WILHELM & ASSOCIÉS

Décembre 2004

N° 2

LETTRE DU DROIT ECONOMIQUE

du Cabinet P. WILHELM & ASSOCIES

Nous sommes heureux de vous présenter le deuxième numéro de notre lettre du droit économique. Ces quatre derniers mois ont été riches et variés dans la matière qui nous occupe. C'est pourquoi, alors que notre premier numéro avait été entièrement consacré aux réformes européennes de droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, nous avons choisi ici de proposer ce deuxième numéro sous forme de brèves avec un focus sur la procédure de transaction désormais mise en œuvre devant le Conseil de la Concurrence.

Focus sur la procédure de transaction devant le Conseil de la Concurrence et ses limites

La procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2 II du Code de commerce, permet à une entreprise qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et qui s'engage à modifier ses comportements, de bénéficier d'une réduction de la sanction pécuniaire qui sera prononcée par le Conseil de la Concurrence.

A la différence de la procédure de clémence qui bénéficie à l'entreprise qui dénonce aux autorités de concurrence une entente anticoncurrentielle à laquelle elle est partie avant même que celles-ci soient saisies de la pratique en cause (article L. 464-2 III), la procédure de transaction s'applique à tous types de pratiques anticoncurrentielles et bénéficie à l'entreprise qui se borne à s'abstenir de contester les faits reprochés.

Malgré l'apparente simplicité de cette procédure, l'entreprise qui entend bénéficier de la réduction de la sanction pécuniaire au titre de la transaction doit répondre à deux conditions cumulatives :

1) L'entreprise doit renoncer expressément avant la notification du rapport, à contester les griefs qui lui sont reprochés.

L'entreprise ne doit dès lors contester « *ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2 II* » (04-D-42).

Toutefois, le Conseil a retenu dans une autre décision (03-D-45) que le fait de lui présenter des éléments tendant à démontrer que les griefs n'ont pas de caractère de gravité et n'ont pas causé de dommage à l'économie, ne revient pas à contester la réalité des griefs.

2) L'entreprise doit présenter au Rapporteur général des engagements démontrant qu'elle va mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles sans récidiver.

La non contestation des faits n'entraîne pas automatiquement la réduction de l'amende. Ce n'est qu'après la prise de connaissance des engagements de l'entre-

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS

Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

Avec le concours de l'équipe Droit Economique du Cabinet P. WILHELM & ASSOCIES

Pascal WILHELM
Avocat Associé
pwilhelm@p-wilhelm.com

Céline COHEN
Avocat Associée
ccohen@p-wilhelm.com

Delphine PAILLARD
Avocat
dpaillard@p-wilhelm.com

Karine TURBEAUX
Avocat
kturbeaux@p-wilhelm.com

Laura MIMOUNI
Avocat
lmimouni@p-wilhelm.com

Jean-Alain JONVEL
Avocat
jajonvel@p-wilhelm.com

prise que le Rapporteur général décidera de proposer ou non au Conseil de la Concurrence de prononcer une sanction pécuniaire réduite.

Malgré la réunion de ces deux conditions, il se peut que la procédure de transaction soit refusée par le Rapporteur Général alors même que l'entreprise a, en l'absence de contestation des griefs, avoué implicitement qu'elle a participé à une pratique anticoncurrentielle. Dans ce cas et afin de respecter les droits de la défense, il semblerait qu'une instruction doive être ouverte, avec la désignation d'un nouveau Rapporteur et d'une nouvelle formation du Conseil.

Une fois la procédure de transaction acceptée, l'intérêt pour l'entreprise est de bénéficier de la réduction de la sanction pécuniaire prévue à l'article L. 464-2 II qui précise que le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié.

Le calcul de la sanction pécuniaire n'est pas aisé et doit se faire en deux temps : le Conseil s'attache tout d'abord à déterminer le plafond de la sanction encourue, puis il détermine le montant de l'amende infligée.

1) <u>Le calcul du plafond de la sanction encourue</u> : le Conseil applique une diminution de 50% du plafond de la sanction encourue qui est, pour une entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (soit 5%) et de 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise (soit 1,5 millions d'euros).

2) <u>Le calcul du montant de l'amende infligée</u> : après détermination du plafond de la sanction encourue, le Conseil fixe une sanction dans la limite de ce plafond à laquelle il applique un taux de réfaction défini selon les propositions faites par le Rapporteur général. Le taux de réfaction est laissé à l'appréciation du Conseil, qui peut décider d'appliquer un taux à la hausse ou à la baisse.

Il faut en effet rappeler que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées (article L. 464-2 I).

Ainsi, le Conseil a déjà pu décider d'appliquer un taux de réfaction de 20% seulement au regard de la gravité des pratiques, de leur étendue et de leur durée (03-D-45).

Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (Paris, 21 septembre 2004) retenant qu'il ne peut être fait grief au Conseil de ne pas avoir engagé un débat contradictoire sur le niveau de réfaction de la sanction, dès lors que celui-ci relève de sa seule appréciation.

Le calcul de la sanction pécuniaire peut se compliquer quand la procédure de transaction chevauche l'ouverture d'une procédure simplifiée.

La procédure simplifiée, prévue à l'article L. 463-3 du Code de commerce, permet d'éviter l'ouverture de la procédure ordinaire plus lourde et plus longue. L'ouverture de cette procédure est laissée à l'appréciation discrétionnaire du Conseil qui l'applique en général pour les affaires relativement simples ou d'une importance mineure.

Outre l'avantage de simplicité, cette procédure permet surtout aux auteurs de pratiques prohibées de bénéficier d'une réduction de la peine encourue qui est fixée à 750 000 euros pour chacun (article L. 464-5 du Code de commerce).

La question qui se pose alors est de savoir comment calculer la sanction pécuniaire lorsqu'une procédure simplifiée se conclut par une transaction ?

La décision du Conseil de la Concurrence rendue dans l'affaire n°04-D-37 du 27 juillet 2004 apporte une solution de principe. Selon le Conseil, il est nécessaire d'opérer en trois temps :

1) <u>Calculer le montant du plafond de la sanction encourue</u> : comme nous l'avons vu, ce plafond correspond pour les entreprises à 5% du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre, à 1,5 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise ;

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS
Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

2) Fixer le montant de l'amende infligée dans la limite du plafond de la sanction encourue ;

Dans une décision n°04-D-65 du 30 novembre 2004, le Conseil vient d'appliquer un taux de réfaction de 90 % au regard de « *l'importance et de la crédibilité des engagements* » pris par l'entreprise sanctionnée, en l'espèce la Poste.

3) Déterminer le montant final de la sanction infligée au regard de la procédure simplifiée : le montant de l'amende infligée dans la limite du plafond de la sanction encourue doit être inférieur à la peine encourue dans le cadre de la procédure simplifiée, soit inférieur à 750 000 euros.
Pour conclure, lors d'une procédure simplifiée, le montant de l'amende sera toujours au maximum de 750 000 euros par auteur, ce qui limite fortement l'intérêt de l'entreprise à participer à une procédure de transaction. Celle-ci pourra bénéficier d'une réduction d'amende sans avoir à se lier par des engagements bien souvent très lourds de conséquence s'ils ne sont pas respectés.

Brèves de procédure de concurrence

Demande d'avis et procédure contentieuse postérieure

Par arrêt du 9 juin 2004 (n°03-16.668), la Chambre commerciale de la Cour de Cassation était appelée à se prononcer sur le pourvoi formé par le Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres experts, à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait lui-même confirmé partiellement la décision du Conseil de la Concurrence n°02-D-14 du 28 février 2002 ayant sanctionné le Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi que plusieurs conseils régionaux pour des pratiques d'ententes illicites d'une particulière gravité.

Le principal moyen du pourvoi consistait à soutenir que le principe d'impartialité et les droits de la défense, tels que garantis par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposaient à ce que le Conseil, après avoir rendu un avis portant sur la restriction d'exercice de l'activité professionnelle dans le secteur des géomètres topographes, statue ultérieurement, fût-ce dans une composition différente, sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles concernant le même secteur d'activité.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de Cassation relève que le Conseil n'a pas eu l'occasion, lors de la procédure consultative, d'examiner et d'apprécier les pratiques ultérieurement soumises à sa décision et qu'il n'a manqué, lors de la procédure contentieuse postérieure, ni au principe d'impartialité, ni au respect des droits de la défense.

Il convient d'observer que la Haute juridiction et la Cour d'appel de Paris, même si elles ont toutes deux considéré que le principe d'impartialité et les droits de la défense avaient été respectés, ont adopté une motivation différente ; en effet, alors que les juges d'appel s'étaient plus particulièrement fondés sur le fait que les deux formations du Conseil de la Concurrence qui s'étaient prononcées respectivement pour avis et sur les pratiques anticoncurrentielles ne comportaient pas les mêmes membres, la Cour de Cassation appuie sa décision sur l'objet même de la procédure d'avis, différent de celui d'une procédure contentieuse.

L'application des dispositions du NCPC aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la Concurrence

Les recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la Concurrence sont régis par le décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 qui déroge à l'application des dispositions du titre VI du livre II du Nouveau Code de procédure civile.

L'application de ce décret n'est pas sans difficulté et trouve ses limites dans les cas où il ne prévoit aucune disposition particulière dérogeant ou écartant l'application des dispositions du Nouveau Code de procédure civile. La question qui se pose est alors de savoir si, dans le silence du décret, les dispositions du Nouveau Code de procédure civile sont applicables ?

C'est également à cette question qu'a répondu la Chambre commerciale de la Cour de

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS

Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

Cassation dans l'arrêt du 9 juin 2004 (n°03-16.668) déjà commenté ci-dessus. La Cour suprême devait déterminer si l'article 786 du Nouveau Code de procédure civile relatif à la tenue d'audience devant le Tribunal de grande instance, disposition également applicable devant la Cour d'appel par renvoi de l'article 910 du même Code (intégré au titre VI du livre II), devait s'appliquer à l'audience de la Cour d'appel de Paris appelée à statuer sur un recours formé contre une décision du Conseil de la Concurrence.

La Cour suprême a jugé que « *le décret invoqué ne comportant aucune disposition relative à la tenue de l'audience, et dès lors que les dispositions du Nouveau Code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires de ce décret ou aménageant des modalités propres à l'exercice du recours contre les décisions du Conseil* », la Cour d'appel a pu statuer dans les conditions prévues à l'article 786 du NCPC.

Nouvelles compétences des juridictions administratives en droit de la concurrence

Par un arrêt du 12 juillet 2004 (n°03-12.409), la Chambre commerciale de la Cour de Cassation vient de clarifier la question de la juridiction compétente pour statuer sur le recours exercé contre les décisions du Conseil de la Concurrence prises sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce.

En vertu de cet article, le Conseil peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords ou tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus.

Faisant application pour la première fois (et à notre connaissance, la seule fois) de cet article dans une affaire où il s'était saisi d'office de pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil, estimant que les sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des Eaux (SLDE) avaient abusé de leur position dominante collective en renonçant à répondre à des appels d'offres concurremment avec les filiales qu'elles avaient créées conjointement, avait demandé au Ministre chargé de l'économie de leur enjoindre de modifier, compléter ou résilier les accords en cause relatifs à leurs filiales communes (Cons. Conc., n° 02-D-44, 11 juillet 2002).

La société CGE avait formé un recours contre cette décision, recours rejeté par la Cour d'appel de Paris, qui s'était toutefois déclarée compétente (Paris, 18 février 2003). C'est cet arrêt qui a été cassé au motif que les décisions prises par le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce ne sont susceptibles que d'un recours devant le juge administratif.

On observera toutefois que la Haute juridiction ne précise pas si le recours devra être exercé devant un tribunal administratif ou devant le Conseil d'Etat. Par analogie avec les recours exercés contre les décisions prises par le Ministre en matière de contrôle des concentrations, c'est le Conseil d'Etat qui devrait alors être compétent en premier et dernier ressort (article R. 311-1 9° du Code de la justice administrative).

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS
Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

Brèves …. sur l'activité du Conseil de la Concurrence

Rapport d'activité 2003 du Conseil de la Concurrence

Comme chaque année maintenant depuis 1997, le Conseil de la Concurrence a publié son rapport d'activité pour 2003 (également disponible sur son site internet : www.conseil-concurrence.fr).

Ce rapport comporte encore cette année (et ce depuis 2000), deux études thématiques précieuses qui ont vocation à retracer les évolutions et à donner une vision actuelle de la Jurisprudence du Conseil.

La première étude intitulée «*Objet, Effet et intention anticoncurrentiels*» fait le point sur l'apparente alternative dont dispose le Conseil dans la prise en compte de l'objet et/ou de l'effet anticoncurrentiel.

La seconde étude propose une analyse « *des monopoles publics dans le jeu concurrentiel* ». Cette étude rappelle que les entreprises disposant ou ayant disposé de monopoles publics sont, au même titre que les entreprises privées, soumises au droit commun de la concurrence.

Pour mémoire, dans son rapport d'activité pour 2002, le Conseil s'était intéressé, d'une part, à l'obligation faite aux entreprises de télécommunications dans le cadre de leur ouverture à la concurrence, d'orienter leurs prix vers les coûts afin de favoriser le développement du marché et, d'autre part, au régime de la prescription en droit national de la concurrence.

Dans son rapport d'activité pour 2001, le Conseil proposait deux études thématiques portant respectivement sur la délimitation du marché pertinent et sur l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles. Une mise au point sur l'internationalisation de l'activité du Conseil de la Concurrence y est également faite.

Nouvelles Nominations au Conseil de la Concurrence

Membre du Conseil de la Concurrence depuis 1998 et Président-adjoint de la section du Contentieux du Conseil d'Etat depuis 2002, Monsieur **Bruno Lasserre** a été nommé Président du Conseil de la Concurrence, à compter du 29 juillet 2004 en remplacement de Madame Marie Dominique Hagelsteen.

Président du groupe de travail au Commissariat général au Plan sur « l'État et les technologies de l'information et de la communication » de 1999 à 2001, il préside également depuis 1999 le comité d'orientation chargé de la gestion du Fonds de modernisation de la presse quotidienne.

Madame **Françoise Aubert,** membre du Conseil depuis septembre 2002, a été nommée Vice-Présidente du Conseil de la Concurrence le 7 septembre 2004, en remplacement de Madame Micheline Pasturel.

Madame **Anne Perrot,** professeur de sciences économiques, a été nommée Vice-Présidente du Conseil de la Concurrence le 29 septembre 2004, en remplacement de Monsieur Frédéric Jenny. Professeur à l'ENSAE depuis 2002, elle est également membre de l'Economic Advisory Group for compétition policy depuis décembre 2003.

Par ailleurs, Monsieur **Edmond Honorat,** conseiller d'État, ainsi que Madame **Pierrette Pinot,** conseiller à la Cour de Cassation, ont été nommés membres du Conseil de la concurrence à compter du 29 juillet 2004.

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS

Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

Brèves
sur le droit de la concurrence confronté au secteur audiovisuel

La liberté éditoriale et commerciale des distributeurs de services

Le Conseil de la Concurrence a prononcé, le 23 juin 2004, une décision de non-lieu dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom Câble ayant motivé son auto saisine. Ces pratiques étaient relatives à la résiliation par France Télécom câble, des contrats de diffusion sur ses réseaux câblés des chaînes Planète Câble et Canal J (Cons. Conc. n°04-D-24).

En premier lieu, le Conseil a considéré que la pression concurrentielle subie des autres câblo-opérateurs et opérateurs satellitaires et son déficit chronique, justifiait que France Télécom Câble remplace dans son plan de services les chaînes historiques Planète Câble et Canal J, auxquelles elle versait des redevances très élevées, par des chaînes concurrentes comme Odyssée et Télétoon, dont les tarifs étaient très inférieurs.

En deuxième lieu, le Conseil a relevé qu'à la suite de négociations intervenues entre ces deux chaînes et France Télécom Câble,

cette dernière avait repris aujourd'hui leur diffusion.

Enfin, le Conseil a souligné qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir l'existence d'une discrimination anticoncurrentielle, par laquelle France Télécom Câble aurait favorisé les chaînes Odyssée et Télétoon, en évinçant indûment Planète Câble et Canal J de ses plans de service.

Cette décision illustre le principe, déjà affirmé par les autorités de concurrence, de la liberté éditoriale et commerciale conférée au distributeur de chaînes thématiques de composer son bouquet, qui n'est autre que l'émanation des principes fondamentaux de la liberté du commerce et de l'industrie et du libre choix de l'acheteur.

L'extension des pouvoirs du CSA au regard du droit de la concurrence suite à la Loi du 9 juillet 2004

La loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle n°2004-669 du 9 juillet 2004, participant à la transposition du dispositif européen dit « *paquet télécom* », harmonise le régime juridique applicable à l'ensemble des réseaux de communications électroniques et modifie ainsi notamment la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication fixant, entre autres, les missions du CSA.

L'article 17-1 de la loi de 1986 modifiée, confère ainsi au CSA un nouveau pouvoir de règlement général de tout différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision.

Le CSA peut être saisi par un éditeur ou un distributeur de services, par un exploitant ou un fournisseur de système d'accès sous condition.

Le CSA sera compétent dès lors que le différend sera susceptible de porter atteinte aux principes fondamentaux édictés par la loi de 1986 (pluralisme, sauvegarde de l'ordre public…) ou portera sur « *le caractère objectif, équitable et non-discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services* ».

Le CSA se prononcera dans un délai de deux mois, qu'il pourra porter à quatre mois, après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations. Il peut également inviter les tiers intéressés à présenter des observations, dans le respect toutefois des secrets protégés par la loi.

Au terme de son instruction, le CSA prendra une décision précisant les conditions permettant d'assurer le respect des obligations et des principes fondamentaux. Le CSA peut aller jusqu'à modifier en conséquence les autorisations délivrées.

Le CSA dispose donc ici d'un pouvoir de règlement des litiges qui, dans son principe, pourrait empiéter sur la compétence des tribunaux de commerce et/ou du Conseil de la Concurrence.

Sur ce point, le CSA a estimé que ce nouveau pouvoir s'exercerait dans le respect des prérogatives dû au Conseil de la Concurrence et au juge commercial « *dans la mesure où les litiges qui lui seront soumis le seront au regard de l'intérêt général et non au regard de l'intérêt particulier* » (http://www.telecom.gouv.fr/telecom/consultcelec/csa.pdf).

D'ailleurs, l'article 17-2 prévoit in fine que lorsque les faits seront susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle, le CSA saisira le Conseil de la concurrence.

La mise en œuvre de ce nouveau pouvoir est en tout état de cause subordonnée à la fixation de ses modalités d'application par un décret en Conseil d'Etat, non encore paru à ce jour.

Ce nouveau pouvoir va se trouver renforcé par l'extension du pouvoir d'investigation dévolu au CSA par l'article 19 de la loi de 1986 modifiée.

La loi du 9 juillet 2004 a en effet prévu que, pour l'accomplissement des missions qui lui sont confiées, le CSA peut recueillir, sans que puisse lui être opposée aucune limitation (sauf celle concernant les partis et groupements politiques), notamment auprès des éditeurs et distributeurs de services ainsi

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS
Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

que des exploitants et fournisseurs de systèmes d'accès sous condition, toutes les informations nécessaires pour s'assurer du respect des obligations qui seront imposées à ces derniers.

Les pouvoirs du CSA ont été enfin renforcés par la loi du 9 juillet 2004, s'agissant de la dénonciation au Conseil de la Concurrence de pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance dans le secteur de la radio et de la télévision, puisque désormais, outre le pouvoir de saisir le Conseil dont il disposait déjà, le CSA peut assortir sa saisine d'une demande de mesures conservatoires.

Ce nouveau pouvoir va nécessiter une modification de l'article L 464-1 du Code de commerce qui ne prévoit pas pour l'instant la possibilité pour le Conseil de la Concurrence, de prendre des mesures conservatoires à la demande du CSA.

Brèves sur le droit de la concurrence confronté au droit de la propriété intellectuelle

L'arrêt de la CJCE du 29 avril 2004 *IMS Health c. NDC Health*

La CJCE a, encore une fois, eu à traiter de la difficile coexistence du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle en examinant un éventuel abus de position dominante commis par un titulaire de droits d'auteur dans l'utilisation de son droit exclusif de reproduction.

Cette décision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la CJCE précédemment amorcée dans l'affaire Magill de 1995, dans laquelle elle avait également considéré que l'exercice d'un droit d'auteur pouvait constituer un abus de position dominante dans des circonstances exceptionnelles.

Dans l'affaire commentée, la CJCE a jugé que le refus par une entreprise en position dominante d'octroyer une licence pour l'utilisation d'une structure à une autre entreprise, constitue un abus de position dominante si trois conditions sont réunies :

« *- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché de la fourniture des données en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;*
- le refus n'est pas justifié par des conditions objectives ;
- le refus est de nature à réserver au titulaire du droit de propriété intellectuelle, le marché [en cause] dans l'Etat membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci » (considérant 52).

Brèves …. en droit de la distribution

Obligation d'information et nullité du contrat de distribution

Par un arrêt du 7 juillet 2004 (n°02-15.950), la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a expressément rappelé que le manquement à l'obligation d'information précontractuelle posée par l'article L. 330-1 du Code de commerce n'entraîne la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement du cocontractant ; cette position est désormais traditionnelle, depuis un arrêt du 10 février 1998.

Ainsi, le fait que l'exploitant d'une station service, qui demandait l'annulation d'un contrat passé avec une compagnie pétrolière, alors même qu'il avait déjà exploité de telles stations pendant plus de six ans, excluait tout vice du consentement dès lors « *qu'il avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation* ».

La Cour de Cassation semble en revanche rejeter l'idée de mettre une véritable obliga-

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS

Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

tion de s'informer à la charge de l'exploitant, là où la Cour d'appel avait reproché à l'exploitant de ne pas s'être renseigné auprès d'autres exploitants ou organismes professionnels.

Rupture brutale et préavis contractuel

Dans son arrêt du 12 mai 2004 (n°01-12.865), la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a examiné les conditions de la rupture d'un contrat d'approvisionnement, conclu pour une durée indéterminée et contenant un préavis contractuel d'une durée de six mois.

Ayant décidé de mettre fin à leurs relations commerciales qui duraient depuis plus de huit ans, même si le contrat en cause n'avait été signé que cinq ans après le début de leurs relations, le distributeur dénonça le contrat d'approvisionnement en respectant le préavis contractuellement fixé.

Alors que la Cour d'appel de Riom s'était bornée à constater le respect des stipulations contractuelles pour estimer le préavis raisonnable, la Cour de Cassation a au contraire considéré que le respect du préavis contractuel n'était pas en soi suffisant. Elle a rappelé qu'il fallait tenir compte des circonstances de la rupture et notamment du caractère raisonnable de la durée du préavis au regard de la durée des relations commerciales.

Par ailleurs, le fournisseur avait également tenté de démontrer qu'il était en état de dépendance économique et que de ce fait, la durée du préavis était insuffisante et la rupture brutale. La Cour de Cassation a toutefois rejeté ce moyen, relevant que le fournisseur n'était pas lié à titre exclusif au distributeur et qu'il avait la liberté de diversifier ses activités.

Même si la dépendance économique n'est pas un critère nécessaire à la démonstration d'une rupture brutale, elle pourra toutefois influer sur la durée du préavis à accorder. Ce faisant, il apparaît alors que la dépendance économique sera ici appréciée de la même manière que lorsqu'elle est envisagée pour faire application de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Notion de dépendance économique volontaire

Malgré la disparition textuelle du critère de l'absence de solution équivalente opérée par la loi NRE du 15 mai 2001, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a, dans un arrêt du 3 mars 2004 (n° 02-14.529) réaffirmé la nécessité de prendre en compte un tel critère et de rechercher si l'état de dépendance économique ne résulte pas plutôt de la volonté délibérée du partenaire d'orienter sa stratégie commerciale vers un seul client :

« l'état de dépendance, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou à ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables (…) la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

En l'espèce, comme le relevait la Cour d'appel de Paris, *«la part des achats de la société Concurrence en produits Sony ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables mais au choix délibéré de la société Concurrence de privilégier l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement»*.

SELARL PASCAL WILHELM & ASSOCIES
29, avenue Hoche
75008 PARIS

Tél : 01 53 93 92 30
Fax : 01 53 93 92 31
www.p-wilhelm.com

Directeur de la publication : Pascal Wilhelm

Directrice de la rédaction : Céline Cohen

Tous droits réservés.
Toute reproduction même partielle est interdite sauf accord spécial.
Dépôt légal - à parution.
ISSN : en cours

La Lettre du Droit Economique est publiée par le Cabinet Pascal WILHELM & ASSOCIES aux fins d'information aux clients et autres partenaires. Les informations contenues dans cette publication ne peuvent pas être interprétées comme des conseils juridiques. Pour toute analyse ou explication approfondie de l'un des sujets traités, vous pouvez contacter l'un des avocats dont le nom est mentionné ci-dessous ou l'avocat que vous consultez généralement.

La Lettre du Droit Economique du Cabinet P. WILHELM & ASSOCIES peut être consultée sur notre site Internet à l'adresse suivante : www.p-wilhelm.com.