

SOMMAIRE :

Réorganisation d'un réseau de distribution automobile : L'affaire Mercedes jugée par la Cour de cassation. Validation de la réorganisation du réseau de distribution de véhicules neufs Mercedes

par Jean-Christophe Grall p. 1

Publication des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées par la Commission européenne : plus dure sera la chute

par Thomas Lamy p. 4

La distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sur internet : Illusion ou réalité ?

par Jean-Christophe Grall p. 6

La récidive, circonstance aggravante dans la répression des infractions aux articles 81 et 82 du Traité CE. Précisions sur l'absence de prescription des faits pris en compte. Arrêt Danone de la CJCE du 8 février 2007

par Benoît Laurin p. 8

Loi Dutreil : suite mais pas fin !

par Jean-Christophe Grall p. 10

Preuve de l'étendue de la cession de droits d'auteur : un bouleversement ?

par Emmanuelle Laur-Pouëdras p. 13

Rupture et dépendance(s)

par Erwan Le Morhedec p. 14

Enquête dans le secteur des comparateurs de prix en ligne : onze sites comparatifs rappelés à l'ordre

par Eléonore Camilleri p. 17

Le Conseil fait une application particulière de la procédure de transaction en tenant compte de « circonstances exceptionnelles » relevant de la procédure de clémence

par Louis-Gabriel Masson p. 19

La prohibition des prix imposés : décision du Conseil de la concurrence du 24 janvier 2007

par Julienne Chang p. 22

Réorganisation d'un réseau de distribution automobile : L'affaire Mercedes jugée par la Cour de cassation.

Validation de la réorganisation du réseau de distribution de véhicules neufs Mercedes.

Par Jean-Christophe Grall

Dans un arrêt remarquable du 6 mars 2007, la Cour de cassation est venue confirmer, ce qui était attendu par l'ensemble des constructeurs automobiles, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 24 février 2005, dans l'affaire Garage de Bretagne/Daimler Chrysler France, ce constructeur ayant en effet invoqué la restructuration de son réseau entamée au cours de l'année 2000 pour retenir un préavis d'une année au lieu et place du préavis traditionnel de deux ans.

Cette résiliation intervenue par courrier du 16 septembre 2002 s'inscrivait dans le cadre plus général de la réorganisation des réseaux

de distribution issue de l'entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption n° 1400/2002 du 31 juillet 2002.

Cette réorganisation avait été contestée par le concessionnaire évincé, qui avait aussitôt assigné la société Daimler Chrysler France pour rupture abusive de son contrat de concession exclusive de vente, moyennant un préavis raccourci d'une année.

L'argumentation développée par ce concessionnaire, mais également par l'ensemble des autres concessionnaires se trouvant dans le même cas, s'agissant d'autres marques, portait

essentiellement sur l'existence même d'une réorganisation et l'ampleur de celle-ci en l'espèce, seuls trois concessionnaires, sur l'ensemble du réseau de distribution Mercedes (plus d'une centaine) ayant été victimes, selon le concessionnaire évincé, de cette résiliation contractuelle, le concessionnaire plaçant dès lors le caractère manifestement infondé de la résiliation ainsi intervenue, aucune restructuration du réseau n'ayant existé.

Le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles tendait également à demander à la Cour de cassation de dire pour droit que la seule modification du cadre réglementaire d'un système de distribution de véhicules automobiles neufs n'implique pas, en soi, une réorganisation du réseau ou d'une partie substantielle de celui-ci, la Cour d'appel de Versailles ayant dès lors violé les dispositions visées sous l'article 5-3, 1^{er} alinéa du règlement CE 1475-95 de la Commission européenne du 28 juin 1995.

La Cour de cassation, dans ce premier arrêt qui devrait en annoncer d'autres dans un futur très proche à présent, rejette le pourvoi avec une motivation qui a le mérite de la clarté et dont on ne peut que se féliciter :

1. **La mise en conformité des contrats avec le nouveau règlement fait partie, en l'espèce, de la réorganisation du réseau et ne constitue pas une simple modification du système de distribution.** La Cour d'appel a fait ressortir, d'une part, l'existence d'une réorganisation de l'ensemble du réseau du fournisseur, qui impliquait une modification significative de l'organisation de ses structures de distribution portant sur leur nature et leur forme, et le nombre de leurs participants, ainsi que leur couverture géographique, et, d'autre part, la nécessité de cette réorganisation justifiée par des motifs d'efficacité économique.
2. La Cour de cassation relève en outre que la Cour d'appel a pu constater, sans se méprendre, que **le processus de réorganisation avait commencé au cours de l'année 2000, ce dont le concessionnaire évincé avait été informé dès le début de l'année 2001, et qu'il était toujours en cours lorsque la résiliation avait été notifiée le 16 septembre 2002.**
3. Elle confirme les conclusions de la Cour d'appel de Versailles lorsque celle-ci

retient que **le fournisseur avait le choix du moment de la résiliation au cours du processus de réorganisation de son réseau dès lors qu'il s'agissait d'un processus qui se poursuivait sans solution de continuité et qui n'était pas encore achevé.**

Il convient cependant d'être prudent à la lecture de cet arrêt de la Cour de cassation et de ne pas en tirer de conclusion trop hâtive.

Ce n'est pas un blanc-seing total qui est donné par la Cour de cassation aux constructeurs automobiles, qui ne peuvent donc pas tirer de cet arrêt une conclusion trop générale qui tendrait à considérer que toute modification législative ou réglementaire intervenant respectivement au niveau domestique ou au niveau communautaire est suffisante pour justifier en soi la résiliation extraordinaire d'un contrat de distribution, avec un préavis dit abrégé.

Nous devons à ce titre attendre un prochain arrêt de la Cour de cassation sur cette question, avant que de pouvoir nous prononcer définitivement.

En effet, la Cour de cassation mêle volontairement des questions de fait et des questions de droit dans ses deux attendus de principe qui terminent son arrêt de rejet, en faisant bien ressortir le fait que pour la société Daimler Chrysler France et le réseau de distribution exclusif Mercedes, ce constructeur avait démontré l'existence d'une réorganisation pleine et effective ayant débuté en 2000 et se poursuivant encore en 2002.

Le point d'accroche que l'on doit retenir dans cette affaire est incontestablement, en revanche, celui de la mise en conformité des contrats de distribution avec le règlement d'exemption communautaire, en ce que la modification de ce type de contrat procède de la restructuration d'un réseau de distribution, en l'espèce des véhicules Mercedes, et qu'il ne s'agit donc pas, contrairement à ce qui a pu être plaidé par les concessionnaires, **d'une simple modification d'un « système de distribution » !**

La question qui s'induit donc nécessairement de cet arrêt de la Cour de cassation est celle de l'application ou non de la pratique juridictionnelle communautaire issue des arrêts Audi Vulcan Silkeborg du 7 septembre 2006 (affaire C - 125/05) et BMW du 30 novembre 2006 (affaires jointes C - 376/05 et C - 377/05).

Dans ces deux affaires, la Cour de justice a répondu de la même manière, en disant pour droit que si l'entrée en vigueur du règlement CE n° 1400/2002 de la Commission européenne du 31 juillet 2002, concernant la distribution automobile de véhicules neufs, ne rendait pas, par elle-même, nécessaire la réorganisation du réseau de distribution d'un fournisseur au sens de l'article 5, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, premier tiret du règlement n° 1475/95, **toutefois**, cette entrée en vigueur avait pu, en fonction d'une organisation spécifique du réseau de distribution de chaque fournisseur, rendre nécessaires des changements d'une importance telle qu'ils ont constitué une véritable réorganisation dudit réseau au sens de cette disposition, et qu'il appartient donc aux juridictions nationales et aux instances arbitrales d'apprécier si tel est le cas en fonction de l'ensemble des éléments concrets du litige dont elles sont saisies.

La Cour de justice avait pris le soin d'ajouter au point 63 de son arrêt Audi ce qui suit :

« [...] que de telles réorganisations pouvaient, notamment, s'avérer nécessaires au sens de cette disposition si, en vue de continuer à bénéficier de l'exemption par catégorie, un fournisseur combinant, avant l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002, la distribution exclusive et la distribution sélective (système de distribution qui avait été adopté par la quasi-totalité des marques automobiles), choisissait d'organiser son réseau de distribution uniquement selon un système de distribution sélective ou décidait de maintenir un système de distribution exclusive pour les seuls services de vente tout en instaurant un système de distribution sélective pour les services après-vente effectués par des réparateurs agréés. »

L'affaire BMW qui a donné lieu à l'arrêt du 30 novembre 2006, présentait une autre facette du litige dont les autorités communautaires de concurrence avaient été saisies dès lors qu'une seconde question préjudicielle portait cette fois sur les conséquences liées à la présence de dispositions restrictives de concurrence interdites par l'article 4 du règlement précité n°1400/2002, dans les contrats en cours, question qui peut se poser quels que soient les réseaux de distribution !

Dans une telle hypothèse, l'exemption catégorielle devait alors tomber !

La CJCE répond qu'il ne fait guère de doute que les accords compatibles avec le règlement n° 1475/95, mais comportant des restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du règlement 1400/2002 qui étaient encore en vigueur au 1^{er} octobre 2003, fin de la période de transition, ne pouvaient plus bénéficier, dans leur intégralité de l'exemption par catégorie, dès lors que les clauses contractuelles qu'ils contenaient étaient en contrariété avec l'article 81-1 du TCE !

➔ La conséquence logique était donc que les constructeurs n'avaient pas d'autres choix que de modifier substantiellement leurs contrats de distribution de véhicules neufs et dès lors, de procéder à la résiliation de ces derniers.

Au vu de cette pratique juridictionnelle communautaire, la Cour de cassation a pris acte des dispositions figurant respectivement au point 64 de l'arrêt Audi et au point 33 de l'arrêt BMW, précisant en effet que c'est aux juridictions nationales qu'il appartient d'apprécier, en fonction de l'ensemble des éléments concrets du litige dont elles sont saisies, si les changements opérés par un fournisseur constituent ou non une réorganisation de l'ensemble ou d'une partie substantielle de son réseau de distribution et si celle-ci a été rendue nécessaire par l'entrée en vigueur du règlement n° 1400/2002.

C'est précisément ce qu'a fait la Cour de cassation, en justifiant dans les deux derniers attendus de son arrêt le rejet du pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 24 février 2005, mettant en avant la réalité de la réorganisation à laquelle avait procédé la société Daimler Chrysler France.

Nous apprenons que la Cour de cassation vient de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 avril 2005, dans une affaire intéressant cette fois la marque Peugeot, intervenu à la suite de la réorganisation de son réseau de distribution. Cet arrêt fera l'objet d'un commentaire dans la prochaine « *Lettre du Cabinet* ».

Publication des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées par la Commission européenne : plus dure sera la chute...

Par Thomas Lamy

Est-ce un signe adressé par la Commission aux fins de manifester l'intérêt redoublé qu'elle porte à la prévention et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante) ? Toujours est-il que les « *lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, § 2, du règlement (CE) n° 1/2003* »¹ témoignent sans nul doute possible d'un **alourdissement de la politique de sanction** qu'entendent mettre en œuvre les autorités communautaires.

Sur le plan technique, ces lignes directrices constituent l'équivalent, au niveau européen, d'une sorte de circulaire d'application des dispositions du Règlement de procédure n° 1/2003², dont l'article 23 précise notamment, s'agissant du montant maximal des amendes susceptibles d'être infligées en matière de sanction des ententes ou des abus de position dominante, que « *pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent* ».

Les nouvelles lignes directrices sont évidemment bienvenues, en ce qu'elles éclairent un texte en vérité assez laconique, ce que les juristes français, habitués du principe « *nulum crimen, nulla poena sine lege* »³ ne manqueront pas de considérer comme un **gage de sécurité juridique**.

Pour le reste, la méthode retenue par la Commission paraîtra éminemment rigoureuse, sinon rigoriste, a fortiori lorsque l'on compare les lignes directrices publiées le 1^{er} septembre 2006 à celles, bien plus succinctes, qui avaient été adoptées le 14 janvier 1998 et qui cessent *de facto* d'être applicables s'agissant de l'appréhension des infractions commises après le 1^{er} septembre 2006⁴.

(1) Journal Officiel de l'Union Européenne, 1^{er} septembre 2006, n° C-210.

(2) Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 « *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité* » ; Journal Officiel de l'Union Européenne du 4 janvier 2003, L.1, page 1.

(3) « *Aucun crime ni aucune sanction ne peuvent exister sans texte* ».

(4) « *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, § 2, du Règlement n° 17 et de l'article 65, § 5, du traité CECA* », Journal Officiel des Communautés Européennes, 14 janvier 1998, C-9, p. 3.

Selon la Commission, il y a lieu, s'agissant des infractions à la prohibition des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante, de fixer les amendes à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement dans le but de sanctionner les entreprises en cause (ce que la Commission qualifie d'« *effet dissuasif spécifique* ») mais également afin de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 [**prohibant les ententes anticoncurrentielles**] et 82 [**prohibant les abus de position dominante**] du traité, ou de pérenniser de tels comportements (ce que la Commission qualifie d'« *effet dissuasif général* »).

Alors que les lignes directrices publiées en 1998 fondaient le postulat que le montant de base des amendes devait être déterminé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction, à l'exclusion de tout autre critère, les lignes directrices publiées le 1^{er} septembre posent en principe qu'« *il [sera] approprié pour la Commission de se référer, comme base pour la détermination des amendes, à la valeur de vente des biens ou des services en relation avec l'infraction [étant précisé par ailleurs que] la durée de l'infraction [devra] également jouer un rôle significatif dans la détermination du montant approprié de l'amende.* »

Ainsi, et il s'agit là d'un premier point d'importance, la Commission se réfère désormais à la **corrélation du coût économique des biens ou des services et des effets de l'entente ou de l'abus de position dominante**.

S'agissant précisément de la détermination de la valeur des ventes en cause, la Commission précise qu'elle entend utiliser la valeur des ventes de biens ou de services réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'Espace Economique Européen, en précisant qu'elle appréhendera pour ce faire les ventes de l'entreprise durant la dernière année complète de sa participation.

S'agissant de la détermination du montant de base de l'amende, la Commission – seconde nouveauté – opte pour une **mise en équation du calcul de l'amende**, dont le montant sera désormais fondé sur une proportion

de la valeur des ventes, elle-même déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction et multipliée par le nombre d'années d'infraction.

Ainsi, alors que les précédentes lignes directrices publiées en janvier 1998 se limitaient à fournir, selon que les infractions étaient considérées comme « peu graves » ou au contraire « graves », des fourchettes de sanction, la Commission adopte aujourd'hui sans complexe une démarche fort comparable aux grilles d'appréciation appliquées Outre-atlantique, et qui consiste ni plus ni moins qu'à subordonner le montant de l'amende au cumul des gains réalisés sur la période durant laquelle la pratique prohibée a été mise en œuvre.

Dès lors, selon la Commission, « *la proportion de la valeur des ventes prises en compte [aux fins de détermination du montant de l'amende] sera fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30 %* ».

Par ailleurs, et afin de prendre pleinement en compte la durée de la participation de chaque entreprise à l'infraction, « *le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes [...] sera multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction* », étant précisé en outre que « *les périodes de moins d'un semestre seront comptées comme une demi-année [et que] les périodes de plus de 6 mois mais de moins d'un an seront comptées comme une année complète.* ».

Indépendamment du montant de base de l'amende ainsi défini, il est prévu que la Commission puisse infliger une sorte d'amende complémentaire, soit une somme comprise en 15 % et 25 % de la valeur des

ventes, ceci afin de dissuader les entreprises de participer à d'autres infractions : on retrouve là une volonté des instances européennes de mettre en relief la dimension dissuasive des peines infligées...

Enfin, il est prévu, comme par le passé, que le montant de base de l'amende puisse être accru en cas de constatation de la survenue de « *circonstances aggravantes* », notamment lorsqu'il est avéré qu'une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire après avoir été mise en cause par les autorités de concurrence pour des faits identiques : en semblable hypothèse, le montant de base de l'amende peut être augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée.

A l'inverse, les entreprises peuvent bénéficier de « *circonstances atténuantes* », notamment lorsqu'elles apportent la preuve que l'infraction reprochée a été commise par négligence.

* * *

Certains commentateurs ne manqueront sans doute pas de stigmatiser les nouvelles lignes directrices adoptées par la Commission, notamment en ce qu'on pourrait dire qu'elles appliquent aux sanctions prévues par le Règlement n° 1/2003 une logique de comptabilité d'épicerie... Il n'en demeure pas moins que la Commission a cherché au travers de ce document à remédier aux imprécisions des précédentes lignes directrices de 1998, cette démarche étant évidemment intrinsèquement bénéfique, ne serait-ce qu'au vu du montant très élevé des amendes susceptibles d'être infligées aux entreprises, ainsi que le démontrent les décisions de la Commission Européenne (Ascenseurs et appareils électriques de commutation gazeuse).

La distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sur internet : Illusion ou réalité ?

Par Jean-Christophe Grall

Le Conseil de la concurrence a rendu le 8 mars 2007 (n° 07-D-07) une décision extrêmement intéressante, qui a d'ailleurs fait l'objet d'un communiqué de presse, portant sur la vente en ligne des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Les entreprises parties à cette procédure, à savoir les sociétés Bioderma, Cosmétique Active France (Groupe l'Oréal pour la marque « Vichy »), Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac et Rogé Cavaillès autorisent la distribution de leurs produits sur Internet, mais en restreignent la vente et ce, de manière tout à fait légitime, par l'exigence du respect de critères sélectifs – qualitatifs – de distribution, certains fabricants tels que Cosmétique Active France pour les produits « La Roche Posay », Nuxe, Oenobiol, Caudalie et Uriage, interdisant en revanche et de manière totale la vente sur Internet des produits de dermocosmétique vendus sur conseil pharmaceutique.

Les entreprises visées par les préoccupations de concurrence exprimées par la Rapporteur au mois de juillet 2006 ont souhaité, de manière générale, proposer des engagements tendant à modifier leur charte de distribution sélective, portant essentiellement sur :

Les conditions de disponibilités des « hotlines » :

« Sensibles à ces préoccupations, Johnson et Johnson Consumer France a proposé de nouveaux engagements prévoyant que les réponses apportées par le « Pharmacien Conseil » aux questions adressées des internautes devaient intervenir « en tout état de cause dans un délai de 12 heures ouvrées à compter de la demande du consommateur » (article 6). La société Rogé Cavaillès a pour sa part proposé une modification de l'article 3 de son avenant Internet prévoyant un délai maximum de réponse aux questions des internautes de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Lierac a pour sa part porté le délai maximum de réponse à 48 heures en cas de question posée un dimanche ou un jour férié. »

Les réserves ou limitations formulées à l'encontre de la vente sur Internet :

« Sensibles à ces préoccupations, les parties concernées ont modifié leurs propositions initiales dans les sens suivants : Johnson & Johnson Consumer France a proposé de modifier son dispositif afin que le distributeur puisse lui demander son autorisation y compris par courriel, ceci afin de faciliter et d'accélérer la procédure ; la société Caudalie a adopté un dispositif inspiré de celui de Johnson & Johnson ; la société Lierac a proposé d'augmenter le nombre de produits identiques pouvant être achetés lors d'une même commande de 3 à 5 unités ; les Laboratoires Uriage ont prévu l'obligation, pour le distributeur, de l'informer « lorsque les quantités commandées dépassent dix unités d'un même produit de chaque référence par commande et/ou lorsqu'un même acheteur effectue un nombre de commandes ne correspondant pas à une demande normale pour un consommateur final ». Par ailleurs, les Laboratoires Uriage ont proposé d'améliorer la rédaction de leurs engagements afin de ne pas faire obstacle, dans la clause précitée, au commerce intra-réseau. »

Les réserves indirectes portant sur le principe même de la vente sur Internet :

« De son côté, Cosmétique Active France proposait, à l'article 4.1 de ses projets d'avenants Internet pour Vichy et La Roche-Posay, d'interdire à ses distributeurs agréés « d'offrir ou de pratiquer sur le site des prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique ». Cette clause se fondait, selon les déclarations en séance du représentant de la société, sur la conviction que la vente sur Internet, en raison de la nature des produits, ne peut être qu'une "transposition imparfaite de la vente en magasin physique" ; en conséquence, il convenait de ne pas favoriser la vente sur Internet des produits de Cosmétique Active France. Le Conseil ayant souligné la préoccupation très forte de concurrence que présentait cette clause, qui aurait eu pour effet d'interdire le développement des ventes en ligne de

ces produits et de les empêcher de présenter un quelconque avantage pour les clients finals, la société Cosmétique Active France a proposé la suppression de cette clause. »

Les réserves liées à un contrôle des prix :

« Dans sa première proposition, Oenobiol interdisait à son distributeur de mettre en avant sur son site Internet “une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physique” ; une telle clause pouvant porter atteinte à la liberté tarifaire du distributeur, Oenobiol a proposé de la supprimer.

De son côté, Caudalie proposait de soumettre à son accord préalable tout projet de publicité sur le site Internet « tant sur la forme que sur le contenu » (article 5). Consciente qu’une telle clause pouvait contrevenir à la liberté tarifaire du distributeur en contrôlant le contenu de ses opérations publicitaires, Caudalie a proposé de la modifier afin de prévoir que son accord préalable pour les opérations publi-promotionnelles de son distributeur serait nécessaire afin “de vérifier que l’image de marque Caudalie est respectée” en citant des cas d’interdiction relatifs à la forme de la publicité. »

Deux questions se sont en outre posées à l’occasion de cette affaire, à savoir le référencement

des marques par des moteurs de recherche et l’ouverture de la vente de produits dermocosmétiques sur des plateformes de vente en ligne telles que « *Price Minister* ».

S’agissant du référencement des marques par des moteurs de recherche et suivant la pratique décisionnelle du Conseil issue de sa décision n°06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par la société Festina France, la plupart des entreprises concernées ont pris des engagements visant à supprimer toute forme d’interdiction d’utilisation de leur dénomination sociale ou de leur marque comme mot clé dans les moteurs de recherche dits « *naturels* ».

S’agissant de l’ouverture de boutiques virtuelles sur des plateformes de ventes en ligne, le Conseil a bien noté que ce canal de distribution posait encore des problèmes sérieux et que les craintes des fabricants de produits dermocosmétiques suscitées par certaines pratiques dont la légalité est douteuse, pouvaient légitimer l’interdiction de ce canal de distribution, tant que les plateformes n’apporteraient pas de garanties supplémentaires sur la qualité et l’identité des vendeurs, tout en retenant que le « *train était néanmoins en marche* ». Le Conseil a noté, à cet égard, avec satisfaction que deux fabricants n’excluaient pas, par principe, ce mode de mise en vente dès lors que les critères qualitatifs conditionnant la vente sur Internet de leurs produits seraient respectés, à savoir les sociétés Johnson & Johnson Consumer France et Rogé Cavaillès.

La récidive, circonstance aggravante dans la répression des infractions aux articles 81 et 82 du Traité CE. Précisions sur l'absence de prescription des faits pris en compte. Arrêt DANONE de la CJCE du 8 février 2007

Par Benoît Laurin

L'arrêt rendu par la Cour de Justice le 8 février 2007 dans l'affaire opposant DANONE à la Commission⁵ donne d'intéressantes indications sur le fondement légal de la récidive et ses conditions de prise en compte.

DANONE avait été condamnée par la Commission⁶, directement ainsi qu'indirectement par l'entremise de sa filiale Alken-Maes, pour des accords et pratiques concertées entre janvier 1993 et janvier 1998 dans le domaine de la bière vendue en Belgique (pacte général de non agression, accord sur les prix, partage de clientèle et limitation des investissements et échanges d'informations).

Une amende de 44,043 millions d'euros avait ainsi été infligée à DANONE qui avait formé un recours en annulation devant le TPICE, lequel l'avait partiellement rejeté⁷. Le TPICE avait cependant réduit légèrement le montant de l'amende en abaissant de 50 à 40 % l'augmentation retenue au titre de la circonstance aggravante liée à la récidive.

DANONE demandait ainsi l'annulation par la CJCE de l'arrêt du TPICE concernant le montant de l'amende qui lui avait été infligée, en faisant valoir deux moyens de droit que la Cour rejette ; les attendus de l'arrêt sont instructifs.

1. En premier lieu, DANONE invoquait le principe « *nulla poena sine lege* », en ce que le Règlement 17⁸, applicable à l'époque, disposait en son article 15.2 :

« Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci » [Nous soulignons].

et ne prévoyait donc pas expressément pas la récidive.

(5) Arrêt de la CJCE, 2^e chambre, 8 février 2007, Affaire V-3/06 P.

(6) Décision de la Commission 2003/569/CE du 5 décembre 2001, Affaire IV/37.614/F3PO/Interbrew et Alken Maes.

(7) Arrêt du TPICE du 25 octobre 2005 Groupe DANONE c/Commission [T-38/02, Rec. p. II-4407].

(8) Règlement CE n° 17 d'application des articles 81 et 82 du Traité CE [JOCE n° 013 du 21 février 1962, p. 0204 – 0211].

A noter que le Règlement 17 a été abrogé par le Règlement 1/2003 à compter du 1^{er} mai 2004, mais que le texte de l'article 23.3 du Règlement 1/2003⁹ est strictement identique à celui de l'article 15.2 précité.

DANONE reprochait donc au TPICE d'avoir retenu la récidive comme circonstance aggravante alors que celle-ci ne résulte que de lignes directrices, en l'occurrence les « *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15.2 du Règlement 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA* ¹⁰ » qui ne constituent selon elle :

« qu'une méthodologie indicative, sans valeur juridique suffisante pour introduire une telle clause d'aggravation »

et qu'en outre ces lignes directrices n'avaient pas encore été adoptées à la date de commission de la dernière infraction,

« si bien que la circonstance aggravante liée à la récidive n'avait aucun fondement juridique en droit communautaire ».

[voir l'article de Thomas Lamy dans la présente Lettre du Cabinet !]

Les lignes directrices mentionnent ainsi au titre des circonstances aggravantes la « *récidive de la même ou mêmes entreprises pour une infraction de même type* ».

La Cour relève à titre liminaire que si elle a pu juger que « *les lignes directrices ne constituent pas le fondement juridique des décisions prises par la Commission* ¹¹ », les lignes directrices « *assurent la sécurité juridique des entreprises étant donné qu'elles déterminent la méthodologie que la Commission s'est imposée aux fins de la fixation du montant des amendes* ».

(9) Règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE 4 janvier 2003, L 1/1.

(10) 98/C 9/03 JOUE 14 janvier 1998.

(11) Arrêt du 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P, et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, point 209.

Elle rappelle que la base juridique en application de laquelle la Commission peut infliger des amendes est l'article 15.2 du Règlement 17 [aujourd'hui l'article 23.3 du Règlement 1/2003] qui mentionne expressément la « gravité de l'infraction » pour laquelle « la Commission dispose d'une marge d'appréciation » [Nous soulignons]. A ce titre, la Commission « était fondée à considérer l'élément lié à la récidive comme se rapportant à la gravité de l'infraction ». La récidive avait ainsi déjà été considérée par la CJCE comme un des éléments à prendre en considération lors de l'analyse de la gravité de l'infraction¹².

Comme les lignes directrices ne constituent pas la base légale pour la fixation du montant de l'amende, mais ne font que préciser l'application [...] du Règlement 17, la Cour suit les conclusions de l'avocat général et en conclut que même en l'absence de lignes directrices, la requérante était en mesure de prévoir les conséquences juridiques de ses comportements.

La Cour conclut en conséquence que le principe « *nulla poena sine lege* » n'a pas été violé.

En second lieu, DANONE estimait que la prise en compte de la récidive comme circonstance aggravante « viole le principe de sécurité juridique » et « qu'une menace perpétuelle de retenir la récidive comme circonstance aggravante est contraire aux principes généraux communs aux droits des Etats membres ».

Sur ce point, la Cour constate en premier lieu que « ni le Règlement 17 ni les lignes directrices ne prévoient de délai maximal pour le constat d'une récidive ».

« Conformément à une jurisprudence constante, la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le choix des éléments à prendre

en considération aux fins de la détermination du montant des amendes ».

« [...] le constat et l'appréciation des caractéristiques spécifiques d'une récidive font partie dudit pouvoir de la Commission [...] cette dernière ne saurait être liée par un éventuel délai de prescription pour un tel constat » [Nous soulignons].

L'avocat général avait sur ce point invité la Commission à prendre en considération les indices tendant à confirmer la propension des entreprises concernées à s'affranchir des règles de concurrence, « y compris, par exemple, le temps qui s'est écoulé entre les infractions en cause ».

La Cour reconnaît sur ce point que le TPICE a bien établi « l'historique des infractions » en constatant que :

« un laps de temps relativement bref, à savoir moins de dix ans, avait séparé chacune de ces infractions » [Nous soulignons].

La Cour en conclut que :

« Dans ces conditions, le Tribunal a pu conclure à bon droit que la répétition, par le Groupe Danone, d'un comportement infractionnel témoigne d'une propension de ce dernier à ne pas tirer les conséquences appropriées d'un constat à son encontre d'une infraction auxdites règles ».

et confirme sur ce point que :

« la notion de récidive n'implique pas nécessairement le constat d'une sanction pécuniaire préalable, mais seulement celui d'une infraction au droit communautaire de la concurrence » [Nous soulignons].

A noter qu'en droit français, la récidive est visée explicitement par l'article L.464-2 du Code de commerce - issu de la Loi NRE du 15 mai 2001 - sous les termes de « *réitération des pratiques prohibées* », qui n'a fait que confirmer la jurisprudence du Conseil de la concurrence selon laquelle la récidive constitue une circonstance aggravante.

(12) Arrêt du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, C-204/00 P, C-205/00 P, C-205/02 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, Rec. p. I-123, point 91.

Loi Dutreil : suite, mais pas fin !

Par Jean-Christophe Grall

■ Bilan d'un an d'application de la réforme de la loi Galland : baisse de plus de trois points du niveau d'inflation des produits de marque entre janvier 2006 et janvier 2007

Lors de sa conférence de presse du 1^{er} mars, Renaud Dutreil a commenté le tableau de bord d'évolution des prix des produits de grande consommation, publié le 28 février 2007 (**tableau de bord établi par l'Institut Panel International et LSA, qui sert d'instrument de mesure de l'impact de la loi Dutreil**).

Ce tableau de bord démontre une évolution marquante : l'inflation des produits de marque est en baisse accélérée depuis le début de l'année 2006, passant d'un rythme de +0,88 % par an en janvier 2006 à -2,23 % en janvier 2007, soit une baisse de 3,11 points d'inflation en un an seulement.

L'inflation annuelle des prix des produits de marque était de plus 4 % par an en mai 2003.

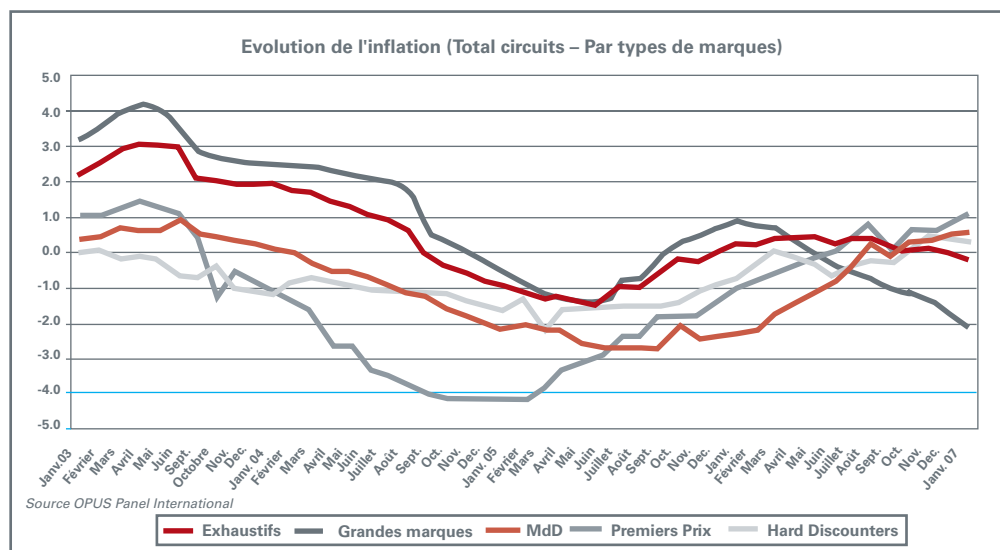
La baisse des prix des produits de marque est si forte qu'elle a entraîné celle de l'indicateur global d'évolution des prix de l'ensemble des

produits de grande consommation qui se situe à -0,16 %.

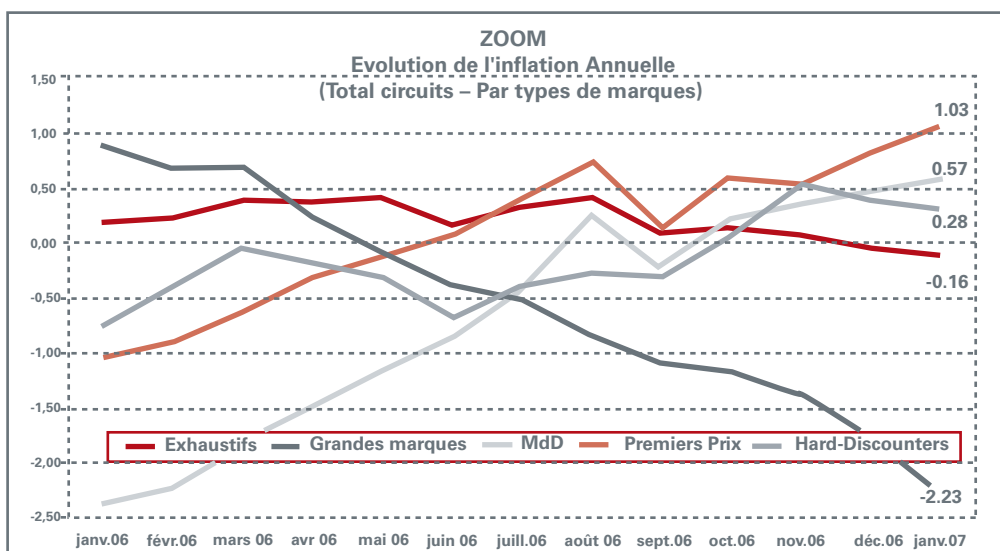
Parallèlement, les prix des produits fabriqués par les PME, qu'il s'agisse de marque de distributeur ou de marque propre, ne constituent plus la principale variable d'ajustement de la politique tarifaire des enseignes, le tableau de bord Panel International démontrant que les niveaux de l'inflation des différents circuits de distribution, et notamment celui du « *hard discount* », qui divergeait depuis dix ans, converge désormais.

Renaud Dutreil s'est donc félicité de ces évolutions positives :

« L'objectif d'une baisse de cinq points en trois ans du niveau d'inflation des produits de marque est désormais dépassé. Cette baisse atteint 3,11 points en un an seulement. La part de marché des produits des PME dans le chiffre d'affaires des grandes et moyennes surfaces a augmenté de 2,5 % en un an. Ces résultats démontrent ainsi qu'une concurrence plus saine favorise des prix plus justes, et des gains de pouvoir d'achat pour les consommateurs. »



[Source Ministère des PME – commerce - artisanat]



[Source Ministère des PME – commerce - artisanat]

■ **Le décret tant attendu définissant les catégories d'acheteurs, prévu par l'article L.441-6 du Code de commerce issu de la loi « Dutreil » du 2 août 2005, ne devrait finalement jamais voir le jour !**

Lors de son intervention devant le sénat le 20 février dernier, Renaud Dutreil a précisé qu'un premier projet de décret avait été préparé et soumis pour avis au Conseil d'état, mais que celui-ci avait estimé que ce projet n'était pas assez précis et que, dès lors que la loi renvoyait au règlement le soin d'apporter des précisions en matière pénale, le décret devait fixer précisément les seuils de chiffre d'affaires autorisant la différenciation ; or une telle précision n'est pas envisageable dans la pratique.

En effet, « *fixer par voie réglementaire l'ensemble des critères autorisant une différenciation des conditions générales de vente n'est ni possible ni souhaitable.* »

Cela aboutirait à l'inverse des objectifs visés par la loi, en l'occurrence redonner un peu plus de liberté à la négociation commerciale. »

Renaud Dutreil a ajouté que la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales qui, rappelons-le, regroupe l'ensemble des acteurs de la négociation commerciale, a réaffirmé le 19 février 2007, son hostilité à la publication de tout décret portant sur une « *catégorisation* » des acheteurs. Ce serait alors ni plus ni moins que des clés d'entrée dans chaque catégorie, aboutissant ainsi à une vraie segmentation de la clientèle.

Renaud Dutreil a conclu son intervention en précisant que le gouvernement avait envisagé de procéder à un toilettage législatif dans le cadre du projet de loi, mais que ce toilettage était aujourd'hui remis en cause.

Ce ne sera donc pas le gouvernement actuel, ni le législateur actuel, qui se prononceront, pour le premier sur la publication d'un décret en matière de conditions catégorielles de vente et, pour le second, sur une réforme d'ores et déjà envisagée de la loi « *Dutreil* » !

■ **Publication le 5 mars 2007 du rapport présenté par le Conseil économique et social**

Le Conseil économique et social constate que la loi Dutreil, escortée de sa non moins fameuse circulaire du 8 décembre 2005, demeure très complexe et génère de nombreuses incertitudes.

« Cette complexité découle du fait qu'elle s'appuie sur l'ensemble des réglementations qui l'ont précédée. Son application nécessite la mobilisation de nombreux spécialistes, juristes, avocats, comptables et contrôleurs, avec une forte difficulté d'appréciation. »

Il est souhaitable de repartir sur des bases plus simples. ».

Le Conseil économique et social ajoute en outre que :

« Pour le moment et jusqu'à fin 2007, nous restons dans le même système et à

défaut de facturer directement sur la base du « triple net », on maintient par construction le régime des marges arrière. » !

Le Conseil économique et social confirme ainsi l'intérêt de la réforme engagée, mais souhaite qu'elle débouche sur une réglementation simple, claire et pérenne et, dans cet esprit, propose que les travaux qui seront conduits dans les prochaines étapes :

- organisent la possibilité de faire apparaître sur facture le prix d'achat effectif, déduction faite de la véritable coopération commerciale – faisant expressément apparaître dans le contrat, la réciprocité de l'accord, le réel apport aux fournisseurs du service fourni et la distinction claire avec les obligations résultant de l'acte de vente – de façon à diminuer, voire supprimer les marges arrière. La coopération commerciale, encadrée, existera toujours en fonction de ce que désirent et peuvent offrir les partenaires. Si elle n'est pas sur facture, elle restera forcément en conditions différées, ce qui ne veut pas dire qu'elle constituera pour autant une marge arrière conservée. Dès lors que les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation et ne peuvent être modifiées, c'est vers une unification de la coopération commerciale et des conditions particulières de vente qu'il faudrait se diriger si l'on veut simplifier le système et éviter les problèmes de frontière et de porosité entre les frontières ;*
- fixent le Seuil de revente à perte (SRP) au « triple net », c'est-à-dire au prix d'achat effectif net de tous avantages. La coopération commerciale ayant été codifiée et formalisée, l'appréciation de ce prix ne se heurtera plus aux mêmes difficultés que dans le passé. Pour autant, le calcul demeurera complexe, devant s'effectuer produit par produit. On peut se demander s'il ne conviendrait pas de simplifier le*

système en redéfinissant la notion de seuil de revente à perte. Il peut exister d'autres systèmes protecteurs fondés sur la notion de « prix prédateurs » ou de prix « abusivement bas ». En tout état de cause, toute redéfinition devrait être précédée d'une étude d'impact sur ses effets à venir et sur l'efficacité comparée des dispositifs envisagés ;

- définissent un recours civil adapté et proportionné contre les actions de prédation et laissent au droit commercial le soin de régler les problèmes nés des contrats, comme c'est le cas partout ailleurs en Europe ;*
- suppriment les accords de gamme qui portent sur des assortiments larges de produits, octroyant des ristournes en raison de leur référencement ; ces accords défavorisent les PME dont les gammes sont généralement courtes. »*

Certes, les quelques trois cents pages de ce rapport du CES peuvent apparaître indigestes, mais certains passages sont particulièrement réalistes sur la situation actuelle et l'on ne peut que conseiller sa lecture, s'agissant notamment de l'évolution de l'appareil commercial, des nouveaux visages du commerce, du commerce électronique, de la réforme à venir de la loi Dutreil et du nouveau consommateur.

Nul doute, à la lecture de ce rapport, que de nombreux chantiers doivent encore être entrepris, afin de mieux réformer la « *loi commerciale* », de telle sorte que l'on puisse aboutir à une réglementation simple, claire, accessible à l'ensemble des partenaires économiques, qui ne soit pas source d'interprétation continue et donc négative telle quelle, pour se concentrer sur les seules relations industrie/commerce, la qualification d'un avantage financier venant rémunérer un service : conditions de vente, services distincts, coopération commerciale !

Preuve de l'étendue de la cession de droits d'auteur : un bouleversement ?

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

A l'instar de certains domaines du droit qui adoptent une vision quelque peu manichéenne des relations entre les parties en présence – tels que le droit du travail ou le droit de la consommation qui considèrent que l'une des parties au contrat (en l'occurrence, le salarié ou le consommateur) est particulièrement vulnérable et doit donc être protégée par priorité –, le droit d'auteur est fondé sur l'idée que les auteurs sont des personnes faibles qu'il convient d'aider à défendre leurs droits.

C'est pourquoi, et à titre d'exemple, les droits d'auteur attachés à une œuvre naissent du seul fait de sa création, sans nécessité pour l'auteur d'accomplir une formalité quelconque (le dépôt d'une œuvre a certes une utilité en termes de moyen de preuve, mais n'est pas requis pour la reconnaissance de l'existence de droits¹³), et c'est pourquoi également tous les droits que l'auteur n'aurait pas expressément cédés dans l'acte de cession demeurent sa propriété.

Ce second principe résulte de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) qui précise en effet à l'alinéa 1^{er} :

« La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

Or, une décision récente de la Cour de cassation¹⁴ semble balayer cette certitude.

En effet, la Cour a estimé que *« les dispositions de l'article L.131-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui ne visent que les seuls contrats énumérés à l'article L.131-2¹⁵, alinéa 1^{er}, à savoir les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, ne s'appliquent pas aux autres contrats »*.

(13) Cette solution se différencie fortement de celle adoptée pour les marques, pour lesquelles c'est l'enregistrement qui confère des droits au titulaire de la marque.

(14) Cour de cassation, civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, Emmanuel Chaussade/société EOS.

(15) L'article L.131-2 du CPI précise : *« Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. Il en est de même des autorisations gratuites d'exécution. Dans tous les autres cas, les dispositions des articles 1341 à 1348 du code civil sont applicables. »*

Le débat concerne exclusivement le formalisme à respecter en matière de cession de droits d'auteur et ce, à des fins probatoires.

En effet, le formalisme instauré à l'article L.131-3 du CPI ne vise selon l'arrêt ci-dessus mentionné que les trois contrats nommés à l'article L.131-2 du CPI.

Or en l'espèce, l'auteur (un créateur de mode salarié de la société qu'il avait atraite en justice pour contrefaçon de modèle) se prévalait de l'absence d'écrit et de respect des mentions de l'article L.131-3 du CPI pour obtenir la condamnation pour contrefaçon de son employeur.

L'arrêt, rendu en défaveur de l'auteur, est de nature à modifier les pratiques en matière de cession de droits d'auteur : en effet, en vertu de la solution dégagée ci-avant, il ne sera plus obligatoire pour les parties de respecter les exigences posées à l'article L.131-3 du CPI quant à la détermination précise et rigoureuse dans un acte des droits cédés.

Il sera ainsi aisé de se dispenser d'écrit, sauf dans les cas où il est exigé (par exemple dans les types de contrat visés à l'article L.131-2 du CPI).

En cas de litige, il suffira à celui qui se prétend cessionnaire de droits d'auteur de prouver l'existence d'une cession, selon les règles du Code civil, sans respecter les dispositions de l'article L.131-3. du CPI.

On peut ainsi imaginer qu'en totale contradiction avec les règles retenues jusqu'à présent, seraient reconnues des cessions implicites de droits d'auteurs !

Pour autant et en dépit de l'énoncé clair et bref de la règle nouvellement adoptée par la Cour de cassation, il n'est pas certain que cette décision soit une décision de principe : il s'agirait apparemment d'un arrêt d'espèce qui n'aurait pas vocation à être publié dans le bulletin de la Cour de cassation et qui viendrait reprendre la solution dégagée par la Cour d'appel de Paris pour faire échec à des demandes abusives d'un auteur.

Attendons donc de voir si la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 21 novembre 2006 sera confirmée à l'avenir avant de renoncer à rédiger un contrat précis de cession de droits d'auteur !

Rupture et dépendance(s)

Par Erwan Le Morhedec

L'article L.442-6.I 5° du Code de commerce institue un cas de responsabilité de « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* » qui rompt sans un préavis écrit suffisant une relation commerciale établie.

Parmi les multiples situations de fait qui caractérisent les cas de rupture brutale de relations commerciales établies – de *tout type* de relations commerciales – figure le cas plus épineux de la rupture d'une relation commerciale avec un partenaire en situation de dépendance économique.

Il n'échappe évidemment à personne que la situation de dépendance économique dudit partenaire paraît solliciter, en termes de loyauté, davantage d'égards qu'une relation avec un partenaire d'importance mineure.

Encore faut-il savoir ce que l'on entend par « dépendance économique » et comment elle est caractérisée par les juridictions. A quel stade la dépendance économique est-elle prise en compte ? Quelle peut être, en outre, la responsabilité de la victime dans cet état de dépendance économique ?

Et pour conclure, quel est l'apport de cette notion ?

→ Caractérisation de la situation de dépendance économique

Une définition intuitive de la dépendance économique accorde une part prépondérante à la part que peut représenter l'auteur de la rupture dans l'activité – le chiffre d'affaires – de la victime. La jurisprudence prend également en compte la notoriété des produits ou celle du partenaire.

Comme il semble être de mise en matière de rupture brutale, l'appréciation de la dépendance économique d'une partie est fortement teintée de casuistique. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a estimé qu'une part de chiffre d'affaires de 25-30 % était insuffisante à caractériser l'existence d'une dépendance économique¹⁶. Ce fut encore le cas pour une part du chiffre d'affaires s'établissant à 27 %¹⁷.

En revanche, la Cour d'appel de Lyon, pour une même proportion (voire même plus faible puisqu'elle relève des parts de marché de 20 à 30 %) a reconnu la dépendance économique d'un distributeur, étant toutefois relevé, mais cela suffit-il à faire la différence, que les produits distribués étaient d'une certaine notoriété¹⁸.

Au-delà, une situation de dépendance économique est également reconnue dans le cas d'une part de l'auteur de la rupture de 50 % du chiffre d'affaires total de la victime¹⁹.

La Cour d'appel de Rouen a retenu l'existence d'une situation de dépendance économique dans une affaire dans laquelle l'auteur de la rupture représentait une part du chiffre d'affaires de la victime de 58,51 % l'année de la rupture, 65,48 % l'année précédente et 65,654 % l'année d'avant²⁰.

« *Pour l'anecdote* », une part de 100 % de l'auteur de la rupture dans le chiffre d'affaires de la victime caractérise la dépendance économique de cette dernière évidemment²¹ !

Au-delà de la recension de ces cas, qui souligne évidemment le caractère factuel de la matière, les juridictions ont pu fournir des indications sur les critères retenus pour caractériser un état de dépendance économique, sans toutefois que s'en dégage une ligne parfaitement cohérente.

C'est ainsi que la même formation de la Cour d'appel de Paris a pu changer deux fois de pied quant à la définition exacte à retenir.

Ainsi, dans une décision du 20 avril 2005, elle déduisait de la seule absence de relations exclusives, l'absence de dépendance économique de la victime de la rupture à l'égard de l'auteur²², paraissant souligner ainsi que le fait d'être simplement susceptible de s'approvisionner chez un autre fournisseur ôterait toute possibilité de caractérisation d'une dépendance économique.

Dans la décision précitée du 22 juin 2005, la Cour a considéré que la notion de dépendance économique retenue dans le cadre de la

(16) Paris, 22 juin 2005, Humuland c. Auchan

(17) Paris, 11 octobre 2006, Abias-Tadi c. SFEDR

(18) Lyon, 10 avril 2003, Gerolymatos c. Aventis Pasteur

(19) Cass. com. 23 janvier 2007, La Redoute c. Streck Diffusion

(20) Rouen, 23 octobre 2003, Almeco c. Petit Bateau

(21) Rennes, 12 avril 2005, Touring Car de l'Ouest c. Autostar

(22) Paris, 20 avril 2005, Speed Kart c. Racing Kart Buffo RKB

rupture brutale de relations commerciales se distinguait de celle qui est retenue dans le cadre de l'abus de dépendance économique des articles L.420-2 ou L.442-6.I.2° b) du Code de commerce, excluant par là même la spécificité qui découle de ces articles, à savoir l'existence, ou non, de solutions équivalentes.

C'est pourtant la même formation qui, dans une décision du 11 octobre 2006, a jugé, au contraire, que l'appréciation d'un tel état de dépendance économique devait prendre en compte « l'impossibilité pour [le revendeur] d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalent »²³.

A l'exception de ces deux décisions, aucune des autres décisions citées dans le présent article n'a recherché l'existence ou non d'une impossibilité pour la partie en situation de dépendance économique de recourir à une autre solution équivalente.

Tel serait donc le dernier état de la jurisprudence, alors même qu'un tel souci de définition – restrictive de surcroît – paraît inutile à l'appréciation des situations de rupture brutale de relations commerciales.

➔ **Le stade d'appréciation de la dépendance économique**

La situation de dépendance économique, à la supposer caractérisée, a-t-elle une influence sur la durée du préavis accordée, ou sur l'évaluation du préjudice ?

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a rendu récemment une décision catégorique, excluant toute prise en compte de la dépendance économique dans l'appréciation de la durée de préavis²⁴. Dans la mesure où elle rejette plus généralement tout autre critère que la durée des relations commerciales ; cette décision semble devoir être prise avec prudence !

La dépendance économique est, en tout état de cause, systématiquement évoquée – lorsqu'elle est invoquée – au stade de l'appréciation du préavis. Il convient de rappeler en effet que l'esprit du texte est d'assurer aux acteurs économiques le temps nécessaire à leur reconversion. A l'évidence, un état de dépendance économique a un impact sur une telle reconversion.

Si elle est évoquée au stade de l'évaluation du préjudice, c'est pour envisager son éventuelle

minoration du fait de la responsabilité de la victime : c'est la distinction connue depuis l'arrêt de la Cour d'appel de Douai du 15 mars 2001²⁵ entre une dépendance économique imposée et le « *choix délibéré de stratégie commerciale* ». Dans ce cas, la Cour avait minoré le préjudice de la victime de 25 % !

En tout état de cause, il est quelque peu artificiel de distinguer les stades d'appréciation, l'évaluation du préjudice dépendant très largement de la durée du préavis accordée par la juridiction. Le préjudice est en effet classiquement apprécié au regard de la marge brute qu'aurait pu réaliser la victime de la rupture durant le préavis dont elle a été, par hypothèse, privé.

➔ **La responsabilité de la victime**

Comme précédemment indiqué, la victime de la rupture peut supporter une responsabilité dont la part est appréciée souverainement dans son état de dépendance économique.

C'est ce qu'a reconnu la Cour d'appel de Douai dans l'arrêt précité. C'est aussi, semble-t-il, ce que retient la Cour d'appel de Rennes dans sa décision du 12 avril 2005²⁶ qui, dans une hypothèse de douze années de relations commerciales et d'une part de chiffre d'affaires de 100 %, a estimé un préavis de cinq mois et demi suffisant, au motif que la prestation fournie ne faisait bénéficier le prestataire d'aucune notoriété particulière, qu'elle ne recouvrait aucune spécificité, et que la victime n'avait pas cherché à se diversifier.

Une approche similaire a été retenue par la Cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 26 mai 2005²⁷ qui retient la responsabilité de la victime du fait de son absence de diversification, et en tient compte dans l'appréciation de son préjudice.

Une entreprise en situation de dépendance économique doit-elle avertir son partenaire d'une telle situation (**voir à ce titre les stipulations contractuelles figurant dans les contrats d'enseigne des GSA, GSB et GSS !**) ?

C'est une défense fréquente que celle qui affirme que la victime n'avait pas informé son partenaire de sa situation, contrairement aux directives de cette dernière. Dans le cadre de

[23] précitée

[24] Aix-en-Provence, 7 septembre 2006, Derrick et Royal Trading c/Façonnable

[25] Douai, 15 mars 2001, Auchan c. PBC

[26] précitée

[27] Rouen, 26 mai 2005, ACME c. MGI

la récente décision de la Cour de cassation du 23 janvier 2007²⁸, une telle information était même contractuellement prévue, et la Cour d'appel avait retenu une faute contractuelle à l'encontre de la victime, diminuant son préjudice de 40 %. La Cour de cassation a censuré la Cour d'appel sur ce point... en rappelant qu'un préavis doit être accordé indépendamment de toute prise en considération d'un état de dépendance économique. Si la réponse paraît un peu « *décalée* », on peut tout de même y voir un refus de donner force à de telles stipulations contractuelles. Une confirmation ne serait pas, toutefois, superflue.

* * *

En fin de compte, on peut s'interroger sur l'intérêt même de l'usage d'une telle notion dans le cadre du contentieux sur la rupture brutale de relations commerciales établies.

(28) précitée

Il convient déjà de souligner que l'article L.442-6.I.5° du Code de commerce ne fait lui-même aucune mention de la dépendance économique comme un critère à prendre en compte, ou un facteur aggravant.

En outre, le critère de la part de marché est d'ores et déjà, naturellement, pris en considération par les tribunaux, qui n'accordent évidemment pas le même délai de préavis selon que l'entreprise se voit privée de 10 % ou de 50 % de son chiffre d'affaires.

Aussi, mis à part l'éventuel impact « *psychologique* » sur le juge, la caractérisation d'une telle situation accentuant le sentiment de brutalité de la rupture, il y a tout lieu de considérer que l'exercice de « *labellisation* », d'« *étiquetage* », de la situation est superflu, voire néfaste en ce qu'il a fréquemment pour effet de susciter une défense quasi pavlovienne sur la responsabilité de la victime dans son état de dépendance.

Enquête dans le secteur des comparateurs de prix en ligne : onze sites comparatifs rappelés à l'ordre

Par Eléonore Camilleri

A une époque où le nombre de « *cyber-consommateurs* » est évalué à 13 millions de personnes, les sites comparateurs de prix semblent susceptibles d'optimiser le jeu de la concurrence en permettant aux consommateurs de confronter les offres commerciales des divers commerçants présents sur Internet.

Toutefois, une telle optimisation de la concurrence n'est possible que si les comparateurs de prix font preuve d'une parfaite transparence. Or, bien souvent, les sites marchands rémunèrent les sites comparateurs pour être référencés, ce qui crée une relation d'interdépendance et engendre, de fait, un risque de dérèglement du jeu de la concurrence. Les comparateurs de prix pourraient, en effet, être tentés de favoriser les distributeurs qui les rémunèrent.

C'est dans ce contexte que la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (ci-après « DGCCRF ») a engagé, en août 2006, une enquête dans le secteur des sites comparateurs de prix en ligne. L'objectif affiché était « *d'apprécier la loyauté de l'information des consommateurs, l'indépendance des opérateurs vis-à-vis des sites comparés et le mode de rémunération de leurs services* ».

Ainsi, cinq directions départementales ont inspecté **douze sites comparateurs de prix** en s'intéressant tant à leurs rapports avec les consommateurs, qu'à leur partenariat avec les sites marchands faisant l'objet des comparaisons de prix.

Le 7 mars 2007, la DGCCRF a publié un communiqué de presse évoquant les résultats de cette enquête²⁹. Ce communiqué indique que **onze des douze sites contrôlés par ses soins ont fait l'objet de lettres de rappel de réglementation** concernant soit la loyauté de l'information donnée au consommateur (1), soit les relations commerciales entre sites marchands et sites comparateurs (2).

1. La loyauté de l'information donnée au consommateur

L'enquête avait pour premier objet de vérifier la transparence de l'offre apportée par les sites comparateurs de prix aux « *cyber-*

consommateurs », qui s'avèrent de plus en plus nombreux à consulter ce type de site afin de comparer les prix d'un même produit sur le marché pour éclairer leur choix³⁰.

L'inspection s'est principalement focalisée sur le respect des règles relatives à l'information du consommateur sur les prix (article L.113-3 du code de la consommation) ainsi qu'à la publicité fautive ou de nature à induire en erreur (articles L.121-1 et suivants du code de la consommation).

La DGCCRF n'a relevé que cinq infractions, toutes concernant le même point, à savoir la publicité fautive ou de nature à induire en erreur.

L'enquête a révélé que, sur certains sites comparateurs, le panel des sites référencés était présenté, à tort, comme exhaustif. Autrement dit, certains sites comparateurs présentaient comme exhaustive la liste des offres des « *cyber-marchands* » apparaissant dans leurs résultats, alors que cela n'était pas le cas en réalité. Ainsi, il aurait été demandé à l'un des sites inspectés de modifier les titres de ses pages qui affirmaient proposer les « *meilleurs prix* », ce qui laisse entendre une prise en compte exhaustive des marchands en ligne, alors qu'en fait, n'apparaissaient que ceux ayant un accord commercial avec ledit site.

L'enquête a également permis de constater un manque de précision sur les prix des produits comparés, mais sans rappel de réglementation. La DGCCRF a précisé que ce défaut résultait de « *l'imprécision ou le manque d'homogénéité des informations transmises par les sites marchands* », ce qui complique le classement des offres par les prix pour les sites comparateurs : le prix communiqué est-il le prix TTC ? Inclut-il ou non les frais de port, de livraison ou de garantie complémentaire ?

2. Les relations commerciales entre sites marchands et sites comparateurs de prix

Prenant acte du fait que dans un grand nombre de cas, les sites marchands rémunèrent les sites comparateurs de prix pour être référencés, la DGCCRF s'est également intéressée

(29) <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/>

(30) Le communiqué de presse du 7 mars 2007 indique que c'est le cas de « *plus de 50 % des consommateurs* ».

aux relations commerciales existant entre les sites marchands et les sites comparateurs.

Ainsi, ces relations commerciales ont fait l'objet d'importantes investigations, au regard notamment des articles L.441-1 à L.443-3 du code de commerce sur la transparence tarifaire.

Le communiqué du 7 mars 2007 révèle que les conditions de vente des sites comparateurs sont parfois incomplètes sur le volet tarifaire, « *avec une imprécision sur les modalités de référencement et de rémunération des sites marchands* ». La DGCCRF insiste tout particulièrement sur ce point en précisant que « *ces imprécisions sont susceptibles d'engendrer des pratiques discriminatoires* ». Deux rappels de réglementation auraient été établis à ce titre.

De plus, le communiqué indique que **les règles de facturation** ne sont pas toujours respectées.

* * *

En conclusion, la DGCCRF relève que « *les sites comparateurs de prix sont davantage*

sensibilisés à la nécessaire transparence de l'information donnée au consommateur sur les prix. Les conditions commerciales pourraient en revanche être encore améliorées ».

Si onze des douze sites contrôlés ont fait l'objet de lettres de rappel de réglementation, il faut préciser que de tels rappels à l'ordre sont seulement des mesures de sensibilisation pour les cas jugés les moins graves. Le bilan est donc loin d'être catastrophique. Lors du lancement de l'enquête, la DGCCRF avait d'ores et déjà annoncé que l'opération ne visait pas particulièrement à l'établissement de procès verbaux mais, avant tout, à rassurer les consommateurs et à établir un premier contact avec ce nouveau secteur des comparateurs de prix.

Néanmoins, dans son communiqué du 7 mars 2007, la DGCCRF a souligné qu'elle maintiendra toute sa vigilance sur ce secteur et il est fort probable qu'elle soit moins clémentine la prochaine fois ! Les sites comparateurs auraient donc tout intérêt à poursuivre leurs efforts concernant l'information des consommateurs et, surtout, à améliorer sensiblement les termes de leurs conditions commerciales et des accords les liant aux sites marchands.

Le Conseil fait une application particulière de la procédure de transaction en tenant compte de « circonstances exceptionnelles » relevant de la procédure de clémence

Par Louis-Gabriel Masson

Le Conseil de la concurrence a, dans une décision du 23 janvier 2007³¹, fait application de la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce dans le cas de pratiques concernant l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination de déchets en Seine-Maritime, alors que la saisine du Conseil était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001, et que les pratiques relevées étaient constitutives d'ententes horizontales prohibées.

Une enquête de concurrence réalisée en novembre 1999 par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF) a permis d'établir qu'Ecosita, filiale de SITA France, et Collecte propreté normande (CPN), filiale de la société Compagnie générale d'entreprise automobile (CGEA), devenue Véolia Propreté, se sont concertées préalablement à la remise des offres lors de la consultation organisée en 1998 par la communauté de communes du canton de Bolbec pour l'exploitation d'une déchetterie.

A l'occasion de l'enquête, Ecosita et CPN, mais également deux autres filiales de CGEA, Ipec Normand et USP Normandie, ont admis s'être rendues coupables de pratiques anticoncurrentielles (échanges d'informations sur l'étendue des prestations de chaque concurrent et sur la fixation de leurs prix au cours de la période d'élaboration des offres, dépôt d'offres de couverture, manipulation des prix, etc.), non seulement sur le marché de Bolbec en 1998, mais également de 1996 à 1999 sur dix autres marchés de collecte ou de traitement de déchets ménagers ou industriels de la Seine-Maritime, faussant ainsi la concurrence sur ces marchés au nombre desquels figuraient neuf marchés publics.

Les deux sociétés mères, Sita France et CGEA, devenue Véolia Propreté, ont elles-mêmes décidé de coopérer avec les autorités de concurrence dès 2000.

Toutes ces sociétés ont non seulement apporté aux services d'enquête de la DGCCRF et aux services d'instruction du Conseil de la concurrence des éléments matériels sérieux de nature à démontrer les infractions suspectées en confortant les indices dont disposaient les autorités de la concurrence, mais elles ont également pris des engagements importants à l'égard de ces mêmes autorités.

Ces engagements, repris dans la décision du Conseil de la concurrence, consistent notamment à :

- mettre en place au niveau national un dispositif de formation obligatoire visant à favoriser le respect des principes du droit de la concurrence (par l'organisation de sessions de formation et d'interventions des conseils dans les entreprises pour sensibiliser les agents opérationnels au droit de la concurrence),
- mettre en place dans les filiales du groupe des procédures de compliance,
- faire signer des lettres de conformité par les directeurs généraux de chacune des filiales,
- mettre en place dans chaque filiale du groupe une procédure d'audit sur le respect des principes du droit de la concurrence,
- mettre en place un mécanisme de contrôle annuel des responsables commerciaux et des commerciaux.

Ces engagements ont été jugés par le Conseil crédibles et vérifiables et l'ont convaincu qu'à l'avenir, les règles du droit de la concurrence seraient respectées à tous les niveaux de ces entreprises.

En application des dispositions de l'article L. 464-2-III du Code de commerce relatives à la procédure de transaction, le Conseil a donc condamné les trois sociétés en cause à des peines d'amende relativement modérées (représentant pour chacune 1,3 % du chiffre

[31] Conseil de la concurrence, décision n°07-D-02, relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime.

[32] On rappellera qu'en vertu des dispositions de l'article L.464-21, le Conseil de la concurrence peut prononcer à l'encontre des entreprises des peines maximales à hauteur de 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial du groupe.

d'affaires réalisé en France par la société³², en leur accordant une réduction de sanction pécuniaire de 35 %. Il a infligé les amendes suivantes :

- Sita Normandie-Picardie : 85 000 €
- Onyx Normandie : 384.000 €
- Ipodec Normandie : 429.000 €

L'originalité de cette décision réside dans le fait que le Conseil a fait application de la procédure de transaction, en accordant de facto, mais en se gardant bien de l'indiquer expressément dans sa décision, le bénéfice de la clémence aux entreprises en cause.

→ Une procédure de transaction matiniée de clémence

La procédure de clémence et la procédure de transaction sont deux procédures différentes qui permettent aux entreprises mises en cause devant le Conseil de la concurrence d'obtenir des réductions de sanction pécuniaire.

La procédure de clémence, prévue à l'article L. 464-2-IV du Code de commerce permet aux entreprises qui contribuent à établir la réalité d'une pratique prohibée de bénéficier d'une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires qui pourraient leur être infligées par le Conseil de la concurrence.

La procédure de transaction, prévue à l'article L. 464-2-III du Code de commerce permet à une entreprise ou un organisme qui ne conteste pas les griefs qui lui sont reprochés devant le Conseil de la concurrence et qui s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, de bénéficier, sur proposition du Rapporteur Général, d'une diminution de moitié de la sanction maximale qu'elle/il encourt.

En l'espèce, les entreprises en cause ont contribué à établir la réalité des pratiques prohibées dont le Conseil de la concurrence était saisi. Cependant, elles n'ont pu bénéficier de la procédure de clémence instaurée par la loi NRE du 15 mai 2001, car la saisine du Conseil de la concurrence était antérieure à l'entrée en vigueur de cette loi.

Sita Normandie-Picardie, Onyx Normandie et Ipodec Normandie ont néanmoins tiré profit de leur coopération avec les autorités de concurrence, mais indirectement, dans le cadre de la procédure de transaction ouverte du fait de la non contestation des griefs par

les entreprises en cause et du fait de l'engagement pris par celles-ci de modifier leurs comportements pour l'avenir.

Comme l'indique le communiqué de presse du Conseil de la concurrence et non pas la décision elle-même — du fait que le Conseil ne souhaite visiblement pas faire de cette décision autre chose qu'une décision d'espèce —, le Conseil de la concurrence a en effet tenu compte, dans la fixation de la sanction pécuniaire infligée aux entreprises, de « *la circonstance atténuante que constitue la collaboration des entreprises et de leurs maisons-mères à l'enquête* ».

→ L'application, à titre exceptionnel de la procédure de transaction en matière d'entente horizontale

La seconde originalité de cette décision réside dans l'application de la procédure de transaction prévue par les dispositions de l'article L. 464-2-III du Code de commerce à des entreprises s'étant rendues coupables d'ententes horizontales prohibées.

Une entente horizontale est une entente conclue entre concurrents.

Le Conseil de la concurrence se montre traditionnellement hostile à l'application de la procédure de transaction en matière d'ententes horizontales.

Dans sa décision du 23 janvier 2007, il a accepté à titre exceptionnel que les parties bénéficient de la procédure de transaction :

« Ces circonstances très particulières interdisent que la présente décision puisse être considérée comme un précédent justifiant d'une manière générale le bénéfice de la procédure de non contestation des griefs prévue au III de l'article L.464-2 du Code de commerce dans le cas d'ententes horizontales entre concurrents. » !

Cette application de la procédure de transaction à des entreprises ayant pris part à des ententes horizontales semble donc essentiellement due au fait qu'en l'espèce — fait exceptionnel —, les entreprises qui ont demandé à bénéficier de la procédure de transaction ont, dès le début de l'enquête, coopéré avec les autorités de concurrence, et ont non seulement satisfait aux conditions pour pouvoir bénéficier de la procédure de transaction, mais également pour pouvoir, hypothétiquement, bénéficier de la procédure de clémence

à laquelle elles n'avaient pas droit juridiquement.

Or, le Conseil de la concurrence accepte d'appliquer la procédure de clémence indistinctement à toutes les ententes, qu'elles soient horizontales ou non, ce qui pourrait expliquer la souplesse dont il a fait preuve dans

l'application de la procédure de transaction en l'espèce.

L'avenir dira si cette décision ne fait qu'exception au principe selon lequel les parties à une entente horizontale ne peuvent bénéficier de la procédure de transaction ou si le Conseil entend assouplir sa pratique décisionnelle...

La prohibition des prix imposés : décision du Conseil de la concurrence du 24 janvier 2007

Par Julienne Chang

Dans la décision récente du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise « *Jeff de Bruges* »³³, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de réaffirmer une nouvelle fois le principe de prohibition des prix imposés et sa sanction.

A cet égard, il convient de relever que cette pratique, considérée comme « *par nature une restriction flagrante de concurrence* » n'a été que faiblement sanctionnée : une amende pécuniaire de 50 000 euros a été infligée au franchiseur et ce, alors que l'article L.463-3³⁴ du Code de commerce relative à la procédure simplifiée (qui s'appliquait en l'espèce) autorise un maximum de 750 000 euros ! Ceci s'explique notamment par le maintien de la concurrence inter-marque sur le marché de la distribution spécialisée de confiseries de chocolat.

En l'occurrence, deux stipulations du contrat de franchise et du « *Code de bonne conduite comités et collectivités* » annexés audit contrat et aux « *books CE* » étaient critiquées :

– L'article 4-6-3 du contrat de franchise prévoyait en effet que : « *A la demande du franchisé, le franchiseur communiquera régulièrement au franchisé un catalogue comportant des tarifs indicatifs de prix de vente publics. Il est expressément précisé que ces tarifs sont purement indicatifs et que le franchisé pourra déterminer librement ses prix de vente, dans le cadre de la réglementation tant française qu'européenne en vigueur, mais sera tenu de respecter les tarifs maximums qui lui seront communiqués* ».

– Le « *Code de bonne conduite* » indiquait quant à lui, s'agissant des prix pratiqués pour les comités d'entreprise, « *l'interdiction de surenchère-remise entre deux ou plusieurs franchisés afin d'obtenir un marché ; l'obligation de vente aux prix CE, représentant une remise allant jusqu'à 30 % sur le prix magasin* ».

Cette décision offre ainsi une analyse détaillée de l'appréhension par le Conseil de la concurrence de la détermination par les four-

nisseurs des prix de vente maximums et des prix imposés.

■ Appréhension par le Conseil de la concurrence des « *prix de vente maximums* »

L'article L.420-1 du Code de commerce tire la conséquence du principe de libre fixation des prix en prohibant de manière expresse, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les ententes qui tendent « *à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* ».

Néanmoins, la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix de vente maximums n'est pas en soi interdite, à condition qu'il ne s'agisse pas en réalité de prix imposés³⁵.

Il importe ainsi de vérifier la mise en place ou non d'une police des prix par le fournisseur ayant pour objet de contrôler tout comportement déviant des distributeurs susceptible de compromettre le fonctionnement durable de l'entente.

En l'occurrence, il convient de relever qu'existait dans les faits une stricte application des prix par les franchisés :

« *Le représentant du magasin situé à Semecourt (57280) a déclaré le 9 janvier 2003 : "[...] en tant que membre du conseil consultatif élu par les franchisés de la zone 3, [...] tous me disent respecter les tarifs définis par le franchiseur [...]. A ma connaissance, tous les franchisés et succursales pratiquent les mêmes prix. [...] A chaque changement de prix, le franchiseur envoie systématiquement les publicités sur le lieu de vente dont le tableau de prix des ballotins [...]. Il nous envoie également les étiquettes de prix de vente* »³⁶.

De même, un autre franchisé indique « *Nous n'avons pas de marge de main d'œuvre sur ces prix* »³⁷.

(33) Décision n° 07-D-04

(34) L'article L.463-3 du Code de commerce dispose que : « *Le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui peut, après la notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera jugée par le conseil sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties.* »

(35) Article 4 du règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission européenne du 22 décembre 1999, point 85.

(36) Point 46 de la décision.

(37) Point 47 de la décision.

Néanmoins, si l'ensemble des témoignages atteste du respect scrupuleux par les franchisés des prix de vente maximums, rien en revanche ne permet d'établir l'existence d'une police des prix et donc qu'il s'agisse en réalité de prix imposés.

Or, s'agissant de prix de vente maximums, le contrôle des prix par le fournisseur est une condition nécessaire à l'application de l'article L.420-1 du Code de commerce, ainsi que le démontre la décision du Conseil de la concurrence :

« En effet, si les franchisés appliquent, dans leur grande majorité, les tarifs proposés dans les "books" ou portés sur les dépliants, publicités et étiquettes édités par le franchiseur (dont l'achat n'est pas obligatoire), sans mention de leur caractère maximum conseillé, et si les prix des chocolats constituant la gamme de base de la vente en magasin figurant sur le site internet Jeff de Bruges ne comportent pas la mention « tarifs maximums conseillés », **aucune police des prix n'a été mise en place par le franchiseur.** [...] **En conséquence, il n'est pas établi que les tarifs appliqués par les franchisés pour les ventes au détail en magasins soient des prix imposés constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle répréhensible au regard des dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce**³⁸. »

■ **Appréhension par le Conseil de la concurrence des « prix imposés »**

Le franchiseur diffuse des « books CE » à destination des comités d'entreprise qui contiennent notamment les prix, les marges et les remises.

Est annexé à ces « books » un Code de bonne conduite qui prévoit « l'interdiction de surenchère-remise entre deux ou plusieurs franchisés afin d'obtenir un marché ; l'obligation de vente aux prix CE, représentant une remise allant jusqu'à 30 % sur le prix magasin ».

De cette disposition, le Conseil de la concurrence conclut :

« Ce code en vigueur lors des investigations, de 2001 à 2004, est joint au contrat de franchise [...]. Il a donc la même valeur contractuelle, la même force obligatoire que le contrat lui-même. **Dès lors, l'obligation qu'il impose aux franchisés de vendre au prix CE conduit ces derniers à appliquer un prix consigné dans un contrat qui s'avère être un prix imposé par le franchiseur**³⁹. »

[38] Points 95 et 99 de la décision.

[39] Point 106 de la décision.

L'obligation de respecter les prix telle qu'indiquée dans le « Code de bonne conduite » constitue ainsi une pratique de prix imposés par le franchiseur.

Est-il nécessaire en ce cas, à l'instar des prix de vente maximums, de démontrer l'existence d'une police de prix ?

A cet égard, le Conseil de concurrence affirme :

« De tels agissements, qui trouvent leur source dans le contrat lui-même, sont constitutifs d'une entente sur le prix entre franchiseur et franchisés, pratique, qui par sa nature même, a pour objet de porter atteinte à la concurrence, **sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une police de prix du franchiseur**⁴⁰. »

Ainsi, l'appréhension par le Conseil de la concurrence des clauses portant sur les prix diffère selon qu'il s'agit de prix imposés ou de prix de vente maximums, le premier étant en soi prohibé, le second nécessitant la preuve d'une police des prix.

Pour autant, si des clauses imposant le respect des prix figurent dans le contrat, le franchiseur précise que :

« Pour les ventes aux collectivités et CE, le franchisé peut ou non se procurer le support de vente franchiseur qui contient des prix [...]. De plus, le franchiseur réitère que les franchisés sont totalement libres de leurs offres de prix et de leurs remises, lorsqu'ils démarchent les CE ⁴¹. »

Or, cet argument ne saurait prospérer.

Ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 8 juillet 1999, les pratiques concertées, comme les accords entre entreprises ou les décisions d'associations d'entreprises, sont interdites « **lorsqu'elles ont un objet anticoncurrentiel, indépendamment de tout effet**⁴². »

De même dans une décision du 14 juin 2005, le Conseil de la concurrence a indiqué qu'« il résulte des termes de l'article L.420-1 du Code de commerce qu'une pratique anticoncurrentielle est prohibée, même si elle n'a pas eu d'effet réel sur le jeu de la concurrence,

[40] Point 106 de la décision.

[41] Point 103 de la décision.

[42] CJCE, C-49/92, Commission européenne c/Anic Partecipazioni SpA, point 123.

dès lors que l'intention de ses auteurs était d'obtenir un tel effet⁴³ ».

La prise en compte des effets anticoncurrentiels est en effet seulement utile pour évaluer le montant de la sanction.

* * *

Cette décision rappelle ainsi la politique active menée par les autorités de concurrence, tant françaises que communautaires, contre les « *clauses noires* ».

La restructuration d'une entreprise – comme en l'espèce – ne saurait ainsi permettre

(43) Décision N102-D-36 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise, BOCCRF n°14 du 30 septembre 2002, page 660.

d'échapper à l'application des règles relatives à la prohibition des ententes et donc aux sanctions qui en sont induites !

Il s'agit en effet, rappelons-le, du principe portant sur la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise.

Le principe fondamental est de faire peser la sanction du comportement infractionnel sur la personne morale responsable de ce comportement. Ainsi, tant que la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne.

QUELQUES INFORMATIONS

Animation de formations dispensées 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 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**

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