

**Le Cabinet MG Avocats vous présente ses meilleurs vœux
pour l'année 2007.**

SOMMAIRE :

Téléphonie mobile: la Cour d'appel confirme la position adoptée par le Conseil de la concurrence, il y a un an!

Jean-Christophe Grall

p. 1

La CJCE confirme, le 14 décembre 2006, les conditions dans lesquelles un contrat d'agent commercial peut être considéré comme une restriction verticale soumise à l'article 81 du Traité CE

Nathalia Kouchnir-Cargill

p. 4

Décision de la Commission du 29 novembre 2006: Amende de 519 millions d'euros pour entente sur les prix et répartition de clientèle sur le marché du caoutchouc synthétique

Jean-Christophe Grall & Julienne Chang

p. 6

Condamnation du groupe TOMRA à une amende de 24 millions d'euros pour abus de position dominante

Jean-Christophe Grall & Julienne Chang

p. 8

Importations parallèles: un jalon important pour l'industrie pharmaceutique

Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

p. 9

Ententes prohibées – participation passive à l'entente: Le TPICE se penche sur la notion de «distanciation publique» de l'objet anticoncurrentiel d'une réunion

Benoît Laurin

p. 13

Les améliorations apportées par le droit communautaire à la procédure de clémence

Julienne Chang

p. 15

Le TPICE sanctionne une entente entre fédérations syndicales agricoles

Louis-Gabriel Masson

p. 18

Publicité des distributeurs à la télévision: une libéralisation encadrée

Eléonore Camilleri

p. 20

Quelques informations

p. 23

Téléphonie mobile: la Cour d'appel de Paris confirme la position adoptée par le Conseil de la concurrence, il y a un an!

Par Jean-Christophe Grall

La Cour d'appel de Paris a confirmé, le 12 décembre dernier, la condamnation infligée par le Conseil de la concurrence le 30 novembre 2005¹ aux trois opérateurs de téléphonie mobile, Orange France, SFR et Bouygues Télécom.

Deux types de pratiques d'ententes, révélées à la suite d'une autosaisine du Conseil du

28 août 2001 et d'une saisine de l'association de consommateurs UFC - Que Choisir, du 22 février 2002, ont été en l'occurrence sanctionnées:

- les échanges d'informations stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations, d'une part et
- le gel des parts de marchés, d'autre part.

(1) Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

I. Les échanges d'informations entre opérateurs de téléphonie mobile

Cette décision n'est pas une surprise! L'arrêt confirmatif rendu par la Cour d'appel de Paris, le 26 septembre 2006, dans l'affaire dite des «*Palaces parisiens*»² ne laissait en effet planer guère de doute quant à l'issue peu favorable à attendre de la Cour d'appel sur la téléphonie mobile.

Plusieurs facteurs déterminants se retrouvent dans les deux cas, à savoir, la structure oligopolistique du marché concerné, ainsi que le caractère confidentiel, stratégique et périodique des informations échangées.

Le raisonnement suivi par la Cour peut constituer en quelque sorte un bref rappel des principes qui ont pu être retenus jusqu'à présent tant par les juridictions communautaires que par les autorités de concurrence et les juridictions françaises.

En premier lieu, est mise en avant la structure du marché où s'opèrent les échanges d'informations :

« Qu'il ne peut être contesté que le marché pertinent de la téléphonie mobile de détail est un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé, en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire ».

En effet, dans de telles conditions, la transparence du marché, reposant sur la fluidité des informations communiquées entre les trois opérateurs concurrents, restreignait nécessairement l'autonomie décisionnelle des intervenants sur ce marché : « *dès lors que cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux* » ; ce qui à l'inverse est plus complexe à démontrer sur un marché véritablement concurrentiel, compte tenu du caractère atomisé de l'offre.

Est, **en second lieu**, analysée la nature des informations échangées :

Il est d'une part constaté que « *les chiffres en cause ne pouvaient être connus [des opérateurs] avec autant de précision par des sources indirectes*

et non officielles, telles que les données des distributeurs ou des articles de journaux, dans la mesure où ces dernières ne faisaient respectivement état que de données disséminées et approximatives ».

De plus, « *les échanges d'informations suivaient une périodicité mensuelle y compris lorsque les publications de l'Observatoire des mobiles sont devenues trimestrielles à partir d'avril 2000, qu'ils étaient effectués dès les premiers jours de chaque mois, soit au moins une semaine avant la transmission des chiffres d'affaires de l'ART, et alors même que ces chiffres n'étaient publiés par l'Autorité que le vingt-cinquième jour suivant le trimestre en cause; que le caractère régulier et systématique des échanges entre opérateurs ne saurait être contesté* ».

A cet égard est en outre relevé le caractère particulièrement détaillé des informations échangées : « *un tel échange anticipé de données précises et détaillées relatives aux volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes révélait aux trois opérateurs la position de chacun d'entre eux sur le marché oligopolistique en cause et leur permettait ainsi de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents* ».

Les informations communiquées étant confidentielles, de nature stratégique, et échangées régulièrement, elles ont dès lors réduit « *de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché pertinent pendant la période 1997-2003* » et de ce fait « *ont nettement restreint l'autonomie décisionnelle* » des trois opérateurs de téléphonie mobile qui ont « *ainsi contrevenu aux dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce* ».

Les éléments constitutifs de la pratique prohibée d'échanges d'informations sensibles entre concurrents, déjà décrits à l'occasion de l'affaire dite des «*Palaces parisiens*», mais aussi et surtout dans celle des «*Tracteurs anglais*»³, se retrouvaient donc ici.

La décision rendue par le Conseil de la concurrence pouvait-elle réellement être annulée par la Cour d'appel de Paris? On peut se le demander au vu des éléments factuels rapportés!

En outre, le Conseil a constaté qu'à partir de l'année 2000, ces échanges d'informations avaient permis aux opérateurs de surveiller l'accord qu'ils avaient conclu quant à l'évolution de leurs parts de marché respectives!

(2) Confirmation de la décision du Conseil de la concurrence n°05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens.

(3) TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-34/92 et 35/92, Fiat Agri et John Deere LTD : Rec. TPICE 1994, II, p. 905. – CJCE, 27 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111.

II. Le gel des parts de marché des opérateurs de téléphonie mobile autour d'objectifs définis en commun.

S'agissant de ce deuxième élément, la Cour d'appel de Paris confirme, là encore, la décision rendue par le Conseil de la concurrence.

La Cour retient en effet que les trois opérateurs se sont entendus afin de stabiliser l'évolution de leurs parts de marché entre 2000 et 2002.

L'existence d'une telle concertation repose sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants, tels que la présence au dossier d'instruction de documents manuscrits mentionnant «*de manière explicite un accord de parts de marché en ventes brutes et à la négociation d'un nouvel accord*» entre les trois opérateurs, ou encore la référence expresse au «**Yalta PDM** (parts de marché)» qui évoque «*une stratégie des entreprises en vue de stabiliser et de se partager le marché selon des parts de marché prédéfinies*», etc.

Ces éléments peuvent laisser songeur le lecteur!

La Cour relève par ailleurs que «*cette volonté commune est perceptible au travers des politiques commerciales similaires, voire identiques dans certains cas, adoptées par les opérateurs, ainsi que le démontre notamment l'analyse des coûts d'acquisition qui se traduit par une baisse ou une*

stabilité des commissions des distributeurs et des subventions des terminaux, freinant dès lors toute incitation respectivement à la vente et à l'achat».

Le gel des parts de marché opéré par les opérateurs de téléphonie mobile est ainsi sanctionné par le Conseil de la concurrence, sans que puisse être invoqué la violation du principe «*non bis in idem*».

Ces dernières reprochaient en effet au Conseil d'avoir infligé deux sanctions pour une même pratique d'échange d'informations, l'échange d'informations n'étant que le moyen de mettre en œuvre l'entente sur le gel des parts de marché.

Néanmoins, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'il ne pouvait être argué que le Conseil avait condamné deux fois cette pratique «*dès lors qu'il a infligé aux opérateurs une sanction pour chacune des pratiques visées par le grief*».

En l'occurrence, le Conseil de la concurrence s'est «*borné à constater que le dommage à l'économie qui résultait [du gel de parts de marché] était majoré par l'échange d'informations déjà en place*».

L'amende de 534 millions d'euros est donc confirmée par la Cour d'appel de Paris. Cette sanction financière étant aujourd'hui la plus élevée jamais infligée par le Conseil de la concurrence, démontrant encore une fois la sévérité des autorités de concurrence françaises!

La CJCE confirme, le 14 décembre 2006, les conditions dans lesquelles un contrat d'agent commercial et/ou de commission peut être considéré comme une entente verticale relevant de l'article 81 du Traité CE.

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Par une décision du 14 décembre 2006 dans une affaire concernant les accords passés entre une compagnie pétrolière et ses stations-service, la CJCE, saisie sur question préjudicielle du Tribunal Supremo espagnol, a répondu à la question posée par ce dernier, qui était de savoir si des contrats de distribution exclusive de carburants et de combustibles, qualifiés formellement de contrats de commission ou d'agence, pouvaient entrer dans le champ d'application de l'article 85 du Traité CE (81 TCE aujourd'hui; les faits sont anciens!) et du règlement d'exemption alors applicable.

Comme a pu le relever l'avocat général dans ses conclusions présentées le 13 juillet 2006, la solution est évidemment transposable aujourd'hui à l'article 81 TCE et au règlement d'exemption n° 2790/1999 applicable de manière générale aux restrictions verticales.

La Cour confirme qu'il ne peut y avoir entente au sens de l'article 85 du Traité (et donc 81 aujourd'hui) que lorsqu'il y a un accord entre deux entreprises indépendantes, sans qu'il y ait à cet égard nécessairement de lien direct entre la situation juridique et la réalité économique, le critère décisif étant l'existence d'une unité de comportement sur le marché.

La Cour estime que les relations entre un commettant et son intermédiaire peuvent parfois caractériser une telle unité économique.

Dans ce cas, l'intermédiaire n'a aucune indépendance et les autorités de concurrence considèrent alors que l'accord conclu ne peut constituer une entente.

La Cour relève toutefois que :

«Les intermédiaires ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateurs économiques indépendants que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise de celui-ci.»

L'élément déterminant pour établir si un intermédiaire, tel un exploitant de station-service comme en l'espèce, est un opérateur économique indépendant, réside ainsi dans la convention conclue avec le commettant et plus précisément dans les conditions de la prise en charge des risques financiers et commerciaux liés à la réalisation de l'objet du contrat.

La question du risque doit alors être analysée au cas par cas et compte tenu de la réalité économique de la convention.

Pour apprécier la répartition effective des risques financiers et commerciaux entre les contractants, la Cour estime qu'il appartient au juge national de prendre en compte :

- les risques liés à la vente des marchandises (propriété des marchandises, financement des stocks, responsabilité pour les dommages causés, frais de transport, situation de du croire...),
- les risques liés aux investissements spécifiques au marché (locaux, équipements spécifiques, actions de promotion...).

Lorsque l'agent supportera une partie des coûts précités et/ou des obligations susvisées, il ne pourra plus être considéré comme formant une unité économique avec son commettant, mais sera considéré comme un entrepreneur indépendant sur le marché.

La Cour relève toutefois que le fait que l'intermédiaire supporte seulement une partie négligeable des risques susvisés n'est pas de nature à rendre l'article 81 TCE applicable.

A l'inverse, si l'intermédiaire assume, dans une proportion non négligeable, un ou plusieurs risques financiers et commerciaux liés à la vente aux tiers, la convention qui le lie au commettant tombera sous le coup de l'article 81 TCE.

Une telle convention pourra alors bien évidemment bénéficier des dispositions des règlements d'exemption applicables, soit aujourd'hui celles du règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999.

Mais la Cour confirme que la convention ne pourra pas être exemptée si elle prévoit l'obligation pour l'intermédiaire de respecter le prix de vente final au public fixé par le fournisseur.

Il s'agit là effectivement de la prohibition de la pratique des prix imposés qui s'étend aux accords d'intermédiation, tels que le contrat de commission ou d'agence commerciale, à partir du moment où ces contrats sont susceptibles, selon les critères susvisés, d'entrer dans le champ d'application de l'article 81 TCE.

Il reste que la question du prix est délicate puisque l'intermédiaire ne vend pas lui-même les produits qui lui sont remis par le commettant.

Se contentant de souligner la prohibition de la pratique des prix imposés, la Cour de justice ne s'aventure pas plus avant sur les spécificités des contrats d'agence et de commission et la problématique de la fixation du prix.

Nous confirmerons simplement à cet égard la position de la Commission Européenne, telle que décrite au point 48 de ses lignes directrices du 13 décembre 2000 sur les restrictions verticales aux termes desquels, elle indique :

« Si un accord d'agence relève de l'article 81§1, une obligation qui interdit à l'agent de partager sa commission, quelle soit fixe ou variable, avec le client, ou restreint sa faculté de le faire, constituerait une restriction caractérisée en vertu de l'article 4.a du règlement d'exemption par catégorie. »

L'agent doit donc rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant.

En d'autres termes, la Commission ne dit pas que l'agent doit être totalement libre de fixer le prix de revente du produit, ce qui semblerait tout à fait incompatible avec le contrat de mandat qui le lie à son commettant, mais précise qu'il doit pouvoir rester libre de baisser le prix dans la limite du montant de sa commission, ce qui laisse alors inchangé le bénéfice retiré par le commettant.

On ne peut nier que cette liberté laissée à l'agent, même encadrée, peut être de nature à poser des difficultés importantes au commettant dans le cadre de la définition de sa politique commerciale et qu'il existe là une contradiction manifeste entre le droit de la concurrence et le droit civil en vertu duquel il est difficilement explicable qu'un mandant puisse être privé de la possibilité de donner à son mandataire des instructions impératives, notamment sur le prix de vente de ses produits.

Il n'en demeure pas moins qu'il convient d'être prudent et de prendre en compte la position claire tant de la Commission Européenne que de la CJCE, afin de limiter le risque concurrentiel encouru, notamment en termes de fixation des prix, même si nous n'avons pas connaissance à ce jour de décision contentieuse dans ce domaine.

Décision de la Commission européenne du 29 novembre 2006 : Amende de 519 millions d'euros pour entente sur les prix et répartition de clientèle sur le marché du caoutchouc synthétique

Par Jean-Christophe Grall & Julienne Chang

519 millions d'euros! Tel est le prix à payer pour les membres d'une entente horizontale dont le but était la fixation des prix et une répartition de la clientèle!

Des sociétés appartenant aux groupes chimiques bien connus: Eni, Bayer, Shell, Dow, Unipetrol et Trade-Stomil se sont en effet accordées sur les prix et ont échangé des informations sur leurs principaux clients et sur les quantités de caoutchouc synthétique qui leur étaient livrées de 1996 à 2002 au moins, ceci en violation de l'article 81-1 du traité CE qui prohibe le fait de:

- a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
- b) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
- c) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
- d) *appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*
- e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats».*

En matière d'ententes, il s'agit globalement de la deuxième amende par ordre d'importance jamais infligée par la Commission européenne; la première ayant été atteinte en 2001 à l'occasion de l'affaire dite du «*cartel des vitamines*» dans laquelle elle avait infligé une amende s'élevant à 855 millions d'euros à huit laboratoires pharmaceutiques⁴, déjà lourdement sanctionnés aux Etats-Unis.

Cette décision confirme une fois de plus la politique de concurrence engagée par la Commission, s'agissant de la répression des cartels qualifiés de «*hard core cartels*» à savoir, une éradication de ces pratiques par

(4) Décision de la Commission du 21 novembre 2001.

le biais de sanctions sévères ayant un effet fortement dissuasif, d'une part, et une politique de clémence efficace, incitant à leur dénonciation, d'autre part.

■ Le calcul des amendes :

S'agissant de restrictions horizontales de type «*cartels de prix*» et de quotas de répartition des marchés, ces pratiques constituent au titre des lignes directrices pour le calcul des amendes de 1998⁵ des infractions très graves encourageant ainsi une amende maximale.

A cet égard, il convient de relever que les nouvelles lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes adoptées le 28 juin 2006⁶ ne prévoit plus de distinction entre les infractions «*peu graves*», «*graves*» et «*très graves*».

La Commission a, en outre, pris en considération pour fixer le montant de base de l'amende :

- **la taille du marché de l'EEE pour le produit en cause;**
- **la durée de l'entente;**
- **et la taille des entreprises mondiales en cause.**

Des ajustements ont ensuite été effectués, prenant en compte des circonstances aggravantes, les entreprises en cause ayant été déjà condamnées pour des ententes de même type dans les secteurs du polypropylène, du PVC et de l'acide citrique.

La Commission a ainsi majoré de 50% les amendes infligées à Eni, Shell et Bayer, conformément aux lignes directrices pour le calcul des amendes qui prévoient une augmentation du montant de base en cas de récidive.

(5) Communication de la Commission - Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, JO n° C 009 du 14/01/1998 p. 0003 - 0005.

(6) Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JO n° 2006/C 210/02 du 01/09/2006.

■ La procédure de clémence :

En l'occurrence, l'enquête a été initiée à la suite de demandes de mesures de clémence faites en décembre 2002 et en janvier 2003 par le groupe Bayer, au titre de la communication de la Commission sur la clémence de 2002⁷.

Celui-ci, bien que récidiviste, a ainsi bénéficié d'une immunité pleine et entière pour avoir divulgué, **le premier**, des informations concernant l'entente en cause.

Dow qui a également introduit une demande de clémence a pu voir son amende réduite de 40 % ; en revanche Shell, qui a admis avoir participé à l'entente, n'a pu bénéficier d'une telle réduction de sa sanction, n'ayant en

[7] Cette communication fait place aujourd'hui à la nouvelle communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes publiée par la Commission le 8 décembre 2006. JO 2006/C 298/11

effet fourni des renseignements n'ayant que peu de « *valeur ajoutée significative* » pour la Commission.

Bayer se trouve donc entièrement exonéré de l'amende fixée à hauteur de 204.187.500 euros et Dow « *graciée* » pour 40 % de l'amende infligée, ne devant s'acquitter que de 64.575.000 euros. A l'inverse, sans réduction de peine, Eni devra payer 272.250.000 euros, Shell 160.875.000 euros, Unipetrol 17.550.000 euros et Trade-stomil 3.800.000 euros !

Ces amendes, déjà élevées, pourraient néanmoins être encore plus élevées, selon le Commissaire européen chargée de la concurrence, Mme Neelie Kroes, si ces entreprises « *continuent à s'adonner à des pratiques collusoires* »...

En conséquence : Attention !

A bon entendeur, ...

Condamnation du groupe TOMRA à une amende de 24 millions d'euros pour abus de position dominante

Par Jean-Christophe Grall & Julienne Chang

La Commission européenne a infligé, le 29 mars 2006, une amende de 24 millions d'euros au groupe norvégien TOMRA, pour abus de position dominante.

Selon le porte-parole européen de la Concurrence, Jonathan Todd, cette amende représente «plus de 7% du chiffre d'affaires mondial» du groupe, ce qui en fait «la plus forte amende jamais» infligée en termes de pourcentage du chiffre d'affaires mondial retenu pour les pratiques anticoncurrentielles, le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 du traité CE prévoyant que ces amendes ne dépassent pas 10 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent⁸.

La Commission a en effet tenu compte de la gravité de l'infraction et de sa durée, c'est-à-dire cinq ans, dans le calcul de l'amende infligée.

Dans cette affaire, la Commission a conclu que le groupe TOMRA avait violé les articles 82 TCE et 54 de l'accord EEE, en mettant en œuvre, entre 1998 et 2002, une stratégie d'exclusion sur le marché des récupérateurs automatiques de déchets en Autriche, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Norvège et en Suède, incluant des accords qui assuraient à TOMRA un statut de fournisseur exclusif des appareils concernés et imposaient des objectifs quantitatifs individualisés ou des «systèmes de ristournes fidélisantes» dont les seuils correspondaient généralement à la totalité, ou à la quasi-totalité des besoins en appareils de la clientèle.

Il convient en effet de rappeler aux termes de l'article 82 TCE, que constituent des pratiques abusives celles consistant à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions inéquitable;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage pour la concurrence;
- d) subordonner la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur

nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de liens avec ces contrats».

Une entreprise en position dominante ne saurait en effet adopter une stratégie destinée à exclure du marché ses concurrents réels ou potentiels et donc abuser de sa position. Les gains d'efficacité de l'entreprise sont en ce cas soumis à des pratiques strictement loyales.

En l'occurrence toutes les pratiques estimées par la Commission, ont visé à restreindre, et ont effectivement restreint ou sérieusement ralenti, la capacité d'autres fournisseurs d'accéder au marché pertinent en cause. Cette conduite illégale a ainsi permis à TOMRA de renforcer ou de maintenir artificiellement sa position dominante.

Le 14 juin 2006, des sociétés du Groupe TOMRA ont alors introduit un recours devant le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, visant l'annulation de la décision de la Commission.

Au soutien de leur requête, les requérantes font valoir que la Commission :

- « - a manifestement utilisé des moyens de preuves incorrectes et non fiables pour établir que le groupe avait élaboré une stratégie pour exclure la concurrence et mis en œuvre cette stratégie par le biais de 49 accords passés avec ses clients entre 1998 et 2002;
- a commis des erreurs manifestes d'appréciation quant à la capacité de ces accords à exclure la compétition et n'en a pas fourni les raisons, et quant au fait de savoir si ces accords avaient exclu la concurrence dans les faits;
- a commis une erreur de droit manifeste en considérant les accords d'exclusivité, les engagements de quantité individualisés et les rabais rétroactifs individualisés, en soi, comme illicites en vertu de l'article 82 CE;
- a commis une erreur manifeste en concluant que des engagements de quantités non contraignants pouvaient méconnaître l'article 82 CE;
- a violé les principes de proportionnalité et de non discrimination en infligeant une amende de 24 millions d'euros aux requérantes⁹. »

Affaire à suivre!

(8) Article 23, §2, a) du règlement n° 1/2003.

(9) JO de l'Union Européenne, 12 août 2006, affaire T-155/06, 2006/C 190/43.

Importations parallèles: un jalon important pour l'industrie pharmaceutique

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Dans une affaire opposant GlaxoSmithKline à la Commission des Communautés européennes, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a rendu le 27 septembre 2006 une décision qui était très attendue par l'industrie pharmaceutique sur l'épineuse question des importations parallèles¹⁰.

Le TPICE a en effet partiellement annulé la décision qu'avait rendue la Commission le 8 mai 2001¹¹ en considérant que Glaxo avait «*enfreint l'article 81 § 1 [CE] en concluant avec les grossistes espagnols un accord opérant une distinction entre les prix facturés aux grossistes, qui sont applicables à la revente de médicaments remboursables aux pharmacies ou aux hôpitaux sur le territoire national, et des prix plus élevés facturés en cas d'exportation des médicaments vers n'importe quel autre état membre*».

La Commission avait enjoint à Glaxo de mettre fin sans délai à l'infraction ainsi visée.

Sans avoir tranché sur le fond la question de la licéité des restrictions au commerce parallèle que tentent d'imposer les laboratoires pharmaceutiques, c'est sur un point procédural que le TPICE a sanctionné la décision de la Commission, en constatant que celle-ci n'avait pas suffisamment examiné les arguments de Glaxo suivant lesquels les pratiques critiquées devaient bénéficier de l'exemption prévue par l'article 81 § 3 TCE, dans la mesure où elles contribuaient à améliorer la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résultait.

Toutefois, la décision du TPICE est intéressante car elle expose de façon très complète la problématique des importations parallèles d'une part, et d'autre part, elle conforte l'industrie pharmaceutique dans sa lutte contre les importateurs parallèles.

Mais avant d'analyser la décision du TPICE, il convient tout d'abord de rappeler le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que les faits qui étaient reprochés en l'espèce à Glaxo.

[10] T-168/01 Glaxo SmithKline Services / Commission des Communautés européennes – 27 septembre 2006.

[11] Décision 2001/791-CE.

I. Le contexte des importations parallèles et les faits reprochés

Le prix des produits pharmaceutiques étant contrôlé et plafonné dans certains États, alors qu'il est librement fixé dans d'autres États, le jeu du commerce parallèle consiste à acheter un produit dans un pays où son prix est faible afin de le revendre dans un pays où son prix est plus élevé, en réalisant ainsi un bénéfice à moindre coût.

Ainsi, en Europe, les laboratoires sont contraints de pratiquer des prix bas vis-à-vis des acheteurs situés en Espagne ou en Grèce du fait des réglementations contraignantes de ces États, tandis que leurs prix sont libres au Royaume Uni.

Le jeu consiste donc pour certains grossistes à acheter aux laboratoires leurs produits en Espagne, sur la base du prix espagnol, et de revendre les mêmes produits sur le marché anglais au prix fort.

Pour lutter contre ces pratiques, Glaxo, pour l'ensemble de 82 médicaments, avait établi à l'intention des grossistes établis en Espagne des conditions générales de vente prévoyant deux prix différents :

- un prix «A» ne dépassant pas le prix industriel maximal fixé par les autorités espagnoles compétentes lorsque deux conditions sont remplies :
 - Première condition : les produits pharmaceutiques sont financés par le fonds de la Sécurité Sociale espagnole ou par des fonds publics espagnols,
 - Seconde condition : les produits achetés sont ensuite commercialisés au niveau national, c'est à dire par l'intermédiaire des pharmacies ou des hôpitaux espagnols.
- un prix «B » fixé selon des critères économiques réels, objectifs et non discriminatoires et indépendamment de la destination du produit déterminée par l'acheteur, si l'une des conditions posées pour l'application du prix «A» n'était pas remplie.

Glaxo avait donc adressé à 89 grossistes établis en Espagne une lettre leur demandant de lui signifier leur accord sur ces conditions de prix.

75 grossistes représentant plus de 90 % des ventes totales de Glaxo en Espagne avaient accepté ces conditions.

Des plaintes furent déposées par plusieurs associations professionnelles espagnoles, estimant que ces conditions générales de vente enfreignaient l'article 81 § 1 TCE, qui prohibe tout accord ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel à l'intérieur du marché commun.

C'est dans ce contexte que la Commission avait rendu sa décision du 8 mai 2001, considérant que l'article 81 § 1 TCE avait été enfreint et enjoignant à Glaxo de mettre fin sans délai à l'infraction constatée.

Glaxo a donc introduit un recours devant le TPICE à l'encontre de cette décision, en soutenant à l'appui de sa requête :

- que l'article 81 § 1 TCE n'était pas applicable au motif que les conditions de vente ne constituent pas un accord et qu'elles n'ont pas d'objet, ni d'effet restrictif;
- par ailleurs, Glaxo faisait valoir que les conditions de vente compensaient une irrégularité du marché, causée par la fixation des prix par les autorités espagnoles;
- enfin, à titre subsidiaire, la requérante faisait valoir que les pratiques en cause pouvaient bénéficier d'une exemption au titre de l'article 81 § 3 TCE.

Dans le cadre du présent commentaire, nous nous intéresserons uniquement au premier et au dernier moyen soutenu par Glaxo.

II. La motivation retenue par le TPICE

Dans son analyse, le TPICE va examiner les points suivants :

- l'existence d'un accord,
- l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de cet accord,
- l'accord peut-il bénéficier de l'exemption par l'article 81 § 3 TCE?

■ Sur l'existence d'un accord :

Au considérant 109 de sa décision, la Commission avait retenu que les conditions générales de vente proposées par Glaxo et acceptées par les grossistes constituaient un accord conclu entre Glaxo et l'ensemble de ces grossistes.

A l'opposé, devant le Tribunal, Glaxo faisait valoir que les conditions générales de vente ne constituaient pas un accord et qu'en outre, si accord il y avait, celui-ci n'avait ni pour objet, ni pour effet, de restreindre la concurrence.

Sur l'existence même d'un accord, le Tribunal va considérer qu'il y avait,

- d'une part indépendance des volontés des parties dans la mesure où la réglementation espagnole n'avait pas imposé à Glaxo de pratiquer, dans les contrats qu'elle avait conclus avec les grossistes, des prix différenciés selon que les médicaments qu'elle leur vendait étaient pris en charge ou non par le système espagnol d'assurance maladie (point 73) et,
- d'autre part, qu'il y avait concordance des volontés en notant que Glaxo avait transmis ses conditions générales de vente à 89 grossistes, 75 d'entre eux ayant signé lesdites conditions générales de vente en les renvoyant dans le délai imparti à Glaxo.

Le Tribunal note que « ces éléments de fait révèlent la volonté exprimée par ces grossistes d'accepter l'offre de Glaxo et ainsi de nouer un accord avec elle ». (point 79).

Cette notion d'accord de volontés retenue par le Tribunal ne soulève aucune contestation tant les faits étaient clairement établis et l'échange de consentements indiscutable.

■ **Sur la question de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de l'accord concerné**, le TPICE va d'abord noter que la Commission s'est attachée à définir le marché de produits en cause, en le circonscrivant à « l'ensemble des médicaments pris en charge par le système espagnol d'assurance maladie, dont la revente dégage un profit en raison du différentiel de prix existant entre l'Espagne et l'état membre de destination » (point 159).

Le Tribunal note à ce titre que l'acheteur de ce type de produit est moins intéressé par l'indication thérapeutique et par les propriétés pharmacologiques de chacun des

médicaments qu'il achète, que par le fait qu'il existe un différentiel de prix suffisant sur ces médicaments entre l'Espagne et l'Etat membre de destination.

Sur la question de savoir si cet accord avait un but ou un effet anticoncurrentiel, le Tribunal souligne que l'examen effectué par la Commission s'est limité à étudier les effets potentiels sur la concurrence de l'accord, dans la mesure où celui-ci était entré en vigueur le 9 mars 1998 et avait été suspendu le 16 octobre 1998.

Au préalable, le Tribunal relève que le seul fait de pratiquer des prix différents n'est pas nécessairement synonyme de discrimination lorsque ces prix «*sont appliqués sur des marchés géographiques distincts, caractérisés par des conditions de concurrence insuffisamment homogènes, eu égard notamment au cadre réglementaire pertinent*». Ce faisant, le Tribunal applique la jurisprudence *Tetra Pack / Commission* – Arrêt du 6 octobre 1994, T-83/91.

Cette précision apportée, le Tribunal relève que la Commission a constaté que les conditions générales de vente de Glaxo avaient pour effet de réduire ou de supprimer le différentiel existant entre les prix en vigueur en Espagne, d'une part et dans d'autres Etats membres, d'autre part (point 183).

La Commission avait également constaté qu'une partie du prix des médicaments couverts par les conditions générales de vente restait dans nombre d'Etats membres à la charge du patient, qui constituait dans cette mesure un consommateur final et que le reste du prix de ces médicaments était pris en charge par le système national d'assurance maladie qui constituait, lui aussi, un consommateur final des produits en cause.

Par suite, le Tribunal approuve la Commission en ce qu'elle a déduit de ces constatations que les conditions générales de vente faisaient obstacle à la concurrence et à la pression qui aurait existé en son absence sur le prix unitaire des médicaments en cause, au détriment du consommateur final (point 185).

Enfin, le Tribunal souligne que la Commission a constaté que «*certains systèmes nationaux d'assurance maladie tiraient partie, à des degrés divers et selon des modalités différentes, du commerce parallèle pour réduire le coût des médicaments qu'ils prenaient en charge*» (point 188).

Aux termes de ces constatations, le Tribunal en conclut que la Commission a pu valablement retenir que «*les conditions générales de vente de Glaxo avaient pour effet de réduire le bien-être*

des consommateurs finals en les empêchant de tirer avantage, sous la forme d'une baisse des prix et des coûts, de la participation des grossistes espagnols à la concurrence intra-marque sur les marchés nationaux de destination du commerce parallèle d'origine espagnole» (point 190).

Le Tribunal en conséquence rejette le moyen pris de la violation de l'article 81 § 1 CE.

L'existence d'un accord et son effet anticoncurrentiel étant démontrés, le moyen subsidiaire invoqué par Glaxo, fondé sur le bénéfice de l'article 81 § 3 CE, revêtait dès lors une importance primordiale.

■ Sur le bénéfice de l'exemption prévue par l'article 81 § 3 CE

Le Tribunal prend la peine de rappeler les conditions nécessaires et suffisantes qui doivent être réunies pour qu'un accord, aux termes de l'article 81 § 3 CE, échappe à l'interdiction prévue par l'article 81 § 1 :

«Il faut, premièrement, que l'accord concerné contribue à améliorer la production ou la distribution des produits en cause, ou à promouvoir le progrès technique ou économique, deuxièmement, qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit réservée aux utilisateurs, troisièmement, qu'il n'impose aucune restriction non indispensable aux entreprises participantes et quatrièmement qu'il ne leur donne pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause» (point 234).

D'un point de vue procédural, ceci implique que la personne qui s'en prévaut doit démontrer que ces conditions sont réunies aux moyens d'arguments et d'éléments de preuve convaincants.

Corrélativement, il appartient à la Commission d'examiner ces arguments et ces éléments de preuve et de les réfuter.

Dans un premier temps, le Tribunal va donc s'attacher à vérifier si la Commission avait démontré que la première condition d'application de l'exemption n'était pas remplie.

Ce n'est que dans la négative que le Tribunal aurait contrôlé l'appréciation portée par la Commission sur les trois autres conditions d'application de l'exemption.

Pour vérifier si la Commission avait joué son rôle, le Tribunal devait ainsi examiner le principal «*cheval de bataille*» enfourché par l'industrie pharmaceutique pour lutter contre les importations parallèles, à savoir le financement de la recherche et du développement.

En effet, Glaxo soutenait que :

- en matière de produits pharmaceutiques, l'innovation constitue le paramètre déterminant de la concurrence entre marques ;
- l'innovation est assurée par un niveau de dépenses de recherche et de développement substantiel et supérieur à celui des autres industries ;
- l'investissement dans la recherche et le développement étant coûteux, risqué et de long terme, il est principalement financé sur fonds propres plutôt que par l'emprunt ;
- le commerce parallèle a pour effet de réduire les recettes de la société pharmaceutique et réduit ainsi sa capacité d'autofinancement de la recherche et du développement (point 258).

Le Tribunal relève que les arguments de faits de Glaxo et les éléments de preuve présentés à leur appui paraissent *« pertinents, fiables et vraisemblables »* (**le Tribunal faisant ainsi référence aux critères visés dans l'arrêt Cimenteries SBR.A/Commission du 15 mars 2000 – T-25/95) (point 263).**

Dans ces conditions, le Tribunal considère que la question du degré de corrélation entre le commerce parallèle et la recherche et développement, ne pouvait pas être traitée sans plus d'approfondissement, ni se satisfaire de la conclusion lapidaire utilisée par la Commission dans sa décision selon laquelle :

« Il n'était pas prouvé qu'il existait un lien de cause à effet entre le commerce parallèle et la recherche et développement ».

Le Tribunal a donc considéré que la Commission ne pouvait pas légalement en conclure que, s'agissant de l'existence d'une contribution à la promotion du progrès technique, Glaxo n'avait pas démontré que la première condition d'application de l'article 81 § 3 TCE était remplie.

De ce fait, le Tribunal a jugé - l'examen des trois autres conditions ne s'imposant pas - que la décision déferée avait violé l'article

81 § 3 TCE et devait donc être annulée en ce qu'elle rejetait la demande d'exemption présentée par Glaxo.

III. Conclusion

D'un point de vue concurrentiel et économique, le grand mérite de cet arrêt est de poser clairement l'ensemble des questions suscitées par le commerce parallèle, tant en termes de profits pour le consommateur final que de financement de la recherche et du développement.

L'industrie pharmaceutique soutient que les seuls bénéficiaires des importations parallèles sont les grossistes et que ceux-ci font perdre aux laboratoires, à l'échelle mondiale, 5 milliards d'euros par an.

Cette perte de recettes diminuerait d'autant la capacité de recherche et de développement desdits laboratoires.

Les grossistes soutiennent, quant à eux, que les importations parallèles font peser une pression sur les laboratoires pharmaceutiques permettant notamment aux gouvernements d'en tirer partie lors de la négociation des prix réglementés avec les laboratoires.

Cette analyse est également partagée par certains membres des Administrations de Santé Publique.

Toutefois, cet arrêt ne tranche pas le débat au fond et celui-ci reste ouvert, mais il est certain que compte tenu de cette décision, les instances ou juridictions qui devront à l'avenir se pencher sur le commerce parallèle ne pourront faire l'économie d'un débat complet et d'une vérification approfondie de l'ensemble des arguments en présence, examen dont s'était dispensée la Commission dans la présente affaire.

En raison de l'appréciation portée par Le Tribunal sur les arguments de Glaxo, qualifiés de *« pertinents, fiables et vraisemblables »*, s'agissant de la contribution à la promotion du progrès technique, il est clair que l'industrie pharmaceutique a posé là un jalon de taille dans sa lutte contre le commerce parallèle.

Ententes prohibées – Participation passive à l’entente. Le TPICE se penche sur la notion de «*dédistanciation publique*» de l’objet anticoncurrentiel d’une réunion.

Par Benoît Laurin

Dans un arrêt du 5 décembre 2006, le TPICE¹² a confirmé les critères dégagés par la jurisprudence antérieure¹³ permettant à une entreprise de faire valoir qu’elle s’était distanciée publiquement de réunions dont l’objet était contraire à l’article 81 du Traité CE.

La Commission avait condamné pour entente prohibée plusieurs entreprises concurrentes dans le secteur des gaz industriels et médicaux aux Pays Bas, parmi lesquelles la société Westfalen Gassen Nederland BV, en estimant qu’elles avaient pris part à des réunions de l’association des fabricants de gaz industriels («*VFIG*») portant notamment sur la fixation d’augmentations de prix, de prix minimaux et d’engagements de non concurrence.

La société Westfalen Gassen Nederland BV a introduit un recours devant le TPICE en arguant du fait que la Commission n’avait pas démontré, à suffisance de droit, qu’elle avait participé à des accords et/ou des pratiques concertées et que la défenderesse a, ainsi, violé l’obligation de motivation visée à l’article 253 TCE.

Elle faisait en particulier valoir le fait :

- qu’elle n’avait adhéré que tardivement à la VFIG et donc pas participé aux réunions antérieures;
- qu’elle avait été surprise d’entendre aborder le thème de l’augmentation des prix qui ne figurait pas à l’ordre du jour et qu’elle avait exprimé son étonnement;
- qu’elle avait refusé, à chaque réunion, de dire s’il y aurait une augmentation des prix et, le cas échéant, [son montant], dans la mesure où elle n’avait pas encore déterminé, à l’époque, ses prix [...] et que sa société mère [...] devait nécessairement être consultée à ce sujet. Elle prétendait avoir déclaré qu’elle n’était

pas opposée, en soi, à des augmentations mais qu’elle n’approuvait pas une entente et que, étant partisane d’exercer une pression sur les prix, elle entendait adapter sa politique au marché de manière autonome.

Et qu’ainsi eu égard au comportement qu’elle avait adopté lors des réunions de la VFIG, il y avait lieu de considérer qu’elle s’était **dédistanciée publiquement** du contenu desdites réunions, au sens où l’exige la jurisprudence.

Le TPICE rappelle, en premier lieu, les règles de répartition de la charge de la preuve :

- à la Commission de «*rapporter la preuve des infractions qu’elle constate et d’établir les éléments de preuve propres à démontrer à suffisance de droit l’existence des faits constitutifs d’une infraction*».
- à l’entreprise incriminée «*d’avancer des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu’elle avait indiqué à ses concurrents qu’elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur*».

Le Tribunal a estimé au vu des arguments de la requérante qu’elle n’avait «*pas pris une position qui aurait fait clairement savoir aux autres entreprises qu’elle prenait ses distances vis-à-vis du principe d’une telle augmentation. Son comportement, qualifié par elle de vague, s’apparente à une approbation tacite ayant pour effet d’encourager la continuation de l’infraction et compromettant sa découverte. Cette complicité constitue un mode passif de participation à l’infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l’entreprise*»;

Et relevé en particulier que «*après avoir participé à une première réunion au caractère manifestement anticoncurrentiel, dont elle aurait désapprouvé la teneur, la requérante a, un peu plus d’un mois seulement après, participé à une seconde réunion collusive dont il n’est pas établi qu’elle s’en soit publiquement distanciée*»!

[12] TPICE, Arrêt du 5 décembre 2006, Aff. T-303-02 Westfalen Gassen Nederland BV c/ Commission.

[13] TPICE, Aff. T-9/99, HFB.e.a. c/ Commission; TPICE, Aff. 61/99, Adriatica di Navigazione c/ Commission.

Cet arrêt illustre la difficulté pour une entreprise de faire la preuve de son opposition à des pratiques anticoncurrentielles lors de réunions à laquelle elle a participé, même de manière passive.

Le Tribunal rappelle à cet égard que :

« la ***notion de distanciation publique*** en tant qu'élément d'exonération de la responsabilité doit être interprétée de manière restrictive. Si la

requérante avait effectivement voulu se dissocier des discussions collusoires, elle aurait pu aisément indiquer par écrit à ses concurrents et au secrétaire de la VFIG, après la réunion du 14 octobre 1994, qu'elle ne voulait en aucun cas être considérée comme un membre de l'entente et participer à des réunions d'une association professionnelle servant de cadre occulte à des concertations illicites».

Les améliorations apportées par le droit communautaire à la procédure de clémence

Par Julienne Chang

Dans le but de lutter de manière plus efficace contre les ententes, la Commission européenne a mis en place par ses Communications du 18 juillet 1996¹⁴ puis du 19 février 2002¹⁵, une procédure dite de «clémence», ayant pour objet de récompenser par une exonération ou une réduction d'amendes les entreprises qui dénoncent les ententes auxquelles elles participent, ainsi que les membres qui en font partie.

Néanmoins, malgré les améliorations apportées, la communication de 2002 n'était pas parvenue aux résultats escomptés. Ainsi, sur les 87 demandes d'immunité présentées au cours de la période 2002-2005, la Commission n'a accordé une immunité conditionnelle qu'à seulement 51 entreprises!

Suite aux consultations publiques menées en février et octobre 2006, il apparaît en effet que les demandes d'immunité pêchaient par leurs imprécisions, la communication de 2002 ne fournissant pas suffisamment de détails quant aux informations à apporter et à la procédure à suivre.

La Commission a ainsi publié, le **8 décembre 2006**, une nouvelle communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes.

L'entreprise qui sollicite **une immunité totale ou partielle** doit ainsi avoir «*mis fin à sa participation à l'entente présumée **sans délai après le dépôt de sa demande**, sauf pour ce qui est, de l'avis de la Commission, raisonnablement nécessaire à la préservation de l'intégrité des inspections*» et peut apporter «*une coopération véritable*¹⁶, **totale, permanente et rapide** dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure administrative».

Il convient de relever qu'est désormais prévue l'obligation pour l'entreprise de ne pas détruire, falsifier ou dissimuler des renseignements lors de la procédure, mais aussi au cours de la période pendant laquelle elle envisage d'adresser une demande de clémence!

(14) Communication de la Commission concernant la non imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C 207 du 18 juil. 1996, n° 96/C 207 /04.

(15) Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C 45/3 du 19 février 2002, 2002/C 45/03.

(16) Aux termes de la Communication sur la clémence, cette coopération véritable «*requiert notamment du demandeur qu'il fournisse des informations précises, non trompeuses et complètes*».

Par ailleurs, sont traités, à titre de nouveauté, dans la nouvelle communication sur la clémence :

- les renseignements et les éléments de preuve que le demandeur doit fournir à la Commission pour pouvoir bénéficier de l'immunité totale ou partielle;
- l'octroi de «*marqueur*» fixant l'ordre d'arrivée des demandes d'immunité d'amendes;
- la protection des déclarations faites par les entreprises auprès de requérants dans des actions civiles en dommages et intérêts.

La nouvelle communication sur la clémence, entrée en vigueur le 8 décembre 2006, est donc applicable à compter de cette date «*dans les affaires portant sur des ententes, datant de 2002, pour toutes les affaires dans lesquelles aucune entreprise ne s'est prévalu de cette dernière*¹⁷».

Il importe ainsi qu'aucune autre entreprise ne coopère déjà avec la Commission au titre de la même entente!

Toutefois, la procédure protégeant les déclarations des entreprises est également applicable depuis le 8 décembre 2006 à toutes les demandes pendantes et aux nouvelles demandes d'immunité d'amendes ou de réduction de leur montant.

I. Détermination des renseignements et éléments de preuve à fournir

La nouvelle communication de la Commission vise notamment à rendre la procédure plus transparente.

Sont ainsi précisés les renseignements à fournir par le demandeur et le niveau de preuve requis pour bénéficier de l'immunité ou de la réduction d'amendes.

A. Immunité d'amendes

La nouvelle communication liste désormais les renseignements et éléments de preuve nécessaires pour permettre à la Commission «*d'effectuer une inspection ciblée*» ou de «*constater une infraction à l'article 81 CE*».

(17) Point 37 de la Communication sur la clémence.

L'entreprise doit ainsi fournir, en sus des conditions classiques :

1. Une déclaration comprenant, dans la mesure où elle en a connaissance au moment de la demande¹⁸ :

- une description détaillée de l'entente présumée, dont notamment ses objectifs, ses activités ou son fonctionnement; le ou les produits ou services en cause, la portée géographique, la durée et une estimation des volumes de marché affectés par l'entreprise présumée; des renseignements précis sur la date, le lieu, l'objet et les participants à l'entente présumée; toutes explications utiles sur les preuves fournies à l'appui de la demande;

- le nom et l'adresse de l'entité juridique qui présente la demande d'immunité, ainsi que le nom et l'adresse de toutes les entreprises qui participent ou ont participé à l'entente présumée;

- le nom, la fonction, l'adresse privée de toutes les personnes qui, à la connaissance du demandeur, prennent ou ont pris part à l'entente présumée, et notamment de ceux qui y ont été impliqués pour le compte du demandeur;

- les autres autorités de concurrence, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'UE, avec lesquelles l'entreprise a pris contact au sujet de l'entente présumée.

2. D'autres preuves concernant l'entente présumée que l'entreprise a en sa possession ou à sa disposition à la date du dépôt de la demande, et notamment des preuves contemporaines de l'infraction.

Néanmoins, la révélation de tels renseignements et preuves aussi précis et exhaustifs qu'ils soient, ne sauraient établir à eux seuls une immunité d'amendes, une « véritable coopération » étant exigée tout au long de la procédure, ainsi que précisé précédemment.

Aux termes du point 23 de la Communication sur la clémence, l'entreprise qui dévoile sa participation à une entente mais ne parvient pas à réunir les conditions nécessaires à l'immunité, peut toutefois bénéficier d'une réduction de l'amende si elle satisfait aux critères posés.

(18) Point 9 a) de la Communication sur la clémence.

B. Réduction du montant de l'amende

Afin de pouvoir prétendre à une réduction de l'amende, une entreprise doit fournir à la Commission des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission.

A cet égard, la nouvelle communication sur la « clémence » précise la notion de « valeur ajoutée »: les renseignements et preuves qui ne doivent être que peu ou pas corroborées auront plus de valeur; ainsi, « les preuves déterminantes se verront attribuer une valeur plus élevée que les éléments de preuve tels que les déclarations qui doivent être corroborées si elles sont contestées¹⁹ ».

La première entreprise pourra ainsi prétendre à une réduction comprise entre 30 et 50 %, la deuxième entreprise à une réduction comprise entre 20 et 30 %, et les autres entreprises à une réduction maximale de 20 %.

II. L'octroi de « marqueurs » fixant l'ordre d'arrivée des demandes d'immunité totale d'amendes

Désormais, la Commission peut accepter la demande d'immunité d'une entreprise sur la base d'informations limitées.

En effet, le nouveau système d'octroi de marqueurs permet à l'entreprise de protéger sa place dans l'ordre d'arrivée des demandes pendant un certain délai afin de lui permettre de rassembler les renseignements et éléments de preuve nécessaires pour atteindre le niveau de preuve requis pour l'immunité, et ainsi de préserver son premier rang, qui rappelons-le, est une condition nécessaire à l'exonération totale!

A cette fin, l'entreprise « doit communiquer à la Commission des informations concernant son nom et son adresse, les participants à l'entente présumée, le ou les produits en cause, le ou les territoires affectés, une estimation de la durée de l'entente présumée. Elle doit également informer la Commission de toute demande de clémence déjà présentée ou qui serait présentée à d'autres autorités au sujet de l'entente présumée et justifier sa demande d'un marqueur²⁰. »

(19) Point 25 de la Communication sur la clémence.

(20) Point 15 de la Communication sur la clémence.

Ce système d'ordre d'arrivée des demandes par l'octroi de marqueurs est ainsi à la discrétion de la Commission. De même, le délai pour fournir les renseignements et les éléments de preuve nécessaires sera apprécié au cas par cas, selon les circonstances particulières de chaque demande.

Néanmoins, le délai imparti sera nécessairement court, afin de ne pas décourager les autres candidats potentiels à la demande d'immunité, d'une part, et de permettre aux services de la Commission de procéder à une inspection le plus rapidement possible, d'autre part²¹.

III. Protection des déclarations faites par les entreprises

Afin de garantir les entreprises qui coopèrent à l'enquête de la Commission, qu'elles ne bénéficieront pas d'une position moins favorable dans les actions civiles que celle des entreprises qui ne coopèrent pas, la Commission a mis en place une procédure protégeant les déclarations faites par les entreprises contre leur divulgation auprès des requérants dans des actions civiles en dommages et intérêts, ce qui est particulièrement important (discovery/class action!).

Aux termes du point 31 de la communication, «une déclaration d'une entreprise est une soumis-

sion spontanée par celle-ci ou en son nom, à la Commission, de ce qu'elle sait d'une entente et de son rôle dans cette entente».

Désormais, «la Commission peut autoriser que les déclarations soient faites oralement à moins que l'entreprise n'ait déjà communiqué le contenu de la déclaration à des tiers²²».

L'accès à ces déclarations n'est «accordé qu'aux destinataires d'une communication des griefs».

A l'inverse, «les autres parties, telles que les plaignants, n'ont pas accès aux déclarations des entreprises²³».

La Communication restreint par ailleurs le champ d'utilisation des renseignements obtenus, ceux-ci ne devant être utilisés «qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des règles de concurrence communautaires en cause dans la procédure administrative connexe. L'utilisation de ces renseignements à d'autres fins pendant la procédure peut être considérée comme un manque de coopération [...]. De surcroît, si ces renseignements sont utilisés après l'adoption, par la Commission d'une décision d'interdiction dans la procédure, celle-ci peut, dans toute procédure ouverte devant les juridictions communautaires, leur demander de majorer l'amende infligée à l'entreprise responsable²⁴».

(22) Point 32 de la communication sur la clémence.

(23) Point 33 de la Communication sur la clémence.

(24) Point 34 de la Communication sur la clémence.

(21) Communiqué de la Commission du 7 décembre 2006, MEMO/06/470.

Ces nouveaux apports de la Communication sur la clémence font ainsi écho aux dispositions du «Programme modèle du REC en matière de concurrence» concernant les cartels, adopté le 29 septembre 2006 par les membres du Réseau Européen de Concurrence (REC).

Ce programme a été, en effet, établi en vue de pallier les inconvénients d'un régime de compétences parallèles entre la Commission et les autorités nationales de concurrence; une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne vaut qu'à l'égard de

cette dernière, sans engager les autres autorités susceptibles de traiter l'affaire.

La nouvelle communication de la Commission et le Programme du REC permettront ainsi de compléter le communiqué de procédure du 11 avril 2006 relatif au programme de clémence français du Conseil de la concurrence, qui connaît déjà un succès certain depuis son entrée en vigueur, le Conseil de la concurrence ayant déjà enregistré 17 demandes qui sont en cours de traitement!

Le TPICE sanctionne une entente entre fédérations syndicales agricoles

Par Louis-Gabriel Masson

Le Tribunal de première instance des communautés européennes a, dans un arrêt du 13 décembre 2006²⁵, confirmé pour l'essentiel la décision de la Commission européenne du 2 avril 2003²⁶ au terme de laquelle la Commission a sanctionné, sur le fondement des dispositions de l'article 81-1 du traité CE, l'accord conclu en 2001 entre les principales fédérations françaises du secteur de la viande bovine (éleveurs et abatteurs) pour remédier aux conséquences négatives de la « crise de la vache folle ».

La réapparition de nouveaux cas d'encéphalite spongiforme bovine à la fin de l'année 2000 en France a plongé la filière bovine française dans une crise profonde du fait de la perte de confiance des consommateurs.

Afin de faire face à cette deuxième « crise de la vache folle », des mécanismes d'intervention ont été mis en place par les institutions communautaires, qui ont par ailleurs autorisé certains Etats, dont la France, à octroyer des subventions à la filière bovine.

Estimant ces mesures insuffisantes, les fédérations syndicales représentant les éleveurs de bovins²⁷ et les abatteurs²⁸ se sont rencontrées au cours de réunions organisées à l'initiative du Ministre de l'Agriculture français et ont conclu, le 24 octobre 2001, un accord²⁹.

Celui-ci, qui visait à assurer un prix minimal d'achat des bovins à l'entrée de l'abattoir, comportait deux volets :

- un « engagement de suspension provisoire des importations » ;
- un « engagement d'application de la grille de prix d'achat à l'entrée de l'abattoir des vaches de réforme³⁰ ».

(25) TPICE, 13 décembre 2006, Affaires jointes T-217/03 [Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) contre Commission européenne] et T-245/03 [Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Fédération nationale bovine (FNB), Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL) et Jeunes agriculteurs (JA) contre Commission européenne].

(26) Décision n°2003/600/CE rendue dans l'affaire COMP/C.38.279/F3 – Viandes bovines françaises, JOCE L 209, p.12.

(27) Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), Fédération nationale bovine (FNB), Fédération nationale des producteurs de lait (FNPL) et Jeunes agriculteurs (JA).

(28) Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) contre Commission européenne.

(29) Accord des fédérations des éleveurs et des abatteurs sur la grille de prix minimum – vaches de réforme entrée-abattoir

(30) Vache dont la destination est soit la reproduction, soit la production laitière.

Après avoir adressé une lettre d'avertissement le 26 novembre 2001 aux six fédérations signataires de l'accord, la Commission européenne a adopté la décision 2003/600/CE, aux termes de laquelle elle a estimé que les fédérations signataires de l'accord du 24 octobre 2001 avaient, du fait de la signature de cet accord et de l'application d'un accord oral secret poursuivant le même objet, pris part à une entente prohibée ayant un objet et des effets anticoncurrentiels.

Les fédérations syndicales concernées ont saisi le Tribunal de première instance des communautés européennes afin d'obtenir l'annulation de la décision de la Commission européenne les condamnant à des amendes atteignant un montant cumulé de 16,68 millions d'euros.

Dans un arrêt rendu le 13 décembre 2006, le TPICE a rejeté leur demande d'annulation de la décision de la Commission et, confirmant celle-ci pour l'essentiel, leur a infligé les amendes suivantes minorées :

- **FNCBV** : **360.000 €**
- **FNSEA** : **9.000.000 €**
- **FNV** : **1.080.000 €**
- **FNPL** : **1.080.000 €**
- **JA** : **450.000 €**

Par cette décision, le TPICE sanctionne pour la première fois une entente conclue exclusivement entre fédérations syndicales (1), connue voire encouragée par un Etat membre (2), et définit les modalités de calculs des amendes infligées à ces fédérations (3), tout en tenant compte du contexte spécifique dans lequel s'inscrivaient les pratiques incriminées (4).

1. Pour constater l'existence d'une entente conclue exclusivement entre des fédérations syndicales agricoles, le TPICE rappelle que l'article 81§1 du traité CE s'applique à toutes les « entreprises », c'est-à-dire, dans le contexte du droit de la concurrence, à « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».

Il rappelle également que la disposition du traité CE précitée s'applique « aux associations dans la mesure où leur activité

propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets que cette disposition vise à réprimer», et par voie de conséquence aux fédérations, qui, en fédérant les associations syndicales, membres directs, comptaient également dans leurs rangs des «*membres de base*» (exploitants agricoles, groupements coopératifs, entreprises d'abattage).

Partant du constat que l'activité des exploitants agricoles présente un caractère économique et que ceux-ci constituent donc des «*entreprises*», le TPICE affirme que «*les syndicats qui les rassemblent et les représentent, ainsi que les fédérations qui regroupent ces syndicats peuvent être qualifiés d'associations d'entreprises aux fins de l'application de cette disposition*», et doivent dès lors être soumises aux dispositions de l'article 81§1 prohibant les ententes!

2. A propos de l'effet restrictif de concurrence des pratiques incriminées, le TPICE a validé le point de vue de la Commission selon laquelle les deux dispositions principales de l'accord du 24 octobre 2001 et de l'accord secret visant la prolongation de l'application de l'accord précité avaient un objet et entraînaient des effets anticoncurrentiels.

Il a également réaffirmé que «*la circonstance que le comportement des entreprises a été connu, autorisé ou même encouragé par des autorités nationales est, en tout état de cause sans influence sur l'applicabilité de l'article 81 CE*».

En l'occurrence, le fait que les accords conclus étaient connus, voire soutenus par les autorités gouvernementales françaises, ne pouvait en aucun cas purger leur caractère restrictif de concurrence et les soustraire à l'interdiction des ententes prévue par la réglementation communautaire!

3. Pour fixer le montant des sanctions infligées à chaque fédération; le TPICE précise que les règles de calcul des amendes³¹, qui doivent être proportionnées à la puissance économique des fédérations, doivent être appliquées, en prenant pour base le chiffre d'affaires des entreprises adhérentes aux syndicats et actives, c'est-à-dire en l'espèce celui des exploitants agricoles, des groupements coopératifs et des entreprises d'abattage, et non le chiffre d'affaires des fédérations syndicales.

Le TPICE a en effet estimé que les fédérations ont pour mission primordiale de défendre les intérêts de leurs «*membres de base*» et que les accords litigieux qu'elles ont conclus ne portaient pas sur l'activité des fédérations elles-mêmes, mais devaient bénéficier aux entreprises «*membres de base*». Il a en conséquence validé le mode de calcul des amendes retenu par la Commission européenne.

4. Le TPICE n'a néanmoins pas retenu le montant des amendes prononcées par la Commission européenne.

Il a en effet estimé que cette dernière, en appliquant une réduction d'amende de 60%, n'avait pas pris suffisamment en compte le contexte économique de l'espèce, marqué en particulier par la crise du secteur bovin.

Il a donc rappelé qu'il disposait de compétences de pleine juridiction pour «*supprimer, réduire ou majorer l'amende infligée*» par la Commission et **a estimé qu'il était plus approprié d'établir à 70 % le pourcentage de réduction des amendes accordées.**

(31) L'article 15, paragraphe 2 du règlement communautaire n°17/62 prévoit que la Commission peut **infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes dont le montant peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires de chacune des entreprises ayant participé à l'infraction.**

L'ouverture de la publicité télévisée à la distribution : « une libéralisation encadrée »

Par Eléonore Camilleri

Depuis le **1^{er} janvier 2007**, les distributeurs ont accès aux espaces publicitaires de toutes les chaînes télévisées qu'elles soient locales, câblées, satellitaires et surtout, fait nouveau, hertziennes à vocation nationale.

Véritable onde de choc dans le domaine de la publicité, cette ouverture a mis fin à l'interdiction dont se voyait frappé le secteur de la distribution, en France métropolitaine, au nom du maintien de la diversité de l'offre culturelle et du pluralisme des médias.

Après des années de lobby des distributeurs et surtout de pression de la Commission européenne, le décret du 7 octobre 2003 est venu modifier le décret du 27 mars 1992, afin de lever l'interdiction mais ce, de manière progressive. Ce décret a en effet autorisé, depuis le 1^{er} janvier 2004, la publicité pour la distribution à la télévision sur les chaînes locales, les chaînes du câble et sur le satellite, mais a repoussé l'ouverture définitive concernant les chaînes hertziennes nationales, au **1^{er} janvier 2007**.

Cette ouverture est donc aujourd'hui effective mais comporte une atténuation de taille : l'interdiction de communiquer en faveur d'« **opérations commerciales de promotion** » prévue à l'article 8 du décret du 27 mars 1992 demeure afin, notamment, de contenir le fort impact de l'ouverture sur les médias classiques concernant ce type d'opérations, en particulier la presse quotidienne régionale et la radio, qui sont inévitablement touchés par une diminution d'investissements publicitaires à leur égard.

Ainsi, l'article 8 du décret du 27 mars 1992, modifié dispose qu'« **Est interdite la publicité concernant [...] [la] distribution pour les opérations commerciales de promotion se déroulant entièrement ou principalement sur le territoire national [...]** ».

Les « **opérations commerciales de promotion** » sont définies par le même article :

« On entend par opération commerciale de promotion toute offre de produits ou de prestations de services faite aux consommateurs ou toute organisation d'événement qui présente un caractère occasionnel ou saisonnier, résultant notamment

de la durée de l'offre, des prix et des conditions de vente annoncés, de l'importance du stock mis en vente, de la nature, de l'origine ou des qualités particulières des produits ou services ou des produits ou prestations accessoires offerts »³².

L'impact économique de la notion d'« **opérations commerciales de promotion** » est donc très important. Malheureusement ce terme quelque peu ambigu, ainsi que la définition qui en est donnée dans le corps même de l'article 8 précité, soulèvent d'importantes difficultés d'interprétation et laissent craindre quelques litiges.

A tel point que les professionnels ont dû s'entendre sur une interprétation commune. Ainsi un groupe de travail réunissant les différents acteurs concernés a été constitué par le **Bureau de Vérification de la Publicité [ci-après BVP]** en juin 2004 et a permis de donner naissance à une « grille de lecture » commune pour interpréter les conditions d'accès du secteur de la distribution à la télévision.

Cette « grille de lecture » du BVP vient préciser de façon très détaillée quelle interprétation doit être donnée à des expressions employées dans la définition donnée par l'article 8 précité et ce, afin de déterminer ce qui est interdit et à l'inverse, autorisé (I).

Quant aux publicités relatives aux Marques de distributeurs [ci-après « **MDD** »] et celles mises en place par des annonceurs démontrant une diversification d'activité, elles obéissent à un régime particulier, comme c'était déjà le cas auparavant (II).

I. L'opération commerciale de promotion interdite au sens du décret

Une bonne compréhension de la définition de l'« **opérations commerciales de promotion** » donnée par l'article 8 du décret du 27 mars 1992 modifié nécessite de connaître le sens des expressions employées dans ladite définition, à savoir « *organisation d'événements* », « *durée de l'offre* », « *importance du stock mis en vente* » etc.

(32) Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 modifié par le décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003.

1) L'«*organisation d'événement qui présente un caractère occasionnel ou saisonnier*»

Il ressort du texte de l'article 8 du décret précité qu'il n'est pas possible pour un distributeur de faire référence à un «*événement*» consistant en une opération commerciale dans une publicité télévisée.

Ainsi, une opération de promotion par le jeu telle l'organisation d'un concours ou d'une loterie, correspond à un événement constitutif d'une opération commerciale de promotion dont la publicité télévisée est interdite.

De même, l'ouverture d'un magasin de façon exceptionnelle, certains jours de la semaine constitue un événement perçu comme une opération commerciale de promotion et donc prohibée en publicité télévisée.

Toutefois, la référence en publicité télévisée, d'un distributeur à un «*événement*», ne constitue pas forcément une «*opération commerciale de promotion*» privée de télévision et ce justement lorsque l'événement en cause est dénué de caractère promotionnel temporaire.

C'est le cas lorsque ledit événement peut être qualifié d'intérêt général, par exemple une manifestation à caractère éducative ou humanitaire.

Dans cette hypothèse, l'événement d'intérêt général ne doit pas masquer une opération commerciale de promotion en faveur du distributeur sinon la publicité retomberait dans le domaine de l'interdiction.

A titre d'exemple des annonces telles que : «*10 % de réduction sur les prix à l'occasion d'un événement d'intérêt général*» ou «*10 % des ventes reversées à l'occasion d'une manifestation caritative*» tombent sous le coup de l'interdiction.

En outre, les événements tels que l'ouverture d'un nouveau magasin ou l'ouverture tous les dimanches matin ne constituent pas, en leur principe, une opération commerciale de promotion au sens du décret. Il en va de même concernant l'annonce portant sur l'arrivée d'un produit, et en particulier son caractère de nouveauté, s'il n'est pas associé à une durée de disponibilité ou à un stock limité.

2) «*La durée de l'offre*»

Les indications de durée de validité précises témoignent de la nature promotionnelle des offres de biens ou services du distributeur.

Ainsi les références littérales à un événement ou à une période déterminée font tomber la publicité dans le champ de l'interdiction. Il en va de même des offres durables mais non permanentes (**ex** : "*valable certains jours de la semaine*").

A titre d'exemple, un distributeur ne peut pas communiquer à la télévision sur une offre relative à des galettes «*à l'occasion de la fête des rois*». Une telle référence à l'Épiphanie témoigne d'emblée du caractère promotionnel de l'opération !

3) «*Des prix et des conditions de vente annoncés*»

L'interdiction concerne :

- les opérations de **promotion par le prix**, par exemple, une offre de réduction ou de remboursement différé ;
- les opérations de **promotion par l'objet**, telles que les ventes avec prime.

En ce qui concerne les annonces de prix proprement dites, elles ne témoignent pas nécessairement d'un caractère promotionnel.

La publicité serait ainsi autorisée, selon la position du CSA et la «*grille de lecture*» du BVP, lorsque le message n'indique, ni même ne suggère, une durée de validité de l'offre, ce qui tend à présumer un prix stable. Cette présomption doit être, en outre, confirmée par les faits : le prix pratiqué et la disponibilité du produit ne doivent pas être temporaires, mais au contraire s'inscrire dans la durée.

Ainsi, peut constituer une période de référence, une durée de quinze semaines de maintien du prix annoncé et des stocks disponibles.

4) «*L'importance du stock mis en vente*»

Les publicités mettant en avant l'existence d'un stock limité sont interdites à la télévision pour les distributeurs et ce, même si la publicité reste muette sur la quantité disponible lorsque l'opération repose sur l'existence d'un stock limité (sauf à prévoir un renouvellement du stock).

5) «*La nature, l'origine ou les qualités particulières des produits ou services*»

Afin d'apprécier le caractère promotionnel de l'offre il convient de prendre en compte la nature, l'origine et les qualités particulières des produits ou services auxquels la publicité fait référence et de la réglementation afférente.

Par exemple, s'il s'agit de produits alimentaires périssables, l'annonceur devra veiller au respect des dispositions de l'article L.441-2 du Code du commerce.

6) «*Des produits ou prestations accessibles offerts*»

Les messages publicitaires en faveur des avantages permanents offerts par les distributeurs ne sont pas considérés comme des opérations commerciales de promotion. Dès lors, les distributeurs pourront communiquer à la télévision sur le principe du cumul de points sur leur carte de fidélité.

En revanche, sont exclus de publicité télévisée les avantages ou services temporaires comme, par exemple, le doublement des points de fidélité ou un taux de crédit exceptionnel.

Notons que les avantages offerts étant souvent subtilement imbriqués, l'interprétation est loin d'être aisée et peut être matière à contentieux.

II. Le cas particulier des marques de distributeur ou «MDD» et des annonceurs démontrant une diversification d'activité

Avant même l'ouverture définitive de la publicité télévisée au secteur de la distribution, la publicité relative aux MDD et celle dont l'annonceur pouvait démontrer une diversité d'activité, étaient tolérées sous certaines conditions. Cette tolérance devrait, selon toute vraisemblance, demeurer et ce même concernant les «*opérations commerciales de promotion*» au sens de l'article 8 du décret précité.

En conclusion, si l'ouverture de la publicité au secteur de la distribution constitue sans aucun doute un bouleversement de la publicité télévisuelle française, son impact est toutefois fortement réduit par les limites structurelles en termes de contenu de la publicité elle-même.

Ainsi, la publicité relative à la promotion temporaire et localisée restera l'apanage des autres médias et en particulier de la presse quotidienne régionale et de la radio.

Les distributeurs profiteront certainement largement de l'autorisation de la publicité télévisée pour communiquer sur les avantages permanents des cartes de fidélité, mais ils devront veiller à ne communiquer que sur

1) Le cas des «MDD»

La publicité télévisée relative à une opération commerciale de promotion est selon toute vraisemblance, ouverte aux distributeurs lorsqu'elle porte sur leurs produits sous «MDD» mais ce, à une double condition :

- ni la marque, ni le conditionnement, ni le message publicitaire en lui-même ne doit comporter d'allusion à l'enseigne du distributeur en cause ou au circuit de distribution ;
- tous les commerçants intéressés doivent pouvoir s'approvisionner en produits portant la «MDD» concernée pour pouvoir ensuite les revendre aux consommateurs et ce, même s'il s'agit de distributeurs concurrents du titulaire de la marque en cause !

2) La diversification d'activité

Les annonceurs appartenant normalement au secteur de la distribution, mais pouvant démontrer une réelle diversification d'activité, bénéficient de la possibilité de faire de la publicité à la télévision pour leurs «*opérations commerciales de promotion*» ; la condition étant bien entendu que la publicité ne permette pas de les considérer comme des distributeurs !

Ainsi, un annonceur peut communiquer à la télévision sur des opérations promotionnelles temporaires relatives à une agence de voyage ou à un restaurant qu'il exploite parallèlement à son activité de distribution. Par exemple, **Casino Cafétéria** peut continuer de communiquer librement à la télévision.

ce qui est permanent, tel le cumul de point automatique sur les quantités achetées, et non, par exemple, sur les produits apportant des «*points bonus*» de façon provisoire.

Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que l'un des grands enjeux de l'ouverture de la publicité télévisuelle au secteur de la distribution est **son mode de financement**.

A ce titre, les fournisseurs de produits de grande consommation, devront prendre garde à ne pas être amenés à financer certains investissements média des distributeurs au titre d'accords de coopération commerciale qui risqueraient d'être peu respectueux des dispositions ressortant de la loi Dutreil du 2 août 2005 !

QUELQUES INFORMATIONS

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

■ **A la loi relative aux petites et moyennes entreprises (loi «Dutreil») du 2 août 2005 et à la circulaire Dutreil II du 8 décembre 2005 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, coopération commerciale, services distincts, non discrimination, règles de facturation, nouveau seuil de revente à perte, situation des grossistes et exception de revente à perte, «NIP», etc.

■ **Au contrôle des concentrations**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

MG

Meffre & Grall
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

Meffre & Grall

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