

***Le Cabinet MG Avocats  
vous présente ses meilleurs vœux  
pour l'année 2008***

SOMMAIRE :

Réforme de la Loi « Dutreil » : version consolidée des articles du Code de commerce et brefs commentaires !  
*par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros* p. 2

Distribution sélective et Internet : confirmation par la Cour d'appel de Paris de la licéité de l'exigence, comme critère de sélection, d'un point de vente physique  
*par Nathalia Kouchnir-Cargill* p. 7

Du bon usage des prix de vente conseillés  
*par Thomas Lamy* p. 9

Décision du Ministre de l'économie du 13 novembre 2007 relative à une concentration dans le secteur de l'organisation des foires et salons : des engagements pratiques.  
*par Benoît Laurin* p. 11

Le Conseil de la concurrence rend un avis favorable, mais nuancé concernant les droits de retransmission des matchs de football professionnel  
*par Louis Gabriel Masson* p. 16

Des confirmations apportées sur l'étendue des visites et saisies réalisées sur le fondement de l'article L.450-4 du Code de concurrence  
*par Arlette Gastaldy* p. 18

Un arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 donne des précisions intéressantes sur le « *Legal privilege* »  
*par Arlette Gastaldy* p. 19

Dessous illicites chez Google  
*par Erwan Le Morhedec* p. 20

Regain des ventes à la boule de neige sur Internet  
*par Eléonore Camilleri* p. 21

Action du Ministre de l'économie tirée de l'article L.442-6 III du Code de commerce. Action de substitution ou action autonome ? La Cour d'appel d'Angers relance le débat !  
*par Benoît Laurin* p. 22

Colloque « Concurrence et organisation du système de santé » organisé par la DGCCRF le 10 octobre 2007 – Extraits  
*par Clémence Ducros* p. 23

Jurisprudence sur la faute inexcusable : la sévérité est de mise !  
*par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi* p. 26

Du côté d'Antitrust Alliance p. 28

Quelques informations p. 31

## Réforme de la loi « Dutreil » : version consolidée des articles du Code de commerce et brefs commentaires !

Par Jean-Christophe Grall et Clémence Ducros

Dans le cadre de l'évolution des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, vous trouverez ci-dessous la **version consolidée** des articles du Code commerce, tels que ressortant de l'examen du projet de **loi Châtel** pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, par la Commission mixte paritaire le 20 décembre 2007. Les modifications apparaissent en caractères gras :

### ➔ S'agissant du principe de transparence tarifaire et de la dépenalisation de la non communication des conditions générales de vente :

#### Article L.441-6 du Code de commerce :

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer **ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle**. Celles-ci constituent le socle de la négociation commerciale. Elles comprennent :

- les conditions de vente ;
- le barème des prix unitaires ;
- les réductions de prix ;
- les conditions de règlement.

Les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestation de services, et notamment entre grossistes et détaillants. Les conditions dans lesquelles sont définies ces catégories sont fixées par voie réglementaire en fonction notamment du chiffre d'affaires, de la nature de la clientèle et du mode de distribution.

Dans ce cas, l'obligation de communication prescrite au premier alinéa ne s'applique qu'à l'égard des acheteurs de produits ou des demandeurs de prestation de services d'une même catégorie.

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur peut, par ailleurs, convenir avec un acheteur de produits ou un demandeur de prestations de services des conditions particulières de vente justifiées par la spécificité des services rendus qui ne sont pas soumises à cette obligation de communication.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Contrairement aux dispositions de l'alinéa précédent, pour le transport routier de marchandises, pour la location de véhicules avec ou sans conducteur, pour la commission de transport ainsi que pour les activités de transitaire, d'agent maritime et de fret aérien, de courtier de fret et de commissionnaire en douane, les délais de paiement convenus ne peuvent en aucun cas dépasser trente jours à compter de la date d'émission de la facture.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

**Est puni d'une amende de 15 000 €, le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés aux huitième et neuvième alinéas, le fait de ne pas indiquer dans les conditions de règlement les mentions figurant à la première phrase du dixième alinéa ainsi que le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions du même alinéa.**

#### Article L.442-6 du Code de commerce :

I- 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 :

1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2° a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, **notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels**. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogeant aux conditions générales de vente ;

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 com-

merciale 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 ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écarter au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L.441-6 ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.

**9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L.441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle.**

[...]

➔ **S'agissant de la formalisation de la relation commerciale entre un fournisseur, un grossiste ou un distributeur :**

Article L.441-7 du Code de commerce :

**I – Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services fixe :**

1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale dans le respect de l'article L.41-6 ;

2° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

3° Les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés aux alinéas précédents.

Cette convention, établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat cadre annuel et des contrats d'application, précise l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution de chaque obligation, ainsi que sa rémunération et, s'agissant des services visés au 2°, les produits ou services auxquels ils se rapportent.

La convention unique ou le contrat cadre annuel est conclu avant le 1<sup>er</sup> mars. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, cette convention ou ce contrat est signé dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande.

Les présentes dispositions ne sont pas applicables aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L.441-2-1.

**II. – Est puni d'une amende de 75 000 € le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences du I.**

➔ S'agissant de la définition du seuil de revente à perte :

Le seuil de revente à perte est désormais fixé au triple net à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008 !

Article L.442-2 du Code de commerce :

Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est

puni de 75 000 € d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel que soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. **La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L.121-3 du Code de la consommation.**

**Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.**

Le prix d'achat effectif tel que défini à l'alinéa précédent est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

➔ S'agissant des dispositions propres aux produits agricoles périssables :

Article L.441-2-1 du Code de commerce :

Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération **de services rendus à l'occasion de leur revente, propres à favoriser leur commercialisation et ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ou de services ayant un objet distinct**, que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix.

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans

un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L.632-3 et L.632-4 du code rural, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 euros.

➔ **S'agissant des prix de cession de certains produits agricoles :**

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle, telle que définie par l'article L.611-4 du Code rural, des prix de première cession abusivement bas pour des produits figurant sur la liste prévue à l'article L.441-2-1 du présent code.

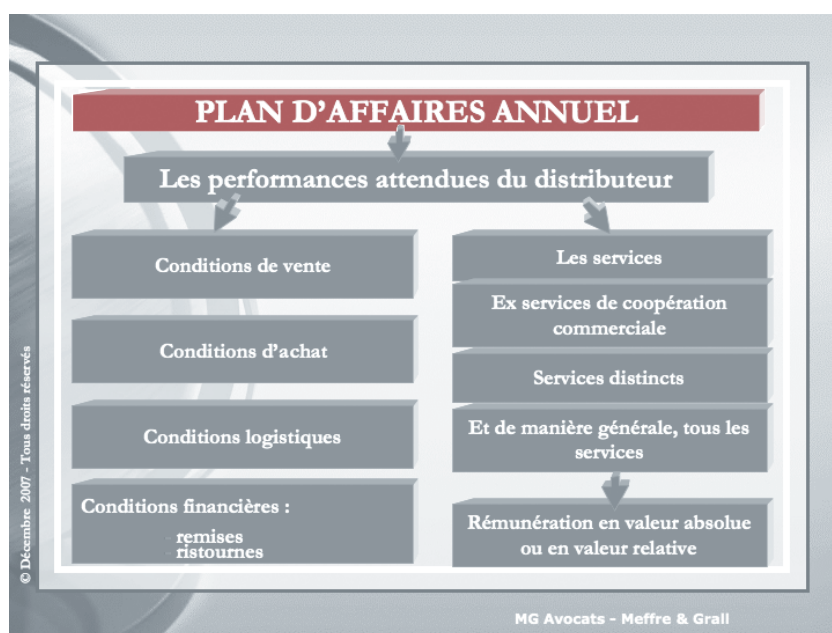
Engage également la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préju-

**dice causé le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits. Les conditions définissant la situation de forte hausse des cours de certaines matières premières agricoles ainsi que la liste des produits concernés sont fixées par décret.**

Le III et le IV de l'article L.442-6 sont applicables à l'action prévue par le présent article.

- Brefs commentaires sous forme de schémas récapitulatifs de ce que seront le plan d'affaires annuel et le seuil de revente à perte en 2008 :

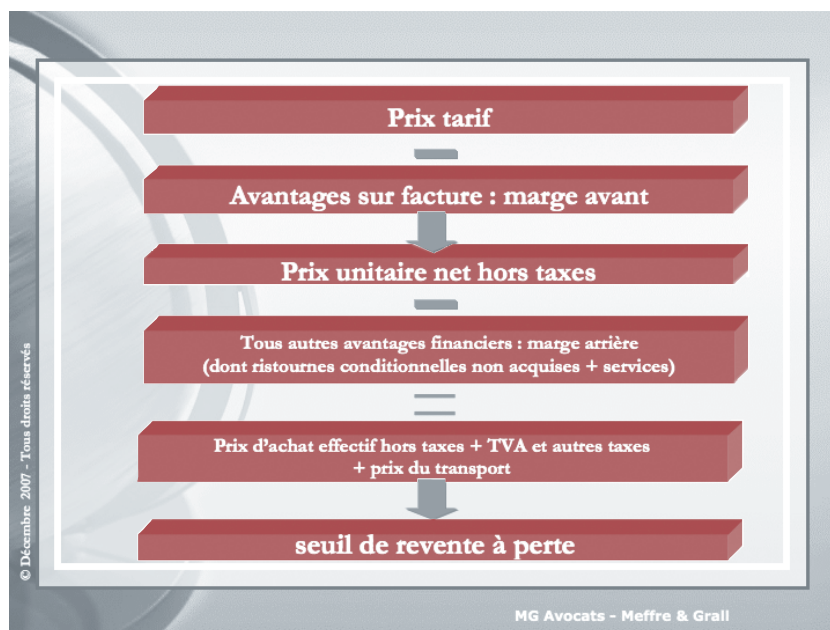
➔ **Le Plan d'affaires annuel :**



Le plan d'affaires annuel qui devra être signé au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2008 – ne doutons pas cependant d'une certaine clémence de l'administration pour cette première année d'application de la loi Châtel –, devra ainsi prévoir non seulement les services qui devront être rendus par le distributeur, mais aussi un rappel des CGV applicables avec l'éternel problème de la confrontation entre CGV et Conditions d'achat et surtout les éventuelles conditions particulières de vente qui seront convenues entre le vendeur et l'acheteur.

Le nouveau texte de l'article L.441-7 ne reprend plus l'obligation faite aux distributeurs de communiquer avant le 31 janvier de l'année n + 1 le montant total des rémunérations perçues au titre des différents services rendus au cours de l'année passée !

➔ Le SRP Châtel 2008 :



Le SRP s'établira donc le 1<sup>er</sup> janvier 2008, avec 30 % de marge arrière, tous autres avantages confondus : ristournes conditionnelles non acquises et donc non portées sur facture/ coopération commerciale et services distincts, à :

**Le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ? (avec 30% de marge arrière)**

Prix tarif	100
Remises promotionnelles + logistiques + Ristourne inconditionnelle + ristourne conditionnelle acquise (sur facture)	- 20
Prix unitaire net	80
Avantages financiers : 30 % réintégrables [soit 30 % de 80 = 24 euros]	- 24
Nouveau SRP vs 72 en 2006 et 68 en 2007	56

Marge arrière (intégrable dans le prix de revente)

© Décembre 2007 - Tous droits réservés

MG Avocats - Meffre & Grall

Le PVC pourra en outre intégrer les différents avantages promotionnels tels que les tickets Leclerc, les BRIC, BRD, et autres promotions virtuelles, la CMP ayant à cet égard refusé d'intégrer au plan d'affaires annuel les services visant la promotion commerciale de produits spécialement identifiés (i.e. les « NIP »).

## Distribution sélective et Internet : confirmation par la Cour d'appel de Paris de la licéité de l'exigence, comme critère de sélection, d'un point de vente physique

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Dans sa décision n°06-D-24 du 24 juillet 2006, rendue dans le cadre de la procédure d'engagements concernant la société Festina France, le Conseil de la concurrence avait considéré qu'il était licite pour un fournisseur, dans le cadre de l'organisation de son réseau de distribution sélective, d'exclure les distributeurs « *exclusivement Internet* », également dénommés « *Pure players* », en exigeant de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin physique pour accueillir le public et exposer les produits contractuels.

Cette décision avait considérablement influé sur l'organisation des réseaux de distribution sélective, dépassant ainsi largement le cadre de la simple affaire Festina, en exigeant la présence dans les contrats de distribution de dispositions expresses relatives à la distribution sur Internet, l'absence de toute référence étant considérée comme une restriction illicite de ce mode de distribution, puis en acceptant l'exclusion des vendeurs « *exclusivement Internet* ».

A n'en point douter, nombre de fournisseurs ayant organisé leur distribution sous la forme d'un réseau de distribution sélective avaient alors complété et/ou modifié leurs contrats afin, non seulement de se mettre en conformité avec les exigences posées par le Conseil de la concurrence, mais également de barrer la route aux « *Pure players* » connus, dans certains domaines, pour pratiquer des méthodes commerciales particulièrement agressives.

Mais une incertitude demeurait, la société Bijourama à l'origine de la plainte déposée devant le Conseil de la concurrence ayant formé un recours contre la décision rendue validant les engagements de la société Festina et mettant fin ainsi à la procédure engagée.

**Par un arrêt en date du 16 octobre 2007**, la Cour d'appel de Paris rejette, aux termes d'une décision claire et précise, le recours de la société Bijourama laquelle, petit point de procédure, a bien été jugée recevable à exercer un recours contre la décision d'acceptation d'engagements, la Cour estimant qu'elle était en cause en tant que partie saisissante devant le Conseil de la concurrence et qu'elle justifiait d'un intérêt dans la mesure où la décision d'acceptation d'engagements n'avait pas fait droit à ses demandes.

Sur le fond, la Cour d'appel rejoint totalement la position du Conseil de la concurrence en jugeant :

*« Mais considérant qu'ainsi que l'a rappelé le Conseil, Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vente sur Internet, ni ne se réserve cette activité, et qu'il résulte même des engagements présentés que chacun des distributeurs de son réseau peut recourir à la vente sur Internet sous réserve de respecter certaines conditions ;*

*Que, présente non seulement sur le segment des montres de moyenne gamme, mais aussi sur le segment haut avec la marque Festina Or, elle est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité, notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n'intervienne dans l'intérêt même des consommateurs, qu'en complément d'un point de vente physique. »*

Ainsi, l'exigence d'un point de vente physique est bel et bien un critère de sélection licite au regard des règles de concurrence.

Il est intéressant de noter que la société Bijourama opposait également à la société Festina France une attitude discriminatoire à son égard en acceptant parallèlement de réaliser des ventes sur Internet via la société « *ventes-privées.com* », illustrant selon elle l'absence de crédibilité des arguments invoqués pour justifier l'exclusion des vendeurs « *Pure players* ».

Et la Cour répond aux termes d'un attendu précis :

*« Mais considérant qu'il ressort des éléments produits que les ventes dont s'agit sont occasionnelles, limitées à quelques jours, qu'elles s'adressent aux membres abonnés d'un club et qu'elles concernent des produits de fin de série ;*

*Que c'est donc par des motifs pertinents que le Conseil de la concurrence a estimé que ces ventes étaient suffisamment distinctes, tant de celles effectuées par des "Pure players" comme Bijourama, que de celles effectuées*

*par les membres du réseau de distribution sélective de Festina France, pour ne pas affecter de manière substantielle le cadre de l'analyse des engagements de Festina France. »*

La Cour estime ainsi que la vente ponctuelle de fins de série sur des sites spécialisés tels que « *ventes-privées.com* » ne saurait être comparable à la vente en ligne permanente des produits en cause.

Un fournisseur peut donc librement déstocker ses fins de séries dans le cadre de ce type de ventes sans risquer de se voir reprocher une pratique discriminatoire ou de voir remettre en cause son exigence d'un point de vente physique pour la commercialisation de ses produits.

Et la Cour de conclure :

*« Considérant que les contrats proposés par Festina France ouvrent expressément la possibilité aux distributeurs agréés de ven-*

*dre les produits sur Internet et par correspondance, selon des considérations objectives, transparentes et non discriminatoires ;*

*Que les obligations spécifiques prévues par le contrat de vente sur Internet, concernant en particulier la mise en valeur des marques du groupe Festina sur les sites, le contrôle de la publicité et la fourniture d'informations aux clients, ne sont pas de nature à entraver la vente en ligne. »*

Là, les principes en la matière sont clairement confirmés : les contrats prévoyant expressément la possibilité ouverte aux distributeurs agréés de vendre sur Internet dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires pouvant toucher notamment au respect de l'image de marque, au contrôle des opérations promotionnelles et plus largement de la publicité, et le conseil à la clientèle, sont licites, même si, par ailleurs, les acteurs de la distribution « *exclusivement Internet* » se voient exclus du réseau.



## Du bon usage des prix de vente conseillés !

Par Thomas Lamy

Anticipant l'application du « *triple net* » au 1<sup>er</sup> janvier 2008, fournisseurs et distributeurs se sont rencontrés, dans le courant du mois de décembre 2007, aux fins de définir leur politique commerciale – notamment promotionnelle – pour la nouvelle année. D'où, bien évidemment, l'évocation de la question taboue entre toutes, à savoir celle du prix de revente des produits aux consommateurs.

De fait, il est évident qu'encore aujourd'hui, nombre de cadres commerciaux n'éprouvent, lorsqu'ils évoquent la question des prix, aucun sentiment de transgression d'un quelconque interdit mais, osons le dire, plutôt celui de chercher à « *bien faire leur travail* », dans un contexte où le législateur, en leur faisant perdre systématiquement, via l'instauration d'un « *triple net* », tout « *pilotage* » des prix, ne leur faciliterait bien évidemment pas la tâche...

Aussi, et au risque de paraître un peu sentencieux aux yeux des plus avertis de nos lecteurs, il nous semble indispensable, dans le cadre des remous engendrés par l'entrée en vigueur de la loi « *Châtel* », de procéder aux rappels qui suivent.

En premier lieu, on rappellera, bien évidemment, que toute pratique d'entente verticale, quelle que soit sa forme (courrier, courrier électronique, télécopie, compte rendu de réunion, entretien téléphonique,...) portant sur la question de la fixation d'un prix minimal de revente aux consommateurs, est prohibée aux termes des articles 81 du traité CE et L.420-1 du Code de commerce, et sanctionnée par une amende pouvant atteindre en théorie, pour les entreprises contrevenantes, 10 % de leur chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes.

Sur le plan pénal, l'article L.442-5 du Code de commerce punit une semblable pratique d'imposition de prix d'une amende maximale de 15 000 € pour la personne physique responsable et de 75 000 € pour la ou les entreprises qui viendraient à être mises en cause à ce titre.

Le spectre des discussions ainsi concernées par la prohibition légale est évidemment très large, et s'étend de l'échange le plus abrupt (demande formulée par le distributeur auprès du fournisseur de lui indiquer « *le juste prix* » des produits) jusqu'aux pratiques les plus détournées (à titre d'exemple demande formulée par le distributeur d'une validation du « *tri-*

*ple net* » au vu des avantages consentis... et, dans la foulée, demande de « *validation* » du prix de revente des produits/prix promotionnels/etc.).

Si l'ensemble de ces pratiques contre-nature qui, en termes synthétiques, conduisent à reporter la décision ultime de fixation du prix du distributeur – dont c'est pourtant le métier – sur le fournisseur, sont constitutives d'un comportement prohibé, cet état de fait ne remet cependant pas en question la validité des prix de vente maxima ou conseillés, même s'il est certain que, sur ce point, certains opérationnels peuvent parfois avoir le sentiment qu'on leur tient un discours plus proche d'Ignace de Loyola que de l'orthodoxie juridique...

N'en déplaise aux sceptiques, il est incontestable que si l'article 4 du règlement n° 2790/1999 de la Commission, relatif aux accords verticaux, prohibe les pratiques d'imposition de prix de revente comme constitutives de « *clauses noires* » anticoncurrentielles, c'est néanmoins « *sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elles* ».

De même, l'article L.442-5 précité du Code de commerce, incrimine « *le fait [...] d'imposer, directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* », sans préjudice d'éventuels prix maximum conseillés.

Dans ces conditions, on rappellera que, pour séparer le bon grain de l'ivraie, c'est-à-dire pour distinguer les faux prix conseillés — mais vrais prix imposés — des véritables barèmes indicatifs licites, le Conseil de la concurrence applique depuis plusieurs années ce qu'il appelle la méthode du « *triple test* », qui le conduit à constater :

- l'évocation de prix de vente au détail entre le fournisseur et les distributeurs ;
- l'application par les distributeurs d'un prix de détail uniforme ;
- l'existence d'une pratique de surveillance des prix.

Sur ce dernier point il convient de relever que le Conseil exige, pour que soit démontrée la police des prix, l'existence d'un système de contrôle par le fournisseur, assorti d'un large éventail de mesures de rétorsion : les représailles constituent évidemment la manifestation la plus évidente d'une semblable police, les autres mesures allant de simples contrôles de prix de vente consommateurs (« *PVC* »), aux pressions, menaces de rétorsion et représailles effectives.

C'est ainsi que, pour démontrer l'existence d'une police des prix, la jurisprudence retient plusieurs indices tels que<sup>1</sup>:

- Des témoignages émanant de distributeurs installés dans différentes régions attestant que les prix pratiqués font l'objet d'une surveillance régulière de la part du fournisseur ;
- La participation de certains distributeurs à cette surveillance par des actes de dénon-

ciation de ceux qui ne respectent pas les tarifs conseillés par le fournisseur ;

- Des rappels à l'ordre formulés verbalement, voire des pressions sous la forme de menaces de suspension des livraisons ou de résiliation unilatérale du contrat en cas de non-respect de ces tarifs.

\* \* \*

Auparavant, apanage du secteur automobile ou des « *produits bruns* », **les prix conseillés** ont-ils vocation à s'étendre systématiquement, loi « Châtel » oblige, à l'ensemble des secteurs de l'économie ?

Toujours est-il qu'ils nous paraissent aujourd'hui seuls susceptibles de ménager les principes fondamentaux issus du droit des ententes et des problématiques liées aux prix telles qu'elles se font jour dans la négociation commerciale pour 2008.

(1) TPPT Conseil de la concurrence, décision n° 01-D-45 du 19 juillet 2001 relative à une saisine présentée par la société Casino France.

# Décision du Ministre de l'économie du 13 novembre 2007 relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons : des engagements pragmatiques !

Par Benoît Laurin

La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) et la société UNIBAIL avaient notifié au Ministre de l'économie la constitution de quatre filiales communes détenues à parité, destinées à regrouper leurs activités dans les domaines de la gestion de sites de congrès/exposition et de l'organisation de foires et salons.

Les deux entreprises géraient des sites majeurs sur la région parisienne.

La CCIP gérait les sites de :

- Paris Nord Villepinte ;
- Paris Le Bourget ;
- Palais des Congrès de Paris ;
- Palais des Congrès de Versailles.

UNIBAIL, de son côté, gérait sept sites de congrès/exposition :

- CNIT (La Défense) ;
- Porte de Versailles (espace Champerret) ;
- Carrousel du Louvre
- Espace Grande Arche ;
- Cœur Défense ;
- et Palais des Sports.

La première des quatre filiales – devant ainsi être constituées – était destinée à détenir le foncier, deux filiales assureraient la gestion des sites et la dernière des activités d'organisation.

Chacune de ces quatre sociétés devait être détenue à parité de manière indirecte par la CCIP et UNIBAIL, un pacte d'associés réservant à la CCIP la faculté de bloquer certaines décisions d'investissement, « *élément stratégique pour une entité dont la fonction est la détention du patrimoine de sites de la nouvelle entité* ».

Aux termes d'une première phase d'instruction, le Ministre avait estimé que cette concentration était de nature à porter atteinte à la concurrence et avait saisi pour avis le Conseil de la concurrence, qui s'est prononcé par un avis circonstancié n° 07-A-10 du 26 septembre 2007.

Le Ministre, suivant en cela l'avis rendu par le Conseil de la concurrence et s'appuyant sur la communication juridictionnelle consolidée de la Commission relative au Règlement

139/2004<sup>2</sup>, conclut que le projet de création des quatre filiales communes devait s'analyser en une seule et même opération :

*« en effet, la logique industrielle de l'opération était celle d'un regroupement des activités de gestion de sites et d'organisation de foires et salons pour mettre en œuvre une gestion coordonnée de l'ensemble des sites et bénéficier des gains d'efficacité liés à l'intégration verticale ».*

Suivant également en cela l'avis rendu par le Conseil de la concurrence, le Ministre distingue principalement quatre types de marchés concernés :

- des marchés « amont », aux niveaux local et national, de la gestion de sites (foires et salons/salons professionnels/congrès) ;
- un marché « aval » de l'organisation de foires et salons ;
- un marché des prestations de services annexes ;
- et un marché de la gestion de centres commerciaux.

**Un des grands intérêts de cette décision consiste dans les engagements déposés par les parties au cours de la procédure, de nature à remédier aux atteintes à la concurrence identifiées au cours des phases d'instruction.**

Il est nécessaire de rappeler les effets anticoncurrentiels constatés par le Ministre (et le Conseil de la concurrence) sur les deux marchés suivants (1.) :

- le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des foires et salons ;
- le marché de l'organisation de foires et salons ;

pour pouvoir mesurer la portée des engagements souscrits par les parties et analyser les raisonnements tenus par les autorités de concurrence (2.).

(2) « des opérations multiples constituent une seule et même opération de concentration aux fins de l'article 3 [du Règlement (CE) n° 139/2004 précité] dès lors qu'elles sont par essence unitaires ».

## 1. Effets anticoncurrentiels constatés sur les marchés affectés par l'opération de concentration

### 1.1 Sur le marché « amont » de gestion de sites susceptibles d'accueillir des foires et salons :

Si le Ministre considère que :

*« les risques d'atteinte à la concurrence peuvent être écartés sur le marché de la gestion de sites de congrès, que celui-ci soit considéré comme **de dimension nationale ou supranationale** »,*

il n'en va pas de même du marché de la gestion de sites susceptible d'accueillir des foires et salons, qui lui se limite géographiquement à la région parisienne.

Le Ministre constate en effet que l'opération de rapprochement entre la CCIP et UNIBAIL :

*« se traduit par la création d'un quasi-monopole sur ces deux marchés [**foires et salons grand public et salons professionnels**], les parties cumulant entre [90-100] % de parts de marché si on raisonne en surface disponible et près de [90-100] % de parts de marché si on raisonne en surface facturée pour les années 2005 et 2006 ».*

induisant sur le plan des effets horizontaux les risques suivants :

- « **la fixation de prix de monopole** [...] d'autant plus probable que le contre-pouvoir des acheteurs est faible, la demande étant captive et peu sensible au prix » ;
- « **la baisse de qualité ou l'augmentation des prix** » et « **l'accroissement du périmètre** » des prestations annexes obligatoires et exclusives.

Il note toutefois que :

*« L'intensité concurrentielle prévalant dans la réalisation de l'opération est relativement limitée car :*

*« L'instruction a montré qu'il existait d'ores et déjà une tension sur les prix du fait de la rareté des surfaces d'exposition disponibles en région parisienne notamment pour les périodes calendaires les plus demandées, "une relative spécialisation des sites est observée" », que « les demandeurs sont attachés à un couple lieu/date », « élément essentiel pour la réussite d'un salon », et que « plusieurs facteurs de concurrence résiduelle subsistent avant la réalisation de l'opération ».*

Le Ministre en conclut ainsi que :

*« Les risques d'atteinte à la concurrence sont donc avérés sur le marché de la gestion de sites d'exposition pouvant accueillir des foires et salons grand public [...] [et] « sur le marché de la gestion de sites d'exposition pouvant accueillir des salons professionnels ».*

### 1.2 Sur le marché « aval » de l'organisation de foires et salons :

Sur ce marché le Ministre relève, à l'instar du Conseil de la concurrence, que les parties cumuleront (20-30) % et (35-45) % de part de marché face à Reed Expositions, premier organisateur de salons en France.

Le Ministre relativise l'existence d'effets unilatéraux de l'opération de concentration (spécialisation des acteurs du marché par secteur/changement difficile d'organisateur) et s'agissant d'éventuelles barrières à l'entrée, reconnaît que les « entrées [**sur le marché**] restent possibles », notamment de la part d'organismes étrangers ou d'organisations professionnelles choisissant d'assurer elles-mêmes l'organisation de leurs événements.

Toutefois, il relève la possibilité d'effets coordonnés dans la mesure où « la part de marché cumulée des parties et de leur principal concurrent, Reed Expositions, s'établira entre [40-50] % et [65-75] % de part de marché, avec une relative symétrie des parts de marché des deux acteurs » ; situation de duopole pouvant être de nature à favoriser une collusion tacite entre les deux principaux organisateurs de foires et de salons.

Le Ministre ne retient pas cependant l'existence d'une position dominante collective, considérant que l'un au moins des critères cumulatifs requis par la jurisprudence du TPICE Airtours/Commission, n'est pas réuni<sup>3</sup>.

(3) Le TPICE a déterminé trois critères déterminants pour inférer de la seule structure du marché une position dominante collective, dans son arrêt Airtours/Commission :

- La **transparence sur le marché doit être suffisante** pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître le comportement des autres membres afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action.
- Il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une **incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché**.
- Cette ligne d'action commune ne doit pas pouvoir être contestée par des concurrents actuels et potentiels ainsi que par des consommateurs.

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

Le Ministre constate en effet que :

*« L'hétérogénéité des services en cause et l'absence de transparence sur les prix en amont et en aval sont telles que les acteurs ne seraient pas capables de mettre en place une ligne d'action commune. Il apparaît notamment que le service proposé ne revêt pas un caractère suffisamment homogène pour permettre d'établir des conditions de transparence sur le marché : la plupart des manifestations sont uniques, organisées "sur mesure", et font l'objet d'une élaboration commune entre une organisation professionnelle et un organisateur sur la base d'un projet général d'événement pour lequel de nombreuses options peuvent être proposées a priori, et dont les modalités exactes (lieu, date, nombre de stands, prestations offertes...) ne pourront être observées qu'au moment de la tenue de l'événement, souvent plus d'une année après que ces modalités aient été arrêtées. Le critère de transparence n'est donc pas rempli du fait de ces négociations intuitu personae. »*

Il observe cependant que :

*« Les risques qui pèsent sur le marché de l'organisation tiennent davantage à l'intégration verticale des parties et aux avantages qu'elles peuvent tirer de leur monopole sur le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des foires et salons en région parisienne. »*

En effet, s'agissant des effets verticaux de l'opération, le Ministre constate que :

*« En créant une entité disposant d'une position de quasi-monopole à l'amont et de [35-45] % de parts de marché à l'aval, l'opération entraîne des risques d'effets verticaux, puisque la nouvelle entité sera en mesure :*

- de discriminer ses concurrents dans le choix des lieux [...] et des dates d'exposition,*
- d'imposer un traitement discriminatoire à ses concurrents en augmentant les loyers qu'ils doivent acquitter ou les prix des prestations annexes, par exemple en accroissant la complexité des grilles tarifaires,*
- de tirer profit des informations stratégiques auxquelles le gestionnaire de sites a accès pour favoriser sa branche organisatrice de foires et salons, notamment pour réagir de manière anticipée à la création d'un nouveau salon par un concurrent,*
- d'user de sa position dominante sur la gestion de sites et de sa position de leader*

*sur l'organisation pour accroître sa puissance d'achat vis-à-vis des prestataires de services auxquels elle fait appel pour réaliser les prestations obligatoires et exclusives, – de coupler des prestations obligatoires attachées à l'infrastructure du site (fluides, télécoms, sécurité, élingage, assurance) avec des prestations habituellement concurrentielles (conception-fabrication des stands, sonorisation, communication...) par le biais d'une obligation de couplage ou d'une remise de couplage. »*

Et le Ministre de conclure :

*« Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que l'opération, en créant un quasi-monopole en amont ainsi qu'un leader sur le marché aval de l'organisation de foires et salons, est de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce dernier marché et sur les marchés aval des prestations de services annexes concurrentielles. »*

C'est dans ce contexte que doivent être appréciés les engagements souscrits par les parties à l'opération de concentration.

## 2. Les engagements souscrits

Les parties avaient, en effet, fait état d'engagements – tant structurels que comportementaux – devant le Conseil de la concurrence, qu'elles ont ensuite formalisés devant le Ministre.

Notons d'emblée l'originalité que relève en introduction le Ministre s'agissant de ces engagements :

*« Les parties n'ont pas déposé d'engagement de cession d'actifs, le Conseil de la concurrence ayant considéré au cas d'espèce que la création d'actifs [...] constituait une forme de remède structurel plus efficace. »*

### 2.1 Engagement principal : l'extension de capacités

Constatant que :

*« la situation actuelle de la concurrence sur le marché national de la gestion des sites de foires et salons est médiocre »*

et que :

*« l'insuffisance des surfaces permet au gestionnaire de site de bénéficier d'une rente de rareté, la demande excédant structurellement l'offre, notamment pour les périodes calendaires les plus recherchées »,*

le Ministre retient un engagement intéressant proposé par les parties : **un engagement d'investissement** au lieu d'un engagement structurel – habituellement observé – de déconcentration, c'est à dire

*« augmenter la taille des sites susceptibles d'accueillir de grandes manifestations », permettant un « déverrouillage de l'offre »,*

qui pèsera sur les prix de location et incitant les gestionnaires de sites à rechercher une bonne occupation des nouvelles surfaces.

Les parties avaient en effet souscrit l'engagement de réaliser une **extension nette des surfaces de 135.000 m<sup>2</sup> sur le site de Paris Nord – Villepinte, soit une extension de l'ordre de 25 % des capacités disponibles en surfaces d'exposition sur l'Île-de-France**, pour laquelle le Ministre constate que :

*« la création d'actifs constitue une forme de remède structurel (pérenne), plus efficace que la cession d'actifs : elle diminuera la contrainte de rareté qui existe actuellement et donc l'incitation de l'entité à augmenter les prix de location des sites dont elle assure la gestion : dans un objectif de rentabilisation de lourds investissements, la nouvelle entité devrait rechercher le remplissage de ses sites ».*

Le Conseil de la concurrence avait pour sa part indiqué dans son avis précité que :

*« En l'espèce, un engagement structurel consistant par exemple dans la cession de salons actuellement organisés par les filiales des parties présentes sur le marché de l'organisation permettrait éventuellement de diminuer le poids de la nouvelle entité sur le marché aval de l'organisation, mais ne présenterait aucune garantie sérieuse contre le risque d'utilisation de la position quasi-monopolistique sur le marché amont, par exemple pour discriminer au profit de ses filiales, fussent-elles moins puissantes à la suite d'éventuelles cessions. »*

*« En outre, l'engagement de "création d'actifs" par augmentation de l'offre sur le marché amont peut s'analyser, dans le cas de l'espèce, comme une forme de remède structurel qui est, selon l'analyse de l'opération par le Conseil, plus efficace que le remède symétrique de la "cession d'actifs". »*

Au-delà de l'importance de cet engagement et des gains d'efficacité présentés par les parties (gestion coordonnée des plannings des sites), le

Ministre – suivant l'avis du Conseil de la concurrence – retient que celui-ci « n'apporte pas au progrès économique une contribution suffisante pour contrebalancer à elle seule, les risques d'atteinte à la concurrence identifiés ».

Les autres engagements suivants de nature comportementale ont donc été convenus par les parties avec les autorités de concurrence.

## 2.2 Régulation tarifaire

Le Ministre constate que :

*« Si l'extension des capacités d'accueil à laquelle les parties se sont engagées est de nature à modérer les prix qu'elles pratiqueront pour mettre ces capacités à disposition des tiers, une régulation directe de l'ensemble de leurs tarifs s'impose. »*

*« Cette régulation passe tout d'abord par l'encadrement tarifaire strict des loyers [...] »*

L'engagement suivant des parties a ainsi été convenu : elles « **n'augmenteront pas les loyers des sites gérés en Île-de-France**, hors le site de la Porte de Versailles, **d'un taux annuel supérieur à celui autorisé par la Ville de Paris** dans le cadre de la concession sur ce dernier site, **ou au taux d'évolution annuel de l'indice du coût de la construction (ICC)**, lissé sur les neuf années précédant l'année de l'augmentation, le plafond le plus bas résultant de ces deux indicateurs étant retenu [...] Le prix des loyers s'entend comme la valeur du locatif et des Prestations annexes incluses ».

## 2.3 Non discrimination dans l'accès aux sites :

Le Ministre constate que :

*« L'opération ne saurait dégrader les conditions d'accès des tiers aux sites de congrès-expositions ; au contraire, l'extension de surface prévue par les engagements et la gestion coordonnée des plannings doivent permettre d'offrir plus de créneaux, et ainsi de répondre de la manière la mieux adaptée aux demandes des organisateurs. »*

Il convenait en effet de prévenir le risque que les parties ne discriminent les tiers en favorisant leurs propres activités d'organisation de foires et salons, lorsqu'elles élaborent les calendriers d'utilisation des sites.

Les parties se sont ainsi engagées sur un système complexe d'attribution des réservations, prévoyant en particulier :

- une limitation à 24 mois du délai de réservation des surfaces ;
- une hiérarchie dans le positionnement des manifestations, avec une priorité de reconduction pour les salons « pivot » ;
- la mise en place d'un « droit du grand-père » proposant aux organisateurs titulaires de ce droit un créneau d'une « attractivité comparable » d'une surface et d'une durée égales à celles de la session précédente de la foire ou du salon, éventuellement supérieures ou inférieures de 10 % si l'organisateur le demande [mécanisme qualifié par le Ministre comme « de nature à assurer l'équilibre entre la reconduction des salons existants et la souplesse nécessaire à l'optimisation des surfaces »] ;
- l'engagement de n'accorder aucune priorité à leurs « propres salons » [salons pour lesquels la filiale commune est signataire du contrat avec le site ainsi que ceux dans lesquels les parties détiennent un intérêt financier significatif, possédant plus de 25 % de leur capital], par rapport aux salons des organisateurs tiers ;

#### 2.4 Respiration du marché de l'organisation :

Par cet engagement, les parties se sont engagées à limiter la part relative de leurs propres salons, dans l'occupation de leurs propres sites.

*« En moyenne, sur les années 2004 et 2006, la "Part occupée" par les "Propres Salons" a été estimée par les parties à [30-40] %. Le seuil retenu, [40-50] %, permet donc à la nouvelle entité de gagner encore des parts de marché, mais l'empêche d'opérer une préemption du marché. »*

#### 2.5 Prestations annexes :

Afin d'écarter les risques d'effets congloméraux portant atteinte à la concurrence en matière de prestations annexes, nécessaires à la réalisation d'une manifestation, les parties se sont donc engagées à ne pas pratiquer de couplage :

- entre les prestations annexes obligatoires et exclusives (les branchements électriques et de plomberie, la fourniture d'air comprimé et d'éclairage, les services de communication électronique, l'élingage, la signalisation, la sécurité du site et éventuellement la gestion des caisses à l'entrée),
- et les prestations concurrentielles,

sauf justification par des raisons techniques ou économiques objectives, acceptée par écrit par le Ministre.

\* \* \*

Un mandataire indépendant veillera à l'exécution de l'ensemble de ces engagements, qui :

*« interviendra notamment dans la résolution des conflits entre les parties et des tiers : l'activité d'organisation de foires et salons s'inscrivant dans des délais extrêmement contraints, une procédure rapide de résolution des conflits a été proposée ».*

À l'exception de l'engagement relatif à la respiration du marché, qui expirera au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les engagements demeureront en vigueur tant qu'une des parties sera titulaire de la concession du Parc des Expositions de la Porte de Versailles (la convention d'exploitation actuelle expirant le 31 décembre 2026), à moins que l'opération faisant l'objet de la présente décision ne soit complètement dénouée.

## Le Conseil de la concurrence rend un avis favorable mais nuancé concernant les droits de retransmission des matchs de football professionnel.

Par Louis-Gabriel Masson

Dans un avis du 9 novembre 2007<sup>4</sup>, rendu à la demande du Ministre de l'économie, sur le fondement de l'article L.462-2 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence ne s'oppose pas à l'allongement à quatre ans de la durée des contrats exclusifs relatifs aux droits de retransmission des matchs de la Ligue professionnelle de football, telle que prévue par le projet de décret modifiant le décret n°2004-699<sup>5</sup> relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives.

En 2005, Canal Plus avait obtenu l'exclusivité de la plupart des droits de retransmission audiovisuelle<sup>6</sup> cédés par la Ligue de football professionnelle, en particulier ceux concernant la diffusion des matchs du championnat de France de Ligue 1, pour trois saisons allant de l'été 2005 à l'été 2008, et pour plus de 600 millions d'euros en moyenne par saison.

Or, en 2006, le Ministre de l'économie<sup>7</sup> a autorisé Canal Plus à fusionner avec son principal concurrent, TPS. La Ligue professionnelle de football préalablement au lancement d'un nouvel appel d'offre<sup>8</sup> relatif à la cession des droits d'exploitation audiovisuelle des championnats de France de Ligue 1 et de Ligue 2 pour les trois prochaines saisons, appréhendait que, faute de concurrent crédible à Canal Plus, le montant des droits payés par les diffuseurs ne soit bien inférieur aux plus de 600 millions d'euros par saison obtenu auparavant.

(4) Conseil de la concurrence, avis n°07-A-15 du 9 novembre 2007, portant sur le projet de décret modifiant le décret 2004-699 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives.

(5) Décret n°2004-699 du 15 juillet 2004, pris pour l'application de l'article 18-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 et relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives, J.O n° 163 du 16 juillet 2004 page 12790.

(6) Droits de retransmission exclusive en direct ou en léger différé de tous les matchs des compétitions organisées par la Ligue professionnelle de football.

(7) Lettre du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante, C2006-02.

(8) L'appel d'offre concernant les droits de retransmission des matchs des championnats de France de Ligue 1 et de Ligue 2 pour les années 2008 à 2012 a été lancé le 30 novembre 2007.

Afin de maintenir une concurrence entre les acquéreurs potentiels des droits de retransmission des championnats professionnels français de football et soucieux de maintenir le montant de ces droits (et par là même les ressources des clubs professionnels français de football), le gouvernement a envisagé de modifier le décret n°2004-699 et de faire passer la durée maximale des contrats par lesquels les droits audiovisuels sont cédés de trois à cinq ans.

Dans un avis n°07-A-07 du 25 juillet 2007<sup>9</sup>, le Conseil s'est déclaré défavorable à l'allongement de la durée des contrats d'achat de droits à cinq ans.

Dans un projet de décret, le gouvernement a donc proposé un allongement de la durée maximale d'achat des droits de trois à quatre ans.

Le Conseil de la concurrence dans l'avis n°07-A-15 du 9 novembre 2007 ne s'oppose pas à tel allongement (1) et n'exclut pas une régulation asymétrique des droits aux dépens de Canal plus (2).

### 1) L'absence d'opposition du Conseil à un allongement de la durée des contrats d'achats de droits à quatre ans :

Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de prendre position à trois reprises<sup>10</sup> sur le problème des contrats d'achat de droits de retransmission des championnats de football professionnel français.

Le Conseil s'est toujours montré favorable à l'organisation d'appel d'offres réglementés ex ante et à la fixation d'une durée maximale de 3 ans pour les contrats d'achats de droits exclusifs relatifs à la retransmission des compétitions organisées par la Ligue de football professionnelle.

(9) Avis du 25 juillet 2007 relatif aux conditions de l'exercice de la concurrence dans la commercialisation des droits sportifs

(10) Avis n° 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives ; Avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus ; Avis n° 07-A-07 du 25 juillet 2007 relatif aux conditions de l'exercice de la concurrence dans la commercialisation des droits sportifs



En particulier, dans son avis n°07-A-07, le Conseil a expressément indiqué que « *la durée des contrats exclusifs devait être proportionnée à l'exploitation de ces droits par l'acquéreur [...] qu'en toute hypothèse elle devait être suffisante pour permettre l'amortissement de l'investissement réalisé* » et que la durée de trois ans était au regard de ces critères, une « *durée suffisante* ».

Dans son avis n°07-A-15, le Conseil de la concurrence rappelle que la Commission européenne a validé la durée des contrats en vigueur concernant la diffusion des matchs des autres championnats européens, notamment le championnat allemands<sup>11</sup> ou anglais<sup>12</sup>, ou encore la Ligue des champions<sup>13</sup>, qui ont fait l'objet d'un contrôle par les autorités de concurrence, qui était dans chaque cas de trois ans.

Aussi se montre-t-il sceptique à propos de l'opportunité et de l'efficacité de l'allongement de la durée des contrats, lui préférant des moyens plus structurels pour susciter l'émergence de concurrents à Canal Plus, qui soient liés à un découpage des lots susceptibles de faire l'objet du futur appel d'offres :

« [...] *en opportunité, [le Conseil] n'est pas convaincu de l'efficacité d'une démarche consistant à répondre au renforcement de la position d'acheteur de Canal plus sur le marché par la seule modification de la condition de durée de cession des droits prévue par le texte actuel* »

Cependant, après que la Ligue Professionnelle de Football et surtout France Télécom, concurrent crédible de Canal Plus, ont déclaré au Conseil que l'allongement de la durée des contrats de cession de droits exclusifs constituait un préalable indispensable à l'implantation de nouveaux acteurs sur le marché, le Conseil ne s'est pas opposé au projet d'allongement de la durée des contrats, estimant que :

« *dans la mesure où de nouveaux diffuseurs peuvent être intéressés par l'acquisition des droits à forte valeur mais hésitent à se manifester en raison des investissements impor-*

*tants à réaliser, un allongement de la durée, leur permettant d'amortir au total leur coût d'acquisition sur un nombre plus élevé d'abonnés mais aussi d'avoir plus de temps pour développer à la fois au plan technique et commercial un produit réellement attractif pour le consommateur, pourrait en théorie constituer une solution adaptée au contexte concurrentiel de ces marchés* ».

Aussi le Conseil conclut-il de manière pragmatique au vu de la jurisprudence, de la théorie économique et de comparaisons empiriques que l'allongement à quatre ans de la durée des contrats exclusifs relatifs aux droits cédés par la Ligue de Football Professionnelle ne saurait être considéré comme une restriction de concurrence « *per se* ».

Fidèle à sa position consistant à privilégier un découpage proconcurrentiel des lots par rapport à un allongement de la durée des contrats, le Conseil ajoute que les effets de l'allongement de la durée des contrats ne pourront être évalués qu'au vu du futur règlement d'appel d'offre.

Nous serions tentés d'ajouter que les effets pro ou anticoncurrentiels de cette modification ne pourront en fait être réellement appréciés qu'une fois les lots attribués et leur prix déterminé...

## 2) Une éventuelle régulation asymétrique des droits

Lors de la fusion Canal Plus/TPS les parties notifiantes se sont engagées « *pour les contrats futurs portant sur des événements sportifs réguliers, (à) limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir au détenteur de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans* ».

Dans la mesure où la durée des contrats d'achat de droits exclusifs de retransmission des matchs des championnats de Ligue 1 et de Ligue 2 seraient conclus pour quatre ans, Canal Plus serait dépendante, pour les contrats signés avec la Ligue de Football Professionnelle pour une durée de quatre ans, du bon vouloir de cette dernière qui resterait libre de prolonger ces contrats pour une dernière année.

Interrogé à ce sujet, le Conseil de la concurrence, qui avait lui-même recommandé les engagements pris par Canal Plus en 2006<sup>14</sup>,

(11) Décision de la Commission européenne du 19 janvier 2005 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE, Affaire DG COMP/C-2/37.214, JOUE du 27 mai 2005, L134/46.

(12) Décision de la Commission européenne du 22 mars 2006 n° 2006/868 relative aux droits de diffusion des matchs de Première Ligue anglaise.

(13) Décision de la Commission européenne du 23 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, COMP/C.2-37.398, JOCE, 8 novembre 2003, L291/25.

(14) Avis du Conseil de la concurrence n°06-A-13 précité.

répond qu'une régulation asymétrique des droits pourrait avoir des effets proconcurrentiels et que l'allongement de la durée maximale des contrats ne crée pas de discrimination anti-concurrentielle à l'encontre de Canal Plus.

Il est donc envisageable que l'allongement de la durée des contrats conclus par la Ligue de Football Professionnelle avec pour la diffusion des matchs de Ligue 1 et de Ligue 2, ne soit effective que pour les concurrents du principal diffuseur, Canal Plus... si ceux-ci parviennent à obtenir des lots à l'issue du futur appel d'offres.

---

## Des confirmations apportées sur l'étendue des visites et saisies Article L.450-4 du Code de concurrence

Par Arlette Gastaldy

---

Un arrêt de la Chambre criminelle du 22 novembre 2007<sup>15</sup> casse une ordonnance du juge des libertés et de la détention de Paris en date du 30 juin 2005 qui avait annulé certaines saisies de documents effectuées en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles.

La Chambre criminelle a jugé que :

- Si l'inventaire prévu à l'article L.450-4 du Code de commerce, peut être dressé sans énumérer chaque document mais en les dénombrant, il importe que « *tous les documents répertoriés dans les différents intitulés [aient] un rapport direct et certain avec la dénomination choisie* » ;
- L'autorisation de visite et de saisie qui vise uniquement **la saisie de documents** permet la saisie de documents sur support papier comme la copie de courriers électroniques (gravés sur DVD) ;

- « *Aux termes de ce texte [article L.450-4 du Code de commerce], peuvent être saisis tous documents en rapport avec les agissements prohibés visés par l'autorisation judiciaire.* »

- L'ordonnance qui autorisait les visites et saisies de documents dans les locaux des sociétés Canal Plus, sans précision quant à la forme sociale, concerne également la société Groupe Canal Plus.

Peu de limites sont donc apportées aux saisies pratiquées...

Une de ces limites concerne cependant le « *Legal privilege* » pouvant être mis en avant par les entreprises faisant l'objet de ces procédures !

(15) Cour de cassation, chambre criminelle, 14 novembre 2007, n° de pourvoi : 05-85739.

## Un arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 apporte des précisions intéressantes sur le « Legal privilege »

Par Arlette Gastaldy

La Commission européenne comme les autorités françaises de concurrence peuvent saisir tout document en rapport avec les agissements prohibés visés par l'autorisation judiciaire.

Seules peuvent échapper à la saisine, sous certaines conditions, les communications entre avocats et clients ; ainsi l'avait déjà jugé la Cour de justice dans un arrêt du 18 mai 1982<sup>16</sup> :

*« Tout justiciable doit [en effet] avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat dont la profession même comporte la tâche de donner de façon indépendante, des avis juridiques à tous ceux qui en ont besoin. »*

**Les documents qui échappent à la saisine sont les correspondances échangées avec des avocats :**

*« dès lors que, d'une part, il s'agit d'une correspondance échangée dans le cadre et aux fins des droits de la défense du client et d'autre part, elle émane d'avocats indépendants. »*

*«... la protection doit s'entendre pour être applicable, comme couvrant de plein droit toute correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative... susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 81 CE et 82 CE... »*

Cette protection peut s'étendre également à la correspondance antérieure ayant un lien de connexité avec l'objet d'une telle procédure.

L'arrêt du TPICE du 17 septembre 2007<sup>17</sup> apporte des précisions intéressantes à cet égard.

Le Tribunal a considéré que pour qu'un justiciable :

*« puisse avoir la possibilité de s'adresser utilement à son avocat en toute liberté et pour que ce dernier puisse exercer, de façon efficace, son rôle de collaborateur de la justice... »*

*Il peut s'avérer nécessaire dans certaines circonstances que le client prépare des documents de travail... »*

*« Dès lors, il y a lieu de conclure que de tels documents préparatoires même s'ils n'ont pas été échangés avec un avocat ou n'ont pas été écrits pour être transmis matériellement à un avocat, peuvent néanmoins être couverts par la confidentialité des communications entre avocats et clients dès lors qu'ils ont été élaborés exclusivement aux fins de demander un avis juridique à un avocat dans le cadre de l'exercice des droits de la défense. En revanche, le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne saurait suffire à lui attribuer cette protection. »*

Des précisions qui ne manqueront pas d'intéresser les entreprises, ainsi que les juristes d'entreprise, qui attendent toujours sur ce point un statut clair.

[16] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, AM & S Europe Limited c/Commission, affaire 155/79.

[17] TPICE, 17 septembre 2007, affaires jointes T-125/03 et T-253/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akzo Chemicals Ltd, Conseil des barreaux européens, International bar association et autres.

---

## Dessous illicites chez Google

Par Erwan Le Morhedec

---

Angela B. animait deux blogs. L'un était hébergé par Microsoft, sur blogspot, l'autre par Google Inc., sur blogger. Angela B. (à moins qu'il ne s'agisse d'un Angelo) avait peut-être trouvé un moyen peu conventionnel de se faire adresser des photos de jeunes femmes légèrement vêtues. Affirmant en effet organiser des séances de photographies destinées à illustrer les catalogues lingerie et maillots de bain de la société Benetton, « elle » avait sollicité auprès de jeunes femmes qu'elles lui adressent des photographies dans les tenues correspondantes. Elle faisait en outre figurer des photographies issues de catalogues Benetton, sans aucune autorisation.

Alertées, deux sociétés du groupe Benetton ont contacté les sociétés Microsoft et Google afin que l'accès audit blog soit empêché, ce qui fut fait immédiatement par Microsoft mais fut plus difficile à obtenir de Google, comme en témoigne la décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 12 décembre 2007.

Nous passerons sur les difficultés que semblent avoir eu les sociétés du groupe Benetton à contacter le bon interlocuteur de Google Inc., société américaine, ou de Google France.

Cette décision fournit l'occasion d'un rappel sur la responsabilité de l'hébergeur et sur l'appréciation du caractère manifeste de l'illicéité des contenus en cause. La Cour souligne en effet que la loi du 21 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), « retient le principe de l'immunité civile et pénale de ces intermédiaires, subordonnée à deux conditions : qu'ils n'aient pas eu connaissance de contenus illicites ou qu'ils n'aient pas agi promptement, dès l'instant où ils en ont été informés ».

En l'occurrence, si la première mise en demeure, adressée à Google France, ne l'avait pas été à l'hébergeur compétent, après une nouvelle correspondance, Google Inc. a continué à considérer que l'illicéité des contenus ne lui apparaissait pas manifeste, et a refusé de couper leur accès.

Or, lorsqu'elles en sont venues à assigner la société Google Inc., le 3 mai 2007, les sociétés du groupe Benetton ont communiqué des pièces dont Google n'a pas contesté qu'elles établissaient le caractère illicite du contenu dénoncé.

Elle a toutefois fait valoir qu'elle s'en remettait à l'appréciation des juges ce qui, en soi, peut ne pas sembler aberrant lorsqu'une procédure est engagée et que, s'agissant d'un référé, la date d'audience est proche : la décision de première instance est en effet du 29 mai 2007, ce qui suppose – par hypothèse – que l'audience se soit tenue entretemps...

La Cour est formelle : « l'hébergeur, s'il n'est pas responsable du contenu des données qu'il héberge, doit, lorsqu'il se voit dénoncer des données dont le contenu est déclaré illicite, **non s'en remettre à l'appréciation des juges, mais apprécier si un tel contenu a un caractère manifestement illicite et, dans cette hypothèse, supprimer ou rendre inaccessible de telles données** ».

La décision ne saurait donc être différée le temps de la procédure !

La Cour a donc jugé que Google Inc. avait engagé sa responsabilité à compter du jour de la communication des pièces, soit le 3 mai 2007, jusqu'à la mise hors ligne du blog, le 6 ou 8 juin 2007.

Un autre point est intéressant dans cette décision : si le blogueur, éditeur non professionnel, peut pour préserver son anonymat, ne communiquer que le nom de son hébergeur au public, l'hébergeur, lui, doit recueillir son identité exacte, afin de pouvoir la communiquer dans le cadre d'une éventuelle procédure. Ce n'est pas ce qu'a fait Google, qui n'a communiqué qu'une adresse IP, qui « si elle constitue une donnée personnelle, ne permet d'identifier qu'un ordinateur ».

Google Inc. a été condamnée à verser à *chacune* des sociétés concernées (soit deux sociétés) 15 000 € à valoir sur l'indemnisation de leur préjudice, la Cour infirmant sur ce point la décision du juge de première instance, qui n'avait accordé que 8 000 €.

## Regain des ventes à la boule de neige sur Internet

Par *Eléonore Camilleri*

Le vieux procédé dit de « *la boule de neige* », que l'on croyait quelque peu éculé, réapparaît de manière très active sous une version modernisée depuis l'essor d'Internet.

A tel point que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a mis en garde, par un communiqué daté du 30 novembre 2007, les internautes contre ce type d'offre.

Le communiqué de presse, publié sur le site de la DGCCRF<sup>18</sup>, concerne les « **packs de départ** » ou « **kits de démarrage** » vendus généralement entre 10 et 25 € sur certains sites Internet, qui permettent de monter son site Internet dans l'objectif de revendre ensuite le même kit de démarrage à un maximum de personnes et de gagner la somme investie par commande.

Ces packs, dont la publicité est relayée sur des sites ciblés par des slogans accrocheurs tels que « *revenus complémentaires* », « *gagnez de l'argent à domicile* » ou « *augmentez vos revenus* », comprennent notamment des conseils pour promouvoir le site, la marche à suivre pour trouver un hébergeur gratuit et une adresse « *Paypal* » personnelle pour recevoir les paiements sécurisés.

Le principe consiste ainsi à ce que les futurs acheteurs créent également un site afin de vendre le kit, et ainsi de suite.

Cette technique repose sur le mécanisme suivant :

1. offre d'un avantage, à savoir une plus-value, à un acheteur,
2. cet avantage étant conditionné par le recrutement d'autres acheteurs.

Or, la réunion de ces éléments caractérise l'infraction visée à l'article L.122-6 du Code de la consommation qui dispose qu'est interdite :

*« 1° La vente pratiquée par le procédé dit "de la boule de neige" ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions ; [...] ».*

Il faut préciser qu'il n'y a pas de définition générale à ce jour de la vente à la boule de neige, l'article L.122 6 précité ne faisant qu'en donner un exemple.

**Il convient cependant de constater que la loi Châtel prévoit une modification de l'article L.122-6 du Code de la consommation, dans le cadre de l'habilitation du gouvernement à procéder à l'adaptation de la partie législative du Code de la consommation.**

Ainsi, et contrairement à ce que prétendent les annonces proposant les « *Kits de démarrage* », cette pratique est illégale et constitue une infraction spéciale dont les sanctions sont celles prévues par l'article L.122-7 du même Code, autrement dit une peine d'emprisonnement d'un an maximum et une amende de 4.500 €.

(18) [http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/presse/communiqu/2007/pack\\_%20depart.pdf](http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/presse/communiqu/2007/pack_%20depart.pdf)

---

## **Action du Ministre de l'économie tirée de l'article L.442-6 III du Code de commerce : action de substitution ou action autonome ? La Cour d'appel d'Angers relance le débat !**

Benoît Laurin

---

Nous attirons votre attention dans la Lettre du Cabinet datée du mois de juillet 2007 sur le fait que deux arrêts consécutifs de Cours d'appel (arrêt du 3 mai 2007 de la Cour d'appel de Versailles<sup>19</sup> et du 29 mai 2007 de la Cour d'appel d'Angers<sup>20</sup>) avaient :

– conclu à ce que l'action du Ministre tirée de l'article L.442-6-III du Code de commerce, tendant à faire constater devant la juridiction civile ou commerciale la nullité des clauses et contrats illicites et à demander la restitution des sommes non justifiées, était une **action de substitution et non une action autonome** ;

– et remis en cause cette action, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

Ces deux arrêts ont fait l'objet de pourvois en cassation. La Cour devra trancher en particulier la question de savoir si l'action du Ministre est une **action de substitution** ou une **action autonome**.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Reims du 5 novembre 2007<sup>21</sup> vient prendre le strict contre-pied de ces décisions rendues par les cours d'appel de Versailles et d'Angers, en concluant à l'existence d'une **action autonome du Ministre** et en réfutant en conséquence une atteinte aux droits prévus par l'article 6 § 1 CEDH :

*« L'action exercée par le ministre chargé de l'économie en vertu de l'article L.442 6 du Code de commerce n'est pas une action en substitution, mais une action autonome visant à la défense de l'ordre public économique ; que le ministre ne poursuit pas en effet, la réparation d'un préjudice aux lieu et place de la victime, mais la cessation d'agissements illicites et la sanction de pratiques abusives qui ont pour effet, si ce*

*n'est pour objet, de porter atteinte à l'exercice de la libre concurrence, et ce, au détriment des consommateurs ; que l'appelant fait justement valoir, à cette fin, que son action répond à une **finalité propre de défense de l'ordre public économique et non à la restauration des droits patrimoniaux** alors que le paiement de sommes sans contrepartie non seulement porte atteinte à la loyauté des relations commerciales mais constitue une **dérive dangereuse à l'origine de l'augmentation des prix payés par le consommateur** ; que c'est donc en vain que l'intimé se prévaut d'une atteinte aux droits consacrés par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales alors que le ministre chargé de l'économie n'exerce pas les droits d'autrui et n'agit pas à la place des fournisseurs ; qu'il n'a donc pas à s'assurer que ces derniers aient donné leur consentement à l'action qu'il conduit et à la volonté des personnes lésées ne pas obtenir la réparation des préjudices qu'elles ont subis, par conséquent, indifférentes [...] ».*

L'affaire est donc loin d'être close...

Les arrêts de la Cour de cassation sont d'autant plus attendus !

(19) Cour d'appel de Versailles, 12<sup>e</sup> chambre, section 2, arrêt n° 145 du 3 mai 2007, R.G. 05/09223 (Galec).

(20) Cour d'appel d'Angers, chambre commerciale, arrêt n° 152 du 29 mai 2007, R.G. 06/00563 (FINAMO, HyperU).

(21) Cour d'appel de Reims, chambre civile, 1<sup>re</sup> section, arrêt n° 863 du 5 novembre 2007, R.G. 06/01898 (SCAPEST ; Leclerc).

# Colloque « Concurrence et organisation du système de santé » organisé par la DGCCRF le 10 octobre 2007 – Extraits

Par Clémence Ducros

## → Introduction

Intervention de Noël DIRICQ, Conseiller maître à la Cour des comptes et de Patrick REY, Professeur à l'Université de Toulouse :

Le secteur de la santé est un secteur particulier du point de vue de la concurrence où les raisonnements économiques classiques ne peuvent s'appliquer.

En effet, l'optimum recherché n'est pas la liberté de choix de l'acheteur/consommateur, le volume d'achat peut ne pas être une fonction directe du prix (et peut même être une fonction inverse du prix) et le revenu par professionnel n'est pas fonction de leur nombre.

De plus, des facteurs exogènes viennent renforcer le caractère particulier du secteur :

- L'asymétrie entre les offreurs et les bénéficiaires des soins (par exemple, sur le marché du médicament, les consommateurs n'ont aucune connaissance sur les caractéristiques et l'efficacité d'un traitement et le consommateur ne peut choisir tout seul, un médecin ou un pharmacien interviendra forcément dans le processus de décision) ;
- Le financement (comment bien rémunérer les offreurs ?) ;
- La socialisation de la dépense ;
- La place assez large laissée à la réglementation de l'offre (numerus clausus, réglementation des assurances, décision de rembourser ou non certains médicaments).

Quel rôle pour la concurrence ?

- L'adaptation et la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle ;
- Les importations parallèles ;
- L'organisation de la concurrence entre prescripteurs ;
- L'organisation de la concurrence entre assurances ;
- La structuration des offres de soins.

## → Marchés pertinents des médicaments : quel diagnostic ?

Les critères de la définition du marché des médicaments sont de trois ordres :

- critères de la dimension géographique du marché (1) ;
- critères relatifs à l'indication, l'usage thérapeutique et les caractéristiques des produits (2) ;
- critères relatifs à l'interaction des intervenants sur le marché (3).

### 1. Dimension géographique du marché :

La dimension nationale du marché des médicaments doit être retenue dès lors que l'harmonisation européenne des autorisations de mise sur le marché reste limitée, qu'il existe des agences nationales des médicaments (AFSSAPS pour la France), que la politique de dépense de santé publique est nationale, que les prix des médicaments sont de dimension nationale (rôle du CEPS), que la distribution des médicaments est nationale, etc.

### 2. Indication, usage thérapeutique et caractéristiques des produits :

Rappel :

Notion scientifique du médicament : molécule ou principe actif (ex : fluoxétine chlorhydrate : molécule du « Prozac »).

Notion juridique du médicament : princeps, médicament protégé par un brevet (ex : « Prozac »).

Générique : copie d'un médicament qui n'est plus protégé (ex : fluoxétine Ratiopharm).

La classification ATC suivante est utilisée afin de délimiter le marché des médicaments en fonction de leur usage (**la classe ATC 3 est le point de départ de l'analyse concurrentielle**) :

ATC1 : 1<sup>er</sup> niveau (ex : A = Appareil digestif) ;  
ATC2 : 2<sup>e</sup> niveau (ex : A10 = Antidiabétiques) ;  
ATC3 : 3<sup>e</sup> niveau (ex : A10B = Antidiabétiques oraux) ;  
ATC4 : 4<sup>e</sup> niveau (ex : A10B1 = Antidiabétiques oraux sulfonylurés).

Ce tableau n'est cependant pas toujours pertinent car il évolue chaque année et des

produits d'un même classe ATC3 peuvent avoir des indications thérapeutiques différentes.

Il convient alors de prendre en compte d'autres éléments tels que :

- le mode d'action du principe actif ;
- la forme galénique du médicament (seringue, pommade, gélules) ;
- le dosage.

Une question demeure en suspens : à partir de quel moment la molécule qui fait l'objet de recherches et de développement fait-elle partie du Marché ?

### 3. Interaction des intervenants sur le marché

Qui fixe les prix ? :

- Prix des produits remboursables : le CEPS ;
- Prix des produits non remboursables : fixation libre ;
- Prix des génériques réglementés : le prix est fixé par rapport au prix des princeps ;
- Prix à l'hôpital : libre dans le cadre d'appels d'offres.

Rôle du patient :

- Médicaments OTC : « Over the counter » ;
- Médicaments homéopathiques ;
- Médicaments sur prescription ;
- Médicaments remboursables ou non, partiellement ou totalement.

Rôle du médecin prescripteur :

- Adéquation entre la pathologie et l'indication des médicaments ;
- Prescription de la molécule.

Rôle du pharmacien :

- Distinction entre pharmacie de ville et pharmacie d'hôpital ;
- Droit de substitution des pharmaciens pour les médicaments « génériques ».

#### ➔ Assurance Maladie : quelle concurrence ?

Intervention de Pierre-Yves GEOFFARD, économiste, directeur de recherches au CNRS

On attribue classiquement à la concurrence deux vertus : assurer l'efficacité de la production et l'adéquation de l'offre à la demande. Mais le soin de santé n'est pas un bien comme les autres à de multiples égards. Il faut préciser comment la concurrence entre assureurs

serait organisée, car aucun système de santé ne fonctionne, et ne peut fonctionner, sous une concurrence non régulée.

Dans quel sens l'introduction de mécanismes concurrentiels pourrait-elle répondre à deux enjeux majeurs de l'évolution des systèmes de santé, à savoir :

- l'amélioration de l'efficacité du système, grâce à des systèmes incitatifs adéquats sur l'offre comme sur la demande de soins ?
- la détermination du niveau de dépenses dans un univers où les prix diffèrent des coûts ?

Il convient de reconnaître d'emblée que la concurrence est « orchestrée » par des organismes – appelés caisses d'assurance, entrepreneurs de soins, opérateurs, financeurs – qui s'insèrent entre le producteur et le consommateur de soins. Les multiples asymétries d'information pesant sur l'ensemble des relations au sein de cette « triple agence » nécessitent une analyse propre.

Pour que la concurrence produise tous ses effets bénéfiques en termes d'incitations à l'efficacité, une condition est nécessaire : les consommateurs doivent prendre des décisions « *en toute connaissance de cause* ». Ceci nécessite de comprendre les caractéristiques du « bien » consommé (en prix et en qualité), et de connaître le coût d'opportunité de ce bien, à savoir le prix auquel ce bien est disponible par ailleurs.

Dans le domaine de la santé, cette condition est particulièrement délicate : le bien « santé » (ou les soins de santé) est de nature incertaine, encore plus mal connu par le patient que par l'offreur de soins, et cette incertitude rend difficile la comparaison, par chaque individu, des offres alternatives (à la fois en termes de prix et de qualité). Deux réponses peuvent être avancées : la formation de groupes d'experts et le panier de soins.

La mise en concurrence des assureurs santé peut alors inciter ceux-ci à intervenir sur l'offre afin d'améliorer l'efficacité productive : l'organisme d'assurance prenant en charge les dépenses possède un intérêt direct dans la diminution du coût des dépenses.

Or, la possibilité pour un assuré de résilier son contrat entraîne aussi une incitation à ne pas sacrifier la qualité des soins. Cette double incitation est au cœur de l'analyse des systèmes de concurrence dans l'assurance maladie.



En ce qui concerne les organismes d'assurance, trois conditions essentielles doivent être remplies.

Tout d'abord, ils doivent être en mesure de bénéficier d'une partie des éventuels gains d'efficacité obtenus.

C'est le cas si leurs ressources sont « *prospectives* », c'est-à-dire peu ou prou indépendantes du volume et de la qualité des soins consommés (pour une population couverte donnée).

Ensuite, ils doivent disposer de modes d'action sur l'offre de soins, notamment le conventionnement sélectif des professionnels de santé et la modification de leurs modes de rémunération.

Enfin, si ces deux conditions sont satisfaites, la mise en ?uvre d'une gestion de l'offre de soins passe par le développement d'un nouveau métier, celui d'« *entrepreneur de soins* ».

## Jurisprudence sur la faute inexcusable : la sévérité est de mise !

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

La législation sur les accidents du travail permet aux victimes de ces accidents de bénéficier d'une réparation automatique et forfaitaire de leurs préjudices sous forme :

- de prestations en nature ;
- d'indemnités journalières en cas d'incapacité temporaire ;
- d'une indemnité en capital ou d'une rente en cas d'incapacité permanente de la victime ;
- de l'octroi d'une rente à ses ayants droit en cas de décès de la victime des suites de l'accident du travail.

En application de l'article L.451-1 du Code de la sécurité sociale, aucune action en réparation des accidents du travail et maladie professionnelle ne peut être exercée conformément au droit commun par la victime ou ses ayants droit.

Ce qui veut dire que la reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle confère une immunité à l'employeur en terme de responsabilité.

Cependant, la responsabilité de l'employeur peut être recherchée dans le cadre d'une faute inexcusable ou intentionnelle.

Si une telle faute est démontrée par la victime ou ses ayants droit, elle a pour conséquence :

- de mettre à la charge de l'employeur une réparation complémentaire du préjudice subi par la victime ;
- de permettre à la Caisse de Sécurité Sociale de demander à l'employeur le remboursement des sommes versées.

Jusqu'en 2002, la Cour de cassation considérait que la faute inexcusable « *doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant (de la faute intentionnelle) par le défaut d'un élément intentionnel* » [Cassation sociale 29 février 1996, n° 83-21.068].

Dans une série d'arrêts rendus le 28 février 2002 à propos de l'amiante, la Chambre sociale a donné une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur dans les termes suivants :

« *Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ;*

*Que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L.452-1 du Code de la Sécurité Sociale lorsque l'employeur avait, ou aurait dû, avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver »* [Voir notamment, Cassation sociale 28 février 2002, n°00 1.793].

La Cour de cassation consacrait ainsi une conception extensive de la faute inexcusable, l'obligation de sécurité de l'employeur envers son salarié devenant ainsi une obligation de résultat.

En conséquence de cette nouvelle définition, il n'est plus désormais nécessaire que la faute inexcusable de l'employeur soit d'une exceptionnelle gravité [Cassation civile 2<sup>e</sup>, 14 octobre 2003 : Jurisdata n° 2003-020546].

Il suffit par ailleurs que la faute inexcusable de l'employeur ait été une cause nécessaire pour que la responsabilité du chef d'entreprise soit engagée, même si d'autres fautes ont concouru au dommage, qu'il s'agisse de fautes commises par la victime ou par des tiers [Cassation sociale, 31 octobre 2002, n° 00-18.359].

En revanche, la jurisprudence n'a pas admis un renversement de la charge de la preuve et il appartient au salarié victime, ou à ses ayants droit, de rapporter la preuve de la faute inexcusable commise par l'employeur [Cassation civile 2<sup>e</sup>, 8 juillet 2004, n° 02-30.984].

Deux arrêts rendus par la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation le 17 juillet 2007 confirment cette évolution jurisprudentielle.

Dans la première espèce [Cassation civile 2<sup>e</sup>, 12 juillet 2007, n° 06-18.428], un mécanicien sur chantier mettait en cause la faute inexcusable de son employeur, le Port Autonome de Dunkerque de 1965 à 2003, alors qu'il avait été reconnu atteint d'une maladie profession-

nelle inscrite au tableau n° 30 (liée à l'amiante).

Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir admis la faute inexcusable à l'encontre du Port Autonome de Dunkerque alors que la Cour s'était bornée « à déduire celle-ci d'une énumération de rapports scientifiques et de textes réglementaires sans indiquer en quoi elle concernait le secteur d'activité du Port Autonome de Dunkerque et sans vérifier que cet établissement rentrait nécessairement dans les champs d'application de chacun d'eux ».

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi au motif que « les énonciations de l'arrêt caractérisent le fait que la société aurait dû avoir conscience du danger auquel son salarié était exposé, et qu'elle n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Il s'agit ici d'une conception très large de la conscience du danger que devait avoir l'employeur puisque les rapports scientifiques et textes réglementaires visés par le salarié ne concernaient directement ni l'employeur, ni son secteur d'activité.

On voit donc ici que la charge de la preuve pesant sur le salarié est considérablement allégée quant à l'établissement de la conscience qu'avait l'employeur du danger auquel étaient exposés ses salariés.

Par ailleurs, dans la seconde espèce [Cassation civile 2<sup>e</sup>, 12 juillet 2007, n° 06-16.748] la faute inexcusable de l'employeur (en l'espèce une entreprise individuelle) a été admise alors que le salarié avait été victime d'un accident du travail lorsque, réparant une canalisation à proximité d'un transformateur EDF, son marteau-piqueur était entré en contact avec un câble électrique enfoui à faible profondeur.

Dans cette affaire, un tiers extérieur à l'employeur, en l'espèce EDF, avait commis une faute en ne procédant pas à l'enfouissement à une profondeur suffisante du câble électrique.

L'employeur du salarié accidenté ne pouvait être tenu pour responsable de cette insuffisance d'enfouissement.

Pour rejeter la demande du salarié, la Cour d'appel avait retenue que « *si le port de gants et de lunettes aurait pu diminuer les conséquences des brûlures subies, l'infraction aux règles de sécurité commise par l'employeur n'est pas la cause de l'accident lui-même* ».

La Cour de cassation va censurer la Cour d'appel et retenir la faute inexcusable de l'employeur au motif « *qu'il est indifférent que la faute inexcusable de l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié mais qu'il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage* ».

La Cour de cassation considère que « *l'employeur aurait dû avoir conscience du danger lié à la présence d'une ligne électrique et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en préserver le salarié* ».

La Cour de cassation rend ici une décision d'une grande sévérité à l'encontre de l'employeur puisque la faute de celui-ci n'avait joué qu'un rôle secondaire dans la réalisation du dommage.

Cette sévérité s'explique sans doute par la particulière dangerosité de l'installation à proximité de laquelle le salarié travaillait.

L'employeur ne peut ignorer la particulière dangerosité d'une installation électrique et doit de ce fait prendre toutes les mesures qui s'imposent pour protéger les salariés concernés.

Rappelons que, parmi les mesures qui s'imposent à l'employeur, figurent en premier lieu :

- l'obligation d'informer les salariés ;
- de mettre en place des dispositifs de protection ;
- d'imposer le respect des mesures de sécurité ;
- d'organiser la surveillance des travaux.

En présence ou à proximité d'un risque particulièrement identifiable, l'employeur doit donc redoubler de prudence dans l'intérêt de ses salariés.

*Le réseau Antitrust Alliance, dont fait partie notre Cabinet, est un réseau d'avocats européens exerçant en droit de la concurrence, qui a pour but principal d'offrir à la clientèle de ses membres des solutions globales à l'échelon paneuropéen. Dans un contexte dominé par l'uniformisation des droits nationaux de la concurrence, sous la houlette de la Commission, l'efficacité d'Antitrust Alliance est liée notamment à une mise en commun des informations jurisprudentielles et décisionnelles dont les membres du réseau ont connaissance: nous publions ci-dessous un synthèse des informations récentes les plus importantes, parmi celles que notre confrère Maaïke Vissert, avocat au barreau de Bruxelles, collationne chaque jour.*

21 décembre 2007

*Germany – “Bundeskartellamt” (German Cartel Office) fines seven gas companies almost EUR 208 million for colluding to preserve customers: the cartel Office claims that the seven fluid gas businesses, which supplied small gas and propane tanks to retail customers, used a shared customer database and submitted false bids to ensure customers never changed companies. The Office fined Drachen-Propangas, Friedrich Scharr, Progas, Primagas, Sano-Propan, Tyczka Energie and Tyczka Totalgaz. Four other companies remain under investigation. The companies can appeal the decision to the higher regional court in Düsseldorf. The investigation began in May 2005, when the Office raided several company headquarters, collecting documents and electronic files. Those files showed that the leading fluid gas suppliers, especially members of a prominent German fluid gas association, had rigged bids and shared customer data since at least 1997.*

20 décembre 2007

*United Kingdom – Office of Fair Trading (“OFT”) brings criminal charges in international bid rigging, price fixing and market allocation cartel: three UK businessmen were charged with cartel offences under the Enterprise Act. This is the first time that charges have been brought for the cartel offence which came into force in 2003. The businessmen have been charged with dishonestly participating in a cartel to allocate markets and customers, restrict supplies, fix prices and rig bids for the supply of marine hose and ancillary equipment in the UK. The charges relate to the period from 20 June 2003 when the cartel offence*

came into force, to 2 May 2007. The charges follow an eleven month investigation by the OFT, one of a number of investigations being carried out by competition authorities around the world, including the Commission and the United States Department of Justice.

[<http://www.offt.gov.uk/news/press/2007/177-07>]

19 décembre 2007

*The Netherlands – Dutch Competition Authority publishes revised Guidelines on digital procedures: the NMa has published its 2007 Guidelines on digital procedures (“Digitale Werkwijze”). These procedures are used by the NMa when performing inspections at companies’ premises and when requesting for access to and copies of digital data. The new procedures are aimed at performing efficient digital research and at the same time at safeguarding the companies’ rights.*

[[http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws\\_Persberichten/NMa\\_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten\\_2007/2007\\_Q4/43-07\\_NMa\\_herziet\\_werkwijze\\_digitaal\\_onderzoek.asp](http://www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/NMa_Nieuwsberichten/Nieuwsberichten_2007/2007_Q4/43-07_NMa_herziet_werkwijze_digitaal_onderzoek.asp)]

13 décembre 2007

*Italy – Antitrust Authority fines ACEA and Suez Environment for anti-competitive arrangements intended to coordinate their commercial strategies: the Italian Competition Authority found that ACEA and Suez Environment had set up anti-competitive arrangements in the national market for water services management and fined the two companies. The arrangement began in 2001 and achieved its aim of coordinating the commercial strategies of these two companies which compete in water management. The main effect was that they jointly participated in Direct Bids for these services or in the procedures for taking a controlling interest in licensed operators (so-called public-private partnerships). In the Authority’s view, the arrangement directly conditioned the outcome of almost a quarter of the tenders for the management of water services throughout the country.*

10 décembre 2007

*United Kingdom – Six dairy processors and retailers agree to settle their cases with the Office of Fair Trading (“OFT”) and pay fines*

*totaling more than £116 million – Investigations continue against other supermarkets and a dairy processor*: following the OFT's Statement of Objections of 20 September 2007 which provisionally found evidence of collusion between certain large supermarkets (Asda, Morrisons, Safeway, Sainsbury's and Tesco) and dairy processors (Arla, Dairy Crest, Lactalis McLelland, The Cheese Company (formerly Glanbia Foods Limited) and Wiseman) on the retail prices of some dairy products, early resolution agreements have been concluded with Asda, Dairy Crest, Safeway (in relation to conduct prior to its acquisition by Morrisons), Sainsbury's, The Cheese Company and Wiseman. These parties have all admitted involvement in certain of the anti-competitive practices identified by the OFT and have undertaken to co-operate fully with the OFT in its investigation, including providing further evidence as far as reasonably possible. The parties agreed to pay individual penalties which, combined, come to a maximum of over £116 million. The OFT will continue with its case against the remaining parties.

[<http://www.of.gov.uk/news/press/2007/170-07>]

7 décembre 2007

*Article 81 EC – European Court of Justice (“ECJ”) sets aside CFI judgment as to payment of fines and interest – Case C-516/06P*: the ECJ has set aside a CFI judgment in which the CFI had annulled the Commission's decision to demand payment of a fine imposed on Ferriere Nord SpA in relation to the welded steel mesh cartel on the grounds that the limitation period for the enforcement of the fine had expired. The ECJ has concluded that the CFI erred in finding that a demand for payment by the Commission could be challenged under Article 230 EC. Ferriere Nord's appeal was, therefore, inadmissible.

[<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>]

6 décembre 2007

*Article 81 EC – Commission fines producers of chloroprene rubber EUR 243.2 million for market sharing and price fixing: the Commission has imposed a total of EUR 243 210 000 fines on the Bayer, Denka, DuPont, Dow, ENI and Tosoh groups for participating in a cartel for chloroprene rubber in the European Economic Area in violation of Article 81 EC. Between 1993 and 2002, these companies shared the market and fixed prices*

for chloroprene rubber, which is used for rubber components in a range of industrial products. The fine of ENI was increased by 60 % as it had been fined previously for similar behavior. The fine of Bayer would also have been increased for the same reason, but Bayer was the first company to come forward with information about the cartel under the Commission's 2002 Leniency Notice and received full immunity from fines. The Commission investigation started with surprise inspections in March and July 2003, prompted by an application for immunity lodged by Bayer. A press release and a set of Q & A's are available at :

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1855 & format=HTML & aged=0 & language=EN & guiLanguage=en>]

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/544 & format=HTML & aged=0 & language=EN & guiLanguage=en>]

4 décembre 2007

*Germany – Federal Cartel Office fines two television companies EUR 216 million for abuse of market dominance*: RTL and Pro7Sat.1 were found to have awarded rebates to advertising agencies that spent a certain proportion of their advertising budget on commercials to air on their television stations. The Federal Cartel Office ruled that the agencies had a “strong financial incentive” to avoid advertising on smaller television companies. The rebates were found to have foreclosed the German market for television advertising, of which RTL and Pro7Sat.1 control approximately 80 %. The penalties follow dawn raids carried out by the Office in June. RTL was fined EUR 96 million, Pro7Sat.1 EUR 120 million. It is the largest fine ever handed down by the Office for anti-competitive conduct.



## QUELQUES INFORMATIONS

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

■ **A la loi relative au développement de la concurrence au profit des consommateurs (loi « Châtel ») adoptée par la Commission mixte paritaire le 20 décembre** : négociation et contractualisation du **plan d'affaires annuelle 2008** : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et services distincts, non discrimination, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte le **1<sup>er</sup> janvier 2008**, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc.

■ **Au contrôle des concentrations**

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

■ Contrôle français des concentrations : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification, etc.]

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

■ **A l'audit juridique des accords de distribution à la suite de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004 du règlement 1/2003** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

■ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination/pratiques concertées/standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions « Sanitaire - Chauffage » et « Parfums » des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence] ;

■ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] ;

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

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

■ **Aux promotions des ventes** [jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, etc.]

\* \* \*

Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / Accords de coopération commerciale et services distincts/SRP.

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)

**MG**

**Meffre & Grall**  
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats  
156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris  
Tél +33 (0) 1 53 57 31 70 ■ Fax +33 (0) 1 47 20 90 40  
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr