de jouets Lego et à ses distributeurs ayant appliqué les prix conseillés par ledit fournisseur, d'une part,

- et un grief de « négociation de fausse marge arrière » correspondant à une pratique qui aurait été constitutive, par elle-même, d'une pratique d'entente anticoncurrentielle.

S'étant trouvé dans l'impossibilité de sanctionner les parties concernées par le grief de « négociation de fausse marge arrière » pour une pratique qui n'est pas susceptible de constituer par elle-même une pratique d'entente anticoncurrentielle²⁰, le Conseil de la concurrence avait considéré dans sa décision n°07-D-50 qu'il pouvait sanctionner, pour entente verticale de prix imposés, aussi bien des entreprises concernées par le premier grief que des entreprises concernées par le second.

Dans son arrêt du 28 janvier 2009, la Cour d'appel de Paris n'a pas remis en cause ni sur le fond, ni sur la procédure, notamment en ce qui concerne le respect des droits de la défense et le respect des griefs notifiés, l'argumentation développée par le Conseil de la concurrence dans sa décision n°07-D-50 précitée.

Indépendamment de toute critique pouvant être formulée sur le fond de l'affaire, à savoir sur la

caractérisation de l'existence, en l'espèce, de pratiques d'imposition de prix minima de revente des jouets, l'argumentation développée par la Cour d'appel de Paris pour justifier le fait que des parties à une procédure devant le Conseil de la concurrence puissent être sanctionnées pour un grief différent de celui qui leur a été notifié, apparaît bien contestable.

Le raisonnement de la Cour d'appel de Paris relatif au respect de la défense dans cette affaire encourt trois critiques principales :

I. Selon la Cour d'appel de Paris, le grief d'« application de prix préconisés » et le grief de « négociation de fausses marges arrière » seraient certes distincts, mais se rapporteraient à deux types de preuves d'une même infraction, une entente verticale et seraient donc « substituables » :

Dans son arrêt du 28 janvier 2008, la Cour d'appel de Paris indique :

« Que dans les développements relatifs à la qualification des pratiques, la notification des griefs, rappelant que **le Conseil a identifié deux types de preuves démontrant l'existence d'ententes verticales**, distingue :

■ **d'une part, l'application des prix préconisés laquelle se prouve par le faisceau d'indices établissant la connaissance par les distributeurs des prix de détail souhaités par les fabricants, l'exercice d'une police des prix et l'application significative de ces prix par les distributeurs (...)**

■ **d'autre part, la négociation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé qui se démontre par le caractère faussement conditionnel de certaines remises ou de faux accords de coopération commerciale. »**

Or les deux griefs qui ont été notifiés correspondaient non pas à deux standards de preuve d'une même pratique **mais bien à deux types de pratiques distinctes**, certes condamnables au titre de la même infraction, une entente verticale, mais sur la base d'une méthode de preuve différente.

Force est de constater qu'au détriment des parties auxquelles avait été reproché un grief de « négociation de fausse marge arrière », la Cour d'appel n'a pas cherché à savoir si les pratiques constitutives de « négociation de fausses marges arrière » (correspondant au grief notifié) et les pratiques d'« application de prix préconisés » (correspon-

⁽¹⁹⁾ La notification de grief constitue l'acte d'accusation dans le cadre des procédures devant le Conseil et désormais devant l'Autorité de la concurrence.

⁽²⁰⁾ Cette pratique est tout au plus susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur et d'être éventuellement sanctionnée par le prononcé d'une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros, sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

dant au grief finalement retenu) constituait des pratiques distinctes ou non.

Or il convient de rappeler, ainsi que l'ont fait les parties devant la Cour, que les griefs tels que définis dans la notification de griefs, *définissent le champ de l'accusation*, c'est-à-dire les pratiques, juridiquement qualifiées, qui sont les seules susceptibles d'être sanctionnées par le Conseil de la concurrence.

Ces griefs ne peuvent être modifiés ou substitués l'un à l'autre par le Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence ne peut sanctionner des pratiques qui n'ont pas été qualifiées juridiquement dans la partie « Qualification juridique des faits » de la notification de griefs, peu importe qu'elles soient qualifiées juridiquement de manière identique à celles qui ont été effectivement mentionnées dans la partie « *Qualification juridique* » de la notification de griefs.

C'est ce qu'avait d'ailleurs rappelé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 mars 2005²¹, dans lequel elle avait annulé une décision du Conseil de la concurrence ayant sanctionné une société pour abus de position dominante constitué par des pratiques d'imposition de prix, alors que seul un grief concernant un abus de position dominante constitué par des pratiques d'imposition de prix discriminatoire pour la location de films, avait été notifié.

Au regard de cette jurisprudence, le fait que le grief de « *négociation de fausses marges arrière* » et le grief d'« *application de prix préconisés* », notifiés aux parties en cause dans l'affaire des jouets, se rapportent tous deux à des pratiques susceptibles d'être sanctionnées en tant qu'entente verticale sur les prix, était donc indifférent et n'autorisait pas le Conseil de la concurrence à faire abstraction du caractère distinct de ces griefs et donc des pratiques qui ont fait l'objet dans la notification de griefs d'une qualification juridique, certes similaire (d'entente verticale), mais distincte (les pratiques reprochées ont été clairement distinguées dans la notification de griefs) par les Rapporteurs.

Cependant, dans son arrêt du 28 janvier 2008, la Cour d'appel de Paris a décidé de ne pas appliquer les principes qui l'avaient guidée dans la rédaction de son arrêt du 29 mars 2005 précité.

II. La Cour d'appel de Paris considère qu'un grief est défini par l'intégralité des éléments évoqués dans la notification de griefs :

« Mais considérant qu'un grief doit être analysé par référence aux développements préalables

⁽²¹⁾ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre section H, 29 mars 2005, Filmdis et Cinésogar.

du rapporteur dans l'acte de notification de celui-ci; qu'en l'espèce, les rapporteurs ont notifié aux requérants un grief d'entente entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de revente aux consommateurs; qu'il résulte des explications qui précèdent l'énoncé formel de ce grief pour chacune des entreprises poursuivies qu'en visant la négociation d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte artificiellement élevé et empêchant la fixation des prix aux consommateurs par le libre jeu de la concurrence, les rapporteurs ont seulement entendu préciser comment l'entente en question était démontrée; (...) »

La jurisprudence française (CA Paris, 29 mars 2005, Cinésogar précité) ainsi que la jurisprudence communautaire (CJCE, 31 mars 1993, pâtes de bois²²) ont eu pourtant l'occasion de préciser qu'**un grief notifié n'est pas constitué par l'ensemble des éléments évoqués dans la notification de griefs mais par :**

- **le grief tel que rédigé dans le résumé des griefs de la notification adressé aux parties poursuivies;**
- **les faits rappelés, énoncés et qualifiés juridiquement dans la partie « Qualification juridique des faits de la notification de griefs ».**

Un grief notifié n'inclut pas toutes les pratiques qui pourraient avoir été évoquées dans la partie « *Rappel des faits* » ou « *Exposé des pratiques* » de la notification de griefs et qui n'ont pas été mentionnées et qualifiées juridiquement dans la partie « *Qualification juridique des faits* » de la notification de griefs.

La Cour d'appel de Paris l'a expressément rappelé dans son arrêt du 29 mars 2005 précité.

Sur ce point également, l'arrêt rendu le 28 janvier 2009 s'éloigne donc de la jurisprudence connue de la même Cour.

III. La Cour d'appel de Paris considère que les parties ont évoqué dans leurs observations en réponse à la notification de griefs des pratiques d'imposition de prix de vente aux consommateurs qui avaient été évoquées dans la partie « Exposé des pratiques » de la notification de griefs, preuve que les parties ont pu répondre au grief qui ne leur avait pas été notifié et que les droits de la défense n'ont donc pas été violés :

« *Qu'au demeurant, contrairement à leurs allégations, les parties se sont défendues, non pas seu-*

⁽²²⁾ CJCE, 31 mars 1993, Ahlström / Commission, affaires jointes n°C-89-85, C-104-85 et autres, points 40 à 45, Rec. 1993, p.I-1307.

lement sur les faits analysés sous l'angle des fausses marges arrière, mais sur l'ensemble des faits relevés au titre du faisceau d'indices, comme le montrent leurs observations opposées à la notification de griefs; (...) »

Or, s'il est vrai que parties mises en cause pour avoir prétendument négocié de fausses marges arrières ont effectivement évoqué dans leurs observations en réponse à la notification de griefs des éléments constitutifs de pratiques d'« application de prix préconisés », et notamment des éléments pouvant être considérés comme constitutifs d'une « police des prix » pour les contester, les dites parties ont axé leur défense sur la démonstration de l'absence de négociation bilatérale de « fausses marges arrière », et non sur la contestation de pratiques d'imposition de prix mises en œuvre unilatéralement par des fournisseurs à l'égard de distributeurs.

Par ailleurs, ainsi que l'avait pourtant rappelé la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 mars 2005, **peu importe que les parties répondent à un grief qui ne leur a pas été notifié, elles ne peuvent être sanctionnées que pour les pratiques qui ont été mentionnées dans la partie « Qualification juridique des faits » de la notification de griefs :**

« (...) la notification de griefs doit informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques reprochées et **le Conseil ne saurait** – sauf notifi-

cation de griefs complémentaires à laquelle il lui est loisible de procéder – **sanctionner une pratique qui n'a pas été visée dans la notification des griefs, peu important à cet égard qu'elle ait été dénoncée dans le rapport et que les parties s'en soient expliquées devant lui.** »

Au vu du caractère contestable de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris sur les points évoqués ci-dessus, la décision de la Cour de cassation, qui a été saisi de pourvois, est désormais très attendue.

Dans l'hypothèse où cet arrêt serait confirmé, les parties qui se voient adresser une notification de griefs, ne pourraient se contenter de se défendre, dans leurs observations présentées dans le cadre de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, sur les pratiques qui font l'objet de griefs notifiés. Mais elles devraient également se défendre d'avoir mis en œuvre des pratiques qui, sans qu'elles leur soient clairement reprochées sous la forme d'un grief dans la notification de griefs, pourraient être sanctionnées au titre de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante.

Il n'est pas certain que cette obligation soit tout à fait conforme, ni au principe de droit pénal prohibant l'« auto-incrimination », ni aux dispositions de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable.





Nouvelles règles pour les annonces de réduction de prix : L'arrêté du 31 décembre 2008 et le projet de circulaire d'application

Par Jean-Christophe Grall et Eléonore Camilleri

La protection des consommateurs, grande préoccupation actuelle, passe sans aucun doute par une plus grande transparence des prix à leur égard.

L'article L.113-3 du Code de la consommation prévoit ainsi que « **tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix (...) selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation** ».

S'agissant plus précisément des **annonces de réduction de prix**, les textes de référence furent longtemps l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 « *relatif à la publicité des prix à l'égard du consommateur* » et ses trois circulaires d'interprétation en date du 4 mars 1978, du 22 septembre 1980 et du 26 février 1981, leur objectif proclamé étant de faciliter l'annonce des rabais réels tout en accroissant la protection des consommateurs contre les annonces de prix fictives ou trompeuses.

Toutefois, certaines évolutions commerciales, telles que l'essor du commerce en ligne ou le développement des magasins d'usine et de déstockage n'étaient pas prévisibles, il y a plus de trente ans et appelaient nécessairement quelques adaptations et ajustements de l'arrêté n° 77-105/P.

La nécessité d'aménager la réglementation applicable s'est faite encore davantage ressentir lors de l'adoption de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME », qui a renforcé la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales abusives, notamment en ce qui concerne les publicités dites mensongères et les annonces de réduction de prix.

Une réforme était donc attendue avec impatience, mais également appréhension par les professionnels. Ces derniers craignaient en effet, notamment au vu d'un premier projet d'arrêté présenté durant le troisième trimestre de l'année 2008, une nouvelle définition plus restrictive du « *prix de référence* » qui sert de base au calcul de la remise accordée aux consommateurs et qui doit être mentionné sur les annonces de réduction de prix.

C'est dans ce contexte qu'a été adopté, après consultation du Conseil national de la consommation, l'arrêté du 31 décembre 2008 « *relatif aux*

annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur », qui a abrogé l'arrêté n° 77-105/P.

Ce nouvel arrêté, publié le mardi 13 janvier 2009 au Journal Officiel, est entré en vigueur le lendemain de sa publication.

L'abrogation de l'arrêté du 2 septembre 1977 a, selon toute logique, entraîné la caducité de ses circulaires d'interprétation.

À la date de rédaction du présent article, ces circulaires, qui apportaient de précieuses informations notamment sur le champ d'application de l'arrêté, la définition du prix de référence et les spécificités de certaines promotions courantes²³, n'ont pas encore été remplacées.

Cependant, un projet²⁴ de circulaire sur les conditions d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008 a été établi et devrait aboutir incessamment sous peu à une circulaire définitive.

* * *

Le nouvel arrêté ne révolutionne pas le régime applicable.

En effet, les règles relatives au contenu des supports publicitaires restent pratiquement les mêmes, que ces supports soient dans les lieux de vente ou au dehors, le nouvel arrêté précisant toutefois qu'elles s'appliquent également aux sites électroniques.

Ainsi et comme sous l'empire de l'arrêté n° 77-105/P, la publicité faite hors des lieux de vente (y compris les vitrines) ou sur des sites électroniques non marchands, doit préciser, en vertu de l'article 1^{er} de l'arrêté de 31 décembre 2008 :

- l'importance de la réduction en valeur absolue ou en pourcentage par rapport au prix de référence,
- les produits ou services concernés,
- les modalités d'octroi des avantages annoncés.

Lorsque la publicité est faite sur les lieux de vente ou sur des sites électroniques marchands, l'étiquetage, le marquage ou l'affichage obligatoire des prix doivent faire apparaître :

- le prix réduit annoncé,
- le prix de référence.

⁽²³⁾ Voir en particulier la circulaire du 4 mars 1978.

⁽²⁴⁾ Ce projet, qui est *a priori* définitif mais non encore publié, fait suite à un « avant-projet » qui a circulé dans un premier temps.

Reprenant de façon plus détaillée les grandes lignes d'ores et déjà dégagées par les circulaires²⁵ d'application de l'arrêté 77-105/P, le projet de circulaire tranche la question de l'applicabilité du nouvel arrêté à certains types d'annonces.

Il précise ainsi notamment que « *le champ d'application des obligations fixées à l'article 1^{er} est limité aux publicités annonçant une réduction de prix comportant des indications chiffrées* » et en exclut donc, en toute logique, les annonces purement littéraires telles que « *prix chocs* », « *prix sensationnels* », « *X écrase les prix* » ou encore « *braderie* » et « *offre exceptionnelle* »²⁶.

De même, le projet indique que les publicités du type « *treize à la douzaine* » ou « *+ x % gratuit* » et comparables ne sont pas soumises aux dispositions de l'arrêté lorsque la réduction de prix à l'unité résulte de l'augmentation de la quantité de produits contenue dans l'unité usuelle de vente de ces produits.

Si cette exception était déjà bien acquise sous l'empire de l'arrêté n° 77-105/P – puisqu'expressément visée par la circulaire du 4 mars 1978 – le projet de circulaire apporte une précision non négligeable en prévoyant qu'échappe également à l'arrêté les publicités du type « *dont x % gratuit* », indiquant qu'une quantité gratuite de produits est ajoutée à la quantité nominale vendue habituellement.

A ce titre, il est intéressant de relever qu'un avant-projet de circulaire prévoyait initialement qu'étaient soumises à l'arrêté les publicités du type « *dont x % gratuit* », indiquant qu'une quantité gratuite de produits est incluse sous la même quantité nominale que celle vendue habituellement.

* * *

L'arrêté du 31 décembre 2008 reprend donc largement les principes d'ores et déjà posés par l'arrêté n° 77-105/P, mais apporte toutefois quelques adaptations notables :

■ La définition du prix de référence

La définition du prix de référence reste sensiblement la même, ce qui laisse à penser que les vives réserves des professionnels s'agissant de la limitation de l'utilisation du prix conseillé comme prix de référence ont été entendues²⁷.

Ce prix de référence peut en effet toujours être :

1. soit « *le prix le plus bas effectivement pratiqué par lui pour un article ou une prestation similaire, dans le même établissement de*

vente au détail, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité »,

2. soit le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur, à condition qu'il ait été couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit,
3. soit le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique²⁸.

Le nouvel arrêté innove toutefois en prévoyant également un quatrième prix de référence, dans le cas spécifique où un article similaire n'a pas été vendu précédemment dans le même établissement de vente au détail ou sur le même site de vente à distance, cette possibilité s'adressant plus particulièrement aux magasins d'usine et aux sites internet de ventes privées.

En effet, l'article 2.3 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit que dans cette hypothèse, le prix de référence peut être un prix conseillé les années précédentes par le fabricant ou l'importateur.

Néanmoins, trois conditions devront être respectées pour assurer une protection des consommateurs adaptée :

- le prix conseillé ne pourra être antérieur à trois ans et dans ce cas, l'annonce de réduction de prix portera, à côté du prix de référence, la mention « *prix conseillé* », accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapporte ;
- le consommateur devra être informé de l'année à laquelle ce prix se rapporte ;
- l'annonceur devra être en mesure de justifier de la réalité de ce prix conseillé et du fait que celui-ci a été pratiqué.

Selon le projet de circulaire, l'annonceur doit être en mesure de justifier du prix de référence par la production de catalogues ou de tout autre document émanant du fabricant ou de l'importateur.

Ce projet précise également que lorsque l'annonceur est le fabricant du produit, il peut justifier de l'existence d'un prix conseillé par le fait que ce prix a été pratiqué directement par lui-même dans son propre réseau de distribution, ou couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit.

■ L'utilisation du prix de référence par l'annonceur en cas de démarques successives

L'arrêté n° 77-105/P n'indiquait pas les modalités d'utilisation du prix de référence par l'annonceur en cas de réductions de prix annoncées de manière successive au cours d'une même opération commerciale, alors qu'il arrive souvent en pratique que les commerçants soient amenés à faire des démarques les unes à la suite des autres.

⁽²⁵⁾ Et plus particulièrement la circulaire du 4 mars 1978.

⁽²⁶⁾ Toutefois, il conviendra de veiller à ce que ces annonces ne soient pas « *trompeuses* » au sens de l'article L.121-1 du Code de la consommation.

⁽²⁷⁾ Cf. article 2 de l'arrêté du 31 décembre 2008.

⁽²⁸⁾ Le projet de circulaire indique qu'il n'y a pas de hiérarchie entre ces différents prix de référence.

L'article 2.1 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit expressément que, dans ce cas de figure, les opérateurs peuvent annoncer une réduction de prix par rapport au prix de référence utilisé au début de la publicité, dans la limite d'un mois à compter de la première annonce de réduction de prix.

■ Les annonces relatives aux opérations de déstockage

Le nouvel arrêté tire les conséquences de la loi de modernisation de l'économie qui autorise depuis le 1^{er} janvier 2009 les commerçants à réaliser à tout moment des opérations de promotions de déstockage.

Rappelons, à ce titre, qu'il résulte de la nouvelle définition des soldes issue de l'article 98 de la LME, la possibilité pour les commerçants d'annoncer des réductions de prix pour écouler de manière accélérée leurs stocks en dehors des périodes de soldes, sans que ces opérations soient requalifiables en soldes illicites.

Cette grande nouveauté rendait de fait obsolète l'article 2 de l'arrêté n° 77-105/P lequel prévoyait que toute publicité faite en dehors des lieux de vente devait indiquer la période pendant laquelle le produit était offert à prix réduit.

Afin d'intégrer cette nouvelle possibilité tout en continuant d'assurer une parfaite information des consommateurs, l'article 1.1 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit que pour les publicités concernant ces opérations de déstockage, les commerçants ont l'obligation d'indiquer que ces offres sont valables « jusqu'à épuisement des stocks », et qu'ils doivent cesser la publicité dès que les stocks sont épuisés.

■ L'affichage des conditions tarifaires préférentielles

Il est de plus en plus fréquent que les commerçants mettent en place des conditions tarifaires préférentielles réservées à certaines catégories de consommateurs, comme par exemple des réductions de prix liées à l'âge ou à la possession d'une carte de fidélité.

L'article 6 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit un affichage sur le lieu de vente des conditions

tarifaires préférentielles qui sont accordées de manière sélective par les professionnels. Par le biais de cette transparence, le gouvernement souhaite que les consommateurs soient mieux informés et qu'ils puissent bénéficier plus systématiquement de ces réductions de prix.

Selon le projet de circulaire d'application du nouvel arrêté, l'information doit se faire par voie d'affichage à l'entrée du magasin, ou mise à disposition de prospectus dans le point de vente, ou par mention dans le catalogue de vente ou le site électronique de vente marchand, « de manière à ce que les consommateurs puissent avoir facilement connaissance de ces offres ».

* * *

Tels sont les grands traits de ce nouvel arrêté du 31 décembre 2008, dont le non respect par l'annonceur devrait constituer une contravention pénale de cinquième classe sanctionnée par une petite amende de 1.500 €, comme sous l'empire de l'arrêté n° 77-105/P. Le faible montant de cette amende n'est cependant qu'un leurre et ne doit pas faire accroire une quasi-impunité des annonceurs, dès lors que pourront être prononcées autant de peines que d'infractions constatées, c'est-à-dire de supports publicitaires illicites comptabilisés.

En outre, rappelons que les commerçants devront également veiller à ne pas se rendre coupables de « pratiques commerciales trompeuses »²⁹ au sens de l'article L.121-1 du Code de la consommation, qui constituent, quant-à-elles, des infractions délictuelles.

L'avenir nous dira si l'arrêté du 31 décembre 2008 permettra d'accorder « davantage de souplesse aux commerçants pour dynamiser leurs ventes » tout en favorisant « l'accès des consommateurs aux mécanismes de réduction de prix susceptibles de soutenir leur pouvoir d'achat », ainsi que le prétend le communiqué de presse du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'emploi³⁰.

⁽²⁹⁾ Appelées « publicités fausses ou de nature à induire en erreur » antérieurement à la loi dite « Chatel » du 3 janvier 2008.

⁽³⁰⁾ Communiqué du 13 janvier 2009 (<http://www.minefe.gouv.fr>).





Cartel de la sidérurgie : 575,4 millions d'euros d'amende infligée aux acteurs principaux du marché français de la sidérurgie

Par Clémence Ducros

Le Conseil de la concurrence vient de condamner de manière très sévère les acteurs significatifs du marché français de la sidérurgie.

Le Conseil a donc infligé des amendes pour un montant d'un peu plus de 575 millions d'euros à onze entreprises du négoce de produits sidérurgiques et au principal syndicat de la profession, la Fédération Française de Distribution des Métaux (FFDM), pour avoir mis en place entre 1999 et 2004 un cartel de grande ampleur portant à la fois sur les prix, les clients et les marchés.

Les onze entreprises représentaient une part de marché cumulée de 70 à 90 % (selon les produits sidérurgiques en cause).

Rappel des faits condamnés :

Les pratiques en cause reposaient sur des habitudes nationales et régionales anciennes et consistaient en une concertation entre concurrents sur les conditions commerciales, à l'occasion d'un nombre très important et régulier de réunions et d'échanges d'informations : barèmes communs de prix, classement des clients en fonction de leur potentiel, taux de remise maximum, procédures de suivi des affaires et de contrôle, etc. Elles visaient également la répartition des parts de marché pour ce qui concerne les clients les plus importants et, au jour le jour, la répartition des consultations de tous les clients.

Les entreprises organisaient une multiplicité de réunions, fixaient leur niveau de mise en place (national, régional, local), leur spécialisation par produits, leur périodicité, la multiplication des référentiels tarifaires, la diffusion de récapitulatifs, la mise en place d'instances de contrôle et de soutien des pratiques, un suivi régulier et prenaient des sanctions en cas d'« infractions » aux règles fixées.

Le cartel était très organisé et fonctionnait grâce à l'action de « parrains » et de « pilotes » qui agissaient sur tout le territoire national, lui-même « découpé » en 11 régions, avec à leur tête un « président ». Les entreprises qui ne respectaient pas les accords étaient l'objet de « sanctions » pouvant aller jusqu'à l'exclusion temporaire du cartel.

De telles pratiques s'inscrivaient dans un plan d'ensemble dont l'objet était d'établir sur le marché français du négoce de produits sidérurgiques une coopération pratique entre opérateurs se substituant au libre jeu de la concurrence. Elles

ont été mises en œuvre, sous couvert d'une activité syndicale, sous l'impulsion des trois principaux groupes français de négoce.

Application du programme de clémence et de la procédure de non contestation des griefs :

La DGCCRF a ouvert en mai 2004 une enquête après une plainte de certaines entreprises clientes de négociants en produits sidérurgiques, selon laquelle les offres reçues de différents négociants à l'occasion de consultations présentaient des similitudes suspectes.

En octobre 2006, soit deux ans après l'ouverture de l'enquête par la DGCCRF, l'une des sociétés visées par l'enquête a demandé la mise en œuvre de la procédure de clémence visée au IV de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

L'entreprise a donc proposé de collaborer à l'instruction en apportant des éléments nouveaux en sa possession constituant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession des autorités de concurrence, en échange non pas d'une immunité d'amende à laquelle elle ne pouvait prétendre dès l'instant où les autorités de concurrence disposaient d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir l'existence du cartel, mais d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires.

Le Conseil de la concurrence, par un avis du 14 mars 2007, lui a accordé le bénéfice conditionnel de la clémence, avec une exonération de la sanction encourue comprise entre 10 % et 30 %.

La réduction d'amende finalement obtenue est supérieure à la fourchette de réduction envisagée par l'avis, puisque la sanction a été réduite au titre de la clémence de 35 %, ce qui laisse à penser que les éléments apportés ont été considérés comme déterminants par les autorités de concurrence pour établir la réalité de l'ensemble des pratiques mises en œuvre par le cartel.

Parallèlement, les deux principaux opérateurs du marché, ainsi que le syndicat FFDM ont demandé au Conseil de bénéficier de la procédure de non contestation des griefs visée au III de l'article L.464-2 du Code de commerce.

Ils ont ainsi décidé de ne pas contester les faits et ont pris des engagements destinés à prévenir la répétition des mêmes comportements. Leur sanction a, en conséquence, été réduite à hauteur de 17 %.

Il semble que le Conseil ait été sensible à la mise en œuvre d'une série d'engagements quasiment structurels relatifs à l'organisation du syndicat et destinés à prévenir la survenance de nouvelles pratiques anticoncurrentielles en son sein.

Il est enfin à noter que plusieurs entreprises sanctionnées ont fait valoir, lors de la séance devant le Conseil, les difficultés qu'elles pourraient rencon-

trer du fait de la crise économique apparue au second semestre 2008. Le Conseil a tenu compte de ce contexte – qui peut affecter la capacité contributive des entreprises – et rappelle qu'il est possible aux sociétés de demander, si elles font état de difficultés particulières, des délais ou un échancier de paiement au comptable public chargé du recouvrement.





Le caractère délictuel de la responsabilité en cas de rupture brutale de relations commerciales établies à l'épreuve de la clause attributive de compétence de juridiction

Par Jean-Alain Jonvel

L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce prévoit que :

« 1.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...)

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ».

La nature contractuelle ou délictuelle de cette responsabilité est longtemps restée indéterminée.

Dans un arrêt en date du 6 février 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé pour la première fois, au visa de cet article, que « **le fait** pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers **de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels,**

engage la responsabilité délictuelle de son auteur » (Cass. Com. 6 février 2007 n°04-13.178).

Dans cette affaire, les parties avaient entretenu des relations commerciales pendant de nombreuses années, ce qui avait amené la Cour d'appel de Bordeaux à retenir l'existence de liens contractuels qui ne pouvaient être rompus sans préavis par l'une des parties et à faire application de la clause attributive de compétence contenue dans les conditions générales de vente de la société à l'origine de la rupture.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a donc cassé cet arrêt au motif que la rupture brutale de relations commerciales établies engage la responsabilité délictuelle de son auteur, écartant ainsi la clause attributive de compétence.

Un mois plus tard, soit le 6 mars 2007, la Première Chambre civile de la Cour de cassation faisait au contraire application d'une clause attributive de compétence contenue dans les confirmations de commandes et les factures du fournisseur à l'occasion d'une rupture des relations commerciales entre les parties (Cass. civ. I, 6 mars 2007 n°06-10.946).

Dans cette affaire, le distributeur exclusif en France de produits fabriqués en Allemagne avait assigné son fournisseur allemand devant la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de Colmar sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce.

Le fournisseur allemand avait alors soulevé son incompétence au profit du Tribunal de Ravensburger en Allemagne en invoquant une clause attributive de compétence. La Cour d'appel de Colmar avait fait droit à cette demande et la Première Chambre civile de la Cour de cassation a donc confirmé cette décision.

A la lecture de ces deux décisions, la Première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation semblaient adopter une position divergente, de sorte qu'il était difficile de savoir si l'auteur de la rupture engageait sa responsabilité contractuelle ou délictuelle.

Toutefois, l'opposition entre les deux chambres n'était pas aussi certaine qu'elle paraissait dans la mesure où les situations à l'origine de ces décisions étaient fort différentes : un contrat écrit à

vocation internationale, d'une part, et des relations commerciales établies entre sociétés françaises hors de tout contrat, d'autre part.

La responsabilité serait-elle délictuelle en l'absence de contrat et contractuelle en présence d'un contrat ?

En outre, dans la mesure où la Première Chambre civile se contentait de viser l'article 23 du Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000, s'appliquant à un « rapport de droit déterminé », sans préciser si la responsabilité était, selon elle, délictuelle ou contractuelle, elle pourrait en réalité être en accord avec la chambre commerciale, si elle estimait que les dispositions prévues à l'article 23 du Règlement précité s'appliquent indifféremment à la responsabilité délictuelle et contractuelle.

Cette situation s'est étonnamment reproduite au mois d'octobre 2008, où la Chambre commerciale et la première Chambre civile ont à nouveau eu l'occasion de statuer sur le caractère contractuel ou délictuel de la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale de relation commerciale.

En effet, dans son arrêt en date du 21 octobre 2008, la chambre commerciale a réaffirmé, toujours au visa de l'article L.442-6-1-5° du Code de commerce, que « *le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur* » et précise que « *la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit* » (**Cass. Com. 21 octobre 2008 n°07-12.336**).

En l'espèce, une société française s'approvisionnait auprès d'un fournisseur allemand, qui a mis fin à la relation commerciale. La société française a alors agi sur le fondement de l'article L. 442-6-1-5° du Code de commerce, mais la Cour d'appel de Colmar avait considéré que « *l'article L. 442-6 du Code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif* ».

Reprenant sa jurisprudence initiée au mois de février 2007, la Chambre commerciale rappelle que l'auteur d'une rupture brutale engage sa responsabilité délictuelle et que dès lors, peu importe la loi applicable au contrat puisque le critère de rattachement en matière délictuelle est le lieu de production du fait dommageable, et donc le lieu d'établissement du distributeur victime de la rupture.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation confirme donc sa position et estime que la rupture brutale de relations commerciales établies en l'absence de tout contrat engage la responsabilité délictuelle de son auteur.

Le lendemain, soit le 22 octobre 2008, la Première Chambre civile de la Cour de cassation, visant l'article 3 du Code civil et les principes généraux du droit international privé, fait application d'une clause attributive de juridiction à l'occasion d'un litige fondé notamment sur la violation de l'article L. 442-6 du Code de commerce et affirme « *que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige* » (**Cass. Civ. I, 22 octobre 2008 n°04-13.178**).

En l'espèce, une société américaine avait conclu un contrat de distribution exclusive avec une société française, contenant une clause attributive de juridiction aux juridictions de San Francisco. Suite à la résiliation du contrat, la société française avait assigné son fournisseur devant le Tribunal de commerce de Bobigny pour abus de dépendance économique, sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

La Cour d'appel avait écarté la clause attributive de juridiction au motif que le litige relevait de l'application de dispositions de l'ordre public économique constituant des lois de police et sanctionnant des pratiques assimilées à des délits civils.

La Première Chambre civile de la Cour de cassation a sanctionné cette interprétation, dans la mesure où l'application de dispositions impératives constitutives de lois de police ne permet pas d'écarter l'application d'une clause attributive de juridiction. La question de la loi applicable et de l'incidence de l'existence d'une loi de police sur la loi applicable est indépendante de la question du Tribunal compétent.

Dès lors, la Première Chambre civile de la Cour de cassation ne s'est pas positionnée sur la nature de la responsabilité encourue par l'auteur de la violation de l'article L.442-6 du Code de commerce, elle a simplement cassé la motivation adoptée par la Cour d'appel.

Par ailleurs, il semblerait, à la lecture des deuxième et troisième branches du premier moyen de cassation, que la société américaine ait prétendu que la nature de cette responsabilité dépendrait de la nature de la relation qui unit les parties, c'est-à-dire de l'existence ou non d'un contrat, mais aussi que l'action n'était pas uniquement fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, la société française ayant également argué d'une violation de la clause d'exclusivité, c'est-à-dire d'une violation contractuelle.

Or, lorsqu'un moyen permet de casser la décision de la Cour d'appel, la Cour de cassation n'a pas à examiner les autres moyens de cassation.

Dans ces conditions, ces deux décisions rendues en octobre 2008 ne permettent pas, elles non plus, d'être définitivement fixé sur la nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité en cas de violation des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, et en particulier de l'article L. 442-6-I-5.

Un très récent arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de donner une nouvelle réponse à cette question (**Cass. com. 13 janvier 2009 n°08-13.971**).

L'importance de cet arrêt réside non pas dans la solution adoptée par la chambre commerciale qui affirme à nouveau le caractère délictuel de la responsabilité de l'auteur d'une rupture brutale, mais dans les circonstances dans lesquelles cette décision a été rendue.

En effet, en l'espèce, les parties avaient signé un contrat de concession exclusive et l'action était fondée uniquement sur la violation de l'article L.442-6-I-5° du Code de commerce. Qualifiant la responsabilité de délictuelle, la chambre commer-

ciale de la Cour de cassation a donc écarté la clause attributive de compétence prévue au contrat.

Ainsi, il est désormais clair que, pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la rupture brutale de relations commerciales établies engage la responsabilité délictuelle de son auteur, qu'un contrat ait ou non été signé, et qu'une clause attributive de juridiction est donc inapplicable dans le cadre d'un litige fondé uniquement sur cette rupture.

Si le demandeur entend obtenir également réparation d'une violation contractuelle, il n'est toutefois pas certain que la chambre commerciale écarte l'application d'une telle clause.

En tout état de cause, il convient désormais d'attendre une nouvelle décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation pour savoir s'il existe réellement une divergence d'opinion entre les deux chambres et si la question devra être finalement tranchée par l'assemblée plénière.





Par Alexandre Rios

Parution des « *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* »

On se souvient qu'à la suite du rapport de l'Economic Advisory Group for Competition Policy (*An economic approach to Article 82*, juillet 2005), la Commission avait lancé une importante réflexion sur une nouvelle approche pour l'application de l'article 82 du Traité CE.

Elle avait ainsi publié en décembre 2005 un important document de discussion qu'elle avait soumis à une vaste consultation publique. La Commission avait alors reçu plus d'une centaine de réponses écrites et avait ensuite procédé à plusieurs débats publics.

Le 9 février dernier, la Commission a finalement adopté les « *orientations* » qui guideront son action lorsqu'elle appliquera l'article 82 aux pratiques d'éviction auxquelles se livrent les entreprises dominantes.

Ce document, qui prend la forme d'une Communication, concerne donc **les seules pratiques d'éviction anticoncurrentielles**, lesquelles peuvent être définies comme celles qui ont pour effet d'évincer ou restreindre le développement des concurrents actuels sur le marché ou de dissuader ou restreindre la possibilité pour les

concurrents potentiels d'y accéder durablement et d'y prospérer.

Conformément à l'évolution générale qui a marqué le droit des ententes et le droit des concentrations ces dernières années, la communication de la Commission consacre une nouvelle approche, résolument économique, fondée sur **les effets** des pratiques d'exclusion des entreprises en position dominante.

Elle définit un cadre général d'analyse que la Commission entend utiliser pour déterminer s'il y a lieu d'intervenir à l'égard des pratiques d'éviction. Elle envisage ensuite l'application de cette approche générale aux formes les plus courantes de pratiques d'éviction anticoncurrentielles, au rang desquelles les accords d'exclusivité, les rabais fidélisants, les ventes liées ou groupées, les pratiques de prix prédateurs et les pratiques de ciseau tarifaire.

Le texte de la communication a été publié au JOUE du 24 février 2009 (JO C 45, p. 7 et s.). Il est également disponible sur le site Internet de la Direction générale de la concurrence de la Commission à l'adresse suivante :

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

Nous publierons très prochainement un « *Flash concurrence* » consacré spécifiquement à l'analyse de cette importante communication de la Commission.





Quelques informations :

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

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

■ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services: coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, «Trois fois net» comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, «**NIP**», etc. ;

■ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution** ;

■ **Au contrôle des concentrations**

■ Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]

■ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;

■ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]** ;

■ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003** : 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] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;

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

■ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;

■ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses/déloyales dans le cadre de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

■ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

■ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites** ;

■ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2009, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération** ;

■ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

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





Société Civile Professionnelle MG Avocats

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