



Le Concurrentialiste

Revue d'actualité de droit économique



Édito :

Chers lecteurs,

Née de la volonté de présenter l'actualité liée au droit économique sous un aspect nouveau, plus réactif et surtout plus proche des différents professionnels opérant dans ce secteur, la revue Le Concurrentialiste se veut être un espace d'échange entre les différents acteurs de la matière. Sa publication trimestrielle offrira à nos lecteurs une vision d'ensemble des dernières évolutions et regroupera l'intégralité des articles publiés sur la version numérique du Concurrentialiste.

Cette première est pour nous synonyme d'enthousiasme. L'enthousiasme tout d'abord, avec lequel nous nous sommes engagés dans cette belle aventure et qui nous permettra d'oeuvrer en faveur d'un partage des connaissances en matière de droit économique. À l'enthousiasme des créateurs du Concurrentialiste est venu s'ajouter celui de professeurs, d'avocats, d'arbitres ou encore d'économistes qui nous ont fait l'honneur de constituer notre comité scientifique. La grande renommée de chacun des membres le composant est le gage de notre ambition de vous présenter des articles qui puissent donner à chaque lecteur les éléments de réponse concrets qu'il est en droit d'attendre.

Vous signaler l'existence d'une *newsletter* dont l'inscription s'effectue directement sur le site internet du Concurrentialiste nous semble utile tant leur publication vous permettra de rester au plus proche de l'information. Il est à présent l'heure de rassembler les articles qui constituent ce premier numéro, abordant des thématiques variées allant du droit des ententes au droit de la distribution, en passant par des problématiques plus singulières comme le secret des affaires.

Soyez assurés de l'honneur qui est le nôtre de vous avoir comme premiers lecteurs.

L'équipe du Concurrentialiste.

Sommaire du numéro :

- Retour sur les clauses d'exclusivité territoriale en droit de la distribution (par Morgan Carbonnel) **page 3**
- Dommages-intérêts compensatoires et punitifs : le Royaume-Uni passe en tête (par Thibault Schrepel) **page 5**
- Secret des affaires et concurrence à travers la « proposition Carayon » (par Marie Malaurie-Vignal) **page 7**
- Distribution automobile : lorsque la CJUE définit le terme « défini » (par Thibault Schrepel) **page 9**
- Ententes et concentrations : ce qu'il faut retenir de l'année 2011 (par Thibault Schrepel) **page 12**
- De l'art de rompre (valablement) une relation commerciale établie (par Morgan Carbonnel) **page 20**
- Le scandale du Libor : la plus importante affaire de droit de la concurrence (par Thibault Schrepel) **page 22**
- L'aspect dissuasif des sanctions en droit communautaire de la concurrence (par Jean-Loup Jaumard) **page 24**
- L'action de groupe (*class action*) : le débat est relancé (par Thibault Schrepel) **page 28**



Retour sur les clauses d'exclusivité territoriale en droit de la distribution

par Morgan Carbonnel, ancien étudiant au Master 2 Droit économique d'Aix-en-Provence, Créateur du Concurrentialiste.

Un franchiseur peut désirer organiser son réseau en attribuant différents territoires à ses franchisés. L'attribution d'une telle exclusivité territoriale va nécessairement entraîner des restrictions pour les autres franchisés appartenant au réseau. Ces clauses connaissent un tel succès auprès des praticiens (1), qu'il convient de rappeler qu'elles ne sont pas obligatoires au contrat de franchise. Après avoir déterminé le régime des clauses d'exclusivité territoriale (I), nous examinerons la particularité de sa mise en oeuvre face à la création d'un site internet (II).

I. Le régime des clauses d'exclusivité territoriale : une interdiction de principe en droit de la franchise

Une « clause noire » (2). Ce sont les articles 4-b et 4-c du Règlement 330/2010 qui évoquent les restrictions territoriales. Plus précisément, l'article 4-b exclut l'application de l'exemption aux accords verticaux dont l'objet est « *de restreindre le territoire sur lequel (...) un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement* » (3). De ce fait, une clause d'exclusivité territoriale rend le contrat de franchise nul 4. Toutefois, quatre exceptions peuvent rendre ces clauses valables au regard du droit de la concurrence.

2. Les quatre exceptions de l'article 4-b du Règlement 330/2010. Par exception, les clauses entraînant une exclusivité territoriale sont admises (i), lorsqu'elles ont pour objet de restreindre les ventes actives de l'acheteur « *sur un territoire (...) que le fournisseur s'est exclusivement réservé ou qu'il a alloué à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur* » (5). A contrario, il n'est jamais possible d'interdire au distributeur de pratiquer des ventes

dites « passives », c'est à dire des ventes qu'il n'a pas lui même provoquées (6). De telles clauses sont également possibles (ii), lorsqu'il s'agit de « *restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché* » (7) ou encore (iii), dans les cas où elles restreignent « *les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système* » (8). Enfin (iv), sont également admises les clauses dont l'objet est de « *restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur* » (9).

II. Les clauses d'exclusivité territoriale à l'épreuve d'internet : l'influence de la jurisprudence Pierre Fabre

3. Internet et clause d'exclusivité : des relations conflictuelles. L'avènement d'internet comme nouveau canal de distribution se révèle souvent problématique au regard du droit de la concurrence. Devant la Haute juridiction, la question s'est récemment posée de savoir si la création d'un site internet, par une société ayant consenti une exclusivité territoriale à son distributeur, correspondait à l'implantation d'un point de vente physique dans le secteur protégé, en violation de l'exclusivité 10. Dans cet arrêt du 14 février 2012, il est possible de souligner l'unité des différentes juridictions. En effet, la première instance (11), la Cour d'appel (12), puis la Cour de cassation ont toutes jugé que la création d'un site internet n'emportait pas violation de l'exclusivité territoriale. Les juges de la chambre commerciale ont considéré, en l'espèce, que « *le site exploité par (le promoteur du réseau) constituait un outil de communication et d'information sur les produits des catalogues (du promoteur) et constaté qu'à la date des faits, il bénéficiait (à l'agent) dont la liste et les coordonnées complètes étaient mentionnées* ».

4. Ventes actives / Ventes passives. Afin de déterminer si le site internet contrevient à la clause d'exclusivité territoriale, il convient de savoir si ce dernier est assimilé à une vente active ou, au contraire, à une vente passive. Pour qu'il puisse



être assimilé à un point de vente physique, portant atteinte à l'exclusivité territoriale, le site internet doit viser les ventes « actives ». Traditionnellement, les ventes actives sur internet, sont celles qui visent spécifiquement une clientèle déterminée. Les ventes passives, sont-elles définies par la Commission européenne comme « toute publicité ou action de promotion générale (...) qui atteint des clients sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs (...) mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors des ces territoires, par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire » (13). Suite à cette définition, la Commission précise que la vente sur internet est présumée être passive. Cette présomption, favorable aux revendeurs en ligne, s'inscrit dans une volonté plus large de l'Union européenne, de promouvoir le commerce en ligne qui offre un plus grand choix de produits aux consommateurs et favorise la concurrence par les prix.

5. Une solution issue de la jurisprudence Pierre Fabre : la confirmation d'une nouvelle atteinte à la liberté de détermination du contenu du contrat par les parties. Il est inconcevable d'évoquer le sort des clauses d'exclusivité relatives à la vente en ligne, sans faire référence à la « saga » Pierre Fabre, dont le dénouement est encore récent. Le Conseil de la concurrence, avait jugé dans une décision du 29 octobre 2008 (14), que l'interdiction faite par la société Pierre Fabre à ses distributeurs, de vendre par internet, était constitutive d'une restriction de concurrence condamnable en application de l'article 81 du Traité CE (ancien article 101 du TFUE) et de l'article L. 420-1 du Code de commerce. La société Castraise introduit alors un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris. Cette dernière va poser à la CJUE une question préjudicielle afin de savoir si « L'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finaux imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue-t-elle effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 du Traité CE (article 101§1 TFUE) échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n°2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 § 3 du traité CE (article 101§3 du TFUE) ? » (15) .

6. Par un arrêt du 13 octobre 2011, les juges du Luxembourg ont fermement affirmé l'interdiction pour le promoteur de réseau de distribution sélective, d'empêcher ses distributeurs de vendre en ligne, une telle clause n'étant pas « objectivement justifiée » (16) .

Morgan Carbonnel

- (1) Une étude montre que les franchisés réclament unanimement ces clauses, alors même qu'aucun texte juridique ne l'impose au sein du contrat de franchise. V. l'article de GUISEIX (L.), « Clause d'exclusivité territoriale : à examiner de près », Franchise-Magazine.com, 17 septembre 2007 (lien).
- (2) Le professeur L. VOGEL utilise cette expression pour qualifier la clause d'exclusivité territoriale. V. La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie, Éd. Panthéon-Assas, 2011, p. 57, rep. 54.
- (3) Article 2 du Règlement 330/2010, précité.
- (4) VOGEL (L.), La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie. Précité, p. 57, rep. 54.
- (5) Article 4-b-i, du Règlement 330/2010, précité.
- (6) VOGEL (L.), La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats : États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie. Précité, p. 58, rep. 54.
- (7) Article 4-b-ii, du Règlement 330/2010, précité.
- (8) Article 4-b-iii, du Règlement 330/2010, précité.
- (9) Article 4-b-iv, du Règlement 330/2010, précité.
- (10) Cass. com., 14 février 2012, n° 09-11.691.
- (11) T. Com. de Paris, 21 octobre 2005.
- (12) CA de Paris, Ch. 05-b, 4 décembre 2008, n° 05/23982.



- (13) Communication de la Commission européenne, du 13 octobre 2000 : lignes directrices sur les restrictions verticales, n° 2000/C, 291/01, point 51.
- (14) Déc. Cons. Conc., 29 octobre 2008, n° 08-D-25.
- (15) CA Paris, ch. 5-7, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-cosmétiques; contre Cons. Conc., déc. n° 08-D-25 du 29 octobre 2008, distribution de produit cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques.
- (16) CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo Cosmétiques, aff C-439/09, point n° 47.

Dommages-intérêts compensatoires et punitifs : le Royaume-Uni passe en tête

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Le 5 juillet 2012, le Competition Appeal Tribunal anglais (ci-après "CAT") a rendu un arrêt très important relatif au droit de la concurrence. Il s'agit en effet de la première fois qu'il décide de l'octroi des dommages-intérêts à un tiers (private enforcement). Aussi, cet arrêt est le premier dans lequel des dommages-intérêts punitifs sont prononcés pour manquement au droit de la concurrence anglais. L'écho de cet arrêt pourrait être bien plus important qu'on ne le pense, à nous, juriste français et européen, de savoir en tirer toutes les conséquences.

Le droit de la concurrence anglais est reconnu par beaucoup comme étant novateur. L'OFT, leur autorité de concurrence, est probablement parmi celles les plus sévères et le Royaume-Uni dispose ainsi d'un très grand nombre des plus importants litiges européens. Le 5 juillet 2012, c'est le CAT, faisant office de Cour d'appel, qui est venu rendre un arrêt qui pourrait bien marquer les annales.

I. Les faits et la procédure

2. Les faits de l'arrêt sont simples à appréhender. La société 2Travel, en avril 2004, a décidé d'introduire une offre sur le marché du transport par bus vers la ville de Cardiff. En réponse, la société Cardiff Bus, déjà présente sur le marché visé, a lancé une offre appelée « *White Services* » qui devait être réalisée à perte, dans le but d'exclure 2Travel.

3. Cardiff Bus a été condamné en novembre 2008 par l'OFT (*l'Autorité de la concurrence anglaise*) pour avoir mis en œuvre des prix prédateurs visant à éliminer la concurrence. La pratique a été sanctionnée sur le fondement du Chapitre II du *Competition Act* de 1998 qui prohibe les abus de position dominante. Notons que l'OFT n'a pas imposé le paiement de dommages-intérêts en raison du faible chiffre d'affaires de Cardiff Bus.

4. En janvier 2011, la société 2Travel alors en liquidation judiciaire, a décidé d'introduire une demande de dommages-intérêts compensatoires sur le fondement de la Section 47A du *Competition Act*. Cette procédure, dite du « *follow-on damages* », consiste à obtenir un dédommagement devant le CAT en compensation de pertes résultant de la pratique condamnée (*par l'OFT*). 2Travel demandait l'octroi d'une somme de 10 millions de livres sterling (*plus de 12 millions d'euros*), clamant que les prix prédateurs de Cardiff Bus l'aient obligé à déclarer faillite. De son côté, Cardiff Bus réfutait le lien de causalité direct entre ses pratiques et la liquidation judiciaire de 2Travel. Voilà le portrait de l'arrêt bien tracé.

II. L'apport de l'arrêt du Competition Appeal Tribunal

5. Le 5 juillet 2012 (1), le CAT a condamné la société Cardiff Bus au versement d'indemnités compensatoires à 2Travel en raison des pertes financières causées par ses prix prédateurs. Des dommages-intérêts punitifs ont également été prononcés.

2.1 Sur les dommages-intérêts compensatoires versés à 2Travel (*Private Enforcement*)

6. Les dommages-intérêts versés par Cardiff Bus à la société 2Travel s'élèvent à plus de 33 000 livres sterling, un relatif faible montant. Si la société Cardiff Bus n'a jamais réellement mis sur le marché son offre « *White Services* », le CAT admet que la simple publicité qu'il en fut faite a probablement détourné

quelques passagers de 2Travel. Pour le reste, le CAT reconnaît que ses prix prédateurs n'ont été qu'une « simple goutte d'eau dans l'océan » de pertes que 2Travel générerait avant même ces derniers.

7. Sur ce point, l'intérêt de l'arrêt résulte dans les indications que donne le CAT quant au calcul et à la preuve relative à ces dommages-intérêts compensatoires.

8. Elle affirme dans un premier temps que l'intention de violer le droit de la concurrence ne doit pas être prise en considération dans le calcul de l'octroi de dommages-intérêts compensatoires.

9. Elle énonce ensuite que l'approche adoptée doit être pragmatique. Ainsi, (i) lorsqu'une violation volontaire et délibérée du droit de la concurrence est opérée, que ce soit dans le cadre d'une entente ou d'un abus de position dominante, la preuve du lien de causalité entre cette pratique et le dommage subi par un tiers peut-être rapportée par des preuves circonstanciées ainsi que par diverses déductions. Aussi, (ii) le CAT confirme que de simples documents éparses peuvent suffire à rapporter la preuve du lien de causalité.

2.2 Sur les dommages-intérêts versés à 2Travel (Private Enforcement)

2.2.1 Les principes définis par les juges anglais

10. L'octroi de dommages-intérêts punitifs dans cet arrêt du Competition Appeal Tribunal est de toute première importance. Les juges reconnaissent à ce titre que cet arrêt sera « de nature à inciter l'introduction de nouvelle demande d'octroi de dommages-intérêts punitifs dans les affaires de droit de la concurrence ».

11. Notons préalablement que la Chancery Division de la High Court of Justice anglaise, la chambre en charge des dossiers relatifs au droit de la concurrence, a déjà statué sur une demande de dommage-intérêts punitifs dans l'affaire *Devenish Nutrition v. Sanofi-Aventis*. Dans cette affaire, la Commission européenne avait prononcé une amende à l'encontre de Sanofi-Aventis (2), ce qui excluait l'octroi de dommages-intérêts punitif en vertu du principe d'interdiction de double incrimination. Ainsi, imposer une sanction eut été fait

à l'encontre de l'article 16 du règlement (CE) de modernisation n° 1/2003. (3)

12. Afin de déterminer si des dommages-intérêts punitifs devaient être prononcés, le CAT, conformément à son arrêt *Rookes v. Barnard* (4) qui pose les principes en la matière, a ainsi dû évaluer si la société Cardiff Bus avait engagé une pratique anti-concurrentielle dans le but calculé de faire un profit qui aurait dépassé les dommages-intérêts versés au demandeur. En effet, le dommage subi par la société 2Travel aurait pu être moindre que le gain retiré par Cardiff dans son ensemble, d'où la nécessité d'octroyer de tels dommages-intérêts punitifs.

Le paiement de dommages-intérêts punitifs ne se fait que lorsque l'entreprise a pris un risque « *inacceptable* ».

13. A ce titre, le CAT dans son arrêt du 5 juillet 2012, a reconnu qu'il été difficile pour les entreprises de connaître le caractère assurément anti-concurrentiel d'une

pratique. Plus généralement, les entreprises mettent en œuvre des pratiques dont le risque qu'elles soient qualifiées d'anti-concurrentielles existe sans que ce soit une certitude. Ainsi, le CAT reconnaît qu'exposer les entreprises au risque de devoir payer des dommages-intérêts punitifs serait inapproprié, ces dernières pouvant alors se refuser à faire évoluer la concurrence sur le marché de peur d'être sanctionnées. Ainsi, le CAT énonce que de tels dommages ne peuvent être octroyés que dans la mesure où les entreprises prennent un risque « *inacceptable* » de violer le droit de la concurrence. Plusieurs critères permettent d'évaluer le caractère inacceptable du risque :

- La conscience par l'entreprise d'avoir un comportement « *clairement illégal* » ou « *probablement illégal* » ;
- Les effets pro-concurrentiels attendus de la pratique ;
- Le degré et la gravité d'un comportement anti-concurrentiel ;
- La motivation de l'entreprise ;
- Le fait que les gains commerciaux puissent être obtenus par le biais de pratiques comportant un risque concurrentiel moindre (c'est le caractère nécessaire de l'acte).



2.2.2 Application au cas d'espèce

14. Dans son arrêt du 5 juillet 2012, le CAT a jugé que les pratiques mises en œuvre par Cardiff Bus l'avaient été en dépit d'une pleine conscience d'une violation du droit de la concurrence.

15. Plusieurs éléments ont guidé la décision des juges anglais : (i) le « *White Services* » a été lancé dans le but d'exclure la société 2Travel du marché visé, (ii) la société Cardiff Bus a déclaré que ce service avait été proposé dans le but de tester le marché, ce qui s'est avéré faux, (iii) les dirigeants de la société Cardiff Bus n'ont pris aucun conseil juridique et étaient prêt à lancer le « *White Services* » à tout prix, et enfin, (iv) aucun effet pro-concurrentiel ne pouvait être escompté de la pratique.

16. Ainsi, le CAT a décidé d'octroyer des dommages-intérêts punitifs. Ces derniers ont été calculés sur la base des dommages-intérêts compensatoires octroyés à la société 2Travels. La société 2Travels demandait elle à ce que le calcul s'effectue sur celle du montant des sanctions imposées par l'OFT, ce qui n'a pas été retenu.

III. Pour conclure

17. L'arrêt du 5 juillet 2012 du Competition Appeal Tribunal présente un intérêt majeur en ce qu'il fournit de très importantes indications concernant les dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Des éléments relatifs à la preuve sont ainsi donnés tout comme d'autres concernant le calcul des dommages-intérêts. Le caractère inédit de cet arrêt est incontestable. Une seule affaire, *Enron v. EWS* du CAT (5) avait auparavant statué sur les dommages-intérêts compensatoires, où les demandeurs avaient échoué à prouver le lien de causalité entre les pratiques condamnées et le préjudice subi. Au niveau de la High Court, une seule affaire également avait préalablement évoqué la question des dommages-intérêts compensatoires, celle dite *Crehan v. Courage* (6) mais qui avait été réformé en appel.

18. Notons pour conclure que cet arrêt du CAT est d'une importance toute particulière en ce que la Commission européenne devrait proposer un texte de réforme sur les dommages-intérêts compensatoires (*private enforcement*) d'ici à la fin de l'année. Il se pourrait bien que cet arrêt influence le

texte européen. Par ailleurs, une autre affaire en cours devant le CAT concerne également les dommages-intérêts compensatoires et ceux punitifs, celle *Albion Wather v. Dwr Cymru*. Gageons qu'elle viendra confirmer cet arrêt riche en enseignements. Et durant ce temps, la France refuse toujours l'octroi de telles indemnités ...

Thibault Schrepel

- (1) Court of Appeal, 5 juillet 2012, n° 1178/5/7/11 (lien)
- (2) High Court of Justice, 19 October 2007, *Devenish Nutrition v Sanofi-Aventis*, n° [2007] EWHC 2394
- (3) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, article 16
- (4) House of Lords, *Rookes v Barnard*, 21 janvier 1964, n° [1964] AC 1129
- (5) CAT, 21 décembre 2009, n° 1106/5/7/08
- (6) House of Lords, *Crehan/Courage*, 19 July 2006, n° [2006] UKHL 38

Secret des affaires et concurrence à travers la « proposition Carayon » :

par Marie Malaurie-Vignal, Professeur agrégée à l'Université de Versailles, Membre du Comité scientifique du Concurrentialiste.

Le piratage économique est une plaie pour les entreprises. Le pillage de leurs secrets par des concurrents leur est fort préjudiciable et est de nature à fausser la concurrence. Le présent article traite de cette problématique d'actualité comme en atteste la récente « proposition Carayon ».

Les droits de la propriété industrielle, en conférant un droit privatif, tel le droit sur un brevet ou des dessins et modèles, protègent les entreprises sur leurs innovations. Mais ces droits ont un domaine bien défini et une protection limitée dans le temps ;



le dépôt est le plus souvent exigé et donc la publicité est assurée, avec le risque de copie.

2. La protection la plus efficace est le secret.

Certaines entreprises parviennent à faire respecter le secret. La stratégie de Cola est à ce titre exemplaire. Mais il est fort difficile d'assurer un respect absolu. Des stagiaires en entreprises, d'anciens salariés, des sous-traitants, des concurrents peuvent parvenir à pénétrer au cœur de l'intelligence économique. Aussi, notre droit français dresse-t-il un arsenal législatif pour protéger les secrets d'affaires (1).

La proposition Carayon s'inscrit dans un mouvement international qui vise à sanctionner la violation du secret des affaires.

3. Le droit français est marqué par un éclatement des sources et une relative inefficacité du droit pénal. Cette inefficacité est peut-être liée à l'absence de définition de la notion de secrets d'affaire.

La proposition Carayon (2), votée en première lecture à l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012, a pour objet de créer un délit de violation du secret des affaires. La protection vise toute information « *de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique* ». La notion est donc très large. Elle requiert que l'entreprise ait mis en place des « *dispositions raisonnables destinées à les garder secrets* ». On regrettera que la proposition de loi n'ait pas précisé les destinataires au secret : les employés qui par leurs fonctions peuvent avoir accès au secret ? Faut-il étendre cette obligation aux contractants de l'entreprise qui peuvent avoir accès à certains des secrets de l'entreprise ? La proposition se contente d'énoncer qu'est tenue au secret « *toute personne qui en est dépositaire ou qui a eu connaissance de cette information et de mesures de protection* ». Les mesures raisonnables mises en œuvre pour assurer le secret seront précisées par décret. On peut se demander si l'absence de protection rendra l'information librement disponible ou si les mécanismes antérieurs (*droit de la responsabilité, droit de la concurrence déloyale, droit pénal spécial*) pourront néanmoins s'appliquer.

4. La proposition Carayon pose des exceptions au secret, justifiées par des exigences procédurales, dans les relations avec la justice (3). Le mécanisme résultant de la proposition Carayon

est assez proche de celui que les praticiens utilisent par l'insertion de clause de confidentialité ou clause de sauvegarde limitant l'usage et la divulgation aux tiers d'informations stratégiques. Or, ces clauses, certes très usitées, ne sont pas sans danger en raison notamment du marquage de l'information estampillée « *secrète* », qui attire l'attention ! On critiquera également la voie pénale. On a souligné la relative inefficacité des dispositions pénales.

5. Pour autant, la proposition Carayon a le mérite de s'inscrire dans **un mouvement international** visant à sanctionner la violation du secret des affaires : article 39 du Traité ADPIC relatif aux aspects de propriété intellectuelle liés au commerce ; Communication UE 24 mai 2011 faisant état d'une préoccupation liée à l'hétérogénéité des règles de protection des secrets des affaires dans les différents Etats ; Etude de la protection des secrets des affaires dans l'Union européenne (*Report on Trade secrets for the European Commission*).

6. Il est à espérer que cette proposition ne tombera pas aux oubliettes ... et que la voie pénale sera abandonnée, permettant ainsi un rapprochement avec le droit anglais (4).

Marie Malaurie-Vignal

- (1) Pour une étude plus complète, voir notre article, *Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage informatique*, D. 2012 chr. 1415.
- (2) Proposition de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 novembre 2011 visant à sanctionner la violation du secret des affaires. ([lien](#))
- (3) J.M. Garinot, « *Secret des affaires : la proposition de loi du 23 janvier 2012 sur la violation du secret des affaires est-elle un progrès ?* » JC.E. 2012 act. 173.
- (4) Pour une présentation des différentes solutions, F. Hagel, « *Protection des secrets d'affaires* » : enjeux et repères, Cah. Dt. Entrep. Janv.-févr. 2012, n°3, p 31 et s.



Distribution automobile : lorsque la CJUE définit le terme “défini” :

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Le 14 juin 2012, la CJUE a apporté une réponse à la question préjudicielle posée, le 29 mars 2011, par la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si la validité d'un réseau de distribution sélective quantitative est subordonnée à l'application de critères de sélection objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme à l'égard de tous les candidats à l'agrément ? La CJUE répond par la négative. Cette prise de position est bien plus fondamentale qu'elle n'y paraît. Afin d'en saisir l'importance, il conviendra de rappeler le régime d'exemption applicable à la distribution automobile (I.), pour ensuite aborder en détail la réponse apportée par la CJUE (II.) et les quelques commentaires qui peuvent en être fait (III.).

I. Rappel du régime d'exemption applicable à la distribution automobile

L'article 101 du TFUE prohibe tout accord restreignant la concurrence. A ce titre, les réseaux de distribution sont vus d'un mauvais d'oeil puisqu'il s'agit de sélectionner des distributeurs et donc d'éliminer ceux qui ne le sont pas, restriction à la concurrence flagrante. Pourtant, ces réseaux de distribution peuvent bénéficier d'une exemption qui en valide l'existence. Cette exemption peut être obtenue par deux biais distincts. (i) Le premier est la démonstration par l'entreprise du bénéfice de l'article 101§3 du TFUE. Il s'agit alors d'une exception légale, lorsque l'accord « contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte », tout en n'éliminant pas totalement la concurrence. (ii) Le second moyen permettant l'obtention d'une exemption est de bénéficier d'un règlement, le réseau étant alors présumé remplir les conditions posées à l'article 101§3 du TFUE. La sécurité juridique est bien plus importante tant l'usage et la jurisprudence indiquent quels types de réseau peuvent bénéficier de ces règlements. À titre d'exemple, le règlement CE n° 330/2010 régit

les accords verticaux, il est celui le plus invoqué par les entreprises.

2. Le milieu automobile bénéficie d'un régime spécifique dont voici l'essentiel :

- Le règlement CE n° 1400/2002, en vigueur depuis le 1er octobre 2002, régit la vente de véhicules neufs. Cependant, le 1er juin 2013, c'est le règlement CE n° 330/2010 qui le remplacera. L'abandon du règlement CE n° 1400/2002 engendrera alors d'énormes bouleversements, dont, à titre d'exemple : (i) la durée des contrats, actuellement de 5 ans minimum, qui deviendra 5 ans maximum, (ii) la disparition du préavis de 2 ans pour la résiliation des contrats à durée indéterminée, et (iii) la possibilité pour la tête de réseau de modifier les obligations d'achat dans des proportions supérieures à celles de la progression du réseau.

- Le règlement CE n° 461/2010, en vigueur depuis 1er juin 2010, régit quant à lui la réparation automobile ainsi que le service après-vente. Une large partie de l'ancien règlement CE n° 1400/2002, celle concernant le même domaine, y est reprise.

3. Le règlement CE n° 1400-2002, régissant ainsi la vente de véhicule neuf, ne prescrit pas de modèle d'organisation. Cependant, des seuils sont indiqués quant au régime à choisir afin de bénéficier de son exemption :

- Distribution exclusive jusqu'à 30 % de parts de marché
- Distribution sélective quantitative jusqu'à 40 % de parts de marché
- Distribution sélective qualitative au-delà

4. Or, la question préjudicielle posée à la CJUE concernait les réseaux de distribution sélective quantitative. Il s'agit, pour rappel, d'un réseau où les critères de sélection concernent des données quantitatives généralement liées à la présence d'un nombre limité d'opérateurs sur un territoire donné. Tout opérateur qui présente alors sa demande d'adhésion au réseau, sous réserve du respect des critères quantitatifs déterminés par la tête de réseau, bénéficie d'un droit d'adhérer à ce réseau.



5. Le régime d'exemption du secteur automobile est ainsi construit, aujourd'hui complexe et demain simplifié. Il convient dès à présent de s'intéresser plus en détail à l'arrêt rendu le 14 juin 2012 par la CJUE.

II. Le contenu de la réponse apportée le 14 juin 2012 par la Cour de justice

6. C'est dans le cadre de l'affaire Auto 24 SARL contre Jaguar Land Rover France SAS (ci-après « JLR ») que la Cour de justice de l'Union européenne a été saisie d'une question préjudicielle. Il s'agissait de savoir ce qu'il faut « entendre par les termes de "critères définis" (figurant à dans le règlement CE n° 1400/2002) s'agissant d'une distribution sélective quantitative? » (1). En fait, cette question du critère défini regroupe deux sous interrogations : (i) les critères de sélection doivent-ils être objectivement justifiés et (ii) appliqués de façon uniforme et non différenciée ?

7. Afin de mettre en relief cette question très théorique, opérons un rappel des faits de cette affaire. JLR est un importateur de véhicule automobile neufs de la marque Land Rover. Depuis 1994, Auto 24 était un concessionnaire exclusif de JLR à Périgueux. Le 27 septembre 2002, le contrat fut résilié avec un préavis de 2 ans et il fut refusé à Auto 24 après examen d'une nouvelle candidature de redevenir concessionnaire de la marque. Auto 24 a ainsi décidé de saisir les tribunaux et c'est le 28 octobre 2005 que le tribunal de commerce de Versailles a condamné JLR au paiement de 100 000 euros pour avoir fait preuve de discrimination dans l'examen de la nouvelle candidature. Le 19 janvier 2006, Auto 24 a une nouvelle fois fait acte de candidature afin de devenir cette fois-ci distributeur agréé. JLR lui opposait alors le numéro clausus du réseau ne prévoyant pas de distributeur à Périgueux. Toutefois, lorsque la même année JLR décida d'ouvrir un établissement secondaire en périphérie de Périgueux, JLR saisit une nouvelle fois les tribunaux. Après une première instance et un appel défavorable à Auto 24, la Cour de cassation fut saisie du litige. Il s'agissait de savoir, en substance, si le refus par JLR d'implanter un distributeur agréé à Périgueux, devait être motivé ou non. Voilà pourquoi la Cour de cassation pose une question préjudicielle à la CJUE, demandant ce que recoupaient les termes « *critères définis* » du règlement 1400-2002, autrement dit, si le réseau

de distribution sélective quantitative de JLR était valable.

Les critères d'un réseau de distribution quantitatif

doivent être vérifiables.

Nulle obligation existe

qu'ils soient publiés,

objectifs et non

discriminatoires.

8. La Cour de justice répond en deux temps.

9. Elle définit dans un premier les termes litigieux. Ainsi, tachons de le retenir, « *les termes "critères définis", au sens de cette disposition,*

doivent être interprétés comme se référant à des critères dont le contenu précis peut être vérifié » (2). Une possible vérification de ces critères n'implique toutefois en rien leur publication, ce que ce précise la CJUE au point suivant de la décision. Le secret d'affaires est ainsi préservé.

10. Dans un second temps, une fois la définition des termes donnée, la CJUE procède à une analyse a contrario du régime de validité lié à ces critères.

11. De la présence de critères objectivement justifiés. Le règlement CE N°1400/2002, en ce qu'il concerne les systèmes de distribution sélective qualitative, exige qu'ils soient « *requis par la nature des biens ou des services contractuels* » (3) (*soulignements ajoutés*). Prenant soin d'évoquer la nécessité de critères objectifs, puisque requis, en ce qui concerne la distribution sélective qualitative, tout porte à penser que l'absence de précision pour ce qui est de la distribution sélective quantitative ne soit pas hasardeuse. C'est le raisonnement que tient la CJUE, évoquant de façon assez large « *l'économie du règlement* » (4). Une partie de sa réponse est ainsi formulée.

12. De l'application non discriminatoire. Eu égard à l'application des critères, les juges de la CJUE relèvent que le règlement, toujours en ce qu'il concerne la distribution sélective qualitative, impose qu'ils soient « *établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire* » (5). Une fois encore, ce raisonnement a contrario guide l'analyse de la CJUE.

13. En somme, les critères d'un réseau de distribution quantitatif doivent pouvoir être vérifiés, sans pour autant être publiés. Egalement, ils n'ont



pas d'obligation d'être objectifs et non discriminatoires. La réponse des juges de la CJUE est on ne peut plus limpide.

III. Quelques réflexions relatives à cette réponse de la Cour de Justice de l'Union Européenne

14. Cette réponse de la CJUE ne souffre d'aucune contestation quant à sa démonstration. Ce que le droit n'interdit pas est permis et à défaut d'obligation textuelle imposant aux têtes de réseau de justifier les critères d'entrée dans leur réseau de distribution quantitatif ainsi que de les appliquer de façon non discriminatoire, il est bon que les juges ne prennent pas la liberté de créer cette nécessité.

15. De plus, la portée de l'application non discriminatoire des critères quantitatifs doit être minorée. Il s'agit simplement de laisser à la tête de réseau la possibilité de l'organiser comme elle l'entend, choisissant ou non d'implanter un distributeur dans zone géographique. Cette zone géographique doit être définie, c'est ce que précise la réponse de la CJUE, de sorte qu'un distributeur ne soit pas confronté à un refus systématique en dépit même de sa mobilité. En somme, que l'application des critères qualitatifs ne soit pas discriminatoire se comprend aisément, la situation contraire aboutirait à une violation de l'article 14 de la CEDH (6). En revanche, il est bon, pour des raisons économiques, qu'une tête de réseau puisse choisir ses lieux d'implantation.

16. Relevons qu'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 28 juin 2005, avait évoqué cette même question de la définition et de la mise en oeuvre des critères dans un réseau de distribution sélective quantitative. Les juges avaient retenu que ces critères devaient être précis et objectifs. Plus encore, les juges doivent, selon la Cour de cassation, examiner, « *même d'office, ces critères de sélection, leur objectivité, et les conditions de leur mise en oeuvre* ». Autrement dit, les juges français avaient pris l'exacte décision inverse de celle de la CJUE le 14 juin dernier, créant de toutes pièces une obligation extra-*legem*.

17. Ainsi, le droit consacré par cet arrêt du 14 juin 2012 doit être félicité en ce qu'il se conforme à la lettre du texte, ou disons, à l'absence de lettre.

Cette décision n'en demeure pas moins la consécration d'un rapport de force déséquilibré. L'application du règlement CE n° 330/2010 le 1er juin 2013 aura d'importantes conséquences, donnant aux têtes de réseau un pouvoir plus accru encore. L'on constate d'ores et déjà dans la pratique une financiarisation des distributeurs afin de peser plus lourdement sur ces têtes de réseau. Cet arrêt du 14 juin 2012, à ne pas en douter, accentuera le mouvement, de sorte que les distributeurs puissent négocier les zones géographiques où le réseau sera présent.

18. Enfin, cette décision présente un intérêt tout particulier au regard du changement de régime – avec l'application du règlement CE n° 330/2010 – sur les clauses de localisation. Pour rappel, une telle clause contient l'interdiction faite à un membre d'un système de distribution sélective d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non agréé par la tête de réseau. Le règlement CE n° 1400/2002 prohibe formellement ce type de clause (7). Dans cette mesure, l'arrêt du 14 juin 2012, qui consacre la possibilité pour la tête de réseau de choisir les zones géographiques dans lesquelles elle opérera sa revente, est nuancé par cette autre possibilité pour les distributeurs sélectionnés de s'implanter sur ces zones. Le règlement CE n° 330/2010 autorise quant à lui une telle interdiction. Ce sont les lignes directrices – bien que non liantes – qui confirment cette possibilité, les clauses de localisations procurant « *généralement des gains d'efficience qui rendront la logistique plus efficace et la couverture du réseau plus prévisible* » (8). Dès lors, le changement de régime confèrera à la réponse à cette question préjudicielle une importance toute particulière, la limitation de zones de revente devenant totale. Il serait dommage d'attendre le 1er juin 2013 pour que l'importance de cet arrêt du 14 juin 2012 soit relevée tant l'équilibre des rapports de force au sein des réseaux de distribution est en balance. Le droit n'est utile que s'il est connu de tous, espérons que la réponse de la CJUE soit suffisamment entendue.

Thibault Schrepel



- (1) Arrêt de la CJUE, 14 juin 2012, C158/11, point 20
- (2) Arrêt de la CJUE, 14 juin 2012, C158/11, point 30
- (3) Règlement CE n° 1400/2002, article 1er, paragraphe 1, petit h)
- (4) Arrêt de la CJUE, 14 juin 2012, C158/11, point 36
- (5) Règlement CE n° 1400/2002, article 1er, paragraphe 1, petit h)
- (6) CEDH, article 14 : « *Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».
- (7) Règlement CE n° 1400/2002, article 5.2 b)
- (8) Lignes directrices du règlement CE n° 330/2010, point 56

Ententes et concentrations : ce qu'il faut retenir de l'année 2011

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Cet article a pour objectif de présenter un panorama des plus importantes décisions ou arrêts français rendus au cours de l'année 2011. Seules seront évoquées les affaires relatives aux ententes (Antitrust, article L. 420-1 du Code de commerce ou 101 du TFUE) et aux concentrations d'entreprises (Merger, article L. 420-2 du Code de commerce ou 102 du TFUE). Il s'agira de décrypter chacune d'entre elles afin de mieux appréhender les analyses concurrentielles de l'année 2012 qui, à ne pas en douter, évoqueront ces différentes procédures. Par souci de clarté, deux parties guideront ces propos : l'une relative aux décisions rendues par l'Autorité de la concurrence (I), l'autre relative aux arrêts rendus par le juge judiciaire (II).

I. Côté Autorité de la concurrence

1.1 L'affaire relative au cartel des lessives : 8 décembre 2011

Cette affaire concerne une entente dans le secteur français des lessives. L'objet de cette entente était la fixation en commun du prix de la lessive ainsi que des règles promotionnelles. Quatre entreprises sont concernées et quatre demandes de clémences ont été formulées, dont la première par les sociétés Unilever France et Lever Fabergé France. Les trois autres sociétés impliquées sont Henkel France, Procter & Gamble Company, et Colgate Palmolive.

2. Points 43 et 44 : Parallèlement, une procédure européenne a été menée par la Commission européenne. Les deux affaires ont été jugées distinctes et c'est ainsi que, le 13 avril 2011, à l'issue d'une procédure de transaction, la Commission européenne a sanctionné les entreprises.

« Par décision du 13 avril 2011 prise à l'issue d'une procédure de transaction au cours de laquelle l'ensemble des parties ont reconnu les faits en cause, leur qualification juridique et leur responsabilité dans ceux-ci, la Commission européenne a sanctionné les entreprises. »

3. Points 47 et 347 : les deux affaires ont été jugées distinctes pour les raisons suivantes : (i) elles se distinguent par leur objet, (ii) par les produits concernés, (iii) leur champ géographique et (iv) leur période de mise en œuvre. Toutefois, comme le souligne l'Autorité de la concurrence elle-même, si la procédure de la Commission européenne ne concerne que la lessive en poudre, celle française la comprend aussi. Également, le champ géographique de la Commission européenne est certes bien plus large, mais il comprend lui aussi la France. Enfin, concernant la période, l'affaire européenne sanctionne une entente ayant débuté en 2002, celle française sanctionne une entente ayant débuté en 1997. Ces dates se chevauchent ainsi dès 2002.

« L'affaire ayant donné lieu à la décision de la Commission européenne porte donc sur des



pratiques qui se distinguent de celles en cause dans la présente affaire :

- par leur objet : l'entente sanctionnée par la Commission européenne concerne une coordination essentiellement indirecte des prix mise en oeuvre à l'occasion de l'initiative environnementale de l'AISE décrite au point 45 ci-dessus, tandis que la pratique en cause dans la présente affaire consisterait en une fixation directe des prix et des promotions des lessives dans le contexte de l'adoption de la loi Galland ;

- par les produits concernés : l'entente sanctionnée par la Commission européenne vise les lessives en poudre, seules concernées par les mesures de compactage de l'AISE, tandis que la pratique en cause dans la présente affaire porterait sur toutes les formes de lessives (poudre, liquide, tablettes) ;

- par leur champ géographique : la pratique en cause devant l'Autorité concernerait uniquement le marché français caractérisé à l'époque des faits par des modalités très spécifiques de négociation des prix avec la grande distribution, compte tenu des mécanismes introduits par la loi Galland, alors que l'entente sanctionnée par la Commission européenne visait huit États membres de l'Union, dont la France ;

- par leur période de mise en oeuvre : l'entente sanctionnée par la Commission européenne a commencé en 2002, tandis que la pratique en cause dans la présente affaire est décrite par certains demandeurs de clémence comme ayant débuté en 1997 ;

- par les entreprises concernées : Colgate Palmolive, qui est demandeur de clémence dans la présente affaire et qui est identifiée par les autres auteurs de la pratique en cause comme y ayant participé, ne figure pas parmi les entreprises mises en cause par la Commission européenne. »

4. Par ailleurs, l'autorité de la concurrence profite de cette affaire pour opérer un formidable rappel de la distinction entre l'infraction complexe et continue d'une infraction unique et continue.

5. L'infraction complexe est ainsi définie comme étant une suite d'accords et/ou de pratiques concertées. Elle est caractérisée au cas présent au point 406 de la décision.

« Dans le cadre d'une infraction complexe, qui a impliqué plusieurs producteurs pendant plusieurs années poursuivant un objectif de régulation en commun du marché, on ne saurait exiger de la Commission qu'elle qualifie précisément l'infraction, pour chaque entreprise et à chaque instant donné, d'accord ou de pratique concertée, dès lors que, en toute hypothèse, l'une et l'autre de ces formes d'infraction sont visées à l'article 85 du traité. La Commission est ainsi en droit de qualifier une telle infraction complexe d'accord «et/ou» de pratique concertée, dans la mesure où cette infraction comporte des éléments devant être qualifiés d'«accord» et des éléments devant être qualifiés de «pratique concertée».

Dans une telle situation, la double qualification doit être comprise non comme une qualification exigeant simultanément et cumulativement la preuve que chacun de ces éléments de fait présente les éléments constitutifs d'un accord et d'une pratique concertée, mais bien comme désignant un tout complexe comportant des éléments de fait dont certains ont été qualifiés d'accord et d'autres de pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, lequel ne prévoit pas de qualification spécifique pour ce type d'infraction complexe. » (point 391)

6. L'infraction simple et continue est celle lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la répétition constante ou par la persistance de la volonté anticoncurrentielle après l'acte initial sans qu'un acte matériel ait nécessairement à la renouveler dans le temps (point 409). Elle est caractérisée pour une autre partie des faits au point 438 de la décision.



7. Les *points* 567 à 782 de la décision concernent quant à eux la détermination de la sanction et sont un modèle du genre tant la motivation de l'Autorité de la concurrence est empreinte de pédagogie. Une raison peut-être trouvée à cette constatation : il s'agit de la toute première utilisation du communiqué de l'Autorité en date du 16 mai 2011 relatif à la détermination des sanctions. Si l'Autorité explique la réparation du dommage causé à l'économie, elle semble avoir attaché particulièrement d'importance à l'élasticité croisée des prix et de la demande, sanctionnant plus fortement les cartellistes dont les produits ne souffraient pas d'une inélasticité notable.

8. Les *points* 773 à 779 sont d'une importance toute particulière. S'y trouve le véritable apport de la décision. Est discutée par l'Autorité de la concurrence la possibilité de bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs en même temps que celle de clémence.

9. L'Autorité de la concurrence pose immédiatement comme principe la nécessité d'un champ d'application des griefs notifiés différent de celui de l'entente telle que décrite par le demandeur de clémence.

« Lorsque le champ des griefs notifiés diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente telle que décrite par le demandeur de clémence au vu de l'ensemble des informations et des éléments de preuve dont il pouvait disposer, la mise en oeuvre de la procédure de non-contestation des griefs à son égard peut revêtir un intérêt certain du point de vue du rapporteur général, compte tenu des gains procéduraux qu'elle peut engendrer. » (point 773)

10. Ainsi, comme le souligne l'Autorité au *point* 774, « lorsque le périmètre des griefs notifiés correspond (...) au contenu de l'entente, (...) la mise en oeuvre de cette procédure n'apporte pas de valeur ajoutée suffisante au traitement de l'affaire ». Dès lors, le rapporteur a la possibilité de cumuler les deux procédures, mais il ne le fera que s'il le juge utile, au cas par cas. Lorsque l'infraction reprochée ne diffère pas sensiblement, le cumul sera en effet refusé (*point* 779).

11. Enfin, l'Autorité de la concurrence prend la peine d'évoquer les différences entre la procédure de non-contestation des griefs française et celle européenne. Ainsi, aucune conclusion ne peut être tirée de l'acceptation par la Commission européenne du cumul des deux procédures.

1.2 L'affaire dite Canal Plus / TPS : [20 septembre 2011](#)

12. Il s'agit dans cette décision de l'Autorité de la concurrence de sanctionner le non-respect par les groupes Canal Plus et Vivendi des engagements pris le 30 août 2006 à l'occasion du rachat de TPS et Canalsatellite. Ces engagements, de nature comportementale, étaient une condition suspensive à la réalisation de l'opération de concentration et leur non-respect a forcé l'ouverture d'une procédure par l'Autorité de la concurrence.

13. *Point* 217 : L'Autorité de la concurrence énonce les possibilités prévues par l'article L. 430-8 du Code de commerce en cas de non-respect des engagements. La première est le retrait de la décision ayant autorisé l'opération. La seconde concerne l'astreinte qui peut être enjoint aux parties d'exécuter leurs engagements. Quelle que soit la possibilité retenue par l'Autorité de la concurrence, en considération des faits d'espèce, une sanction d'un maximum de 5% du chiffre d'affaires peut être prononcée.

« Aux termes du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, si elle « estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement (...), l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut :

1° – Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. A moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I [injonction sous astreinte dans la limite de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard ou sanction pécuniaire d'un montant maximum, pour les personnes morales, de 5 %

du chiffre d'affaires réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant de celui de la partie acquise];

2° – Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2 [5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard], aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'elle fixe les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, l'Autorité peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I [montant maximum, pour les personnes morales, de 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant de celui de la partie acquise]. »

14. Point 250 : L'Autorité de la concurrence opte pour la première possibilité, celle du retrait de l'autorisation de concentration.

« Au regard de l'ensemble des éléments analysés ci-dessus, il convient de mettre en oeuvre le 1° du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce. Il y a donc lieu de retirer la décision du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 30 août 2006, autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus. A moins pour les parties de revenir à l'état antérieur à la concentration, ce retrait entraîne l'obligation pour ces dernières de notifier à nouveau l'opération, à l'Autorité de la concurrence, dans un délai d'un mois à compter de la date de notification de la présente décision. »

15. Point 253 : L'Autorité de la concurrence prononce ainsi une sanction de 30 millions d'euros au titre de l'article L. 430-8 du Code de commerce.

« Au vu des éléments d'appréciation décrits plus haut relatifs à la gravité des manquements constatés et à l'importance de l'atteinte qu'ils sont de nature à engendrer pour la concurrence, il y a lieu d'infliger conjointement et solidairement

aux personnes mentionnées à la troisième phrase du point 251 ci-dessus une sanction d'un montant de 30 millions d'euros. »

1.3 L'affaire relative à la restauration des monuments historiques : [26 janvier 2011](#)

16. Cette affaire ne fait pas application directe du droit communautaire. Pourtant, l'Autorité de la concurrence rend une décision très importante concernant l'articulation entre le droit processuel interne et communautaire. Sur fond d'entente généralisée dans le secteur de la rénovation des monuments historiques sur les territoires spécifiés dans la décision, c'est l'apport concernant l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles dans les groupes de sociétés qui doit être mis en lumière. La répartition des marchés ainsi opérée par les filiales du groupe Lefèvre est imputée à la société mère.

17. Points 45 et 51 : Les deux griefs concernent (i) d'une part la répartition des marchés et (ii) d'autre part la pratique des offres de couverture.

18. Points 339 et 340 : Sur le respect des droits de la défense, l'Autorité de la concurrence rappelle que la régularité de la procédure ne peut être contestée à raison du défaut d'audition des responsables d'une entreprise pendant la phase de procédure préalable à la notification des griefs. Ce principe, comme le souligne l'Autorité, est affirmé clairement par un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 janvier 2008, arrêt dit Goff Confort (1).

« La cour d'appel de Paris a cependant jugé que la régularité de la procédure ne pouvait être contestée à raison du défaut d'audition des responsables d'une entreprise mise en cause devant l'Autorité de la concurrence pendant la phase de la procédure préalable à la notification de griefs, phase dont la Cour de cassation a elle aussi rappelé le caractère non contradictoire (voir point 309 ci-dessus) : « l'audition de personnes intéressées constitue une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil, eu égard au contenu du dossier ; (...) de surcroît, le fait que les dirigeants d'une entreprise n'aient pas été entendus au cours de l'enquête et de l'instruction est, en l'absence

d'obligation légale en la matière, sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors qu'à compter de la notification de griefs et lors des différentes phases de la procédure, l'entreprise a été en mesure (...) de faire valoir ses observations en temps utile » (arrêt du 29 janvier 2008, Le Goff Confort). » (point 340)

19. C'est au point 362 que l'Autorité de la concurrence écarte l'application du droit communautaire, « *les pratiques en litige étaient susceptibles d'exercer de manière sensible une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres* », ce qui ne l'empêche en rien de s'exprimer sur l'imputabilité des pratiques d'une filiale tant au plan interne que communautaire.

20. Le point 592 rappelle ainsi qu'en droit communautaire, en présence de liens capitalistiques exclusifs (100%) ou quasi exclusifs, la présomption – simple – de responsabilité est retenue.

« Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption simple selon laquelle la société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. » (soulignements ajoutés).

21. Dans le cas contraire, comme le souligne le point 593, l'influence de la société mère sur sa filiale devra être analysée.

« La jurisprudence impose à la Commission européenne de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, et non de se contenter de constater qu'elle est en mesure d'exercer une telle influence (arrêt du tribunal de première instance du 27 octobre 2010, Alliance One International Inc., T-24/05, non encore publié au Rec., point 126) » (2).

22. Le point 590 rappelle ainsi que « *le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques* ». Cette lourde formulation cache la réalité suivante : une filiale agissant selon les directives de la société mère engage la responsabilité de cette dernière.

23. Dans un souci d'homogénéité de l'application des règles processuelles en droit de la concurrence, le droit français applique le même raisonnement. Le point 598 de la décision souligne ainsi qu'en présence de liens capitalistiques exclusifs ou quasi exclusifs, la présomption simple de responsabilité est retenue, et, en l'absence d'une telle situation, est étudiée l'influence de la société mère sur sa filiale.

« Ainsi, même lorsqu'elle fait application des seules dispositions de droit interne, l'Autorité est fondée, dans un cas comme celui de l'espèce, où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, à présumer l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, et à la tenir solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale. Cette présomption peut alors être combattue par les entreprises, qui ont à cet effet la possibilité de faire valoir tous éléments de nature à démontrer que leur filiale se comporte de façon autonome sur le marché. » (point 598)

24. Au cas présent, les deux sociétés mères ont été retenues responsables en raison des liens capitalistiques les unissant à leurs filiales. (points 615 et 619).



II. Côté juge judiciaire

2.1 L'affaire France Télécom / SFR de la Cour d'appel de Paris : [27 janvier 2011](#)

25. Le 14 octobre 2004 le Conseil de la concurrence condamnait les sociétés France Télécom et SFR Cegetel à respectivement 18 millions d'euros d'amende et 2 millions d'euros d'amende pour des pratiques de ciseau tarifaire. Au terme d'une longue procédure, la Cour d'appel de Paris est venue statuer sur un nouveau renvoi pour réformer la décision du Conseil de la concurrence.

26. Pour rappel, « *cette pratique, dite de « ciseau tarifaire », consiste pour un opérateur, généralement verticalement intégré, à fixer à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation intermédiaire nécessaire pour l'accès au marché de détail, sans laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail* ». (voir le communiqué de l'Autorité dans l'affaire citée).

27. La cour a ainsi pu juger en *page 12* de son arrêt que « *si l'objet anticoncurrentiel de la pratique n'est pas établi, elle ne peut rejeter les recours sur le fondement d'un effet anticoncurrentiel du ciseau tarifaire que si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée, auteur de la pratique, ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval* ». Autrement dit, seul le fait qu'un concurrent entrant subisse des pertes à l'entrée effective sur le marché permet de rejeter l'effet anticoncurrentiel.

28. Dès lors, les juges procèdent à l'analyse successive de l'objet des accords et des effets de ces derniers. Pour ce qui est de l'objet anticoncurrentiel, il est considéré que « *les offres commerciales du Groupe ne visaient pas à éliminer la concurrence, mais bien à tenter de pénétrer le marché* » (*page 13*).

29. Pour ce qui est alors de l'effet anticoncurrentiel, la preuve doit être rapportée que la pratique doit avoir pour « *résultat de restreindre ou de fausser le*

jeu de la concurrence sur le marché en aval; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise, auteur du "ciseau tarifaire", leurs sont indispensables » (*page 13*). Les opérateurs de téléphonie fixe sur le marché n'étaient ni acheteurs ni demandeurs de la prestation d'interconnexion directe, ainsi, aucun effet anticoncurrentiel ne peut être caractérisé.

2.2 L'affaire Expedia de la Cour de cassation : [10 mai 2011](#)

30. Cet arrêt de la Cour de cassation pose une question de droit comme il est rare d'en voir apparaître.

31. Dans un premier temps, la Cour constate que la communication – dite de *minimis* – en date du 22 décembre 2001 (**3**) ne prohibe les ententes sur le fondement de l'article 101 du TFUE, que si, (i) dans le cas où les entreprises sont concurrentes – accord horizontal – leurs chiffres d'affaires cumulés dépassent 10%, et (ii) dans le cas où les entreprises ne sont pas concurrentes – accord vertical – leurs chiffres d'affaires cumulés dépassent 15%.

« La communication de la Commission européenne du 22 décembre 2001, dite de minimis (...)interdit les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun et que "la Cour de justice des Communautés européennes a établi que cette disposition n'était pas applicable aussi longtemps que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires ou sur la concurrence n'était pas sensible" ; que quantifiant, au moyen de seuils de parts de marché, ce qui ne constitue pas une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 81 § 1 (...) ; qu'elle énonce au point 7 pour l'application de ce principe, qu'elle considère que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de



l'article 81 § 1, du traité, si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents), ou si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord. » (page 2)

32. Or, il est de jurisprudence constante que tout accord entre entreprises affectant le marché intra-communautaire et ayant un objet concurrentiel est prohibé.

« Découle du texte même de l'article 81 § 1, CE que les accords entre entreprises sont interdits, indépendamment de tout effet, lorsqu'ils ont un objet anticoncurrentiel », arrêts du 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni. (4) » (page 2)

33. Ainsi, la Cour de cassation pose une question préjudicielle à la CJUE, demandant si l'article 101 du TFUE peut être appliqué à des accords qui ne franchissent pas les seuils de minimis (de 10% ou 15 %, selon) ?

« L'article 101 § 1, du TFUE et l'article 3-2, du règlement n° 1/2003 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une pratique d'accords, de décisions d'associations d'entreprises, ou de concertation qui est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission européenne dans sa communication du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (JOCE C 368/13), soit poursuivie et sanctionnée par une Autorité nationale de concurrence sur le double fondement de l'article 101 § 1, du TFUE et du droit national de la concurrence ? » (page 3)

34. Tout porte à penser que la réponse de la CJUE consistera à dire qu'effectivement l'article 101 du TFUE ne s'applique pas à ce type d'accord. Rappelons en effet qu'aucune jurisprudence européenne n'applique l'article 101 du TFUE à des accords qui ne restreignent pas le commerce entre États membres, et qu'aussi, l'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe ce type d'entente qui ne reste donc pas impuni.

2.3 L'affaire Total / Réunion : [1er mars 2011](#)

35. Cet arrêt de la Cour de cassation fait office de nouveau revers pour l'Autorité de la concurrence. Les juges de la rue Montpensier viennent en effet de rendre un arrêt de cassation, infirmant ainsi les juges de la Cour d'appel de Paris qui eux avaient choisi de soutenir l'Autorité.

36. Cet arrêt pose également une question de droit importante : quelle réalité recouvre l'affectation du commerce entre États membres nécessaire à l'applicabilité de l'article 101 du TFUE ?

37. La Cour de cassation répond que les critères **(i)** de la taille des entreprises, **(ii)** du lieu d'activité de ces entreprises, et **(iii)** de la nationalité des participants à l'entente ne sont pas pertinents quant à l'appréciation de l'affectation du commerce entre États membres. Cet arrêt, limpide, ne nécessite pas plus de commentaires.

Pages 8 et 9 : « 1°) ALORS QUE pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte actuelle ou potentielle sur les courants d'échanges entre États membres, et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres ; qu'en se bornant à déduire l'affectation du commerce entre États membres de considérations générales sur le transport aérien la cour d'appel qui n'a pas établi avec un degré de probabilité suffisant en quoi le commerce entre États membres risquait, en



l'espèce, de se trouver affecté, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

2°) ALORS QUE la nationalité des participants à une entente nationale ne permet pas de conclure que la condition relative aux effets sur le commerce entre États membres est remplie : qu'en affirmant au contraire qu'à défaut d'établir qu'aucun opérateur présent sur le marché n'est ressortissant de la communauté, les sociétés mises en cause dont certaines ont leur siège social dans un autre États membre, ne peuvent pas échapper à l'application du droit communautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 § 1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

3°) ALORS QU'en retenant, pour considérer que le commerce intracommunautaire était affecté, que la destination de Saint-Denis de la Réunion attire des ressortissants de divers pays membres de la communauté, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à définir les contours d'un marché pertinent et à caractériser une affectation du commerce entre États membres, a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

4°) ALORS QUE les conditions d'application de l'article 81 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE sont d'interprétation stricte ; qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le marché en cause était celui du carburéacteur sur l'île de la Réunion ; qu'en déduisant l'affectation du commerce entre États membres des répercussions de l'entente sur des marchés

connexes mais distincts à savoir notamment celui du transport aérien de passagers, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

5°) ALORS QU'en affirmant que les pratiques en cause étaient susceptibles eu égard à leur nature d'affecter sensiblement les échanges communautaires tout en admettant que les conditions de la présomption d'affectation sensible du commerce intracommunautaire ne sont pas réunies, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article 81 § 1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;

6°) ALORS QU'en retenant que la pratique en cause était susceptible d'affecter sensiblement" les marchés des carburéacteurs.. sur le territoire de la Communauté européenne", tout en constatant que le marché du carburéacteur en cause était limité, d'un point de vue géographique, à la seule escale de l'île de la Réunion, ce qui conférerait au marché en cause une dimension non seulement nationale mais surtout locale et excluait en toute hypothèse toute affection sensible du commerce intracommunautaire, la cour d'appel a violé l'article 81 § 1 du traité CE, devenu l'article 101 du TFUE, ensemble les articles 12 et 22 du règlement n° 1/ 2003 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. »

III. Propos conclusifs

38. Sans conteste, 2011 fut une année riche en jurisprudences importantes qui aura fait la part belle aux grands épisodes concurrentiels. L'Autorité de la concurrence forcit encore un peu plus ses sanctions, faisant notamment une première application de son communiqué du 16 mai 2011. Le juge judiciaire n'est



pas en reste et prouve qu'il demeure le véritable pilier du droit de la concurrence, n'hésitant pas à infirmer les raisonnements de l'Autorité. A présent, cap sur l'année 2012.

Thibault Schrepel

- (1) Cour d'Appel de Paris, 29 janvier 2008, Goff Confort n°2006/07820
- (2) Tribunal de l'Union européenne, 27 octobre 2010, Alliance One International Inc, n°T-24/05P
- (3) Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)
- (4) Cour de Justice de l'Union européenne, 8 juillet 1999, n°C-49/92P

De l'art de rompre (valablement) une relation commerciale établie

par Morgan Carbonnel, ancien étudiant au Master 2 Droit économique d'Aix-en-Provence, Créateur du Concurrentialiste.

La vie des affaires nécessite une adaptation constante des acteurs qui y participent. Toutefois, même en période de crise économique, l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce invite à la prudence en sanctionnant la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Cette étude a pour objectif de proposer, à la lumière des réflexions doctrinales et des solutions prétorienne, la marche à suivre pour rompre efficacement une relation commerciale établie et être en mesure de faire face à un éventuel contentieux.

I. Vérifications préliminaires à la notification de la rupture : l'importance de l'anticipation du contentieux

Devant l'importance considérable de ce contentieux, il est désormais conseillé de faire précéder la décision de résiliation d'une étude visant à déterminer les éventuels points faibles du dossier. Il s'agit ici d'anticiper l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie du distributeur évincé.

2. À ce stade, deux éléments paraissent pouvoir influencer la prise de décision de rompre. L'un consistant dans la durée du contrat (1.1) l'autre dans l'analyse du comportement de la partie désireuse de rompre (1.2).

1.1 Étude de la durée du contrat et évaluation des moyens de preuve.

3. Traditionnellement, notre droit opère une distinction fondée sur la durée pour laquelle le contrat a été conclu.

4. Nous ne nous attarderons pas, lors de cette étude, sur les contrats conclus pour une durée indéterminée et susceptibles d'être résiliés à tout moment par chacune des parties. Rappelons simplement que le droit de rompre unilatéralement et à tout moment un contrat à durée indéterminée constitue l'expression d'un droit fondamental qui a été consacré par le Conseil constitutionnel (1). Toutefois, la pratique nous enseigne que la plupart des contrats sont conclus pour une durée déterminée, c'est pourquoi nous nous intéresserons plus longuement à cette dernière catégorie de contrat.

5. Dans l'hypothèse d'un contrat à durée déterminée et en l'absence de clause résolutoire, la tête de réseau souhaitant rompre la relation commerciale établie avant son terme devra démontrer la faute grave de son distributeur. Une telle démonstration comporte des risques. Il convient alors d'identifier, préalablement à toute résolution, la capacité de la tête de réseau à assumer la charge de la preuve de cette faute grave imputable au distributeur.

6. La démonstration de la faute pouvant résulter de tout mode de preuve admissible au regard du droit



positif, la partie souhaitant rompre dispose ainsi d'un large éventail de modalités probatoires (2). Cependant, comme le rappelle inlassablement la jurisprudence, la tête de réseau ne doit pas se laisser séduire par l'utilisation de procédés probatoires déloyaux. La Haute cour a ainsi jugé que le fait d'élaborer un piège destiné à provoquer la faute du distributeur était contraire à la loyauté probatoire (3). De la même manière, n'est pas recevable la preuve consistant en l'enregistrement d'une conversation téléphonique qui mettrait en lumière la défaillance du distributeur (4).

7. A contrario, pour apporter la preuve de la faute grave du distributeur, il sera possible d'utiliser des documents internes, à l'image de procès-verbaux de réunions permettant de déceler les manquements de ce dernier.

1.2 L'analyse de son propre comportement : veiller à ne pas créer d'illusion

8. L'un des griefs revenant le plus fréquemment dans les prétoires et constituant un argument efficace pour le distributeur est celui de l'incohérence dans le comportement de celui qui désire rompre. La brutalité de la rupture provenant souvent de la croyance légitime du cocontractant en la poursuite des relations commerciales établies. La légitimité de cette croyance se mesure, traditionnellement, par l'existence ou non d'une incitation à réaliser des investissements (5).

9. L'enjeu est ici de s'assurer la possibilité de répliquer efficacement aux allégations du demandeur en justice. Ce dernier cherchera notamment à démontrer que ses investissements ont été faits à la demande de la tête de réseau.

10. Pour éviter toute sanction à l'encontre du candidat à la rupture, il conviendra d'analyser son comportement passé afin de s'assurer qu'il n'a entretenu aucune illusion possible quant à la vocation à perdurer de la relation commerciale.

II. La détermination de la durée du préavis

11. Avant la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, l'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce disposait que la durée du préavis devait être appréciée au regard des « relations commerciales antérieures ».

Aucune référence n'était alors faite à la notion de « durée ». Cette législation a conduit les juges du fond à utiliser des critères de différentes natures pour déterminer la validité de la durée du préavis. Outre la durée des relations commerciales antérieures, la jurisprudence a pu prendre en compte l'état de dépendance économique de la victime (6), les investissements effectués par celle-ci au profit de l'initiateur de la rupture (7) ou encore l'existence d'un accord d'exclusivité existant entre les deux parties (8).

12. La promulgation de la loi du 15 mai 2001 a restreint cette possibilité d'appréciation assez large du juge. Elle dispose, en effet, que le seul critère légal d'appréciation d'un préavis régulier est « la durée de la relation commerciale ». Toutefois, plusieurs décisions tendent à prouver que les juges s'affranchissent de la lettre du texte et continuent d'ajouter d'autres critères à celui de la durée de la relation commerciale (9).

13. Une telle pratique des juges rend très difficile l'appréciation exacte de ce que doit être un préavis suffisant. Devant tant d'insécurité juridique, le premier réflexe est de fixer contractuellement la durée du préavis. Mais, là encore, le droit spécial de la concurrence l'emporte sur le droit commun. En effet, à l'encontre du principe posé par l'article 1134 du Code civil, selon lequel « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », le seul respect du préavis contractuellement fixé n'assure pas l'exonération de l'auteur de la rupture (10). L'incertitude entourant la juste durée du préavis est d'autant plus grande pour celui qui veut rompre que « L'analyse de la jurisprudence démontre qu'à durée identique des relations commerciales, le juge peut accorder un préavis allant du simple au quadruple » (11).

À titre d'exemple, les juges du fond ont considéré, pour une relation commerciale ancienne de dix ans, qu'un préavis de 10 mois était suffisant au regard de l'évolution rapide des produits et des délais pour trouver de nouveaux débouchés (12). Durée de la relation commerciale identique et préavis différent pour la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt de 2006, au motif d'une annonce préalable sur la pérennité des relations (13).



14. En définitive, pour se prémunir contre une éventuelle action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, il convient d'adopter, tout au long de la relation commerciale, un comportement cohérent et loyal. Outre cet impératif comportemental, il est important d'anticiper la mise en oeuvre de la rupture en s'assurant de l'opportunité juridique de cette dernière au regard des éléments de l'espèce.

Morgan Carbonnel.

- (1) Cons. Const., 9 nov. 1999, n° 99-419DC.
- (2) Duminy (É.) et Bretzner (J.-D.), Petit manuel de survie à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution, Revue des contrats, 01 janvier 2011, n° 1, p. 321.
- (3) Cass. com., 18 nov. 2008, obs. de Bretzner (J.-D.), Dalloz 2009, p. 2716.
- (4) Cass. com., 3 juin 2008, obs. de Delebecque (P.), Dalloz 2008, p. 2820.
- (5) Cass. com., 5 oct. 2004, Juris-Data, n° 2004-025096.
- (6) CA Montpellier, 11 août 1999, RJDA, 11/99, n° 1176.
- (7) CA Versailles, 16 sept. 2004, RJDA, 04/05, n° 394.
- (8) Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865, RJDA, 11/04, n° 1191.
- (9) Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.731, RJDA, 03/09, n° 273. Dans cet arrêt, la chambre commerciale énonce que les juges du fond doivent vérifier que le préavis tient compte de la durée de la relation commerciale, mais également des autres circonstances de l'espèce.
- (10) Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121.
- (11) Gauchère (B.) et Van Doorne-Isnel (F.), Comment éviter la mise en oeuvre de sa responsabilité ?, Journal des sociétés, n° 85, mars 2011, p. 11.
- (12) CA Versailles, 2 déc. 2004, n° 03-4269.
- (13) CA Montpellier, 24 janv. 2006, n° 04-592

Le scandale du Libor : la plus importante affaire de droit de la concurrence ?

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

Il se pourrait bien que le droit de la concurrence se trouve bientôt lié au plus grand scandale financier de tous les temps. L'affaire du Libor n'a pas fini de faire parler d'elle. Voici les premiers décriptages concurrentiels.

I. Le Libor : qu'est-ce que c'est ?

Le Libor est le *London Interbank Offered Rate*. Déterminé chaque jour à 11h (*fuseau horaire de Londres*) par 16 banques et communiqué par la *British Bankers' Association*, il permet de déterminer initialement du taux auquel les banques s'empruntent entre elles. En réalité, il est aussi le taux qui a servi le calcul de plus de 350 000 milliards de dollars de transactions financières en 4 années. Sont notamment visés les taux d'épargne, taux hypothécaires et taux de prêt, que ce soit aux entreprises ou aux particuliers.

II. Le supposé scandale : en quoi consiste-t-il ?

2. Fixé chaque jour par 16 des plus grandes banques sélectionnées en fonction du volume de leurs activités sur les marchés (1), le Libor est le principal indice des marchés financiers. Ces banques indiquent le taux auquel elles pensent pouvoir obtenir un prêt considérable sur le marché financier interbancaire. Une moyenne est ensuite calculée (à l'exclusion des 25 % les plus hauts et des 25 % les plus bas) et le taux du Libor est ainsi déterminé.

3. Le problème est le suivant : 10 de ces banques sont soupçonnées de s'être entendues durant 4 ans pour baisser artificiellement le taux du Libor. Si tel était le cas, il s'agirait du plus grand scandale financier jamais révélé. L'intérêt d'une telle baisse serait double : (i) il viserait d'une part à permettre aux banques d'apparaître solides et non vulnérables, (ii) il permettrait d'autre part d'assurer d'énormes plus-values à quelques traders.

III. Le droit de la concurrence : en quoi est-il lié ?

4. Sont concernées par cette affaire les règles concurrentielles interdisant les ententes (l'article 101



du TFUE) ainsi que les pratiques commerciales restrictives de concurrence.

5. Pour rappel, l'article 101 énonce que « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* ». Sont notamment concernés les accords visant à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* ». Si un accord entre ces banques venait à être démontré, l'article 101§1 du TFUE trouverait à s'appliquer. Alors, la possibilité de démontrer des gains d'efficacité économique, encadrée par l'article 101§3, serait bien évidemment illusoire.

6. Plus de dix autorités de régulation sont impliquées à travers le monde entier. Des enquêtes sont menées au sein de chacune d'elles et des questions surgissent d'ores et déjà quant à la coordination de ces dernières. Si un réseau est constitué pour les autorités de concurrence européennes, aucune connexion n'est faite avec le reste du monde. Le FBI réalise les enquêtes outre-Atlantique, comme le fait la Commission Européenne de son côté. De plus, le Libor bien évidemment concerné l'est aux côtés du Tibor (*Tokyo Interbank Offered Rate*) ainsi que l'Euribor. Voilà de quoi compliquer l'affaire.

7. Il est à noter que la véracité de cette entente est corroborée par une demande de clémence de la part de la banque Suisse UBS. Jamais une seule affaire dans laquelle une entreprise a opéré une demande de clémence n'a abouti à l'abandon total des poursuites. C'est à la page 83 de leur rapport annuel ([lien](#)) que la banque annonce avoir obtenu par certaines juridictions une clémence conditionnelle. Seule une collaboration loyale et plénière avec les autorités concernées lui permettra de l'acquiescer définitivement.

8. Des questions se posent également quant aux sanctions concurrentielles encourues. D'une part, il semble difficilement envisageable que soit prononcée la nullité de tant de transactions, l'effet rétroactif d'une telle mesure étant impossible à

réellement mettre en oeuvre. Toutefois, s'impose l'évidence de sanctions pécuniaire. Pour l'heure, la Commission Européenne se refuse à prononcer des dommages-intérêts punitifs, ce que le Royaume-Uni consacre (*voir l'article sur l'effet dissuasif des sanctions en droit communautaire de la concurrence*). Sans même considérer un tel mécanisme, une réparation du dommage en son entier semble difficile, les sommes en jeu étant trop colossales. L'ensemble des transactions concernées (350 000 milliards de dollars soit environ 270 000 milliards d'euros), représente plus de 1500 ans de production française. La réparation intégrale du préjudice semble donc exclue. De plus, les banques d'investissement et d'épargne sont souvent les mêmes, ce qui remettrait en cause la solidité de l'épargne et pourrait provoquer un mouvement de panique général. Lorsque l'on sait que les banques ne détiennent qu'un faible pourcentage de l'argent mis en circulation, il semble heureux d'éviter un tel cataclysme.

9. Réapparaît à cette occasion le débat relatif à l'introduction d'une action de groupe tant les consommateurs pourraient être lésés (*voir l'article sur l'introduction de la class action en France*). S'il est avéré que les taux relatifs à l'épargne, aux prêts et hypothèques étaient en réalité abusifs, pourquoi ne pas envisager une action de ces derniers envers les banques fixant le taux du Libor.

10. Concluons ce premier article sur le Libor par ces quelques mots de Joaquin Almunia, commissaire européen chargé de la Concurrence : « *Si elle était prouvée, une manipulation de ces taux d'intérêt impliquerait un coût très important pour l'économie européenne* ». ([lien](#))

Thibault Schrepel

- **(1)** Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ Ltd, Barclays Bank plc, Citibank NA, Credit Suisse, Deutsche Bank AG, HSBC, JP Morgan Chase, Lloyds Banking Group, Mizuho, Rabobank, Royal Bank of Canada, Société Générale, The Royal Bank of Scotland Group, UBS AG, West LB AG.



L'aspect dissuasif des sanctions en droit communautaire de la concurrence

par Jean-Loup Jaumard, ancien étudiant du Master 2 Droit de la Consommation et de la Concurrence de Montpellier, Créateur du Concurrentialiste.

Comme toute violation de règles d'ordre public, le non-respect des dispositions des articles 101 et 102 du TFUE prohibant respectivement les ententes et abus de position dominante fait peser sur le contrevenant un risque de sanction. Cette sanction peut prendre plusieurs visages. Il peut s'agir selon l'article 7 du règlement 1/2003 (1) de mesures correctives «de nature structurelle ou comportementale» visant par exemple à imposer la cessation d'une pratique ou à ordonner l'adoption d'une certaine ligne de conduite. De même, la violation des dispositions du droit communautaire de la concurrence est susceptible d'entraîner le prononcé d'une sanction pécuniaire et c'est cette dernière qui va intéresser notre étude.

I. Une amende devant revêtir un caractère dissuasif

La sanction pécuniaire en droit communautaire – comme d'ailleurs en droit national – prend la forme d'une amende administrative, cette dernière trouve son fondement en l'article 23 du règlement 1/2003 et sa légitimité dans la nécessaire protection du marché. Cette sanction, comme tout châtiment, doit être dotée d'une certaine efficacité pour qu'elle soit utile à la société et dans le contexte du droit de la concurrence l'efficacité de la sanction passe par la force dissuasive de cette dernière. La dissuasion est un aspect essentiel de l'amende administrative et il conviendra d'en faire la démonstration.

2. La dissuasion selon le Petit Larousse (2) est au sens courant « *le fait de détourner quelqu'un d'une résolution* ». Il est aussi dans le langage militaire une stratégie visant « *à détourner un adversaire d'une intention agressive par la représentation des représailles qu'il pourrait subir en retour* ». À titre d'exemple, les missiles positionnés par les Soviétiques à Cuba en direction des États-Unis en mai 1962 n'étaient autres que le fruit d'une stratégie militaire de dissuasion. Ce mot, qui n'est pas de souche juridique, aurait pour objectif quasi biblique de « *remettre vers le droit chemin* ».

3. Le juge en prononçant une sanction dissuasive telle que l'amende administrative va, outre le fait de réprimer le contrevenant, tenter de le faire renoncer à sa pratique. Mais cette sanction dissuasive peut avoir différents degrés et c'est ce que rappellent clairement les lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 (3) en leur point 4: « *il y a lieu de fixer des amendes à un niveau suffisamment dissuasif en vue de sanctionner les entreprises en cause (effet spécifique), mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 (4) du traité ou de continuer de tels comportements (effet dissuasif général)* ». L'amende infligée au contrevenant doit donc tenir compte de la dissuasion de ce même contrevenant, mais aussi des contrevenants potentiels.

4. Cette dissuasion passe essentiellement par le prononcé de sanctions aux montants particulièrement forts. Selon les économistes néo-classiques (5), les opérateurs économiques sont à considérer comme des êtres dotés d'un certain bon sens: ces derniers avant d'agir et d'affecter la le marché vont effectuer un calcul purement rationnel par un rapport coût/avantage, et ce n'est que lorsque le gain espéré est supérieur à la probabilité d'être sanctionné que le jeu en vaut la chandelle. Il convient dès lors à ce que les autorités de concurrence prononcent des amendes suffisamment élevées et donc dissuasives pour qu'il y ait plus à gagner en respectant la loi qu'en la violant. Ce raisonnement explique en partie la tendance des autorités à vouloir accroître la sévérité de leurs sanctions pécuniaires.

II. La reconnaissance d'un facteur dissuasion à deux visages

5. L'objectif de dissuasion n'a pas été reconnu aux sanctions pécuniaires lors des prémices du droit communautaire de la concurrence. En effet, aucun texte de droit primaire ou de droit dérivé n'y faisait référence. C'est finalement la pratique décisionnelle de la Commission qui a reconnu ou du moins mis en évidence la nécessaire finalité dissuasive des sanctions (6).

6. Plusieurs décisions de la Commission dans les années 1970 ont rappelé que les amendes administratives devaient être dotées d'un pouvoir de dissuasion, notamment l'arrêt Pioneer ou « *Musique* ».



Diffusion française » rendu par la CJCE le 7 juin 1983. La Cour dans cet arrêt donne raison à la Commission qui avait dans sa décision retenu la nécessité de sanctionner par un montant élevé des entreprises qui pendant des années ont maintenu un comportement anticoncurrentiel en ayant pleinement conscience que les gains qu'elles pouvaient réaliser étaient supérieurs aux montants des amendes infligées jusque-là par la Commission. La Cour stipule que la Commission « *peut élever le niveau des amendes en vue de renforcer leur effet dissuasif* ». Il conviendra de remarquer dans cet arrêt que la Cour voit une corrélation entre l'aspect dissuasif et l'augmentation des amendes.

7. Cette reconnaissance décisionnelle de la finalité dissuasive des sanctions a précédé une consécration textuelle dans les lignes directrices de 1998 (7) puis plus explicitement dans les lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes en violation des dispositions des articles 101 et 102 du TFUE. Ces lignes directrices, qui ne sont que le fruit de l'expérience de la Commission dans l'application des dispositions du droit de la concurrence, vont figer cet objectif de dissuasion. En effet, les lignes directrices de 2006 précisent que la Commission « *doit veiller au caractère dissuasif de son action* » (8), et « *inclure un montant spécifique indépendant de la durée de l'infraction en vue de dissuader les entreprises de même s'engager dans des comportements illicites* » (9).

8. S'il ne fait nul doute au vu des développements précédents que la dissuasion est une finalité de la sanction pécuniaire, elle est aussi un élément de calcul de la sanction. Le facteur dissuasion a donc comme le dieu romain Janus, deux visages. Elle est l'objectif de l'amende et à la fois un élément du calcul de cette dernière puisqu'une partie du montant est consacrée à la dissuasion. Il conviendra de s'intéresser à la singularité de la prise en considération de la dissuasion au moment du calcul de la sanction

III. La prise en compte du facteur de dissuasion dans le calcul de l'amende

9. Le facteur dissuasion a un caractère polymorphe. Il est un objectif majeur de l'amende administrative qui a pour finalité de décourager l'auteur d'une infraction de recommencer ou de le réorienter vers le chemin de la vertu en l'incitant à prendre des

engagements ou d'être demandeur en clémence. De même les contrevenants potentiels sont moins enclins à porter atteinte à la concurrence. Il est aussi un élément essentiel du calcul de l'amende.

10. L'étude de la prise en compte de l'élément dissuasion dans le calcul de l'amende est particulièrement délicate. En effet, le facteur dissuasion est un élément de calcul atypique et difficilement perceptible. On aurait pu penser que la part du montant de la sanction correspondant à la dissuasion devait être calculée en fonction du gain illicite réalisé. En effet, il n'y aura dissuasion que si au minimum l'amende dépasse les gains réalisés, ou mieux encore, les gains escomptés.

11. Cette idée est pourtant à rejeter au vu des difficultés qu'aurait le juge à évaluer ce gain illicite.

Le caractère dissuasif de la sanction est indépendant des autres éléments d'évaluation de la sanction.

Il convient toutefois de préciser que les lignes directrices de 2006 en leur point 30 disposent que la Commission devra tenir compte des gains illicites réalisés lorsqu'une estimation est possible.

En outre, le facteur dissuasif est indépendant des autres critères d'évaluation de la sanction pécuniaire, à savoir, selon le règlement 1/2003 la gravité et la sanction. En effet, ces critères sont pris en compte au moment du calcul du montant de base qui constitue la première étape du calcul de l'amende. Or le facteur dissuasion est pris en compte à la fois lors de cette phase, mais aussi au lors de la seconde phase dite « *d'ajustement du montant de base* ». La prise en compte du facteur dissuasion n'intervient donc pas dans une étape particulière du calcul de l'amende et aucune méthode spécifique n'a été proposée par la Commission dans ses décisions ou dans ses lignes directrices pour évaluer ce facteur dissuasion.

12. Le facteur dissuasion comme élément de calcul des amendes est à qualifier « *d'électron libre* », difficilement identifiable, il est pourtant omniprésent au moment du calcul. Il faut comprendre qu'étant également une finalité de la sanction, le facteur dissuasion doit pouvoir intervenir à toutes les étapes du calcul de l'amende.

13. À défaut d'offrir une méthodologie implacable pour appréhender ce facteur au moment du calcul



de l'amende, il conviendra de citer différents ingrédients qui peuvent être retenus par la Commission et permettant de faire en sorte que l'amende soit « *suffisamment salée* » au goût des contrevenants à des fins de dissuasion.

14. Ces éléments sont loin d'être exhaustifs et il faut de rappeler que les autorités sont désireuses de laisser « *une part de mystère* » dans le calcul du facteur dissuasion. En effet, si la Commission dans sa décision est obligée de donner les éléments d'appréciation relatifs à la gravité et à la durée de l'infraction cette dernière n'est pas tenue d'indiquer les éléments chiffrés entrant en compte dans le calcul du facteur dissuasion. C'est notamment ce qui a été récemment rappelé dans l'arrêt Lafarge rendu par le TPICE (**10**). On pourrait classer ces éléments en deux catégories, selon qu'ils figurent expressément dans les lignes directrices de 2006 ou qu'ils aient été retenus dans les décisions de la Commission.

15. Tout d'abord les Lignes directrices prévoient des éléments d'évaluation du facteur dissuasion dans les deux étapes de l'évaluation de la sanction. Lors de la phase de détermination du montant de base, la Commission ambitionne d'analyser objectivement l'ampleur, la dimension de l'infraction. Elle établit un pourcentage de la valeur des ventes qu'elle évalue en fonction de la gravité de l'infraction et qui ne peut dépasser 30% et qu'elle multiplie par le nombre d'années durant lesquelles l'infraction s'est déroulée. Le résultat est ce que l'on appelle communément le montant de base. Le point 25 des lignes directrices prévoit, alors même que la gravité a déjà été prise en compte dans l'évaluation du montant, de majorer de 15 à 25% de la valeur des ventes le montant de base. Cette augmentation considérable du montant de base (que l'on appelle aussi « *taxe à l'entrée* ») intervient notamment en cas d'accords horizontaux sur les prix, de répartition de marché et de limitation de la production.

16. L'objectif de cette mesure est limpide dans le texte puisque la Commission fait référence à la dissuasion. Outre le point 25, l'objectif de dissuasion à l'étape d'évaluation du montant de base peut se retrouver dans le calcul de la durée. En effet, le calcul tient compte du nombre d'années d'infraction comme facteur multiplicateur, sachant que « *les périodes de moins d'un semestre seront comptées comme une demi-année* » et

« *les périodes de plus de six mois, mais de moins d'un an seront comptées comme une année complète* » ce qui varie de la pratique décisionnelle antérieure.

17. À titre d'exemple, pour une pratique qui dure un an et 1 mois, le facteur multiplicateur sera de 1,5 et non de 1,1 ce qui a vocation à augmenter considérablement le montant de base et donc l'amende prononcée. L'objectif, même s'il n'est pas apparent, est bien de dissuader les contrevenants puisqu'il n'y a pas de proportionnalité entre la durée réelle de l'infraction et la durée prise en compte dans le calcul du montant de base. Lors de la phase d'ajustement du montant de base, les lignes directrices prévoient plusieurs éléments qui permettent d'accroître le caractère dissuasif d'une amende. Tout d'abord la récidive participe clairement à l'objectif de dissuasion.

18. Cette circonstance aggravante a de manière générale pour objectif de sanctionner plus parce qu'une condamnation antérieure n'a pas elle-même été suffisamment dissuasive pour le contrevenant. Toutefois cette notion en droit communautaire de la concurrence se détache de la conception classique. En réalité elle est abordée beaucoup plus souplesment par les autorités de concurrence ce qui augmente les cas où la récidive puisse être retenue. Tout d'abord le point 28 précise qu'il suffit qu'il y ait une simple « *répétition de l'infraction* » et non une condamnation antérieure, de même il convient de rappeler que la Commission n'est pas liée par un quelconque délai de prescription en matière de récidive.

19. Les lignes directrices de 2006 précisent expressément que la Commission peut en cas de répétition d'une infraction augmenter le montant de base de 100% et ce pour chacune des infractions constatées. Par cette mention du pourcentage maximum, il faut y voir un signe fort de la Commission d'aller plus loin dans la sanction sachant qu'avant ces lignes directrices la récidive n'entraînait pas en pratique un dépassement de plus de 50% du montant de base.

20. Les lignes directrices prévoient également dans la phase d'ajustement du montant de base la faculté pour la Commission « *en vue d'un caractère dissuasif* » de prendre en compte la taille de l'entreprise (**11**). Il s'agit de la consécration textuelle d'une pratique décisionnelle de la Commission qui



consistait à augmenter l'amende imposée d'une entreprise dont le chiffre d'affaires est particulièrement important. En effet, une entreprise de grande taille ne peut être comparée à une entreprise d'envergure normale: l'impact de l'amende ne sera pas le même, il convient donc de mettre les entreprises sur le même pied d'égalité en matière de dissuasion. En outre, il est nécessaire de rappeler que rentrent en ligne de compte au moment du calcul de la sanction les gains illicites réalisés lorsqu'une estimation est possible (12). In fine les lignes directrices, en leur point 37, offrent la faculté à la Commission de s'écarter de la méthodologie générale pour la fixation des amendes pour atteindre un niveau dissuasif suffisant compte tenu «des particularités d'une affaire donnée». Il s'agit d'une voie de sortie pour que l'objectif de dissuasion soit satisfait.

21. Outre les lignes directrices, la pratique décisionnelle de la Commission a révélé que certains éléments pouvaient être pris en compte à des fins de dissuasion (13). À titre d'exemple, la Commission a retenu comme facteur multiplicateur les moyens structurels importants dont disposait une entreprise pour connaître de l'illégalité de son comportement (*notamment ceux qui lui auraient permis de mieux contourner la loi*) (14). De même la place qu'une entité détient dans un système de distribution, sa faculté compte tenu de cette situation de porter atteinte à la concurrence peut être prise en compte (15).

IV. En conclusion

22. L'exigence d'assurer un effet dissuasif à l'amende administrative intervient à de nombreuses étapes du calcul de cette dernière. Le facteur dissuasion est donc particulièrement difficile à aborder. Cette étude avait donc pour vocation de déterminer les contours d'une notion dont «on ne nous dit pas tout». En effet, un flou volontaire semble régner autour de l'aspect dissuasif des amendes prononcées par la Commission. Après tout, l'imprévisibilité d'une sanction ne rime t'elle pas avec dissuasion?

Jean-Loup Jaumard

- (1) Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité
- (2) Edition de 2008 plus précisément
- (3) Lignes directrices du 1er septembre 2006 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23 du Règlement 1/2003
- (4) Désormais articles 101 et 102 du TFUE
- (5) Voir notamment les travaux de Gary Becker sur le modèle économique de la dissuasion
- (6) Pour un récapitulatif exhaustif de l'émergence et la consécration du facteur dissuasion voir « *Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence* » Revue Concurrence n°4/2009 Valérie Giacobbo-Peyronnel et Philippe Singler
- (7) Lignes directrices du 14 janvier 1998 pour le calcul des amendes intervenant suite à une pratique anticoncurrentielle
- (8) point 4 des lignes directrices de 2006
- (9) point 7 des lignes directrices de 2006
- (10) arrêt du Tribunal 8 juillet 2008, Lafarge c/ Commission
- (11) point 30 lignes directrices 2006
- (12) conf supra, lignes 31 Lignes directrices 2006
- (13) Voir pour plus de précisions « *Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence* » Revue Concurrence n°4/2009 Valérie Giacobbo-Peyronnel et Philippe Singler
- (14) arrêt TPICE Hoechst 18 juin 2008
- (15) arrêt TPICE Nintendo 30 avril 2009



L'action de groupe (class action) : le débat est relancé

par Thibault Schrepel, étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School (BLS), Créateur du Concurrentialiste.

La revue Concurrences vient de faire paraître une interview croisée de François Hollande et Nicolas Sarkozy (lien). De nombreux thèmes concurrentiels y sont abordés dont celui de l'introduction de l'action de groupe en France.

I. L'avis des candidats

François Hollande est favorable à ce que les consommateurs disposent d'un moyen d'agir groupés pour obtenir réparation de préjudices causés par les infractions les plus graves et dommageables aux règles de la concurrence, son mandat serait celui de la mise en place assurée d'une procédure d'action de groupe. Il souhaite toutefois éviter les excès de la « class action » américaine. Une référence est faite à l'action de groupe d'ores et déjà instaurée au sein d'autres pays européens. Peut-être est-ce une piste de réflexion envisagée par François Hollande afin d'éviter cesdites dérives.

2. Nicolas Sarkozy se montre également favorable à l'introduction d'une class action à la française. Il souligne que l'introduction d'un tel mécanisme participerait à dissuader les entreprises de mettre en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles. En effet, la menace d'une telle action de groupe permettrait d'éviter que certains groupes qui disposent d'un pouvoir de marché important décident d'en abuser. L'introduction de la class action est ainsi perçue par Nicolas Sarkozy comme un moyen de lutte directe et indirecte mise à la disposition du consommateur et ainsi que la protection du marché. Il souligne également les dérives américaines liées à ce mécanisme.

II. Les dérives de la class action américaine

3. La class action américaine a connue de nombreuses dérives. L'une des causes majeures est liée au fait que les cabinets américains sont payés en pourcentage des sommes gagnées par leurs clients, il s'agit des « contingency fees ». Certains avaient ainsi sollicité (en les payant parfois) des consommateurs afin d'organiser une action de groupe massive. Ainsi, ils ont pu obtenir une

transaction avec ces entreprises. Rappelons que ces actions font l'objet d'une médiatisation importante et qu'un tel recours devant la justice est l'assurance d'une perte de crédibilité de l'entreprise concernée. Dans le cas d'une réelle atteinte à la concurrence, cette menace ne semble pas poser problème. En revanche, une entreprise en conformité avec le droit de la concurrence pourrait avoir à craindre l'ouverture d'une action de groupe à son encontre. Dès lors, la simple menace d'une telle procédure, suivie d'un accord amiable probable, est un risque à considérer.

III. Les questions juridiques liées à l'action de groupe

4. Notons qu'aucun des deux candidats ne s'exprime sur les problèmes liés à la mise en oeuvre de l'action de groupe. Il est par exemple un principe que nul ne plaide par procureur, tout défendeur devant avoir à se défendre contre une personne déterminée. Or, l'action de groupe vise à établir une procédure où un groupe anonyme serait demandeur. La comptabilité de ce mécanisme avec l'article 6 de la Convention EDH n'est pas assurée.

5. Aussi, une grande question concerne les dommages-intérêts octroyés. Tout d'abord, eut égard aux dommages et intérêts punitifs. Globalement absents du droit européen, il n'est pas exclu qu'ils soient prochainement consacrés au sein de divers États de l'Union européenne. Ensuite, concernant leur montant. Chaque partie doit être indemnisée de son dommage en entier, mais de son unique dommage. Il semble dès lors difficile de pouvoir allouer des dommages-intérêts identiques à chacune des parties, le dommage étant nécessairement différent.

6. Enfin, des questions matérielles se posent. Si le système de l'exemption individuelle au profit de celle collective fut abandonné en raison d'un surcroît du nombre de dossier, comment imaginer que les juges en charge de dossier d'action de groupe puissent correctement traiter chaque dossier ? Dès lors, ne faut-il pas imaginer des seuils d'admissibilité ?

7. Ces prises de position des candidats vont en un sens incontestablement favorable à l'introduction de l'action de groupe. De multiples précisions doivent encore être apportées. Et si ce chantier juridique était celui du prochain quinquennat à l'instar de la question prioritaire de constitutionnalité ?



Créateurs :

- **Morgan Carbonnel** est un ancien étudiant du Master 2 Droit Économique d' Aix-en-Provence dirigé par le Doyen Jacques Mestre. Adepte des salles obscures, il s'enthousiasme également pour la musique indépendante et tient une chronique régulière sur les pages internet d'un site spécialisé.
- **Jean-Loup Jaumard** est un ancien étudiant du Master 2 Droit de la Consommation et de la Concurrence de Montpellier dirigé par Henri Temple, Malo Depincé et Hélène Davo. Particulièrement intéressé par la musique classique, il est également féru d'Histoire, notamment de la période romantique.
- **Thibault Schrepel** est étudiant au LL.M. de la Brooklyn Law School et ancien étudiant du Master 2 Droit des Contrats et de la Concurrence de Versailles dirigé par Muriel Chagny. Certains de ces écrits ont été publiés au Cercle des Echos, LexisNexis et Contrepoints. Passionné de musique indépendante, de littérature (*Beat Generation, Génération perdue ...*) et du cinéma d'auteur américain, il est également consultant musical et design pour différents magazines.

Membres du Comité Scientifique :

- **Christian Bialès** : Professeur d'Économie, normalien, ancien membre (notamment) des jurys de l'ENA et de l'Agrégation, officier de l'ordre des Palmes académiques. Il est l'auteur de nombreux articles au sein de revues économiques ainsi que d'ouvrages concernant la matière aux éditions Foucher.
- **Muriel Chagny** : Professeure de droit, directrice du Master 2 *Droit des contrats et de la concurrence* (Versailles) et du laboratoire de Droit des affaires et des nouvelles technologies, Rapporteur Général Adjoint de la Ligue Internationale de Droit de la Concurrence, auteur à la Revue Concurrences, Communication commerce électronique et à la Revue de jurisprudence commerciale.
- **Hélène Davo** : Maître de conférence à l'Université de droit de Montpellier, co-directrice du Master 2 *Consommation et Concurrence*, directrice du Master 2 de *Droit bancaire et financier* et auteur d'un ouvrage en droit de la consommation aux éditions Sirey.
- **Malo Depincé** : Avocat et docteur en droit, directeur du Master 2 Consommation et Concurrence et également auteur d'un ouvrage en droit de la concurrence aux éditions Litec.
- **Josselin Lucas** : Avocat aux barreaux de Paris et Bruxelles au sein du cabinet Paul Hastings dans le département Contentieux, diplômé de Science Po Paris, HEC, et Paris I. Il est l'auteur de nombreux articles liant droit financier, droit des entreprises en difficulté et droit de la concurrence.
- **Daniel Mainguy** : Professeur de droit et avocat, directeur du Master 2 Droit du marché, créateur du Collège de droit, il est également directeur de rédaction des cahiers de droit économique Teutates et auteur d'un ouvrage en droit de la concurrence aux éditions Litec.
- **Marie Malaurie-Vignal** : Professeur de droit, auteur d'ouvrages en droit de la distribution et droit communautaire des affaires, également auteur à la Revue 'Contrats, Concurrence, Consommation' publiée par LexisNexis.
- **Jacques Mestre** : Professeur de droit, directeur du Master 2 Droit économique et du Centre de Droit Économique de l'Université d'Aix-en-Provence, ancien Doyen de la faculté de droit, directeur scientifique de la Revue Lamy Droit Civil, membre du Comité de direction de la Revue trimestrielle de droit civil et de la Revue des sociétés, ainsi que du Conseil d'administration de l'Association Henri Capitant, il est également Commandeur des Palmes Académiques.
- **Brad Spitz** : Avocat associé au sein du cabinet YS Avocats dans le département Propriété intellectuelle, il est l'auteur de nombreux articles notamment à la Revue Lamy Droit de l'Immatériel.
- **Henri Temple** : Professeur de droit et avocat, expert international, auteur de l'ouvrage de droit de la consommation aux éditions Dalloz, directeur du Master 2 Consommation et Concurrence (Montpellier), aussi directeur du European Master in Consumer Affairs.