

DDG

Duprez | Dian | Guignot

Jean-Christophe André
Jean-Cyril Bermond
Solen-Anne Guillou
Daniel Mugerin

La Lettre

CONCURRENCE, DISTRIBUTION ET CONSOMMATION

LA NOUVELLE PROCÉDURE DE CLÉMENCE EN DROIT FRANÇAIS

DDG

Déprez | Dian | Guynet

La procédure de « clémence » est une nouvelle possibilité offerte aux entreprises qui peuvent, en contrepartie de la dénonciation d'une entente à laquelle elles ont participé; obtenir soit l'immunité à l'issue de la procédure contentieuse déclenchée, soit une réduction du montant de l'amende infligée.

Cette nouvelle procédure fait l'objet d'une description détaillée sur le site du Conseil de la concurrence¹. Le droit à une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires est soumis à condition :

- L'entreprise doit apporter au Conseil de la concurrence et aux services d'enquête du ministre de l'économie une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction et leur fournir tout élément de preuve qui viendrait en sa possession ou dont elle dispose sur l'infraction suspectée ;

- L'entreprise doit, en principe, mettre fin à sa participation aux activités illégales présumées sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence au Conseil de la concurrence. Toutefois, pour maintenir la confidentialité de la démarche et préserver l'efficacité des mesures d'enquête, le Conseil peut décider de reporter cette date ;

- L'entreprise ne doit pas avoir pris de mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer aux infractions ;

- L'entreprise ne doit pas avoir informé de sa demande les entreprises susceptibles d'être mises en cause dans le cadre des pratiques dénoncées.

Sur un plan international, le mécanisme de clémence a prouvé son efficacité dans la détection des cartels. Même si le Conseil de la concurrence s'est en partie inspiré du dispositif communautaire², la particularité du programme français est de trouver son origine dans des dispositions législatives³.

Il est important de souligner que le succès de la procédure de clémence dépend en grande partie de la politique de sanction adoptée par le Conseil.

En effet, le Conseil infléchit actuellement sa politique de sanction afin de la rendre plus dissuasive, ce qui par ailleurs encouragerait les demandes de clémence.

Il réfléchit actuellement sur l'articulation entre sa politique de sanction et le programme de clémence ; une étude devrait en principe y être consacré dans son prochain rapport annuel.

>> **Première application de la procédure de clémence par le Conseil de la concurrence (Décision n°06-D-09 du 11 avril 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la fabrication des portes**

L'application de la première procédure de clémence sur le fondement de l'article L.464-2 IV du Code de commerce marque un tournant important dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Elle lui a permis de sanctionner deux cartels nationaux dans le secteur de la fabrication de portes pour des pratiques d'entente sur les prix. Les sociétés concurrentes membres des cartels avaient pour habitude de se réunir régulièrement afin d'établir en commun des grilles de prix minima. Le Conseil a donc infligé des sanctions à neuf entreprises pour un montant total de 5 millions d'euros et a exonéré totalement la société France Portes qui avait sollicité le bénéfice de cette procédure. Cette dernière encourait une sanction de 1,25 millions d'euros mais a bénéficié de l'immunité totale dans la mesure où elle a apporté au Conseil des éléments probants ayant contribué à mettre en lumière deux cartels et à en identifier les auteurs. Par ailleurs, le Conseil a tenu compte du fait qu'elle a coopéré totalement avec les autorités de concurrence et ce, à tous les stades de la procédure et qu'elle n'a pas exercé de contrainte à l'égard d'autres membres du cartel. La société France Portes a également cessé de mettre en oeuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure et n'a pas prévenu les autres membres des cartels dénoncés.

Il convient de noter que cette décision du Conseil a fait l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel de Paris. Ce premier arrêt est donc très attendu dans la mesure où il va permettre de connaître la position de la Cour d'appel sur l'application de cette nouvelle procédure de clémence par le Conseil de la concurrence.

¹ Communiqué de procédure du Conseil de la concurrence du 11 avril 2006 en ligne sur <http://www.conseil-concurrence.fr>

² Communication de la Commission du 19 février 2002 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur les ententes, JOCE n° C45 du 19 février 2002, p.3.

³ L.464-2 du Code de commerce, introduit par la loi NRE du 15 mai 2001 ; Article 44 du décret du 30 avril 2002.

L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DU 4 AVRIL 2006 RÉFORME PARTIELLEMENT LA DÉCISION "ROYAL CANIN" DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris fait suite à la décision « **Royal Canin** » rendue le 22 juin 2005¹ par le Conseil de la concurrence.

Pour mémoire, le Conseil avait constaté qu'il existait sur la période en cause une entente, entre Royal Canin et certains de ses grossistes, visant à imposer des prix de vente à ces derniers au stade de la vente de gros. Par ailleurs, le Conseil avait également relevé la mise en œuvre d'une entente au niveau des prix de détails dans la mesure où l'existence de prix publics indicatifs établis et diffusés par Royal Canin, les conditions de cette diffusion, le respect de ces prix publics par les revendeurs et la mise en place d'un système de contrôle des prix, avaient conduit à constater la participation d'entreprises du réseau de distribution Royal Canin à une série d'ententes verticales pour l'imposition d'un prix de vente consommateur pour les gammes RCCI Size et Premium.

Cette entente avait impliqué des grossistes-distributeurs des centrales de franchisés, des détaillants et Royal Canin sur le marché de la vente de croquettes sèches pour chiens en magasins spécialisés.

Pour contester la décision du Conseil, la société Royal Canin s'est notamment fondée sur l'analyse du marché pertinent menée par la Commission européenne à l'occasion de l'opération de concentration Masterfoods/Royal Canin en Février 2002. La Commission avait effectivement retenu un marché différent de celui du Conseil. Ainsi, la société Royal Canin a objecté l'impossibilité pour le Conseil de s'écarter de la définition du marché retenu par la Commission.

Il est intéressant de noter que dans son arrêt en date du 4 avril 2006, la Cour d'appel ne conteste pas l'analyse faite par le Conseil du marché pertinent. Bien au contraire, une telle analyse ne saurait lui être reprochée, selon la Cour, dans la mesure où l'analyse de la Commission avait été menée dans le cadre d'un contrôle de concentration et à une période différente. La Cour d'appel rappelle donc dans son arrêt le caractère évolutif de l'analyse des marchés d'une manière générale. Elle précise également que l'analyse menée est différente selon qu'elle porte sur des pratiques anticoncurrentielles ou sur une opération de concentration.

Toutefois, l'arrêt de la Cour d'appel réforme partiellement la décision du Conseil et notamment le grief tenant aux pratiques à l'occasion des relations de la société Royal Canin avec les centrales d'achat constitutives d'abus de position dominante. Dans sa décision, le Conseil avait considéré que : « **Les systèmes de remises, qui sont légitimes et représentent une pratique normale des affaires lorsqu'ils sont appliqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante peuvent devenir abusifs lorsqu'ils sont mis en oeuvre par une entreprise en position dominante** ».

La Cour rappelle en effet que le seul fait pour Royal Canin de se trouver en position dominante ne lui interdisait pas par principe le recours à des remises purement quantitatives et à des remises récompensant le taux de progression par rapport à l'année précédente consenties à des centrales d'achat, dès lors qu'aucun effet de forclusion ne résultait du dossier. Un tel effet ne saurait se déduire du seul fait que ces remises ont accompagné d'autres pratiques restrictives de concurrence. En outre, la Cour relève qu'il n'est pas démontré que d'autres fabricants de produits haut de gamme n'aient pas également accordés de telles remises ou que les remises dénoncées aient conduit les détaillants à se détourner de ces fabricants.

D'autre part, la Cour d'appel met également la société Georges Delbard hors de cause. Elle considère en effet que l'analyse du Conseil ne démontre pas de manière probante la participation de cette société à l'entente sur les prix de détail. Pourtant, le Conseil avait notamment reproduit une déclaration du chef de produit animalerie de la société Delbard selon lequel « Les responsables de magasin n'ont pas de consignes écrites pour respecter ces prix mais ils sont tenus moralement de les appliquer » et s'était fondé sur un tableau comparant les prix public indicatif préconisés par la société Royal Canin et les prix effectivement appliqués par la société Delbard. La Cour d'appel considère que les déclarations dénoncées relatives à la préconisation d'un prix public indicatif n'empêchent pas des modifications sur décision du responsable du secteur et avec l'accord du chef d'établissement concerné. En outre, elle dénonce totalement le tableau construit par le Conseil dans la mesure où sur les onze produits dont les tarifs sont comparés, six sont erronés dans un sens défavorable à la société Georges Delbard.

¹ Cons.Conc. Déc.n°05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société royal canin et son réseau de distribution.

La Cour d'appel fait la même analyse pour en déduire l'absence de participation de la société Truffaut à l'entente sur les prix dénoncés. Par conséquent, la Cour d'appel revoit la proportionnalité de la sanction infligée à la société Royal Canin en ce que le grief d'abus de position

dominante pour les remises fidélisantes a été abandonné et réduit sa sanction à 2 300 000 euros en lieu et place des 2 500 000 euros infligé initialement par le Conseil.

Jean-Christophe ANDRE / Florence HAZGOUR

LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE ÉDICTE DES RECOMMANDATIONS CONCERNANT LA FILIÈRE DU COMMERCE ÉQUITABLE EN FRANCE

La notion de commerce équitable s'inscrit dans la stratégie nationale de développement durable et a été définie à l'article 60 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Elle ne fait pas l'objet de dispositions normatives au niveau communautaire.

Le Conseil avait été saisi par le Ministre de l'Économie d'une demande d'avis relative aux modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France et en particulier de la compatibilité avec les règles de concurrence – au regard des articles L.420-1 du Code de commerce et 81 TCE - de systèmes de grilles de prix d'achat minimum aux producteurs.

Dans son analyse concurrentielle, le Conseil a pris en considération la faible part significative du commerce équitable sur le marché français. Ainsi il a considéré qu'en l'état actuel du développement du commerce équitable, l'existence de grilles de prix d'achat minimum n'entraînait pas de restrictions de concurrence qui pourraient être interdites par le droit national ou européen. De plus, le Conseil a estimé que même si les pratiques d'entente en cause avaient été avérées, elles n'auraient qu'un objet et des effets avant tout extra-territoriaux et échapperaient ainsi au champ d'application des règles européennes et françaises de concurrence.

Le Conseil a également estimé dans son avis que le commerce équitable répondait à une démarche volontaire des consommateurs pour promouvoir ses valeurs. Ainsi, il a considéré que la démarche du commerce équitable ne portait pas nécessairement atteinte aux règles de concurrence puisque le consommateur des pays développés était prêt à payer des produits 5 à 15% plus chers que des produits classiques comparables.

Néanmoins, le Conseil a fait plusieurs recommandations pour organiser les systèmes de certification des produits afin de garantir que le produit a bien été préalablement produit et acheté au producteur dans des conditions respectueuses de certaines valeurs sociales ou environnementales.

Enfin, le Conseil a considéré que la filière du commerce équitable n'offrait pas une transparence et fiabilité suffisantes à l'égard du consommateur et a approuvé l'initiative des pouvoirs publics ayant décidé de réglementer cette filière. Il a ainsi recommandé aux pouvoirs publics de veiller à ce que les systèmes de certification du commerce équitable fonctionnent de manière concurrentielle.

L'immixtion du Conseil de la concurrence dans le secteur du commerce équitable peut surprendre et soulève une interrogation quant à l'opportunité d'un tel avis. En effet, le Conseil rend un avis sur le commerce équitable qu'il qualifie lui-même de « démarche du commerce équitable ». Certes le commerce équitable connaît une forte croissance notamment en France. Toutefois, son développement est surtout empreint d'une dimension mondiale. Il semble que l'appréciation de cette filière relève plus de la compétence d'organisations internationales que d'autorités nationales. Le Conseil reconnaît d'ailleurs qu'en l'état actuel du développement du commerce équitable, l'existence de conditions d'achat aux producteurs locaux harmonisées n'a qu'un objet et des effets extra territoriaux. La solution résiderait peut-être dans une coopération entre autorités européennes ou nationales et organisations mondiales. En tout état de cause cet avis peut être interprété comme un signe précurseur et semble annoncer un contrôle futur de cette filière par le Conseil de la concurrence.

LE CONSEIL D'ETAT APPORTE DES PRÉCISIONS SUR LES CONDITIONS D'ACCÈS AUX MARCHÉS PUBLICS POUR LES ENTREPRISES RÉCEMMENT CRÉÉES

La société Bronzo s'était portée candidate à un marché public lancé par la communauté urbaine Marseille Provence Métropole en vue de la fourniture d'équipements de stockage, la collecte, le transport et le traitement de déchets. Son offre avait été rejetée par la commission d'appel d'offres. Cette société a, par la suite, saisi le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Marseille, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, qui a rejeté sa demande de suspension de l'ensemble de la procédure de passation du marché par la communauté urbaine. Par son arrêt du 10 mai 2006, le Conseil d'Etat, qui est la juridiction de recours contre les ordonnances rendues en matière de référé précontractuel en matière de marchés publics, délégations de service public et partenariats public-privé, casse l'ordonnance attaquée, rendue le 13 juin 2005, pour défaut de réponse à l'un des moyens soulevés par la société requérante. Ce faisant, le Conseil d'Etat apporte des précisions sur les conditions d'accès des entreprises récemment créées aux marchés publics.

Le moyen en cause portait sur le fait que la société dont l'offre a été retenue, la société Queyras Environnement, n'avait pas présenté à l'appui de sa candidature son chiffre d'affaires global réalisé au cours des trois derniers exercices dont la production était exigée par le règlement de consultation du marché. En défense dans la procédure en référé, la société Queyras

Environnement arguait du fait qu'elle était dans l'incapacité de produire ces renseignements dans la mesure où elle était de création récente (son immatriculation au RCS datait du 1er décembre 2004). En revanche, elle pouvait se prévaloir des capacités professionnelles de ses responsables.

La procédure est annulée par le Conseil d'Etat au motif que le règlement de la consultation n'a pas été respecté par la personne publique contractante. Cependant, le juge administratif suprême précise que, si l'acheteur public a la faculté d'exiger des candidats des documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet même du marché et la nature des prestations à réaliser. Les acheteurs publics doivent prendre l'initiative, lorsqu'ils entendent faciliter l'accès de jeunes entreprises au marché, leur permettre de justifier de leurs capacités financières et professionnelles par d'autres moyens, notamment, par la présentation de titres ou de l'expérience professionnelle du ou des responsables.

Le juge administratif vient, de la sorte, apporter sa pierre à l'entreprise d'ouverture des marchés publics aux jeunes entreprises. La facilitation de l'accès aux marchés publics est l'un des objectifs de la réforme en cours du Code des marchés publics dont le nouveau projet devrait être publié à la fin du mois de juin 2006.

Daniel MUGERIN

DANS LES AFFAIRES JOINTES T-213/01 ET T-214/01, LE TPICE STATUE SUR LA QUESTION DE LA PARTICIPATION DES PLAIGNANTS AUX PROCÉDURES D'INFRACTIONS AUX RÈGLES DE CONCURRENCE

Le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes vient de rendre le 7 juin 2006 une décision importante qui reconnaît au consommateur final, ayant fait valoir un intérêt légitime, la possibilité de participer à la procédure d'infraction aux règles de concurrence. Ainsi, dans cette affaire, le parti politique autrichien de Jörg Haider, qui justifiait d'un intérêt légitime en qualité de client des banques poursuivies, a pu obtenir la version non confidentielle de la communication des griefs adressée aux banques en cause par la Commission Européenne. Le Tribunal considère en effet qu'un client final qui justifie qu'il a été lésé ou qu'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts économiques du fait de la restriction de

concurrence en cause, a un intérêt légitime pour déposer une demande ou une plainte afin de faire constater par la Commission une infraction aux articles 81 CE et 82 CE.

Cette décision du TPICE intervient sur fond de discussion sur le Livre vert. Ce dernier, publié fin 2005, a recensé les obstacles à l'introduction des actions en dommages et intérêts et a soumis à la discussion plusieurs solutions en vue de faciliter les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles du traité CE sur les ententes et les abus de position dominante (articles 81 et 82 respectivement). La Commission européenne a clos la consultation publique lancée sur ce Livre vert le 21 avril dernier.

Jean-Cyril BERMOND / Florence HAZGOUR

LA COMMISSION EUROPÉENNE AUTORISE LA CONCENTRATION ADIDAS/REEBOK

La société Adidas a notifié son intention d'acquérir la société Reebok le 12 décembre 2005 pour un montant de 3, 1 milliards d'euros.

L'examen de la Commission Européenne a essentiellement porté sur le marché des chaussures de sport en Europe sur lequel les deux parties à l'opération sont de puissants concurrents.

Dans le cadre de son analyse dynamique du bilan concurrentiel, la Commission a examiné les effets unilatéraux de cette concentration qui permettent de prendre en compte les gains d'efficacité de l'opération. Il résulte notamment de cette analyse que l'impact de cette concentration au niveau européen devrait permettre à la société Adidas d'atteindre une taille comparable à celle du leader Nike. Le raisonnement de la Commission au regard de cette opération est très intéressant. Alors même qu'elle constate un renforcement sensible des parts de marché de la société Adidas, elle décide d'autoriser l'opération de concentration et ce, sans même émettre une seule réserve. A titre d'exemple, la part de marché de la société Adidas pourrait atteindre 70% en Allemagne. Le raisonnement de la Commission va donc au-delà des résultats constatés en termes de parts de marché.

Pour ce faire, elle justifie sa décision par le fonctionnement même du marché, la volatilité des parts de marché liée aux effets de mode, par la présence de concurrents significatifs et surtout par la nature très différenciée des produits.

Partant d'une différenciation élevée des produits offerts par les deux parties à la concentration, la Commission a procédé à une analyse de leur substituabilité, afin de déceler d'éventuels chevauchements. Elle a ainsi constaté qu'en terme de marque, les sociétés Adidas et Reebok avaient un positionnement différent. Adidas serait perçue comme une marque professionnelle et « technique » tandis que la marque Reebok serait connotée « loisirs » privilégiant plus spécifiquement une clientèle jeune et féminine. Reebok souffrirait également d'une notoriété moindre sur les marchés européens qu'Adidas ou Nike.

D'autre part, la Commission a pu constater qu'en terme de prix, la société Adidas pratiquait une gamme de prix « moyen à élevé » tandis que la société Reebok était plus présente dans la gamme « faible à moyen ».

Par cette décision d'autorisation, la Commission a donc contribué à la création d'un deuxième champion mondial aux côtés du leader Nike.

Jean-Cyril BERMOND / Florence HAZGOUR

DDG

Deprez | Dian | Guignot

Pour plus d'information :

Si vous souhaitez avoir des renseignements sur notre domaine d'activité, nous vous remercions de bien vouloir contacter les membres de notre Equipe. Nous vous invitons à nous rendre visite sur www.ddg.fr ou www.en-droit.com.

Deprez Dian Guignot
21 rue Clément Marot
75008 Paris

tél 00 33 (1) 53 23 80 00

fax 00 33 (1) 53 23 80 01

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION :

Jean-Christophe ANDRE