

## SOMMAIRE :

Le trois fois net « sec » sera donc applicable le 1<sup>er</sup> janvier 2008 ?

*par Jean-Christophe Grall* p. 1

Précisions sur les conditions de validité des contrats de distribution exclusive

*par Nathalia Kouchnir-Cargill* p. 7

Coopération commerciale et contrats de mandat : attention aux malentendus !

*par Thomas Lamy* p. 10

Contrefaçon de dessins et modèles : moyens de preuve

*par Emmanuelle Laur-Pouëdras* p. 11

Paris, 5 juillet 2007 : la rupture brutale surprise

*par Erwan Le Morhedec* p. 13

Marchés publics du Domaine royal de Versailles : une nouvelle illustration de la condamnation par le Conseil de la concurrence des pratiques d'échange d'informations, préalable au dépôt d'offres, en matière de marchés publics

*par Benoît Laurin* p. 14

L'obligation d'intégrer des messages sanitaires dans les publicités pour les produits alimentaires

*par Eléonore Camilleri* p. 17

Le Conseil de la Concurrence sanctionne une entente de répartition de marchés intervenue sur le marché des câbles électriques à haute tension

*par Louis Gabriel Masson* p. 20

Le Conseil de la concurrence sanctionne un abus de position dominante sur le marché des infrastructures portuaires et du stockage des ports maritimes susceptibles d'accueillir des navires chargés de charbon dans la basse vallée de la Seine

*par Clémence Ducros* p. 23

Brève sur l'arrêt Akzo et le « legal privilege »

*par Jean-Christophe Grall* p. 25

Du côté d'Antitrust Alliance p. 26

Quelques informations p. 29

## Le trois fois net « sec » sera donc applicable le 1<sup>er</sup> janvier 2008

*Par Jean-Christophe Grall*

Le 1<sup>er</sup> janvier 2008, soit un peu plus de dix après l'entrée en vigueur de la loi Galland, le 1<sup>er</sup> janvier 1997, les distributeurs pourront réintégrer dans leurs « SRP » (Seuil de Revente à Perte) la totalité de la marge arrière, tous avantages confondus, obtenue de leurs fournisseurs.

Aujourd'hui, c'est une certitude au vu des propos tenus par **Luc Chatel, Secrétaire d'Etat chargé de la consommation et du tourisme**, lors de la journée organisée par le magazine LSA le 4 octobre, relayant ainsi la volonté présidentielle qui s'était exprimée le 30 août dernier, lors de l'université d'été du MEDEF :

*« Je vais aller beaucoup plus loin sur la concurrence pour abaisser les prix à la consommation en intégrant toutes les marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte. Un dispositif particulier sera étudié pour les produits agricoles. »*

Ces propos avaient été confirmés lors de la visite du Chef de l'Etat, le vendredi 31 octobre, du magasin Leclerc situé à Bois d'Arcy, Nicolas Sarkozy ayant souhaité préciser ce qu'il avait annoncé la veille au MEDEF :

*« Avant la fin de l'année, une réforme complète des marges arrière intervendra. » !*

Rappelant ce qui suit :

*« C'est une réforme que j'avais initiée lorsque j'étais Ministre des finances et qui doit être maintenant menée à terme parce que, avec l'euro, les prix ont augmenté » !*

Les déclarations de Nicolas Sarkozy font écho à la consultation publique lancée par Madame Christine Lagarde, Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et Monsieur Luc Chatel, Secrétaire d'Etat chargé de la consommation et du tourisme, le 23 juillet dernier, après avoir réuni les principaux représentants des fournisseurs, des distributeurs et des consommateurs pour procéder à un point d'étape de l'application de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME et évoquer la méthode et le calendrier de la deuxième étape de cette réforme.

Cette consultation porte donc tout à la fois sur un bilan de la loi Dutreil, dix-huit mois après sa date de prise d'effet le 1<sup>er</sup> janvier 2006, mais, et surtout, sur une réforme en profondeur des dispositions régissant les relations Industrie/commerce et à ce titre, tout particulièrement, les relations entre les producteurs/industriels et la Grande distribution.

La réponse à cette consultation devait intervenir au plus tard le **30 septembre**.

Notre Cabinet a répondu à cette consultation, en reprenant l'ensemble des questions listées dans les documents mis en ligne par la DGCCRF le 26 juillet dernier.

Cependant et contrairement à ce qui avait été envisagé au mois de juillet dernier, une seule loi devrait être adoptée avant la fin de l'année 2007, portant sur

- La modification du calcul du SRP avec réintégration possible de tous les avantages financiers consentis par le vendeur – hors NIP – et ce, avec une application le 1<sup>er</sup> janvier 2008 :

- La rédaction d'un contrat unique qui traduirait le résultat de l'ensemble de la négociation commerciale et reprendrait dès lors les CPV et la rémunération de services, la distinction entre coopération commerciale et services distincts disparaissant ;

- Une possible négociabilité des tarifs des producteurs/industriels/grossistes entraînant dès lors un assouplissement des règles actuelles sanctionnant la discrimination abusive ;

- Une dépénalisation de l'interdiction de la revente à perte et d'autres incriminations contenues dans le Code de commerce.

L'objectif poursuivi par le gouvernement est donc de réformer en profondeur et très rapidement l'ensemble de la relation juridique établie entre un producteur ou un industriel et la grande distribution, impactant directement les Conditions Générales de Vente, la formalisation des accords de prestations de services (coopération commerciale/services distincts auront vécu !), le Seuil de Revente à Perte avec son maintien mais avec un mode de calcul très souple, et une dépénalisation des pratiques restrictives de concurrence.

S'agissant du futur « *triple net* » applicable dès le 1<sup>er</sup> janvier prochain, les modifications purement textuelles qu'entraînerait cette réforme sont mineures.

Il suffirait de préciser sous l'article L.442-2 du Code de commerce, ce qui suit :

*« Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat **minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et excédant un seuil de 20 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques à cette revente et du prix du transport.** »*

De telles dispositions ne sont donc pas difficiles à rédiger et un consensus législatif permettrait parfaitement d'en voter le principe et d'en adopter les dispositions.

Ce SRP – nouveau cru – prendrait ainsi sa place dans la vie des affaires françaises, le 1<sup>er</sup> janvier 2008, à l'instar de nombreuses législations/réglementations européennes, même s'il est vrai que certains états tels que l'Allemagne souhaitent revenir à une interdiction de la revente à perte !

Ne nous trompons pas cependant d'objectif, dès lors qu'il s'agit en l'espèce et à ce jour, d'une réforme qui ne porterait que sur la définition du mode de détermination du seuil de revente à perte et non la levée de son interdiction.

Il s'agirait en conséquence de donner toute liberté aux revendeurs, donc aux distributeurs, d'intégrer dans leurs seuils de revente à perte l'ensemble des avantages financiers qu'ils ont pu obtenir du vendeur, peu important que ces avantages financiers aient été consentis à une centrale internationale, à une centrale nationale, à une centrale régionale, à une centrale de référencement ou encore à une centrale d'achat, voire même aux points de vente, dès lors qu'il s'agit d'avantages financiers accordés par le « *vendeur* » à un même groupe de distribution.

En revanche, les sommes allouées dans le cadre des nouveaux instruments promotionnels « *NIP* » ne rentreraient pas dans le champ d'application de ce nouveau texte, dès lors que ces avantages financiers sont en définitif accordés directement par le fournisseur aux consommateurs, les distributeurs n'étant en effet que mandatés par les industriels pour faire bénéficier les consommateurs d'un certain nombre d'opérations promotionnelles : lots paramétrés en caisse/promotions virtuelles/BRI/BRD/etc.

\* \* \*

**Afin d'entrevoir les conséquences d'une telle réforme sur les relations industrie/commerce, nous avons souhaité répondre aux questions posées par la DGCCRF dans son questionnaire du 26 juillet.**

**Les réponses apportées au questionnaire de l'administration figurent ci-dessous :**

• **Le seuil de revente à perte**

**12. Le dispositif d'assouplissement du mécanisme de calcul de la revente à perte a-t-il rempli ses objectifs ?**

La réponse est positive dès lors que les documents mis en consultation démontrent une concurrence accrue sur les prix au bénéfice du consommateur, avec une baisse de 3,2 % des prix des produits de grandes marques entre mai 2006 et mai 2007, selon le graphique communiqué et les informations données par le Directeur général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes le 23 juillet dernier.

**13. Quelles peuvent être les conséquences favorables et défavorables de l'assouplissement du mécanisme jusqu'au trois fois net ?**

L'article 57 de la loi 2 août 2005 prévoit d'ores et déjà, si le Parlement le décide, un abaissement du seuil de 15 % à 10 %, permettant à tout distributeur de basculer dans ses prix de revente la marge arrière excédant ce seuil de 10 %.

Cette étape devrait être actée par le Parlement ; elle est d'ailleurs souhaitée par de très nombreux opérateurs économiques, permettant ainsi de poursuivre la réforme de la loi Galland, sans aller jusqu'à un « *triple net* » pur et dur.

C'est pourtant la question du « *triple net* » qui est dans tous les esprits et qui se pose aujourd'hui !

Et c'est ce que veut le Président de la République, ainsi qu'il en a fait l'annonce le 30 août lors de l'Université d'été du MEDEF :

« *Je veux aller beaucoup plus loin sur la concurrence pour faire baisser les prix à la consommation en intégrant toutes les marges arrière dans le calcul du seuil de revente à perte* », ajoutant qu'un dispositif particulier serait étudié pour les produits agricoles, une telle mesure devant prendre effet début 2008.

Autoriser le « *triple net* » induira, de facto, la possibilité pour un distributeur de réinjecter dans ses prix de revente la totalité des avantages financiers dont il bénéficie, à savoir tout aussi bien les avantages figurant sur la facture (**remises + ristournes inconditionnelles + ristournes conditionnelles acquises à la date de la vente**) (« **premier net** ») contribuant à définir le prix unitaire net des produits achetés, mais également l'ensemble des ristournes conditionnelles non acquises et ne figurant dès lors pas sur facture (« **second net** »), ainsi que la rémunération des différents services rendus à l'industriel (« **troisième net** »).

➔ **Tout serait ainsi réintégré dans le prix de vente consommateur qui devrait mécaniquement baisser avec un effet favorable sur l'inflation.**

Les distributeurs ne pourraient pas cependant, sauf à s'inscrire dans une logique infernale de baisse des prix afin d'apparaître les

plus compétitifs aux yeux des consommateurs, réintégrer en permanence l'ensemble des avantages financiers dont ils bénéficieraient, une telle logique pouvant conduire à la disparition pure et simple de certains distributeurs.

Ceci n'est guère cohérent avec l'intelligence économique et une perspective de croissance de son entreprise.

En outre, si certaines grandes surfaces alimentaires pourraient se permettre, à tout le moins ponctuellement, de vendre à marge zéro lors de promotions, la plupart des autres formes de commerce ne le pourraient pas, et apparaîtraient dès lors moins compétitives dans la relation avec leurs clients, pouvant entraîner une désaffection des consommateurs pour toute autre forme de commerce que les grandes surfaces alimentaires (on pourrait élargir le spectre de cette réflexion aux grandes surfaces spécialisées dans le numérique, la hi-fi, l'informatique, le bricolage, etc.).

***Et pour les fournisseurs, quel serait l'impact pour les entreprises du passage à un triple net pur et dur ?***

Les distributeurs qui ont pu réintégrer lors d'opérations promotionnelles le montant maximal des avantages financiers qu'ils pouvaient réintégrer en 2007, à savoir la partie excédentaire des 15 % de marge arrière obtenue, devraient profiter en 2008 du passage au trois fois net pour investir dans les prix de ces produits promotionnels la totalité de la marge arrière consentie.

Ceci concernerait donc davantage les produits bénéficiant d'une promotion que les produits dits de fond de rayon.

Les distributeurs ne pouvant (ou ne souhaitant) pas se permettre, néanmoins, de financer la totalité de l'investissement ainsi réalisé dans leurs prix de vente au consommateur, demanderont, sans nul doute, une compensation à due concurrence de la marge ainsi perdue aux industriels, ainsi que ceci a pu d'ores et déjà se voir sur la fin de l'année 2006, pour la première période d'application de la loi Dutreil.

Le moyen radical pour éviter une telle demande, serait alors d'interdire purement et simplement la marge arrière et de ne permettre que la seule marge avant, les distributeurs français devant alors réapprendre à « *gérer leurs prix* », ainsi que les dis-

tributeurs le font en Angleterre ou en Allemagne à titre d'exemple, en achetant à un prix trois fois net et en ne bénéficiant que de marge avant, les distributeurs décidant de réaliser un bénéfice lors de la vente des produits ou bien de vendre à marge zéro, c'est-à-dire en réintégrant la totalité des avantages financiers constituant la marge avant. Il y aurait alors un vrai changement de culture : celle de la marge avant et non plus celle de la marge arrière !

#### **14. Quels seraient les avantages et les désavantages d'une suppression de l'interdiction de la revente à perte ?**

La réflexion conduite sur le passage à un « *trois fois net* » pur et simple amène nécessairement à s'interroger sur le maintien ou non d'une interdiction de la revente à perte qui constitue l'un des fondamentaux du droit économique depuis 1963 en France.

En effet, le passage au « *trois fois net* » permettrait-il encore une efficacité de la loi dans l'application de l'interdiction de la revente à perte en pratique ?

Rien n'est moins sûr !

D'ores et déjà aujourd'hui, il est difficile d'appréhender une situation de revente à perte, sauf à déterminer très précisément l'ensemble des avantages financiers dont a pu bénéficier tel ou tel distributeur, lors de la revente de tel ou tel produit, tel ou tel jour.

Or, ce n'est en définitive qu'à la fin de l'année civile que l'on va pouvoir déterminer réellement l'ensemble des avantages financiers dont a pu bénéficier le distributeur, car si les avantages sur factures sont aisément identifiables de par le formalisme attaché aux règles de facturation, tel n'est pas le cas pour l'ensemble des autres avantages financiers constitutifs de la marge arrière, dont certains ne seront réellement acquis qu'à la fin de l'année.

Comment, dans une telle hypothèse, déterminer s'il y a revente à perte ou pas ?

L'efficacité de l'interdiction de la revente à perte, telle que définie dans le cadre de la loi Galland du 1<sup>er</sup> juillet 1996, était justement de pouvoir, non pas aller au pénal, mais de saisir un juge des référés afin de faire cesser immédiatement, sous astreinte, telle ou telle opération promotionnelle portant sur une réduction de prix conduisant

à offrir un produit à un prix inférieur à son prix d'achat et dès lors faire cesser un trouble manifestement illicite au sens de l'article 873 du NCPC.

Cette simplicité de la détermination du seuil de revente à perte a disparu avec l'application des nouvelles dispositions de l'article L.442-2 du Code de commerce et l'on a pu déceler dans les propos tenus par l'administration que la lutte contre la revente à perte ne constituerait pas l'un de ses principaux chevaux de bataille, compte tenu justement de la complexité attachée aujourd'hui au calcul du SRP.

Dans ces conditions, est-il encore nécessaire de conserver une infraction, qui plus est pénale, dont l'efficacité tend à s'évaporer au fil du temps ?

Selon nous, cette interdiction devrait être levée par le futur texte législatif, tout en préservant la compétitivité des plus petites entreprises de distribution, le commerce de proximité en particulier, et ainsi l'ensemble du tissu commercial urbain et périurbain, par la création d'un dispositif palliatif.

Ce point sera envisagé ci-dessous.

### **15. En cas d'une suppression de l'interdiction de la revente à perte, quel mécanisme permettrait de sanctionner les prix abusivement bas ? Le régime actuel de sanction du prix abusivement bas est-il opérationnel ? Un autre mécanisme est-il envisageable ?**

Il est vrai que la sanction des prix abusivement bas est séduisante, pour autant toutefois que son effectivité soit démontrée, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Cette infraction sanctionnée par le Conseil de la concurrence a démontré son caractère en fait impraticable.

Et d'ailleurs, le Conseil de la concurrence a refusé d'entrer en voie de condamnation, jusqu'à présent, sur le fondement des dispositions visées sous l'article L.420-5 du Code de commerce.

Il est vrai que la notion de prix abusivement bas est assimilée à celle de prix prédateur dont on connaît la difficulté de démonstration économique.

De plus, aujourd'hui, seule la vente à prix abusivement bas est sanctionnée dans le

cadre de l'article précité et non la revente en l'état d'un produit.

D'un côté, nous avons donc un article L.420-5 du Code de commerce qui sanctionne les prix abusivement bas et la vente à perte et, d'un autre côté, un article L.442-2 du même code qui vient interdire, non pas la vente à perte, mais la revente à perte, ce qui est radicalement différent.

Dès lors que l'incrimination pénale de revente à perte serait supprimée, il serait donc nécessaire de trouver une disposition de substitution permettant, en dehors de toute saisine du Conseil de la concurrence, de saisir un tribunal, pénal ou civil, ainsi que nous le verrons ci-après, afin de faire sanctionner un prix abusivement bas entendu comme étant un prix de revente inférieur, soit :

#### **• 1<sup>re</sup> solution :**

Au prix d'achat dégradé de l'ensemble des avantages financiers qui ont pu être obtenus par le distributeur, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement (on vise ici les avantages obtenus par les différentes structures constitutives des groupements de distribution : centrales d'achat/centrales de référencement/centrales internationales/centrales nationales/centrales régionales/plateformes logistique, etc.) du producteur, ce qui reviendrait ni plus, ni moins, qu'à la définition actuelle du seuil de revente à perte, mais avec un prolongement de la législation vers un prix « *triple net* », soit,

#### **• 2<sup>e</sup> solution :**

Au prix d'achat diminué de l'ensemble des avantages financiers visés ci-dessus, mais augmenté des coûts de commercialisation, tels que visés par l'article L.420-5 du Code de commerce, générant de facto une plus grande difficulté dans la détermination de ce qui serait qualifié de prix abusivement bas.

Une telle méthode de calcul impliquera nécessairement une expertise économique.

Or, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne disposent pas de rapporteurs, comme le Conseil de la concurrence, ni même d'un chef économiste, qui seraient à même de démontrer l'éventuelle présence d'un prix abusivement bas.

De plus, cette étude nécessitera un temps d'instruction beaucoup plus long que la

simple détermination d'un prix de revente à perte ou d'un prix abusivement bas tel que calculé par assimilation à un prix de revente à perte, en second lieu, ce qui nuira à l'efficacité du texte et à l'efficience recherchée par le législateur.

La solution qui nous paraît en conséquence la plus praticable serait donc de laisser au juge judiciaire le soin d'apprécier, soit ce qui demeurerait être une infraction de revente à perte, soit un prix abusivement bas mais calculé selon une méthode la plus simple possible, c'est-à-dire par référence au prix d'achat du produit, diminution faite de la marge avant et de l'ensemble de la marge arrière, mais sans aller vers la notion complexe de coûts de revient à intégrer dans le calcul du prix de vente consommateur.

#### **16. Quelles conséquences une telle suppression aurait-elle sur la coopération commerciale ? Sur les règles de facturation ?**

S'agissant de la coopération commerciale, cette question n'aurait plus lieu d'être si la coopération commerciale disparaissait pour se fondre dans un univers beaucoup plus large qui serait celui des prestations de services réunies dans une plateforme contractuelle unique, annuelle, identifiant les différents services devant être rendus au cours de l'année.

Cependant, il est bien évident que si le trois fois net était adopté, quel serait encore l'intérêt pour le distributeur de chercher à obtenir à tout prix une masse de marge arrière, alors que tout pourrait être remis dans les PVC ?

La loi Dutreil a eu pour effet de rendre, en grande partie, parfaitement lisibles les accords commerciaux conclus avec chaque distributeur de par la possibilité de réintégrer en 2006 ce qui excédait le seuil de 20 % (certes avec un amortisseur prévu pour la première année d'application de cette loi) et 15 % en 2007, de telle sorte que, de par le PVC pratiqué par un distributeur, son concurrent connaissait en grande partie la structure de l'accord commercial intervenu avec le fournisseur en cause, ce qui sera encore davantage le cas demain avec un triple net, le distributeur pouvant basculer l'ensemble des avantages financiers reçus du fournisseur dans ses prix et permettre ainsi une totale lisibilité de la structure de l'accord annuel.

Dès lors, il n'existerait plus aucune opacité sur la marge arrière accordée !

#### **➔ L'intérêt de l'opposition entre marge avant et marge arrière disparaîtrait alors !**

Au contraire, les règles de facturation, telles que connues aujourd'hui et reprises tant par l'article L.441-3 du Code de commerce que par les articles 289 du CGI et 242 nonies de l'annexe II de ce code n'auraient pas à être modifiées puisque permettant de déterminer le prix d'achat unitaire des produits, mentionnant les réductions de prix acquises à la date d'émission de la facture.

Ces dispositions ont le mérite de la clarté et n'ont d'ailleurs pas donné lieu directement à discussion lors de l'adoption de la loi Dutreil.

## Précisions sur les conditions de validité des contrats de distribution exclusive

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

Suite à la plainte du Conseil National des Professions de l'Automobile (CNPA), le Conseil de la concurrence s'est penché récemment sur la licéité des contrats de distribution exclusive mis en place par les principaux constructeurs de motocycles.

Après avoir dans un premier temps, par une décision n°03-D-42 en date du 18 août 2003, rejeté la saisine du CNPA en ce qu'elle concernait les clauses du contrat de distribution de Yamaha, l'effet cumulatif des contrats de distribution des sociétés Suzuki, Yamaha, Honda et Kawasaki sur le marché des véhicules à moteurs à deux roues de plus de 50 cm<sup>3</sup> et enfin l'abus de dépendance économique dans laquelle chacun de ces constructeurs aurait tenu ses concessionnaires, le Conseil a estimé que l'instruction devait être poursuivie en ce qui concerne les contrats de distribution ainsi que certaines autres pratiques des sociétés Honda, Suzuki et Kawasaki.

Par une décision n°07-D-25 du 25 juillet 2007, le Conseil de la concurrence a effectivement statué sur la licéité des contrats de distribution mis en place par les sociétés susvisées en analysant avec précision le contenu des clauses qui avaient fait l'objet de la plainte du CNPA ainsi que des notifications de griefs communiquées par le Conseil.

Outre la validation expresse de certaines clauses, le Conseil de la concurrence pose, de manière pédagogique, des rappels de principe intéressants qui doivent toujours guider l'analyse et/ou la rédaction des contrats de distribution exclusive.

\* \* \*

Le Conseil de la concurrence valide tout d'abord de manière expresse deux types de clauses que l'on retrouve fréquemment dans les contrats de distribution exclusive (sans préciser toutefois si les clauses en question auraient pu constituer une infraction aux articles L.420-1 du Code de Commerce et 81 § 1 du traité UE, ce dont on peut douter) :

- Le Conseil de la concurrence estime ainsi justifiée l'obligation faite à un concessionnaire monomarkes d'engager un certain niveau de dépenses publicitaires (en l'occurrence 2 % de son chiffre d'affaires), clause classique pourtant attaquée par le CNPA.

fares), clause classique pourtant attaquée par le CNPA.

- Le Conseil de la concurrence valide en outre l'objectif de pénétration minimale du marché imposé aux concessionnaires multimarkes, en l'occurrence par la société Honda.

L'obligation de pénétration de la marque supérieure à 80 % de sa part de marché moyenne en France, est justifiée, selon le Conseil, « par le souci d'éviter que des concessionnaires multimarkes se servent de Honda comme marque d'appel, tout en négligeant sa promotion ».

Et le Conseil d'ajouter : « la résiliation anticipée des contrats en cas de non-respect de cette pénétration répond ainsi à un objectif commercial légitime et n'apparaît pas anticoncurrentielle ».

La décision est là aussi classique mais il est à noter que le Conseil n'a pas eu à se pencher sur la validité d'une telle clause dans un contrat monomarque.

\* \* \*

Le Conseil de la concurrence se penche ensuite sur l'une des principales critiques portées par le CNPA à l'encontre des contrats des constructeurs de motocycles concernés, relatives aux conditions du cumul de la distribution exclusive et de la distribution sélective.

Cette analyse du Conseil est l'occasion pour lui de rappeler un certain nombre de principes qu'il est toujours intéressant de garder à l'esprit.

Le Conseil de la concurrence rappelle ainsi clairement :

« En tant que telle, une sélection des revendeurs auxquels peuvent vendre les membres d'un réseau de distribution exclusive de motocycles et une responsabilité territoriale particulière pour les membres d'un réseau de distribution sélective apparaissent peu restrictives de concurrence et répondent aux critères habituels d'exemption. »

A la critique portée par le CNPA à l'encontre de la possibilité d'interdire la revente hors

réseau dans les contrats de distribution exclusive, le Conseil répond de manière logique qu'à partir du moment où l'on accepte le cumul entre la distribution sélective et la distribution exclusive, on doit bien évidemment admettre que peut être alors interdite la revente à des distributeurs non agréés, à la condition par ailleurs que la liberté des ventes actives et passives soit entièrement respectée.

Sur la base de ces mêmes principes, le Conseil de la concurrence valide de manière corollaire la possibilité pour le fournisseur de prévoir un territoire dans ses contrats de distribution sélective, correspondant en fait à l'octroi d'une zone géographique particulière où le distributeur doit être actif.

A partir du moment où ni les ventes passives, ni les ventes actives ne sont restreintes, de telles dispositions ne présentent pas un caractère anticoncurrentiel.

Toujours dans cette logique du cumul entre la distribution exclusive et la distribution sélective, le Conseil de la concurrence valide en outre la clause d'intuitu personae contenue dans ce type de contrat en ajoutant, non seulement que la limitation du nombre de distributeurs agréés parmi les candidats remplissant les critères qualitatifs posés pour l'entrée dans le réseau de distribution satisfait aux conditions d'exemption, mais également que :

*« L'existence d'un intuitu personae dans le choix entre deux candidats remplissant les critères qualitatifs requis pour intégrer un réseau de distribution dans de telles conditions ne remet pas non plus en cause le bénéfice d'une telle exemption. »*

Ainsi, le Conseil de la concurrence valide le fait qu'« *in fine* », le choix du concédant dans les contrats cumulant distribution exclusive et distribution sélective puisse se faire en fonction de critères relevant du simple *intuitu personae*.

A l'appui de cette position, le Conseil de la concurrence estime qu'il : « *est justifié sur le plan économique et commercial pour un fournisseur qui recourt à un réseau spécialisé pour distribuer ses produits de veiller à ce que son réseau de distribution soit convenablement dimensionné par rapport aux conditions de confrontation de l'offre et de la demande et qu'il est également justifié dans le cadre de relations d'affaires, lorsqu'un choix est à faire entre deux candidats remplissant les mêmes critères objectifs, de tenir compte de considérations subjectives* ».

Par ailleurs, au rang des principes importants rappelés par le Conseil de la concurrence, se place la liberté pour le fournisseur d'organiser la distribution de ses produits de manière différente « *selon les pays ou régions : dans certains, selon les principes d'une distribution sélective, dans d'autres selon celui d'une distribution purement exclusive* ».

Le Conseil s'appuie pour cette démonstration sur la brochure explicative de la Commission Européenne portant sur le règlement CE n°1400/2002 en date du 31 juillet 2002, concernant la distribution dans le secteur automobile.

Le Conseil de la concurrence déduit de cette brochure explicative qu'un fournisseur est en droit d'interdire les ventes actives de ses distributeurs « *sélectifs* » vers les territoires concédés à des distributeurs « *purement exclusifs* » lorsque les deux principes sont utilisés parallèlement selon les zones.

Sur cette base, le Conseil valide une disposition du contrat de distribution sélective Honda prévoyant que le concessionnaire pourra réaliser des ventes à l'extérieur de son territoire, à l'exception de ventes à destination des clients institutionnels réservés au concédant et des reventes dans des pays hors espace économique européen (EEE).

Le Conseil estime en effet, ce qui n'est pas sans intérêt, que l'on doit considérer la clientèle institutionnelle que Honda s'est réservée ainsi que les clients situés dans les zones hors EEE « *comme faisant l'objet d'un système de distribution « purement exclusif » existant à côté d'un système de distribution sélective choisi pour les autres clients (même si ce dernier est lui-même associé à un principe de distribution exclusive)* ».

Le Conseil de la concurrence s'est en outre penché sur les conditions d'octroi des primes dans le système organisé par Honda et constate que dans ce système, les ventes hors territoires concédés sont comptabilisées au bénéfice du concessionnaire présent sur le territoire du client et non au bénéfice de celui qui les a réalisées.

Le CNPA considérerait de son côté qu'un tel système visait à rendre fictive la liberté du concessionnaire de vendre hors de son territoire, ce qui constituait selon lui une restriction concurrentielle caractérisée.

Le Conseil ne suit pas le CNPA dans cette voie, estimant que le fait que ces ventes hors territoire ne donnent pas lieu à primes

au bénéfice de celui qui les a réalisées ne signifie pas pour autant qu'elles sont restreintes, en dehors de toute preuve complémentaire.

Enfin, le Conseil valide les clauses de localisation dans des termes extrêmement clairs en précisant :

*« La localisation du lieu physique de vente dans un réseau de distribution exclusive ou sélective répond à un souci légitime du fournisseur de pouvoir contrôler la densité et la répartition géographique de son réseau. C'est pourquoi les clauses d'interdiction de revente à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ne font pas perdre le bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par le règlement n°2790/1999. »*

\* \* \*

C'est donc l'essentiel des critiques formulées par le CNPA à l'encontre des contrats des principaux constructeurs de motos qui ont été rejetées par le Conseil de la concurrence, à l'exception toutefois d'une clause de non-concurrence post-contractuelle contenue dans les contrats de distribution de Suzuki en vigueur de 2001 à 2003.

Rappelant les conditions de validité de ce type de clause telles que prévues par l'article 5.b du règlement 2790/1999, le Conseil de la concurrence constate que le critère relatif au caractère indispensable à la protection

d'un savoir-faire n'était en l'espèce pas rempli, en particulier dans le contrat visé puisqu'il s'agissait d'un contrat multimarques, le concessionnaire vendant dans ce contexte déjà, en cours de contrat, des produits concurrents de ceux de Suzuki.

La clause en question est donc apparue au Conseil de la concurrence comme une *clause « sanction »* visant à dissuader les distributeurs de quitter de leur propre chef le réseau de Suzuki.

Le Conseil en déduit que cette clause ne peut pas bénéficier de l'exemption prévue par le règlement n°2790/1999 et qu'elle ne pouvait pas non plus relever d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 81 § 3 du traité UE ou de l'article L.420-4 du Code de commerce.

Ayant donc enfreint les articles 81 § 1 du traité UE et L.420-1 du Code de commerce, la société Suzuki s'est vue infliger une amende de **100 000 euros**, relativement modeste, compte tenu du fait que la clause en question avait ensuite disparu des contrats de distribution mis en place par la société Suzuki à compter de 2004.

On en retiendra qu'un fournisseur ou concédant devra toujours veiller à pouvoir justifier de la protection d'un savoir-faire concret et réel s'il veut imposer à son distributeur une clause de non-concurrence post-contractuelle.

## Coopération commerciale, contrats de mandat, avoirs et lots virtuels : attention aux malentendus !

Par Thomas Lamy

Dans le contexte normatif introduit par la loi « Dutreil » du 2 août 2005, la prise en charge par le fournisseur du coût des opérations promotionnelles destinées aux consommateurs peut être formalisée de deux manières, c'est-à-dire, soit au travers d'un contrat de coopération commerciale, soit par le moyen d'un contrat de mandat de droit commun.

A ce propos, la circulaire « relative aux relations commerciales » du 8 décembre 2005 rappelle ce qui suit :

*« Les nouveaux instruments promotionnels recouvrent plusieurs formes ; ils font l'objet soit d'un contrat de mandat par lequel le fournisseur consent au consommateur un avantage financier dont le distributeur fait l'avance à l'occasion du passage en caisse, soit d'un contrat de coopération commerciale. »*

Dans la mesure où la même circulaire rappelle par ailleurs que :

*« Les avantages financiers qui sont octroyés dans le cadre de contrat de mandats et qui sont le vecteur d'une relation directe entre le fournisseur et le consommateur, ne relèvent ni des relations nouées en application de l'article L.411-6 du Code de commerce, ni de la coopération commerciale, ni des services distincts »,*

on pourrait donc croire que la ligne de démarcation juridique établie entre les contrats de services, d'une part, et les contrats de mandat, d'autre part, permettrait d'éviter toute confusion, s'agissant des budgets en cause.

Tel n'est cependant pas toujours le cas et, dans les faits, on constate parfois, notamment à l'occasion de la réalisation d'opérations portant sur des lots virtuels, des malentendus, qui proviennent la plupart du temps, non seulement d'une insuffisance rédactionnelle des contrats en cause, mais aussi et plus fondamentalement d'une incertitude quant à la qualification des mécanismes juridiques concernés.

On peut ainsi, à titre d'exemple, envisager le cas d'école suivant : dans le domaine des produits de grande consommation, un fournisseur et un distributeur conviennent de mettre en place une opération promotionnelle au terme de laquelle le consommateur bénéficie,

lors de son passage en caisse, d'« un produit gratuit pour deux produits achetés ».

On peut tout d'abord prévoir que, dans le cadre de cette opération, le fournisseur mettra à la disposition du distributeur un certain nombre de produits gratuits lui permettant de réaliser l'opération : le plus souvent, la gratuité des produits en cause se traduira par l'octroi d'un avoir au distributeur. Dans ce cas, le fournisseur n'est pas mandataire et n'est donc pas directement partie à l'opération promotionnelle.

Selon une seconde hypothèse, il peut être prévu que le fournisseur mandate effectivement le distributeur afin qu'il rembourse une (ou plusieurs) unité(s) de produit lors du passage en caisse du consommateur. À l'issue de l'opération, le distributeur, comme tout mandataire, présentera un relevé des sommes exposées au nom et pour le compte du fournisseur afin d'en obtenir à son tour le remboursement. Dans cette seconde hypothèse, le remboursement opéré ne peut être qualifié d'avoir, dès lors que, sur le plan de la technique comptable et juridique, l'avoir suppose l'annulation d'une opération de vente, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce.

Le problème, en l'occurrence, provient du fait que le fournisseur et le distributeur sont, par ailleurs, convenus des termes d'un contrat de coopération commerciale (dans le but, par exemple, d'organiser la réalisation d'une tête de gondole ou la diffusion d'un prospectus), prévoyant une rémunération assise sur le chiffre d'affaires hors taxes net réalisé par le fournisseur avec le distributeur au titre de la vente des produits concernés.

Dans la mesure où, dans la majorité des cas, le contrat de coopération commerciale ne stipule pas expressément le fait que cette assiette de calcul sera réduite du montant des sommes remboursées au distributeur dans le cadre d'éventuelles opérations sous mandat, le fournisseur, dans notre seconde hypothèse, sera contractuellement tenu de verser à son distributeur des budgets de coopération commerciale déterminés en fonction d'un chiffre d'affaires fictif, dès lors qu'en l'occurrence un tiers du chiffre d'affaires aura été purement et simplement annulé à la suite de la réalisation des opérations sous mandat et du recouvrement subséquent des sommes avancées à ce titre.

Dans ce contexte, il conviendrait que les interlocuteurs concernés veillent à préciser, en début d'année, les modalités de calcul des rémunérations dues au titre des contrats de coopération commerciale et des services distincts ou, demain, au titre des futurs contrats de partenariat ou contrats uniques, ou qu'ils

procèdent aux pondérations nécessaires, afin d'en exclure les budgets promotionnels qu'ils envisagent de consacrer aux mécanismes relevant des opérations sous mandat : une semblable précision pourrait, par ailleurs, figurer dans les conditions générales de vente du fournisseur.

---

## Contrefaçon de dessins et modèles : moyens de preuve

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

---

Lorsque le titulaire d'un modèle déposé constate qu'un tiers se livre à des actes de contrefaçon de son modèle, il lui appartient, afin de pouvoir efficacement agir en contrefaçon à l'encontre du contrefacteur, de se ménager la preuve de l'infraction.

Si l'on songe immédiatement à faire pratiquer une saisie contrefaçon, un tel préalable n'est cependant nullement exigé par la loi, le demandeur en contrefaçon étant libre d'établir l'existence des actes de contrefaçon par d'autres moyens de preuve.

Plusieurs moyens, de complexité et coût divers, s'offrent en effet à la victime d'actes de contrefaçon de modèle :

– le plus simple consiste à produire des documents publicitaires illustrés (catalogues, annonces, etc.) afin de les comparer aux documents identifiant le dessin ou le modèle revendiqué. Il sera important que l'ensemble de ces documents soit daté afin de vérifier les antériorités.

– Il peut également être procédé à un constat d'achat : cela revient à solliciter la présence d'un huissier, laquelle n'a cependant pas à être autorisée par un juge. En effet, l'huissier demeure à l'extérieur du magasin dans lequel un objet contrefaisant est commercialisé et attend que la personne qui aura procédé à l'achat dudit objet sorte du magasin avec l'objet et la preuve d'achat. L'huissier dresse alors un procès-verbal de constat d'achat.

– Il peut ensuite être diligenté une procédure sur le fondement de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile afin de se ménager avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Le juge saisi peut ordonner des mesures d'instructions (production de documents par un tiers, constat, etc.) en référé, ce qui suppose une procédure contradictoire et, par voie de conséquence la présence du contrefacteur, ou sur requête (procédure non contradictoire) à condition toutefois de justifier de circonstances qui exigeraient que les mesures ne soient pas prises contradictoirement.

L'avantage d'une telle procédure est qu'elle ne soumet pas la victime de la contrefaçon à la nécessité d'agir au fond dans des délais très brefs, contrairement à la saisie contrefaçon.

– Enfin, il est possible de recourir à une saisie contrefaçon qui représente tout à la fois un moyen de preuve efficace mais également parfois une procédure dissuasive pour un contrefacteur ou un client du contrefacteur.

Une telle saisie contrefaçon de dessins et modèles est diligentée sur le fondement de l'article L.521-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Les opérations de saisie proprement dites doivent faire l'objet, au préalable, d'une autorisation donnée, sur présentation par le titulaire des droits d'une requête, par le Président du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel la saisie est envisagée. La procédure d'autorisation par voie de requête étant unilatérale, la confidentialité de la saisie est préservée jusqu'au moment où l'huissier se présentera au lieu où la saisie doit être pratiquée.

La saisie peut avoir une étendue variable selon qu'elle sera simplement descriptive (l'huissier décrivant alors la présence et la nature des objets contrefaisants) ou réelle. La saisie réelle consiste, après avoir décrit

l'objet contrefaisant, à l'emporter. Le saisi est alors dépossédé de l'objet contrefaisant.

Le Président du Tribunal de grande instance peut autoriser le requérant à assister aux opérations de saisie, il peut également prévoir que l'huissier sera assisté d'un expert pour l'aider à procéder à la description des objets saisis, ou d'un conseil en propriété industrielle.

Une procédure en contrefaçon doit être diligentée dans un délai de quinze jours à compter de la saisie. A défaut, la saisie contrefaçon sera nulle de plein droit. La nullité de la saisie pratiquée n'entache cependant pas la procédure en contrefaçon diligentée mais aura pour effet de priver le demandeur à l'action en contrefaçon d'un moyen de preuve.

A côté de cette saisie contrefaçon propre aux dessins et modèles qui ont fait l'objet d'un dépôt, il existe une saisie contrefaçon fondée sur les articles L.332-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, relatifs à la contrefaçon de droits de propriété littéraire et artistique.

Or, une œuvre, si elle remplit les critères propres à chaque type de protection, peut tout à la fois être protégée sous l'angle des dessins et modèles (si elle est nouvelle et possède un caractère propre) et sous l'angle du droit d'auteur (si elle est originale).

Dès lors, la procédure de saisie contrefaçon peut être utilisée dans l'hypothèse d'une contrefaçon de dessins et modèles, notamment quand ces derniers n'ont pas fait l'objet d'un dépôt à condition toutefois qu'ils présentent une originalité.

Une telle procédure de saisie s'avère plus simple que la saisie contrefaçon propre aux dessins et modèles déposés.

Elle permet de requérir un commissaire de police ou à défaut un juge d'instance afin qu'il saisisse les exemplaires constituant une reproduction illicite de l'œuvre.

La demande de saisie peut également être présentée au président du Tribunal de grande instance par voie de requête.

Les pouvoirs du Président sont étendus puisqu'il peut ordonner, outre la saisie des objets contrefaisants, par exemple, la suspension de la fabrication ou la saisie des recettes réalisées.

Le Code de la propriété intellectuelle prévoit que faute par le requérant de saisir la juridiction compétente d'une action en contrefaçon, dans les trente jours de la saisie, la mainlevée de la saisie pourra être ordonnée à la demande du saisi ou du tiers saisi.

Contrairement à la saisie pratiquée sur le fondement de l'article L.521-1 du Code de la propriété intellectuelle, la saisie diligentée au visa des articles L.332-1 et suivants n'encourt pas la nullité en cas de non respect du délai de 30 jours. Le saisissant s'expose simplement à ce que la mainlevée ou le cantonnement de la saisie soit obtenu.

Ainsi, un arsenal de moyens de preuve s'offre à la victime d'actes de contrefaçon de dessins ou modèles dont elle titulaire, certains moyens de preuve pouvant s'avérer non seulement efficaces en termes de démonstration de l'existence même d'actes de contrefaçon, mais également en termes de pression exercée sur le contrefacteur en vue de la cessation des actes de contrefaçon, notamment lorsque la saisie sera pratiquée non pas dans les locaux du contrefacteur mais chez l'un de ses clients.

---

## Paris, 5 juillet 2007 : la rupture brutale surprise

Par Erwan Le Morhedec

---

Une rupture brutale de relations commerciales est évidente lorsqu'un courrier est adressé à la victime de la rupture, elle l'est moins quand cette rupture se matérialise par l'arrêt des commandes et qu'il faut à la victime un certain temps pour se rendre compte du caractère irréversible de la situation.

Il est encore un autre mode de rupture de relation commerciale, qui peut être de nature à surprendre **jusqu'à l'auteur même de la rupture** : la modification unilatérale des conditions commerciales.

La décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 5 juillet 2007, outre des problèmes de preuve qui ont empêché la société Fauchon de démontrer l'existence d'impayés, et la victime de la rupture d'établir l'ampleur de son préjudice, rappelle que les relations commerciales concernées par l'article L.442-6-I.5) du Code de commerce ne sont pas nécessairement des « *relations contractuelles* », mais qu'il peut s'agir de simples courants d'affaires et en tout état de cause elles n'ont pas à être nécessairement « *mises en forme dans un contrat écrit* ».

Cet arrêt est surtout intéressant en ce qu'il fournit une illustration d'une rupture des relations commerciales établies par modifications des conditions commerciales.

En effet, la société Fauchon a exigé soudainement, selon les termes de l'arrêt, de son partenaire économique qui lui passait des com-

mandes non seulement pour son compte mais également pour le compte de sociétés tierces, qu'il passe par le pré-paiement des commandes, ce qu'elle justifiait précisément par les impayés dont elle n'a pas pu rapporter la preuve.

Or, ce changement de conditions commerciales s'est avéré suffisamment déterminant et lourd de conséquence pour son partenaire pour que la Cour d'appel considère qu'il y avait là une rupture de relations commerciales.

C'est ainsi qu'elle a indiqué que « *Fauchon, en exigeant soudainement le pré-paiement des commandes ce qui, en privant Lux Caraïbes de la possibilité de différer le paiement de son fournisseur jusqu'au moment où elle-même avait perçu le prix de la revente, revenait à imposer unilatéralement une modification radicale des pratiques antérieures mettant sa partenaire dans l'impossibilité d'entretenir son courant d'affaires et donc à rompre sans préavis écrit des relations commerciales établies* ».

Supposé avérée l'explication avancée, mais non prouvée par Fauchon, de l'existence d'impayés, cette décision de la Cour d'appel de Paris, vient souligner la nécessité de prendre soigneusement en compte les conséquences d'une modification des conditions de la relation commerciale avec un partenaire.

## Marchés publics du Domaine royal de Versailles : Une nouvelle illustration de la condamnation par le Conseil de la concurrence des pratiques d'échange d'informations, préalable au dépôt d'offres, en matière de marchés publics.

Par Benoît Laurin

Par une décision n° 07-D-29 en date du 26 septembre 2007 « relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée du domaine national de Versailles », le Conseil de la concurrence a sanctionné – une nouvelle fois – une entente pour échange préalable d'informations, lors d'appels d'offres initiés par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles pour des travaux d'installation et de maintenance du réseau électrique du château et de ses dépendances.

Le Conseil de la concurrence rappelle à l'occasion que ces pratiques sont :

*« graves par nature, puisque seul le respect des règles de concurrence dans ce domaine garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public ».*

Il était en particulier fait grief à deux sociétés – la SNEF et la SVEE – d'avoir « échangé des informations sur le contenu et les prix de leurs offres préalablement au dépôt des offres ».

Ces deux sociétés avaient en effet déposé des offres identiques qui avaient été en conséquence rejetées par l'établissement public du musée et du domaine national de Versailles, maître d'ouvrage.

Ces deux sociétés ne contestaient pas l'échange d'informations et avaient reconnu que « cette identité des prix ne pouvait s'expliquer que par la copie de l'offre d'une des deux sociétés par l'autre, pour faire sa propre proposition ».

Elles avaient cependant fait valoir pour leur défense un certain nombre de moyens que le Conseil de la concurrence rejette en se fondant sur des décisions antérieures et des arrêts de la Cour d'appel de Paris, mais qu'il reste intéressant de rappeler :

– Le SNEF faisait valoir le fait que « la pratique a eu pour origine l'action isolée de l'un de ses salariés, ancien dirigeant de la STEIF qui, ayant intégré l'entreprise

*depuis quelques mois, n'était pas encore familiarisé avec la politique de respect des règles de concurrence du groupe et avait tendance à agir en dehors des directives de sa hiérarchie ».*

Le Conseil de la concurrence rappelle que « le fait que l'échange d'informations et la coordination des offres aient procédé d'initiatives individuelles de salariés, agissant dans le cadre de leurs fonctions, est sans influence sur la qualification de la pratique »<sup>1</sup>.

Le Conseil de la concurrence rejette donc le moyen dans la mesure où l'échange d'informations auquel il a été procédé a été accompli dans l'exercice des fonctions de ce salarié au sein de l'entreprise.

– Les entreprises soulevaient par ailleurs le caractère « ponctuel » de la pratique, arguant de son « absurdité », « le fait de déposer deux offres strictement identiques ne [pouvant] en effet qu'aboutir à leur rejet ».

Les sociétés relevaient que l'échange d'informations avait à ce titre été mal « exploité ».

Le Conseil de la concurrence rappelle que :

*« pour être prohibé au sens de l'article L.420-1 du code de commerce, il suffit qu'un échange d'informations préalable au dépôt de soumission à un appel d'offres ait pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ».*

Et que :

*« l'absence d'effet ne retire pas aux pratiques leur caractère anticoncurrentiel »<sup>2</sup>.*

La non prise en compte par le Maître d'ouvrage des deux offres déposées par la

1) Référence est faite à sa décision n° 02-D-37 du 14 juin 2002, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz.

2) Référence est faite à plusieurs décisions de cours d'appel : Cour d'appel de Paris, 13 mars 1991 : sociétés Demouy & Guerra Parcy ; 12 décembre 2000 : SNC société SOGEA Sud-Est.

SNEF et la SVEE et le fait que d'autres soumissionnaires, dont l'attributaire du marché, aient présenté des offres mentionnant des prix inférieurs, ne sont pas pour le Conseil « *de nature à retirer à la pratique son objet anticoncurrentiel* », car l'identité des offres « révèle avec certitude l'échange d'informations ».

Les entreprises soulevaient également l'absence de préjudice subi par le maître d'ouvrage.

Le Conseil de la concurrence rappelle que l'existence ou non d'un préjudice est « *de la même façon sans incidence sur l'affectation de l'ordre public économique* »<sup>3</sup>.

L'absence de préjudice est donc sans influence sur la qualification de la pratique.

**Le fait pour les entreprises SNEF et SVEE d'avoir échangé des informations sur le montant de leurs offres préalablement au dépôt de celles-ci constitue donc bien une pratique prohibée par les dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce.**

\* \* \*

La société SNEF et sa filiale, la société SN STEIF, avaient par ailleurs, chacune, déposé leur candidature pour répondre aux appels d'offres restreints lancés pour les marchés de maintenance et de mise en sécurité ouverts par l'établissement public du musée du domaine national de Versailles.

La société SNEF avait repris les actifs de la société STEIF dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire et avait constitué avec ces actifs une nouvelle société dénommée SN STEIF.

Une seule offre avait été ensuite déposée par la société mère du groupe, la société SNEF.

Les entreprises faisaient valoir que la SN STEIF, qui succédait ainsi à la STEIF, avait une bonne expérience des marchés de travaux sur le site du château de Versailles, mais qu'elle risquait de voir sa candidature écartée pour des raisons administratives, compte tenu de sa constitution récente.

(3) Référence est faite à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1999, SA société Languedocienne de travaux publics et de génie civil (Solatrag).

Le Conseil de la concurrence constate, « *compte tenu des interactions entre la procédure collective de la société STEIF et les appels d'offres* », que :

*« dès lors, il peut être admis que par mesure de précaution, et dans le cadre d'une politique de groupe visant à répondre à un appel d'offres dans des conditions techniques et financières intéressantes pour le maître d'ouvrage, deux candidatures ont été présentées par la société mère et sa filiale pour n'aboutir qu'à une seule offre ».*

Le Conseil de la concurrence constate ainsi l'absence d'objet anticoncurrentiel.

Mais il relève également l'absence d'effet anticoncurrentiel dans la mesure où la SNEF a finalement déposé les meilleures offres en termes de prix « *la première au niveau du montant minimal estimé par le maître d'ouvrage, la seconde y étant même inférieure* ».

Pour cette raison le Conseil de la concurrence dénie l'existence d'une entente prohibée entre ces deux sociétés.

\* \* \*

A noter enfin que la société SNEF avait déjà fait l'objet d'une condamnation pour entente horizontale en matière de marchés publics, par une décision antérieure du Conseil de la concurrence n° 03-D-10 du 20 février 2003 « *relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille* ».

Dans le cadre de cette procédure, il avait été fait recours à la toute nouvelle procédure – à l'époque – d'engagements de l'article L.464-2- III du Code de commerce, aux termes de laquelle, l'entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, voit le montant maximum de la sanction qu'elle encourt, réduit de moitié.

La société SNEF avait en particulier souscrit les engagements suivants :

- « *ne procéder à aucune concertation anticoncurrentielle avec [ses] concurrents dans le cadre d'appel d'offres publics ou privés* » ;
- « *rappel[er] systématiquement les termes et l'importance de cet engagement à tous les responsables et à tous [les] salariés qui seraient susceptibles de se trouver en contact avec [ses] concurrents* » [...] » ;

- « lorsqu'elle répond à un appel à la concurrence à fournir, avec [son] offre, systématiquement, la liste des entreprises avec lesquelles elle[s] [ont] pu être en contact, notamment dans le cadre d'un projet de groupement ou dans le cadre d'un projet de sous-traitance allant au-delà d'un premier contact sur la possibilité d'un tel projet ».

Elle avait par ailleurs accepté un programme dit de « *compliance* » : organisation de formations spécifiques sur les règles de concurrence destinées aux salariés responsables des marchés au sein de l'entreprise, rappel aux salariés concernés du fait que la participation à une pratique anticoncurrentielle constitue une faute grave susceptible d'entraîner le licenciement de son auteur, reprise des instructions dans les délégations de pouvoirs, mises à jour chaque année, etc.

La répétition des pratiques dans l'affaire des marchés publics d'installation électrique lancés par l'établissement public du musée du

domaine national de Versailles aurait ainsi pu constituer un facteur aggravant dans la détermination du montant de la sanction.

Toutefois, le Conseil de la concurrence relève que la répétition « ne peut être retenue comme facteur aggravant en l'espèce car les seules pratiques anticoncurrentielles établies par la présente décision sont en toute hypothèse antérieures à la décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 ayant condamné la société SNEF pour entente entre soumissionnaires à un appel d'offres ».

Seul le fait que les pratiques aient été antérieures à la précédente condamnation permet ainsi à l'entreprise d'échapper à une aggravation de la sanction, qui s'élève néanmoins à la somme de 1 700 000 euros<sup>4</sup> !

(4) Après une sanction réduite à 1 061 500 euros (la moitié de 2 123 000 euros) prononcée dans l'affaire n° 03-D-10 du 20 février 2003 « relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille ».

# L'obligation d'intégrer des messages sanitaires dans les publicités pour les produits alimentaires

Par *Eléonore Camilleri*

Les messages sanitaires tels que : « *Pour votre santé, mangez au moins cinq fruits et légumes par jour* » font désormais partie du quotidien et abondent sur les affiches publicitaires, à la télévision, à la radio ou encore sur Internet.

En effet, depuis le 1<sup>er</sup> mars 2007, date d'entrée en application du dispositif de la loi de santé publique du 9 août 2004, les publicités pour les produits alimentaires doivent, à l'instar des publicités sur l'alcool ou des paquets de cigarettes, comporter un message d'avertissement sanitaire.

L'objectif proclamé de ce dispositif, qui se compose de la loi du 9 août 2004, du décret d'application du 27 février 2007 et de l'arrêté du même jour, est d'améliorer l'équilibre alimentaire et de lutter contre l'obésité.

A défaut d'intégrer une telle information à caractère sanitaire dans leurs messages publicitaires et promotionnels, les annonceurs doivent s'acquitter d'une taxe de 1,5 % de leurs dépenses de publicité au profit de l'INPES<sup>5</sup>, qui doit utiliser le produit de cette taxe pour organiser des actions d'information et d'éducation nutritionnelle.

Une analyse pratique de ces nouvelles dispositions s'impose donc.

## → Les produits concernés

C'est le produit présenté dans la publicité qui détermine l'application de l'article L.2133-1 du code de la Santé Publique, qui codifie le dispositif mis en place par la loi du 9 août 2004.

Or, ledit champ d'application est très large puisque cet article dispose que :

*« Les messages publicitaires en faveur de boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse ou de produits alimentaires manufacturés doivent contenir une information à caractère sanitaire [...] »*

Il ressort de cette disposition que la très grande majorité des aliments ou des boissons

est concernée. Il s'agit des boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse et les produits alimentaires manufacturés, c'est-à-dire des produits préparés avec des ajouts ou ayant subi une transformation de leur substance.

Les quelques boissons et aliments exclus de cette mesure sont les suivants :

- le thé, le café, les tisanes, la chicorée, les jus de fruits et le lait (si ces produits sont sans ajout de sel, sucre ou d'édulcorant de synthèse) ainsi que les boissons alcoolisées pour lesquels la Loi « *Evin* » prescrit un message particulier ;
- les produits « *bruts* » ou emballés tels les fruits et légumes, œufs, épices et aromates ;
- les produits justes découpés ou hachés (viande fraîche ou poisson), congelés ou surgelés et/ou mis en conserve sans aucun ajout hormis de l'eau.

## → Les messages publicitaires visés

L'article L.2133-1 du code de la Santé Publique vise de façon très générale « *les messages publicitaires* » sans préciser ce que recouvre ce terme.

Toutefois, les Directions Générales de la Santé et de l'Alimentation ont publié une « *Note relative à l'information à caractère sanitaire devant accompagner les messages publicitaires ou promotionnels en faveur de certains aliments et boissons* », qui apporte des précisions quant au dispositif mis en place par la loi du 9 août 2004.

*« Les messages publicitaires et promotionnels visés concernent tous les messages destinés à informer le public (information du consommateur) de l'existence et des qualités des produits alimentaires visés dans le but d'en augmenter les ventes. »*

La note précise par la suite que :

*« Il ressort des débats parlementaires que la mesure législative ne vise que les messages publicitaires au sens strict, c'est-à-dire ceux dont la vocation publicitaire est le caractère premier et qui*

(5) Institut national de prévention et d'éducation pour la santé.

*sont diffusés par des canaux dont l'usage est essentiellement publicitaire ou promotionnel. Elle ne vise pas l'information liée à la vente des produits, ni celle diffusée lors des manifestations telles que les fêtes et foires locales ou traditionnelles.* »

L'administration estime ainsi que le texte ne vise que « *les messages publicitaires au sens strict* » et non « *l'information liée à la vente des produits* » ou la publicité dite « *institutionnelle* ».

Par conséquent, si l'on en croit cette note administrative, ne sont pas visées par le dispositif de la loi du 9 août 2004 : la publicité diffusée lors de manifestations (fêtes et foires locales et traditionnelles) ou dans le cadre d'opérations de parrainage<sup>6</sup>, ainsi que la publicité sur le lieu de vente.

Sur ce dernier point, la note précise que la mesure ne concerne ni les messages oraux diffusés sur le lieu de vente, l'emballage des produits et les imprimés qui y sont joints, les supports liés aux modalités de vente et de consommation (jeux, lots, coupons, bons d'achat, informations sur le prix modes d'emploi, dépliants, menus, recettes) ni les matériels utilisés pour la vente des produits (mobiliers, présentoirs, « *stops rayon* », vitrines, chariots...).

La note indique également que sont exclus les publications et les sites institutionnels des entreprises de producteurs ou distributeurs mais ce, à condition qu'ils ne comportent pas de publicité ou de promotion des produits. Cette exception est à manier avec prudence car la limite est parfois très ténue entre une publicité institutionnelle pour le fabricant lui-même et une publicité pour ses produits.

Il convient enfin de souligner que si la note de l'administration ne lie pas les tribunaux, qui pourraient avoir une perception plus extensive du champ d'application de l'article L.2133-1 du code de la Santé Publique, il demeure peu probable que des poursuites soient engagées par la DGCCRF ou l'administration fiscale dans une hypothèse où la note exclurait l'application des dispositions du texte précité.

(6) Ces opérations n'ayant pas pour objet de stimuler la vente d'un produit en particulier, mais de promouvoir un nom, une marque, une image, des activités ou des réalisations.

## ➔ Les supports concernés

S'agissant des messages publicitaires visés par la réglementation, la note indique que :

*« La mesure concerne les grands vecteurs de publicité, à savoir les médias (la télévision, la radio, l'Internet, l'affichage, la presse écrite, les téléphones mobiles et le cinéma) en tant que supports de publicité donnant lieu à achats d'espaces des annonceurs.*

[...]

*La même obligation d'information s'impose à toute promotion, destinée au public, par voie d'imprimés et de publications périodiques édités par les producteurs ou distributeurs de ces produits. »*

Autrement dit, tous les supports publicitaires et promotionnels destinés à informer le public – la télévision, la radio, le cinéma, la presse écrite et Internet – sont visés. Les imprimés et publications périodiques des distributeurs et des producteurs sont également inclus.

S'agissant du champ d'application territoriale, l'article L.2133-1 du code de la Santé Publique prévoit que dans le cas des messages publicitaires télévisés ou radiodiffusés, la mesure ne s'applique qu'aux messages émis et diffusés à partir du territoire français et reçus sur ce territoire.

## ➔ Les informations sanitaires qu'il convient d'incorporer dans la publicité

L'arrêté du 27 février 2007 fixe les conditions relatives aux informations à caractère sanitaire devant accompagner les messages publicitaires ou promotionnels en faveur des aliments et des boissons.

Selon les dispositions de cet arrêté, la promotion des produits alimentaires doit comporter successivement et équitablement l'un des quatre messages suivants :

- « *Pour votre santé, mangez au moins cinq fruits et légumes par jour* »,
- « *Pour votre santé, pratiquez une activité physique régulière* »,
- « *Pour votre santé, évitez de manger trop gras, trop sucré, trop salé* »,
- « *Pour votre santé, évitez de grignoter entre les repas* ».

Deux messages supplémentaires ont été prévus pour les publicités à destination des enfants de moins de trois ans, à savoir :

« Apprenez à votre enfant à ne pas grignoter entre les repas », et « Bouger, jouer est indispensable au développement de votre enfant ».

En ce qui concerne les écrans publicitaires diffusés pendant les programmes « Jeunesse », les quatre premiers messages sanitaires susmentionnés peuvent être formulés en utilisant le tutoiement ou remplacés par les informations suivantes : « Pour bien grandir, mange au moins cinq fruits et légumes par jour », « Pour être en forme, dépense-toi bien », « Pour bien grandir, ne mange pas trop gras, trop salé, trop sucré » et « Pour être en forme, évite de grignoter dans la journée ».

Le message sanitaire doit être complété par la mention de l'adresse du site [www.mangerbouger.fr](http://www.mangerbouger.fr), lorsque la durée ou le format du message publicitaire le permet.

#### ➔ **La présentation des informations à caractère sanitaire**

L'arrêté du 27 février 2007 précise que :

*« Le message sera présenté d'une manière aisément lisible ou audible, respectueuse de sa vocation de santé publique et clairement distinguable du message publicitaire ou promotionnel ».*

La règle générale est que le message s'inscrive dans un espace horizontal, clairement distinct des autres textes mais pas forcément dans un bandeau.

Cet espace doit occuper au moins 7 % de la surface globale du support, sauf en cas d'alternatives permettant une meilleure adéquation au support ou au consommateur concerné.

Ces 7 % s'entendent de la taille de l'emplacement réservé au message lorsqu'il est clairement séparé ou de la taille des lettres s'il ne l'est pas.

Lorsque la publicité s'intègre à une campagne, l'annonceur doit veiller qu'à l'occasion de cette même campagne, chacune des mentions apparaisse sur une quantité égale de messages, avec une tolérance de plus ou moins 10 %.

Il existe ensuite des spécificités selon le vecteur de diffusion de la publicité concerné :

- Dans le cas de documents publicitaires ou promotionnels réalisés par un seul distributeur ou producteur, les informations à caractère sanitaire peuvent prendre la forme d'un texte d'éducation nutritionnelle présenté une seule fois sur le document et figurant en annexe du présent arrêté. Ce texte doit recouvrir au moins une demi-page au total.
- Pour les publicités diffusées à la télévision et au cinéma, le message sanitaire doit figurer dans un bandeau fixe ou défilant, maintenu durant toute la durée du spot et couvrant au moins 7 % de la hauteur de l'écran. Les annonceurs peuvent cependant choisir une diffusion de l'information sanitaire sur un écran suivant immédiatement le message publicitaire.
- A la radio, l'information à caractère sanitaire doit être diffusé oralement immédiatement après le message publicitaire.
- Pour les publicités diffusées sur Internet, l'information à caractère sanitaire doit apparaître en même temps que le message publicitaire et doit être, selon l'arrêté précité, « **accessible lors de la consultation du message publicitaire** », ce qui semble signifier qu'elle doit être maintenue pendant toute la diffusion de celui-ci. Il convient également de prévoir un renvoi vers l'adresse du site [www.mangerbouger.fr](http://www.mangerbouger.fr).

#### ➔ **Sanctions**

L'annonceur doit verser une contribution qui s'élève à 1,5 % des investissements nets dédiés aux publicités ne comportant pas de mentions sanitaires.

Il doit être en mesure de déterminer l'assiette de cette contribution et d'en justifier le montant lors de contrôles des agents de l'administration fiscale.

## Le Conseil de la concurrence sanctionne une entente de répartition de marchés intervenue sur le marché des câbles électriques à haute tension

Par Louis-Gabriel Masson

Dans une décision du 26 juillet 2007<sup>7</sup>, le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques de répartition de marché mises en œuvre par les fournisseurs d'EDF, en faisant une application modérément élémentaire de la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2 III du Code de commerce.

Le Conseil de la concurrence a sanctionné des pratiques concernant deux appels d'offres successifs lancés par EDF pour la fourniture de câbles électriques haute tension.

S'agissant du premier appel d'offres, EDF souhaitant mettre en concurrence ses principaux fournisseurs pour la fourniture de câbles électriques haute tension, elle a décidé de recourir à un système d'enchères électroniques en faisant appel aux services d'une place de marché établie aux Pays-Bas.

Les candidats agréés par EDF pouvaient sous-enchérir par rapport au prix de réserve du donneur d'ordre, en étant informés tout au long de l'enchère de leur rang et du prix moyen de la meilleure offre sans connaître l'identité de l'enchérisseur.

Or les candidats présélectionnés pour participer à cette procédure d'enchères électroniques se sont rencontrés à plusieurs reprises et ont échangé des informations concernant les prix présentés par chacune d'entre elles lors des enchères, afin de pouvoir toutes continuer à fournir leur principal acheteur de câbles électriques haute tension, EDF. Elles ont notamment mis au point et échangé des tableaux de simulation retraçant leur comportement afin de fixer les niveaux de prix et la séquence suivant laquelle elles devaient enchérir sur chacun des lots. Ces simulations ont été respectées à la minute près lors du déroulement des enchères.

S'agissant du deuxième marché, qui concerne la fourniture à EDF de câbles électriques haute tension d'une technologie plus récente, attribué selon une procédure d'appel d'offres négociée classique, les fournisseurs ont égale-

ment échangé des informations qui leur ont permis d'élaborer des simulations et de remettre des offres à EDF après s'être concertées.

Les parties n'ont pas contesté la réalité des griefs qui leur ont été reprochés et, conformément aux dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce, ont formulé des engagements à l'appui d'une demande de transaction, que le Rapporteur général du Conseil de la concurrence a acceptée.

Dans sa décision n°07-D-26, le Conseil de la concurrence insiste sur la particulière gravité des pratiques en cause. Il rappelle à ce titre qu'il considère les ententes de répartition de marchés comme des pratiques d'une « *extrême gravité* » et qu'elles sont « *injustifiables par nature* »<sup>8</sup>. Il estime également que la « *sophistication du mécanisme de l'entente mis en œuvre* » constitue une circonstance aggravante, tout comme le fait que l'entente a concerné deux marchés successifs, témoignant à son sens de la volonté des parties d'inscrire l'entente initiale dans la durée.

Arguant de la gravité de ces pratiques, le Conseil écarte toute discussion concernant le rôle d'EDF dans la répartition des volumes de fournitures entre ses différents fournisseurs, refuse de prendre en compte le faible préjudice causé à EDF du fait de ces pratiques pour quantifier le dommage à l'économie, et sanctionne lourdement les cinq sociétés poursuivies, en leur infligeant des amendes atteignant un montant global de 19,5 millions d'euros :

\* \* \*

Il ressort de cette décision que le Conseil de la concurrence inclut clairement les ententes horizontales dans le champ d'application de la procédure de transaction prévue par les dispositions de l'article L. 464-2 III du Code

(7) Conseil de la concurrence, décision n° 07-D-26, relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés de fourniture de câbles à haute tension.

(8) Point 108 de la décision : « les ententes ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en répartissant les marchés et en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché sont considérées comme injustifiables par nature. Ce caractère d'extrême gravité vaut aussi bien pour les ententes horizontales instantanées, qui peuvent se former pour répondre de manière concertée à un appel d'offres, que pour les cartels qui, de la même manière, permettent de piloter les comportements des offreurs sur la durée ».

de commerce (1), tout en précisant les conditions de réfaction des sanctions, prévues par ces mêmes dispositions (2).

### 1) Les pratiques constitutives d'ententes horizontales peuvent donner lieu à une procédure de transaction

Dans une décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007<sup>9</sup>, le Conseil de la concurrence avait laissé planer un doute sur la possibilité offerte à une partie mise en cause devant le Conseil pour des pratiques constitutives d'entente horizontale, de bénéficier de la procédure de transaction prévue par les dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce :

*« 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. »*

Considérant que les pratiques constitutives d'ententes horizontales anticoncurrentielles revêtaient une particulière gravité, le Conseil semblait conditionner la possibilité de faire usage de la procédure de transaction dans le cas de telles pratiques à l'existence de circonstances exceptionnelles.

En mettant en œuvre la procédure prévue au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans le cas de pratiques constitutives d'entente horizontale sur le marché de la fourniture de câbles haute tension à EDF, le Conseil semble revenir sur son exigence de circonstances exceptionnelles. La procédure de transaction semble donc pouvoir être sollicitée par toute partie mise en cause devant le Conseil de la concurrence, quelles que soient les pratiques dont elle s'est rendue responsable.

### 2) Le Conseil de la concurrence exige des engagements substantiels et vérifiables pour accorder une réduction de peine conséquente

Bien que le Conseil autorise les parties à une entente horizontale à bénéficier de la procédure de transaction, au vu de la motivation de la décision n°07-D-26 du Conseil de la concurrence, la réduction de sanctions que

pourront obtenir les parties bénéficiaires des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce ne semble pas pouvoir être importante !

En l'espèce, les entreprises mises en cause se sont engagées à former leur personnel et à sensibiliser leurs cadres et salariés aux règles du droit de la concurrence.

Alors que l'article L.464-2 III du Code de commerce prévoit que lorsqu'il est recouru à la procédure de transaction, « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* », le Conseil de la concurrence n'accorde aux parties en cause qu'une réduction de leur sanction de 10 %, en précisant que celle-ci est due au fait que la non-contestation des griefs a facilité le travail du Conseil<sup>10</sup> :

*« La renonciation à contester les griefs, qui a pour effet d'alléger et d'accélérer le travail de l'instruction en dispensant de la rédaction du rapport, notamment lorsqu'elle est choisie par l'ensemble des mis en cause, doit conduire en l'espèce à accorder aux entreprises en cause une réduction forfaitaire et limitée à 10 % de la sanction encourue. »*

En revanche, les engagements pris par les parties en cause, qui ont pourtant été négociés avec le Rapporteur général, sont jugés insuffisants par le Conseil, qui se montre plus généralement dubitatif sur la valeur des engagements qui pourraient être pris par une partie poursuivie pour des pratiques constitutives d'entente horizontale :

*« Au cas d'espèce, les engagements proposés se limitent à la formation du personnel et à la sensibilisation des cadres et salariés au respect des règles de concurrence. S'il est vrai que ce type d'engagements est celui qui est généralement proposé en matière d'ententes horizontales, pratiques pour lesquelles il est difficile d'imaginer des engagements pouvant, de manière significative, restaurer ex post le fonctionnement de la concurrence sur le marché, il n'en reste pas moins que de tels engagements, même s'ils ne sont pas dépourvus d'intérêt, ne sont pas de nature à apporter des améliorations, substantielles et vérifiables, au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques. C'est donc la contrepartie procédurale de la non-contestation qui doit être essentiellement prise en compte<sup>11</sup>. »*

(9) 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.

(10) Point 150 de la décision n° 07-D-26.

(11) Point 149 de la décision n° 07-D-26.

Cette décision confirme donc que le Conseil attend des entreprises souhaitant bénéficier de la procédure de transaction qu'elles lui proposent des contreparties substantielles dépassant de simples engagements de formation, permettant d'améliorer pour l'avenir, de manière vérifiable, le fonctionnement concurrentiel des marchés concernés.

A titre de comparaison, dans une décision récente concernant le secteur de la location-entretien du linge<sup>12</sup>, le Conseil a accordé une réduction de sanction de l'ordre de 30 % à des entreprises qui ont pris des engagements comportementaux visant à assurer la transparence

des réunions techniques nécessaires entre concurrents et à ne pas pénaliser le transfert de contrats d'un client à un concurrent.

Il est peu probable que le Conseil accorde à l'avenir des réductions de sanctions supérieures à 30 % à des entreprises bénéficiant de la procédure de transaction. En effet, l'espérance de gain attendu d'une procédure de transaction ne doit pas compromettre l'incitation à opter pour la procédure de clémence<sup>13</sup>, comme le Conseil a eu l'occasion de le préciser dans la décision précitée n°07-D-21, dans le secteur de la location-entretien du linge<sup>14</sup>.

(12) Conseil de la concurrence, décision n°07-D-21 du 26 juin 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

(13) Procédure prévue par les dispositions de l'article L. 464-2 IV qui permet à une entreprise dénonçant des pratiques constitutives d'entente, d'obtenir une exonération totale ou partielle de sanctions.

(14) Point 130 de la décision n°07-D-21 : « *le niveau des réductions de sanctions pécuniaires accordées dans le cadre du programme de clémence pour les demandeurs qui ne peuvent bénéficier de l'exonération totale doit rester plus incitatif que celui pratiqué dans le cadre de la non-contestation des griefs. L'espérance de gain doit nécessairement rester inférieure dans ce deuxième cas pour que les deux dispositifs soient cohérents et que l'incitation à opter pour la clémence soit préservée* ».

## **Le Conseil de la concurrence sanctionne un abus de position dominante sur le marché des infrastructures portuaires et du stockage des ports maritimes susceptibles d'accueillir des navires chargés de charbon dans la basse vallée de la Seine**

Par Clémence Ducros

Dans une décision du 13 septembre 2007, le Conseil de la concurrence a sanctionné le port autonome du Havre et la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre (CIPHA) à hauteur de 2 750 000 euros pour avoir abusé de leur position dominante respectivement sur le marché des infrastructures portuaires et celui du stockage des ports maritimes susceptibles d'accueillir des navires chargés de charbon dans la basse vallée de la Seine.

Le Conseil de la concurrence avait été saisi en 2001 par la Sogema qui reprochait au Port du Havre de lui appliquer un tarif double pour l'utilisation de ses installations par rapport à celui proposé à ses concurrents.

Le Conseil a établi, d'une part, que le port autonome, établissement public gestionnaire d'infrastructures portuaires, mettait en œuvre des tarifs différents pour l'utilisation de son outillage public de déchargement au terminal multivrac (MTV), selon que la manutention était confiée à la CIPHA, concessionnaire du terminal pour le stockage et à ses sous-traitants comme la SHGT ou, au contraire, aux concurrents de ces entreprises comme la Sogema (I) et, d'autre part, que la CIPHA proposait à ses clients des offres couplées liant le stockage et la manutention. (II)

- 1) L'application d'un tarif discriminatoire sur le marché des infrastructures portuaires destinées au charbon de la basse vallée de la Seine par le port du Havre

Le Conseil a, dans un premier temps, caractérisé la position dominante du port autonome du Havre sur le marché des infrastructures portuaires destinées au charbon de la basse vallée de la Seine. Ce dernier traite en effet 80 % des tonnages de charbon sur le marché de la basse vallée de la Seine alors que le port de Rouen en traite 20 %.

Le Conseil, a ensuite établi la discrimination tarifaire opérée par le port du Havre selon l'utilisateur de l'outillage public :

*« En appliquant de manière discriminatoire des tarifs de manutention qui ont eu pour effet de désavantager la SOGEMA dans la concurrence sur le marché de la manutention, voire de l'évincer, le port*

*autonome du Havre a commis un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code du commerce. »*

En effet, le port du Havre mettait en œuvre deux tarifs différents, un tarif public et un tarif spécifique moins élevé selon que la manutention était confiée soit à la CIPHA ou à ses sous-traitants, soit à une autre entreprise.

Une telle discrimination, fondée sur la qualité de l'intervenant et non sur l'utilisation effective des équipements, ne pouvait être justifiée par le souci de rendre le parc de stockage géré par la CIPHA plus attractif, ce qui ne dépend pas du manutentionnaire choisi.

Le Conseil a considéré que ces pratiques étaient d'autant plus graves, qu'elles émanaient d'un opérateur public chargé d'une mission de service public, dont les installations sont indispensables pour permettre aux entreprises de décharger des navires.

*« Ces pratiques sont graves car elles émanent d'un opérateur public chargé d'une mission de service public qui gère les outillages publics de déchargement des navires. Les chargeurs ne peuvent se passer de ces outillages s'ils doivent décharger du charbon sur le terminal MTV en vue d'un transbordement direct ou d'un stockage sur le parc de la CIPHA. Ils sont donc capifs de la politique tarifaire du port. »*

Le Conseil a donc condamné le port du Havre à une amende de 2 600 000 euros assortie d'une injonction de publication dans une édition de « Paris-Normandie » et dans le journal « L'Antenne ».

- 2) La pratique d'offres couplées liant le stockage et la manutention par la CIPHA sur le marché du stockage du charbon de la basse vallée de la Seine

La CIPHA, qui est en position dominante sur le marché du stockage du charbon de la basse vallée de la Seine (Elle détient, en effet, 81,5 % des capacités de stockages alors que la Sogema en détient 18,5 %), a utilisé cette position pour fausser la concurrence sur le marché connexe de la manutention, en

proposant à ses clients des offres couplées liant le stockage et la manutention.

Le Conseil a rappelé une jurisprudence constante selon laquelle *« lorsqu'un opérateur économique, en position dominante sur le marché d'un produit dit « liant », lie, de façon obligatoire, la vente de ce produit, considéré comme indispensable, à la vente d'un autre produit, dit produit « lié », cette pratique de couplage est, sauf circonstances particulières, constitutive d'un abus de cette position dominante. »*

La CJCE s'était également prononcée sur la pratique d'offres couplées, la considérant comme un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE :

*« ..., pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier- fut-ce à leur demande — des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; »<sup>15</sup>*

*« Constitue un abus [...] le fait, pour une entreprise détenant une position domi-*

*nante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise. »<sup>16</sup>*

En l'espèce, la CIPHA liait la location des installations de stockage sur lesquelles elle est en situation de position dominante à la vente d'une prestation de manutention en concurrence sur un marché connexe.

Les offres de facto couplées – entre la prestation de stockage et le service de manutention – qu'elle proposait, ont eu pour effet d'évincer du marché de la manutention la société Sogema, contrainte de payer pour la même prestation un tarif plus de deux fois supérieur à celui dont bénéficiaient la CIPHA et ses sous-traitants.

Le Conseil a considéré que ces pratiques n'étaient ni justifiées par la défense d'intérêts légitimes ni par une contribution au progrès économique au sens de l'article L 420-4 du Code de commerce.

Le Conseil a donc condamné la CIPHA à une amende de 150 000 euros assortie d'une injonction de publication.

(15) CJCE, 13 février 1979, Hoffmann La Roche/Commission européenne, 85/76, Rec. P 461.

(16) CJCE, 3 octobre 1985, CBEM/CLT et IPB, 311/84, Rec. p 3261.

---

## Brève sur l'arrêt Akzo et le « *legal privilege* »

Par Jean-Christophe Grall

---

Dans un arrêt du 17 septembre 2007 concernant les sociétés Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd, le TPICE a confirmé le principe selon lequel la protection accordée par le droit communautaire, au titre de la confidentialité des communications entre avocats et clients, ne s'appliquait que dans la mesure où les avocats étaient indépendants, c'est-à-dire non liés à leurs clients par un contrat de travail.

Le TPICE rappelle que cette exigence relative à la qualité d'avocat indépendant que doit être le conseil dont émane la correspondance susceptible d'être protégée procède d'une conception du rôle de l'avocat, considéré comme un collaborateur de la justice et appelé à fournir, en toute indépendance et dans l'intérêt supérieur de celle-ci, l'assistance légale dont le client a besoin.

Dans la précédente affaire AM & S, la Cour a expressément exclu les communications avec les juristes d'entreprise, à savoir les Conseils liés à leurs clients par « *un rapport d'emploi* », et donc la protection de la confidentialité.

Il ressort très clairement de la jurisprudence issue de l'affaire AM & S et aujourd'hui de l'arrêt Akzo que les juristes d'entreprise ne bénéficient pas du « *legal privilege* ».

Attention en conséquence aux communications internes à l'entreprise ; toute note ou tout mémo interne émanant d'un juriste d'entreprise peut donc être saisi par une autorité de concurrence et servir de « *pièce à conviction* » pour démontrer un éventuel comportement anticoncurrentiel.

Dans l'arrêt Akzo, le TPICE rappelle d'ailleurs que la protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients constitue une limitation à l'exercice par la Commission européenne de ses pouvoirs d'enquête et que ces pouvoirs s'exercent principalement dans le cadre de la lutte contre les infractions les plus graves à l'article 81-1 TCE, dont notamment les cartels de prix ou de répartition des marchés, ainsi que contre les infractions à l'article 82 TCE.

Et la modernisation du droit de la concurrence communautaire, ayant certes induit l'abandon du système de notification et, par conséquent, l'attribution a contrario aux entreprises, par le règlement n°1/2003, de

responsabilités plus étendues dans l'évaluation de la conformité de leurs comportements à l'égard de l'article 81-3 TCE, n'a pas d'incidence directe sur la question du « *legal privilege* » dont pourrait se prévaloir les juristes d'entreprise selon ce qu'affirme le TPICE.

Un dernier point mérite encore attention, à savoir la non-confidentialité des communications entre les membres du service juridique de la Commission et cette dernière.

De telles communications ne sont pas protégées par la confidentialité des communications entre avocats et clients.

Le TPICE n'a appliqué l'exemption de divulgation fondée sur la confidentialité des communications entre avocats et clients qu'aux échanges entre la Commission et ses avocats externes.

---

## Du côté d'Antitrust Alliance

---

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

3 octobre 2007

*The Netherlands – Dutch Competition Authority (« NMa ») completes administrative appeal procedures for various construction industry subsectors*: the NMa has adopted 28 decisions on administrative appeal relating to the Civil Engineering and Infrastructure sector, the Installation Engineering sector (involving the construction and maintenance of, amongst others, mechanical works and sprinkler installations), as well as the Horticultural Services sector. The decisions on appeal follow the imposition of NMa fines on more than a thousand construction companies. Fines are upheld in 20 out of the 28 appeal cases now completed. In 8 instances the fine is being lowered, due to the NMa granting a number of appeals. Among other things, it was found that turnover figures of the benchmark year providing the fine base were not representative when compared to other years in the infringement period. The NMa is currently still handling about 40 administrative appeal cases relating to the construction industry. A total of 72 appeal cases have now been completed.

[[http://www.nmanet.nl/engels/home/News\\_and\\_publications/News\\_and\\_press\\_releases/News\\_2007/30-07\\_NMa\\_completes\\_administrative\\_appeal\\_procedures\\_for\\_various\\_construction\\_industry\\_subsectors.asp](http://www.nmanet.nl/engels/home/News_and_publications/News_and_press_releases/News_2007/30-07_NMa_completes_administrative_appeal_procedures_for_various_construction_industry_subsectors.asp)]

19 septembre 2007

*Germany – Federal Cartel Office approves joint venture between three of the country's biggest mobile phone operators recommending commitments*: the Federal Cartel Office found that T-Mobile, O2 and Vodafone may create a joint technical platform to broadcast television on mobile phones. The companies want to broadcast on a so-called digital video broadcasting – handheld (« DVB-H ») standard. The Authority has however recommended commitments allowing mobile phones and vehicle-based receivers to be able to pick up transmissions from other mobile-TV standards, such as digital multimedia broadcasting (« DMB »). Mobile-TV content is transmitted via both DVB-H and DMB in the EU, though the EU is encouraging the entire conti-

ment to adopt the DVB-H standard. The Authority granted the parties merger control clearance in a separate decision last month. Interested parties have been asked to comment on the draft commitments at the latest by 5 October 2007.

[[http://www.globalcompetitionreview.com/news/news\\_item.cfm?item\\_id=5753](http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=5753)]

18 septembre 2007

*Article 82 EC – Court of First Instance (« CFI ») upholds 2004 Commission decision on Microsoft's abuse of its dominant position – Case T-201/04*: the CFI upheld the Commission's 2004 decision on Microsoft's abuse of its dominant market position and confirmed the totality of the fine imposed. In this 2004 decision, Microsoft was fined EUR 497 million for infringing Article 82 EC (abuse of a dominant market position) by leveraging its near monopoly in the market for PC operating systems onto the markets for work group server operating systems and for media players. This conduct hindered innovation in the markets concerned to the detriment of consumers. To put an end to this abusive behaviour, the Commission ordered Microsoft to disclose interoperability information which would allow non-Microsoft work group servers to achieve full interoperability with Windows PCs and servers and to offer a version of its Windows operating system without Windows Media Player. The CFI's ruling confirms that the Commission was right to prohibit Microsoft's anti-competitive conduct which harmed competition to the detriment of consumers. The CFI confirmed the Commission's assessment as to the appropriate legal tests to be applied, and the evidence needed to satisfy those tests. However, the CFI annulled the decision in so far as it orders Microsoft to submit a proposal for the appointment of a Monitoring Trustee with the power to have access, independently of the Commission, to Microsoft's assistance, information, documents, premises and employees and to the source code of the relevant Microsoft products and in so far as it provides that all the costs associated with that monitoring trustee be borne by Microsoft. A press release from the Commission, from the CFI and remarks from Commissioner Kroes are available at the addresses listed below.

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/359&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>]

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=CJE/07/63&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>]

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/539&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>]

*CFI hands down judgment on the application of legal professional privilege – Case T-125/03 and*

T-253/03: the CFI handed down a judgment upholding a Commission decision that documents seized during a Commission investigation were not covered by legal professional privilege. The CFI confirmed that communications between in-house counsel and internal clients are not privileged in relation to Commission competition investigations, and it has set out the procedure that Commission officials should follow if a dispute as to privilege arises during an on-site investigation.

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

17 septembre 2007

*Antitrust – Commission ensures carmakers give independent garages access to repair information*: the Commission has adopted four decisions that legally bind DaimlerChrysler, Toyota, General Motors and Fiat to commitments to provide technical information about car repairs to all independent garages in the EU. The decisions were adopted under Article 9 (1) of Regulation 1/2003. The commitments were given after a Commission investigation found that inadequate access to the full range of technical information could drive independent repairers from the market and that the agreements between the carmakers and their authorised repairers would therefore infringe Article 81 EC. The resulting reduction in competition between car repairers could lead to less choice and higher prices for consumers as independent repairers are often cheaper than authorised outlets, sometimes by over 50%. In addition, if repairs were carried out without the right technical information, this could lead to vehicles being driven in an unsafe condition, and add to air pollution and wasted fuel. The commitments will be binding until the motor vehicle block exemption (Regulation 1400/2002) expires in May 2010. By that time, the vehicle emissions regulation (Regulation 715/2007) will have entered into force. This places an obligation upon vehicle manufacturers to provide independent repairers with standardised access to all technical repair information.

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1332 & format = HTML & aged = 0 & language = EN & guiLanguage = en>]

14 septembre 2007

*France – French Competition Council fines harbour companies*: following a complaint of Sogema (Société générale maritime), the Competition Council has fined the Port of Le Havre Authority (« Port Autonome du Havre »), « la Compagnie industrielle des pondéreux du Havre » (CIPHA) and « la Société havraise de gestion et de transport » (SHGT) a total amount of EUR 2 805 000 for an alleged abuse of dominant position. The Port of Le Havre Authority was found to have applied a price tariff to Sogema twice the amount as reserved to CIPHA.

[[http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub = 210 & id\\_article = 804](http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub = 210 & id_article = 804)]

13 septembre 2007

*Antitrust – Judgments in needles and other haberdashery products cartel case – Cases T-30/05 and T-36/05*: the European Court of First Instance (« CFI ») has dismissed the action by Prym and partly the action by Coats against the 2004 Commission decision fining producers of needles and other haberdashery products a total of EUR 60 mio for participating in a Europe-wide cartel between 1994 and 1999 declaring that the three producers Coats, Prym and Entaco infringed Article 81 EC by engaging in concerted practices and entering into a series of formally bilateral agreements. The CFI confirmed the existence of the cartel. The CFI, however, reduced the level of fine imposed on Prym from EUR 30 million to EUR 27 million and on Coats from EUR 30 million to EUR 20 million. Following the CFI judgments the total fine has been reduced to EUR 47 million.

[<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/353 & format = HTML & aged = 0 & language = EN & guiLanguage = en>]

12 septembre 2007

*Switzerland – Swiss Competition Commission conditionally approves the acquisition of discount supermarket Denner by its larger rival Migros*: Migros, Switzerland's largest retailer of food and consumer goods, is to purchase 70% of Denner's capital. The remaining 30% remains the property of Gaydoul Holding. The conditions imposed must be adhered to for seven years and are intended to ensure Denner's independence in the marketplace. According to the Commission, the transaction would create a collective dominant position between Migros and Coop, the other major Swiss food retailer, in the short term, which will diminish in the long term following the entry of foreign supermarket chains, such as German competitors Lidl and Aldi. Conditions imposed on Migros include that the Denner brand must be maintained on the market. The full decision has not yet been released.

[[http://www.globalcompetitionreview.com/news/news\\_item.cfm?item\\_id = 5714](http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id = 5714)]

3 septembre 2007

*Italy – Abuse of dominant position – Telecom Italia and Wind fined for breach of Article 82 EC*: the Italian Competition Authority has fined Telecom Italia (previously TIM) EUR 20 million and Wind EUR 2 million for abuse of dominant position in their respective wholesale markets for termination services in breach of Article 82 EC. The Authority found that the two companies had imposed discriminatory practices on their competitors, by applying to their own commercial divisions technical and/or economic conditions for termination of fixed line-mobile calls that were more favorable than those offered to other operators. Such serious offences were found to exist from respectively 1999 and 2001 onwards. Moreover, the fine imposed on Telecom was increased as the latter was found to be a repeat offender.

## 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<sup>er</sup> mai 2004 du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;

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

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

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

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

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

\* \* \*

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

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

# MG

Meffre & Grall  
AVOCATS

Société Civile Professionnelle MG Avocats

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris

Tél +33 (0) 1 53 57 31 70 ■ Fax +33 (0) 1 47 20 90 40

[mg@mgavocats.fr](mailto:mg@mgavocats.fr) ■ [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)