



LETTRE

DU DÉPARTEMENT DROIT ÉCONOMIQUE & ÉCHANGES INTERNATIONAUX

JUIN 2009

P.2 PRATIQUES COMMERCIALES ET DROIT DE LA DISTRIBUTION

- **VENTE PAR INTERNET : LICEITE DES FRAIS DE PORT GRATUITS.**
- **LES RELATIONS CONTRACTUELLES INTERNATIONALES ET LA LOI FRANCAISE.**
- **DELAIS DE PAIEMENT : POURSUITE DU PROCESSUS D'ADOPTION DES DECRETS VALIDANT LES ACCORDS DEROGATOIRES.**
- **LES VENTES SUBORDONNEES AU REGARD DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES.**

P.10 CONCURRENCE

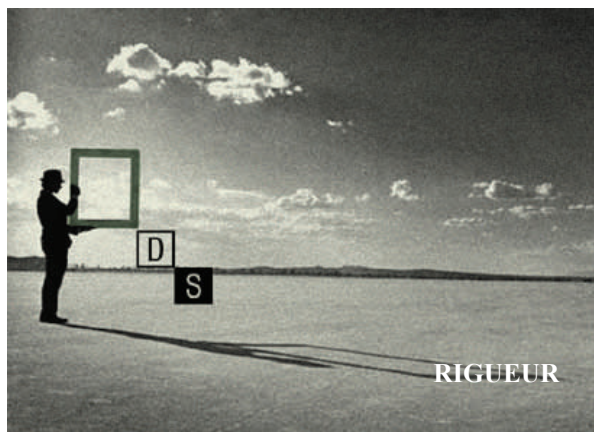
- **AIDES D'ETAT DANS LE CONTEXTE DE LA CRISE ECONOMIQUE**
- **DROIT DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET REGLES DE CONCURRENCE :
Le caractère de ressource essentielle d'une base de données ne justifie pas pour autant son piratage.**
- **LE CHOIX PAR UNE SOCIETE PUBLIQUE D'UN PARTENAIRE PRIVE EXCLUSIF POUR PRESENTER EN COMMUN UNE OFFRE LORS D'UN APPEL D'OFFRES PUBLIC OU POUR CONSTITUER UNE FILIALE COMMUNE A CETTE FIN NE CONSTITUE PAS UNE ENTENTE ILLICITE.**

PRATIQUES COMMERCIALES ET DROIT DE LA DISTRIBUTION

VENTE PAR INTERNET : LICÉITE DES FRAIS DE PORT GRATUITS.

Les sites de ventes par internet offrent parfois la gratuité des frais de port, notamment quand ils opèrent dans un secteur très concurrentiel et à la condition que ces frais restent modiques par rapport au prix moyen des produits vendus. C'est le cas des plus importants sites de vente de produits culturels, de livres en particulier. Le Syndicat de la librairie française (SLF) a entrepris plusieurs actions judiciaires pour faire condamner cette pratique, au regard tant de la législation particulière à la vente de livres, la célèbre loi Lang de 1981 (violation de la règle relative au prix unique et de l'interdiction spéciale des ventes avec primes), que des dispositions générales du code de commerce (interdiction de la revente à perte) et du code de la consommation (interdiction des ventes avec primes). La notion de prime n'ayant pas de définition particulière à la loi Lang, la discussion de la licéité du port gratuit au regard de l'interdiction des ventes à prime en général présentait du coup un intérêt pour toutes les activités de vente par correspondance.

Le tribunal de commerce de Créteil et la cour d'Appel de Paris ont, dans un premier temps, condamné la pratique de l'offre de port gratuit comme constituant une vente à prime interdite par le code de la consommation (et s'agissant de livres, par la loi Lang). Ils estimaient que cette modalité de vente ne pouvait être au nombre des exceptions que le code de la consommation (art.L 121-35 et R 121-9) fait à l'interdiction. En réponse au pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, la Cour de Cassation (Chambre Commerciale - arrêt du 6 mai 2008 - Pourvoi n° A 07-16.381) casse et annule à la lumière d'un considérant de principe et de grande portée : « *la prise en charge par le vendeur du coût afférant à l'exécution de son obligation de délivrance du produit vendu ne constitue pas une prime au sens des dispositions du*



code de la consommation ». Saisie à nouveau après cassation, la cour d'appel de Paris, autrement constituée, écarte l'invitation qui lui était faite par le SLF de résister à la cour de Cassation. Elle déboute le SLF au motif « *que la prime, pour constituer une incitation à l'achat, doit viser un produit ou un service que l'on peut désirer pour lui-même, et que l'on acquiert d'ordinaire à titre onéreux ; que le port ou la livraison n'a pas de caractère marchand autonome par rapport à ce produit ; que le port ne constitue pas un service distinct et détachable de la vente du produit, que sa gratuité ne saurait donc constituer une prime* ».

Par ailleurs, même si le coût du port devait absorber la totalité de la marge de distribution, la vente à perte ainsi observée ne saurait constituer une revente à perte interdite par l'article 442-2 du code de commerce, lequel définit l'infraction comme le fait de revendre en l'état un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. En effet, le prix d'achat effectif comporte certes le prix d'achat du produit *et le prix du transport*, mais il ne s'agit que du transport du fabricant au distributeur, non de celui de la délivrance du produit à l'acheteur final, que supporte le distributeur sur sa propre marge de distribution. Dès lors que le prix de revente est supérieur au prix d'achat effectif ainsi défini, il n'y a nulle infraction, même si le distributeur subit ce faisant, sur tel ou tels de ses produits, une compression de sa marge conduisant à une « vente à perte ».

Ces décisions ne sauraient passer inaper-

çues dans une époque où de nombreux sites de vente par internet sont dans une phase de conquête de clientèle et de parts de marché.

LES RELATIONS CONTRACTUELLES INTERNATIONALES ET LA LOI FRANÇAISE.

Le code de commerce français (article L 442-6) impose à toute entreprise qui entend rompre des relations commerciales établies avec une autre de respecter un délai minimum de préavis, qui tient compte notamment de la durée des relations et des possibilités de rétablissement par la société victime de la rupture. Le même article sanctionne l'acheteur qui paie son fournisseur dans des délais supérieurs à ceux déterminés par la loi (en principe 45 jours fin de mois ou 60 jours nets à compter de l'émission de la facture ou de la réception des marchandises pour les DOM TOM, sauf dans les secteurs économiques déterminés où des délais maximums différents peuvent être établis, soit par loi, soit par des accords interprofessionnels homologués par le Gouvernement).

La sanction est celle de la responsabilité civile quasi-délictuelle et l'Etat peut lui-même introduire l'action devant les tribunaux pour le respect de ces dispositions, même en l'absence des victimes de l'infraction.

La question de savoir si ces règles sont applicables aux relations contractuelles dont l'une des parties est établie à l'étranger et l'autre sur le territoire français n'apparaît plus faire débat sur le principe mais pour autant leur mise en application reste problématique.

Deux arrêts récents de la Cour de Cassation, tous deux rendus dans des affaires de rupture de relations commerciales, l'illustrent.

Dans la première espèce¹, un arrêt de cour d'appel avait dit que l'article L 442-6 du code de commerce ne peut s'appliquer aux relations commerciales internationales, « *quels que puissent être les rai-*



sonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ». La cour de cassation (ch. com.) casse l'arrêt, au motif que « *la loi applicable [à la responsabilité délictuelle d'un auteur] est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit* ».

Dans la seconde², le lendemain même, une des chambres civiles casse un arrêt de cour d'appel qui avait écarté une clause attributive de juridiction au profit d'une juridiction étrangère et reconnu la compétence des juridictions françaises, au motif qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques assimilées à des délits civils, commises sur le territoire national. La Cour casse en considérant que « *la clause attributive de juridiction contenue dans le contrat visait tout litige né du contrat et devait en conséquence être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de loi de police fussent-elles applicables au fond du litige* ».

Ces deux arrêts permettent de mieux cerner la question de l'applicabilité de la loi française à des relations contractuelles internationales. En premier lieu, et bien que plusieurs juridictions aient eu la tentation de le dire, le fait de soumettre le contrat à une loi étrangère ne le fait pas échapper aux dispositions impératives d'une « *loi de police* », ni ne peut sous-

¹ Cass. com. 21 octobre 2008, n° 07-12336.

² Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008, n° 07-15823.

traire les comportements quasi-délictuels des parties à la loi française ; en effet dans ce dernier cas, comme l'a rappelé la Cour de Cassation dans son Arrêt sus visé, s'applique la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit).

Mais un rappel est simultanément fait : les clauses compromissaires et les clauses contractuelles attributives de juridiction, que la jurisprudence française a toujours reconnues comme autonomes, expression par excellence de la commune volonté des parties, ne s'effacent pas devant le caractère d'ordre public de la loi française : si cette loi est applicable au fond du litige, il faut le faire admettre à la juridiction désignée par le contrat, quelle qu'elle soit. Et il faut donc reconnaître que le renvoi à la juridiction étrangère (ici américaine) rend peu crédible l'application par celle-ci d'une législation qui n'aurait pas d'équivalent dans son propre droit national ou dans les principes du DIP.

Ainsi donc, le créancier d'une obligation sanctionnée par un régime de responsabilité quasi-délictuelle (la victime d'une rupture brutale ou le fournisseur non réglé dans les délais) peut certainement invoquer les dispositions de la loi française devant les juridictions françaises, qu'il soit lui-même établi en France ou qu'il soit installé à l'étranger avec un cocontractant installé en France, et quelle que soit la loi applicable au contrat. Mais l'expresse volonté des parties à un contrat pourra toujours désigner une juridiction déterminée pour connaître de tout litige né du contrat, notwithstanding les règles usuelles de compétence juridictionnelle en matière quasi-délictuelle.

Cette problématique a un prolongement. Il peut arriver que le créancier de l'obligation désire lui-même renoncer à la protection que lui accorde la loi française : le fournisseur français peut, pour des motifs de compétitivité à l'exportation, accorder à son partenaire installé à l'étranger des délais de paiement plus longs que ceux prévus par la loi, ou renoncer, en cas de rupture, au délai de préavis ré-

sultant de la loi française. Ou bien le fournisseur installé à l'étranger peut accorder au débiteur établi en France des conditions de règlement plus favorables, parce qu'il vise à favoriser ce partenaire pour faciliter la pénétration de ses produits.

La question n'est alors plus de savoir si le créancier peut ou non, et dans quelles conditions, se prévaloir de la protection de la loi française : il le peut, mais, par hypothèse, lésé ou non, il a librement consenti à la dérogation faite à la règle française, en plaçant le contrat sous l'empire d'une loi moins protectrice de sorte que celle-ci ne lui aura pas été « imposée » par son partenaire (article L 442-6 7°). La question est alors uniquement de savoir si les pouvoirs publics pourront introduire eux-mêmes l'action devant les tribunaux, en l'absence volontaire du créancier de l'obligation. La réponse est oui, mais uniquement lorsque l'ordre public français se trouve menacé par les effets du contrats ou le comportement d'un débiteur à l'obligation.

On peut ainsi penser que le ministre de l'économie pourrait mettre en cause devant les juridictions françaises, sur le fondement de l'article L 442-6 c. com., un contrat, même placé sous l'empire d'une loi étrangère, comme tout comportement qui donnerait à un débiteur installé en France ou à un débiteur établi à l'étranger un avantage indu dans la concurrence en France, bien que les dispositions du contrat ou ce comportement du débiteur aient été librement acceptés par le créancier.



C'est d'ailleurs ce qu'indique la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la répression des Fraudes dans son commentaire des dispositions de la loi relatives aux délais de paiement³ : « La jurisprudence a reconnu le caractère d'ordre public à l'article L 442-6 du code de commerce qui prévoit la sanction civile du dépassement des délais légaux de paiement. La Dgccrf, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales. En outre la Dgccrf veillera à ce que les débiteurs établis en France règlent leurs créanciers à l'étranger sans entraîner de distorsions de concurrence vis-à-vis d'opérateurs résidents en France ».

Les interventions des pouvoirs publics contre des dispositions contractuelles dérogeant à la loi française établies d'un commun accord entre un opérateur établi en France et un partenaire installé à l'étranger sont donc possibles, mais devraient se réduire aux cas qui entraînent des distorsions de concurrence en France. En tout état de cause, l'insertion dans le contrat d'une clause attributive de compétence désignant une juridiction étrangère pourrait constituer un obstacle difficilement contournable à une telle intervention.

DELAIS DE PAIEMENT : POURSUITE DU PROCESSUS D'ADOPTION DES DECRETS VALIDANT LES ACCORDS DEROGATOIRES.

Le processus de validation par décret des accords interprofessionnels dérogeant aux délais maximums légaux de paiement énoncés par la LME, et négociés conformément aux dispositions prévues par cette même loi, se poursuit.

Au 15 juin 2009, 6 décrets sont parus⁴. L'Autorité de la concurrence, qui doit obligatoirement être saisie, a délivré 11 avis et programmé l'examen des 23 autres accords transmis. On peut tirer quelques enseignements des décrets parus et des avis publiés.

Quant aux délais eux-mêmes, si la plupart des secteurs s'engagent sur des programmes de réduction permettant de passer en trois années de délais maximums de l'ordre de 80/100 jours nets à des délais conformes à la loi (soit 60 jours nets ou 45 jours fin de mois), certains secteurs ont pu faire reconnaître une situation très spécifique, découlant de la vitesse de la rotation des stocks, de la saisonnalité des ventes ou de la nécessité de procéder à une réorganisation générale des circuits commerciaux. Ainsi le secteur du jouet est non seulement autorisé à pratiquer, en 2009, un paiement à 180 jours nets pour les périodes d'approvisionnement dit « permanent », et 120 jours nets pour la période de fin d'année, mais il n'en sera toujours qu'à 100 et 80 jours respectivement à la fin de la période de transition (2011). Ainsi également pour le secteur du Livre, qui



³ http://www.dfgccrf.bercy.gouv.fr/documentation/lme/delais_paiement.htm

⁴ Concernant les secteurs du jouet, du sanitaire, du chauffage et du matériel électrique, de la filière des produits bois, matériaux et services pour la construction et la décoration dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, du bricolage, de l'horlogerie, de la bijouterie de la joaillerie et de l'orfèvrerie, du livre. En réalité les secteurs couverts sont souvent beaucoup plus larges, des organisations initialement non associées aux négociations ayant été ultérieurement admises à adhérer aux accords.

n'en sera qu'à 120 jours nets à la fin de cette période. Autant dire que le passage aux délais légaux sera problématique.

Sur la demande instante de l'Autorité, soucieuse de réduire les distorsions entre opérateurs en concurrence, tous les décrets publiés étendent les décrets, c'est-à-dire, selon la formule figurant dans la plupart des accords, les rendent obligatoires « à tous les opérateurs dont l'activité relève des organisations professionnelles signataires de l'accord ». Les décrets à venir le feront sans doute également.

Cette formule ne lève toutefois pas toutes les difficultés. La première est de savoir si le créancier peut exiger des délais plus conformes à la loi. En droit, cela semble incontestable. En pratique cela semble plus délicat. Certes, les accords précisent ne s'appliquer qu'aux délais actuellement supérieurs aux délais légaux, ou ne pas avoir pour conséquence d'allonger les délais contractuels actuels, ou encore prévoient des calendriers de réduction différents selon la longueur des délais de départ. Cela devrait réduire les possibilités de contentieux entre débiteurs et créanciers, mais ne règle pas entièrement la question.

Certains fabricants et certains distributeurs généralistes peuvent relever de plusieurs accords, ou relever d'un accord pour une partie de leur activité, et d'aucun pour l'autre partie. On perçoit le risque de distorsions assez importantes.

Enfin certaines organisations professionnelles ont demandé à adhérer à un accord une fois celui-ci signé, mais n'y ont parfois pas été admises. C'est le cas de la grande distribution généraliste vis-à-vis de l'accord dans le secteur de la papeterie. L'Autorité de la concurrence a toutefois été d'avis que, dans ce secteur, l'impossibilité où elle s'est trouvée de bénéficier de l'accord n'entraînerait pas distorsions de concurrence, parce que, n'ayant que les particuliers pour clients, elle est toujours payée comptant, alors que les distributeurs spécialisés fournissent collectivités et

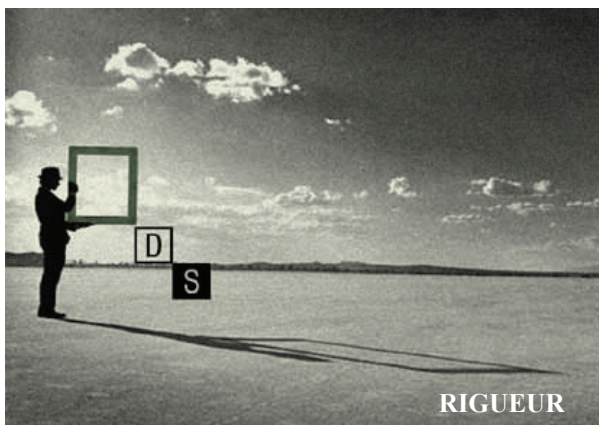


professionnels, qui paient à terme.

Un seul accord, celui relatif au sanitaire, chauffage, matériel électrique, croit utile de préciser que l'application de l'accord ne peut donner droit à aucun avantage financier au profit de l'acheteur. La DGCCRF l'a pourtant dit en toute généralité dans ses commentaires de la LME. Mais la négociation étant globale, les compensations peuvent passer inaperçues. La seule exigence, apparemment, est qu'aucun avantage financier ne soit présenté explicitement comme la contrepartie d'une réduction des délais de paiement.

Certains accords, mais pas tous, accompagnent l'engagement de réduction des délais de paiement par les acheteurs d'engagements des fournisseurs visant à accepter et à permettre une réduction des stocks dans la distribution. D'autres envisagent de réorganiser en profondeur les filières d'approvisionnement.

Comme l'exigeait la loi, les accords prévoient tous des pénalités pour dépassement du délai de paiement résultant de l'accord, pénalités qui courent jusqu'au parfait paiement des sommes dues. Toutefois n'apparaissent que deux formules : trois fois le taux d'intérêt légal, ou le taux BCE + 10 points, c'est-à-dire les pénalités exigées par la loi, même pour des entreprises soumises aux délais légaux. On n'a donc pas exigé, s'agissant du non respect d'accords dérogatoires, des pénalités plus sévères. Il est vrai que ces pénalités ne sont que très rarement exigées.



L'accord relatif au secteur du bricolage comporte une précision bienvenue au sujet de l'intervention des centrales d'achat et des centrales de référencement : « *le présent accord s'applique aux relations entre tout magasin de bricolage (..) ou sa centrale d'achat ou de référencement ayant pour activité principale de revendre des produits de bricolage à destination des consommateurs, d'une part, et leurs fournisseurs de produits, d'autre part. Il couvre également l'activité réalisée entre ces fournisseurs et le réseau de grossistes indépendants, qui revendent les produits de ces fournisseurs dans les magasins de bricolage. Il s'applique également aux relations d'achat vente entre une centrale d'achat et son réseau de magasins indépendants* ». Cette dernière phrase confirme la solution raisonnable d'une question qui avait été soulevé après le vote de la LME : les centrales de référencement qui ont reçu de leurs membres un mandat de paiement de leurs factures auprès des fournisseurs sont seules tenues de respecter les délais légaux ou les délais dérogatoires. Les relations entre le distributeur mandant et son mandataire échappent au code de commerce, donc aux dispositions de la LME sur les délais de paiement. En revanche ces délais s'appliquent de plein droit aux membres d'une centrale d'achat à qui ils achètent les produits.

Un accord prend soin de préciser qu'il s'applique également dans les DOM, tout en prévoyant de compter le délai, comme en métropole, à partir de la date d'émission de la facture. Or la loi autorise, dans ce cas, à compter ce délai à partir

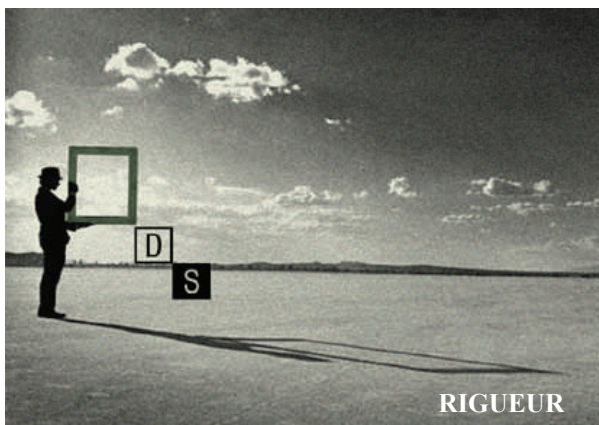
de la date de livraison (par exemple à compter de la sortie de douane), pour tenir compte du délai de transport. Faut-il entendre qu'accord dérogatoire rend obligatoire une disposition plus contraignante que ce que la loi seule aurait permis ? Il est vrai que cet accord est celui du secteur du jouet, qui s'attribue des délais confortables, comme vu plus haut.

Enfin on peut douter de la cohérence intersectorielle des raisonnements tenus au sujet des causes objectives présentées comme justifiant la prise d'accord dérogatoires. Ainsi l'accord dans le secteur du bâtiment est justifié par le fait que l'application du délai légal de 60 jours ne s'applique pas aux donneurs d'ordre privés (particuliers et promoteurs privés ou sociétés civiles). Pour autant, la dérogation a été aussi accordée à nombre de secteurs où les vendeurs aux clients finaux sont payés au comptant. Visiblement, on a surtout tenu compte de l'importance du choc causé par la réduction des délais, et moins du bien fondé de la situation de départ.

Affaires à suivre...

LES VENTES SUBORDONNEES AU REGARD DE LA DIRECTIVE EUROPEENNE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DELOYALES.

Selon l'article L 122-1 du code de la consommation, « *il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou d'un service, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit* ». L'interdiction des ventes subordonnées, disposition très ancienne du droit français a connu plusieurs assouplissements : entre professionnels, elle a été dépénalisée, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, puis totalement abrogée (hors pratiques anticoncurrentielles) en 1996. Pour ce qui concerne les consommateurs, la jurispru-



dence a introduit deux exceptions: elle ne s'applique pas lorsque les biens vendus constituent *un produit unique* ou si la vente liée répond à un usage commercial.

Dans le but d'harmoniser les pratiques commerciales à l'égard des consommateurs dans le marché unique, une directive CE 2005/29/CE du 11 mai 2005 définit les règles applicables aux démarches commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

Elle énonce qu'une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement du consommateur moyen par rapport au produit. Elle prévoit l'interdiction de telles pratiques lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas pris autrement. Puis elle définit « en particulier » deux catégories de pratiques déloyales, sans suggérer qu'il puisse en exister d'autres, les pratiques *trompeuses* et les pratiques *agressives*. Elle dresse enfin, dans une annexe 1, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Seules ces pratiques peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. L'offre subordonnée ne figure pas dans cette liste.

Dans un arrêt du 23 avril 2009 rendu sur envoi préjudiciel, la Cour de Justice des

communautés européennes a dit pour droit, à propos d'une disposition de la loi belge analogue à l'article L 122-1 c.cons. français, que la directive doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques de l'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur. Dès lors toute réglementation instaurant une prohibition *per se* des ventes subordonnées serait non conforme au droit communautaire, et contestable toute décision de justice prise sur ce seul fondement, sans démonstration concrète du caractère déloyal de la pratique en cause dans le cas d'espèce.

Or c'est précisément sur un tel fondement que le tribunal de commerce de Paris avait, par jugement du 23 février 2009, enjoint à France Telecom/Orange de cesser de subordonner la souscription d'un abonnement au programme TV proposé par sa filiale Orange Sport à un abonnement au service d'accès à Internet par ADSL.

Se prononçant sur appel de ce jugement, la Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 14 mai 2009, écarté d'abord l'argument selon lequel le fait que la jurisprudence nationale prévoie des exceptions à la prohibition des offres subordonnées (dans les cas énoncés plus haut) suffisait à garantir l'examen au cas par cas de la licéité de la pratique, alors qu'il résulte de l'absence des ventes subordonnées de la liste des pratiques prohibées sans qu'un examen concret ne soit nécessaire, qu'un tel examen est en tout état de cause indispensable.

Puis estimant devoir, comme toute juridiction nationale tenue d'assurer une application uniforme et effective du droit communautaire, procéder elle-même à un tel examen, la cour étudie les conditions concrètes de concurrence opposant les diverses offres de service de communication en ligne. Elle conclut de l'analyse qu'il ne saurait être considéré que le fait que l'accès à la chaîne Orange Sports

soit associé exclusivement à l'offre ADSL de Orange altère de façon significative la liberté de choix du consommateur à l'égard des offres ADSL, l'essentiel au sens de la directive étant qu'il soit libre de ne pas y souscrire, ce qui n'était pas contesté en l'espèce. Elle infirme le premier jugement et redonne à Orange la liberté de commercialiser son offre.

Indépendamment des problèmes spécifiques au marché des offres ADSL ou des services de télévision, dont l'Autorité de concurrence a été parallèlement saisie par la Ministre de l'Economie, cet arrêt appelle les observations suivantes sur le régime des ventes commerciales subordonnées.

Premièrement, à l'évidence, le régime de l'interdiction *per se* des ventes subordonnées tel qu'il résulte de l'article L 122-1 c. cons. est fragilisé, sinon condamné. L'invocation de cet article n'est désormais possible qu'appuyée par une analyse concrète des circonstances de l'espèce, afin de déterminer dans quelle mesure la liberté de choix du consommateur a pu être altérée. En deuxième lieu, cet examen se fait nécessairement à la lumière des critères énoncés par la directive pour caractériser les deux catégories de pratiques déloyales, les « trompeuses » et les « agressives ». Or on peut douter que les pratiques de vente subordonnées tombent facilement sous le critère du caractère *trompeur* – elles sont en général tout à fait explicites, en tous cas l'élément de subordination ne peut longtemps passer inaperçu à un consommateur en passe de souscrire un contrat -, ou sous celui du

caractère *agressif* – si l'on entend par là, comme l'indiquent les articles 8 et 9 de la directive, l'usage de menaces, l'exploitation d'un malheur ou d'une circonstance grave de nature à altérer le jugement du consommateur, ou, plus généralement l'exercice d'une « influence injustifiée », définie comme « l'utilisation d'une position de force vis-à-vis du consommateur, ... de telle manière que son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause soit limitée de manière significative ». Il est remarquable que le texte vise spécifiquement l'usage de « tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque que le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur. Cette formulation semble tendre à la protection du consommateur désireux de se délier des engagements souscrits dans le cadre d'un contrat déjà souscrit, qui peut comporter des prestations groupées, mais oublier de le protéger, en interdisant purement et simplement de telles offres, de la contrainte qu'il subit lorsque, désireux d'acheter un produit ou un service, il est obligé de contracter en même temps pour un autre. Et cela même s'il devait se trouver confronté à un ensemble d'offres alternatives également groupées, sauf à ce que les juridictions développent dans ce cas l'exception, que l'on connaît en droit de la concurrence, tirée des « effets cumulatifs ».

Il n'est donc pas impossible que la directive présente une faille dont l'avenir pourrait révéler l'importance. En l'état, il nous semble que les juridictions confrontées à ce genre de situation auront le choix entre trois attitudes : soit conserver leur liberté d'appréciation, en revenant au principe général qu'est déloyale, et donc interdite, une pratique qui amène le consommateur à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise autrement, et considérer, au moins dans certains cas, que la contrainte peut résulter de fait même de subordonner les offres ; soit déduire de l'analyse du contexte des offres présentes sur un mar-



ché que la liberté de choix est altérée par la présence simultanée d'offres également subordonnées ; ... soit amener l'interdiction des ventes subordonnées vers une douce mort... Ici encore, affaire à suivre !

CONCURRENCE

AIDES D'ETAT DANS LE CONTEXTE DE LA CRISE ECONOMIQUE

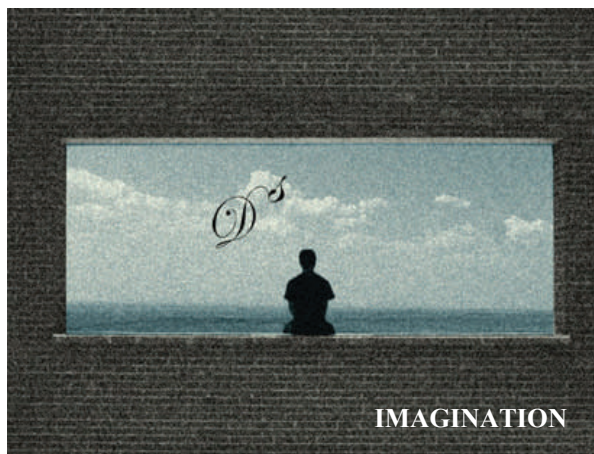
A noter que dans le cadre d'un « encadrement temporaire relatif aux mesures d'aides d'Etat destinées à faciliter l'accès des entreprises au financement dans le contexte de la crise économique et financière », la Commission européenne a autorisé un régime d'aides notifié par la France (*Aides Compatibles d'un Montant Limité – ACML*) qui autorise de *minimis* les aides de tout type d'un montant inférieur à 500 000 € accordée à toute entreprise(s) ayant connu des difficultés à partir du 31 juillet 2008, sur les années 2009 et 2010⁽⁵⁾.

Cette décision ne porte pas atteinte à la possibilité pour les entreprises de recevoir les aides publiques relevant des divers régimes d'exemption par catégories ou d'autres aides, mais qui ne peuvent être accordées qu'après notification à la Commission Européenne et approbation par cette dernière.

DROIT DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET REGLES DE CONCURRENCE :

Le caractère de ressource essentielle d'une base de données ne justifie pas pour autant son piratage.

Désireuse de développer à peu de frais une activité d'éditeur de service de renseignement téléphonique et de vendeur/loueur d'adresses à des sociétés de marketing téléphonique, les sociétés LECTIEL/GROUPADRESS avaient fort habilement, dans les années 80, souscrit en masse des abonnements téléphoniques permettant, par Minitel puis par Internet, de faire « télédécharger » par des automates la



IMAGINATION

base annuaire de France Telecom, sans bourse délier. Invoquant ses droits de propriété sur sa base annuaire, France Telecom a avait assigné les « pirates » devant le Tribunal de commerce de Paris, qui les condamna en 1994 pour appropriation illicite. L'affaire fut ensuite portée devant la cour d'appel de Paris.

Simultanément, les autorités de concurrence, saisies par les « télédéchargeurs », avaient considéré que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la titularité des droits de propriété intellectuelle revendiqués par France Telecom, l'opérateur devait donner accès aux informations contenues dans sa base annuaire dans des conditions objectives, non discriminatoires et « à des prix orientés vers les coûts nécessaires pour faire face à la demande ». Un important contentieux s'ensuivit devant ces autorités, dont il résulta finalement que les prix en question devaient couvrir seulement les coûts *incrémentaux*, c'est-à-dire les coûts spécialement exposés pour organiser, constituer, alimenter et maintenir la base, à l'exception de ceux déjà impliqués dans la gestion des fichiers commerciaux de l'opérateur.

Les télédéchargeurs continuaient pendant ce temps à soutenir que le caractère d'infrastructure essentielle reconnu à la base annuaire par les autorités de concurrence leur conférait le droit d'y accéder

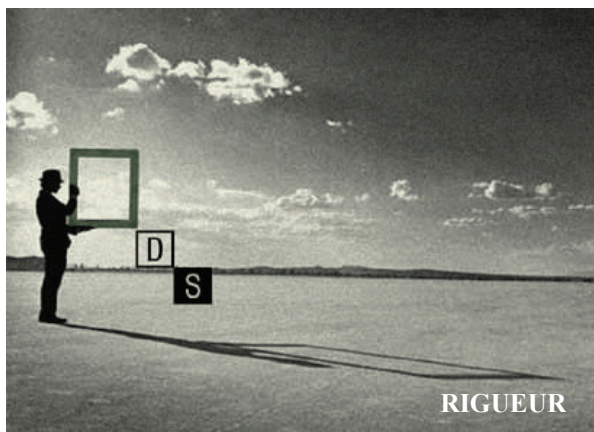
5 A quelques exceptions près d'entreprises relevant de régimes spéciaux, comme les entreprises agricoles.

6 Voir Décision de la Commission : Aide d'Etat N 7/2009 France – régime temporaire relatif aux aides compatibles d'un montant limite – 19.1.2009

pour le seul prix du coût de transfert sur un support informatique, c'est-à-dire quasi gratuitement, et que les infractions constatées par ces autorités impliquaient l'absence de tout droit de propriété intellectuelle de l'opérateur historique. Après une longue expertise, et après que la procédure menée devant les autorités de concurrence fut parvenue à son terme, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 septembre 2008, confirme que la base annuaire de France Telecom est bien couverte à la fois *par le droit d'auteur*, à raison de l'important travail de conception et d'organisation qui a conduit à la mise à disposition d'une base rapidement mise à jour, facilement consultable et adaptée à des usages multiples, et par le droit *sui generis* du producteur de base de données, à raison de la protection nécessaire des investissements engagés pour la maintenance de cette base (plus de 10 millions € chaque année).

Pour bien préciser les idées la cour énonce : « *Considérant que c'est également en vain que la société LECTIEL met en avant le principe de la primauté du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle alors que la directive du 11 mars 1996 (sur les bases de données) a pris en compte les préoccupations de concurrence en considérant que « le droit sui generis ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante » et en précisant que « les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence » ; qu'ainsi ces droits coexistent et doivent pouvoir s'exercer parallèlement et non l'un aux dépens de l'autre ; que la jurisprudence communautaire a d'ailleurs consacré à diverses reprises le droit des producteurs de bases de données à la rémunération de leur investissement entendu comme « les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans la base », dès lors que, par la perception de ceux-ci, ils ne font pas obstacle à la concurrence, les tarifs restant orientés vers les coûts ».*

La cour dispose donc « *qu'en procédant*



à un téléchargement non autorisé des fichiers concernés et en les commercialisant, sans en payer le tarif ni en rémunérer les droits, la société LECTIEL et la société GROUPADRESS ont commis des fautes à l'égard de France Telecom dont elle est redevable à demander réparation » et les condamne, à titre de dommages-intérêts, à acquitter le coût d'accès à la base aux tarifs qui ont été validés par les autorités de contrôle, pour une période allant de 1987 à la date de l'arrêt (soit près de quatre millions €).

Ainsi l'application des règles de concurrence, aussi rigoureuse soit-elle, ne saurait mettre en cause l'existence de droits de propriété intellectuelle, même dans le chef d'une entreprise qui détient une ressource essentielle à un marché, ni l'exercice de ces derniers, par le prélèvement d'une juste rémunération, les prix restant « orientés vers les coûts ».

LE CHOIX PAR UNE SOCIETE PUBLIQUE D'UN PARTENAIRE PRIVE EXCLUSIF POUR PRESENTER EN COMMUN UNE OFFRE LORS D'UN APPEL D'OFFRES PUBLIC OU POUR CONSTITUER UNE FILIALE COMMUNE A CETTE FIN NE CONSTITUE PAS UNE ENTENTE ILLICITE.

Ayant confié à un EPIC, la Régie des Transports Marseillais (RTM), la gestion de l'activité de transport urbain de voyageurs par métro et autobus, la Communauté Urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM) a lancé un appel d'offres pour attribuer, par voie de Délégation de Service Public, l'exploitation sous le régime de l'affermage de son nouveau tramway.

Comme c'était son droit et comme l'y autorisait le règlement de la consultation, la RTM s'est intéressée au projet, mais, plutôt que de soumissionner seule, elle a fait alliance, après consultation de trois sociétés, avec l'une d'entre elles, VEO-LIA, pour présenter une offre. Les autres entreprises consultées, et évincées par la RTM, ont renoncé à formuler une offre indépendante. Une organisation syndicale de salariés de la RTM a saisi l'Autorité de la concurrence pour dénoncer dans le comportement de la RTM un abus de position dominante et la pratique d'une entente illicite. La sélection préalable d'un partenaire par une société déjà concessionnaire de l'exploitation des autres modes de transport et disposant de liens organiques avec l'autorité organisatrice aurait, selon lui, découragé tous les autres candidats possibles et ainsi faussé la concurrence sur le marché de l'appel d'offres.

Sans se prononcer nettement sur la question de savoir quel est ou quels sont les marchés pertinents (celui de l'exploitation des services de transports sur l'agglomération marseillaise, ou le marché national sur lequel opèrent les sociétés impliquées dans le consultation préalable), l'Autorité relève que le Règlement de la consultation prévoyait de faire supporter l'intégralité du risque d'exploitation par l'exploitant. Partant, la CUMPM étant l'actionnaire à 100 %, une candidature de RTM seule aurait pour conséquence quasi imparable de ruiner ses chances d'être retenue. Celles-ci ne pouvaient être sauvegardées que par un partage des risques d'exploitation avec un partenaire sans lien avec la Communauté urbaine. On ne saurait donc considérer comme abusif le principe même de la sélection d'un partenaire, pas plus que les modalités de la sélection, qui a été transparente, équitable et non discriminatoire. Aucun abus de domination ne s'attache donc à cette procédure.

Pas plus que ne sont mises en évidence

les pratiques alléguées d'entente : les échanges d'informations préalables à la remise d'une offre sont en principe interdites, mais il est clair que les entreprises qui envisagent de former un groupement et qui le forment effectivement, doivent nécessairement échanger des informations, sans que cela ne fausse la réalité de la concurrence entre elles et les autres offreurs. Encore faut-il que n'aient pas été échangées avec d'autres candidats potentiels, des informations ruinant l'espoir d'une authentique concurrence. Le Conseil écarte cette possibilité, faute d'élément indiquant que des informations aient été échangées avec les candidats évincés après la sélection du partenaire, notamment que l'abstention de ces autres candidats puisse s'expliquer par de tels contacts. Enfin le groupement lui-même, formé avec le partenaire choisi, présente des justifications tant techniques (l'expérience spécifique du partenaire dans le gestion de tramways) qu'économiques (le partage du risque financier était maximisé avec le partenaire choisi). Aucune infraction n'est donc relevée.

Cette affaire doit être reliée aux effets de la jurisprudence communautaire qui impose une mise en concurrence pour l'attribution de marchés publics ou de DSP quand une SEM envisage de se les voir attribuer. L'obligation de la mise en concurrence pour l'attribution n'entraîne pas, du moins formellement, à ce jour, la mise en concurrence pour le choix du partenaire, bien que la SEM dispose d'un avantage évident lors du choix ultérieur de la collectivité concédante. Mais, pour se garantir contre tout risque, la collectivité publique qui a procédé à la recherche d'un partenaire privé pour constituer une SEM, ou l'organisme public qui s'est groupé avec une entreprise privée pour répondre à une consultation ont intérêt de pouvoir justifier avoir procédé à une consultation, au moins informelle, mais sérieuse et approfondie, pour le choix de leur partenaire.

DS AVOCATS

**PARIS - LYON - BRUXELLES - BARCELONE - MILAN - TUNIS- BUENOS AIRES - SHANGHAI
CANTON - PEKIN - HANOI - HO CHI MINH VILLE - SINGAPOUR**

12

www.dsavocats.com