

Le Bulletin de L'ILEC

Economie Consommation & Environnement

M E N S U E L

■ Pratiques anticoncurrentielles

Entretien avec Marie-Dominique Hagelsteen, présidente du Conseil de la concurrence, sur les changements que la loi NRE introduit dans ses missions
pages 1 à 6

■ Incertitudes et ambiguïtés d'une réforme

La loi NRE renforce les pouvoirs de l'administration
Entretien avec Jean-Bernard Blaise, professeur à l'université Panthéon-Assas

pages 6 à 10

■ La régulation des pratiques anticoncurrentielles : beaucoup de bruit pour rien ?

par le cabinet Vogel & Vogel

pages 10 à 12

■ Premières leçons de l'affaire « jeboycottedanone »

Jugement du tribunal de grande instance de Paris, rendu le 4 juillet 2001

pages 13 et 14

« Nous aurions souhaité pouvoir nous saisir d'office »

En 2002, la France aura abandonné le contrôle des prix depuis quinze ans. Gardien du temple, le Conseil de la concurrence veille au bon fonctionnement du marché et sanctionne les pratiques anticoncurrentielles. Sur les changements que la loi NRE introduit dans ses missions, entretien avec Marie-Dominique Hagelsteen, sa présidente.

Quel rôle le Conseil de la concurrence a-t-il joué dans la genèse de la loi NRE ?

Marie-Dominique Hagelsteen : Nous avons été consultés lors de la préparation de la loi et nous avons formulé des observations et des recommandations.

Certaines propositions que nous avons faites ont été retenues. Nous avons notamment demandé à bénéficier de ces moyens modernes que sont les pouvoirs de transaction et de clémence, dont nous ne disposions pas jusqu'alors, ainsi que de la possibilité de coopérer avec nos homologues étrangers. Nous avons également souhaité et obtenu que nos procédures soient mises en conformité avec les nouvelles jurisprudences qui s'attachent à améliorer la séparation entre les fonctions d'instruction et celles de jugement.

Nous regrettons de ne pas avoir été suivis sur d'autres points. Nous avons par exemple souhaité pouvoir adopter des avis en nous saisissant d'office, et nous avons préconisé un élargissement de la possibilité de saisine dans le domaine du contrôle des concentrations, de façon que la saisine ne dépende pas uniquement du pouvoir discrétionnaire du ministre mais puisse être le fait de concurrents.

(Suite page 4)

Pratiques tarifaires

Nous poursuivons notre périple à travers les méandres de la très complexe loi NRE. Après avoir abordé le droit des sociétés, en septembre, et celui des concentrations, en octobre, nous en venons au droit des pratiques anticoncurrentielles. Le vocable, un peu étrange pour un spécialiste, vise pour l'essentiel les ententes prohibées (en français « cartel »), les abus de position dominante et, spécificité française, ou peu s'en faut, l'abus de dépendance économique. Il s'agit d'empêcher les entreprises de manipuler le marché à leur profit, soit par accord mutuel (ententes), soit par l'effet de leur propre puissance, en amont (abus de position dominante) ou en aval (abus de dépendance).

Nous avons montré dans notre publication, en janvier dernier, pourquoi et comment le Conseil de la concurrence, chargé d'exercer le contrôle des pratiques concurrentielles, ne goûte guère les charmes de l'aval. Campé, comme la plupart de ses pairs étrangers, sur la théorie du monopole - laquelle suppose que le producteur, installé dans la hauteur, éprouve par nature la tentation d'exercer son empire sur l'utilisateur, cantonné dans le bas -, il estime de son devoir, au nom de l'intérêt supérieur du marché, de protéger ceux de la plaine contre les francs-tireurs embusqués dans les hauteurs. Afin de contenir ces derniers, la panoplie des moyens s'étend : il faut pouvoir agir dans l'urgence (mesures conservatoires), nouer des alliances (coopération avec les autorités étrangères), frapper vite (procédure simplifiée) et fort (augmentation vertigineuse des sanctions). *Horribile dictu*, toutes traditions françaises abolies, il faut aussi pouvoir transiger avec les parties et, *acerbior visu*, accepter les mains sales de la « clémence », prix à payer pour l'efficacité dont l'instrument s'appelle la délation.

Lumineux exemple de *Real Politik* appliquée à l'économie, le Conseil de la concurrence, à en croire sa présidente, Marie-Dominique Hageslteen, dont le propos est d'une rare orthodoxie concurrentielle, n'a pas pour vocation de faire régner l'équité entre les parties (« Nous ne sommes pas le juge des relations contractuelles ») mais d'assurer sa pleine force à la compétition entre les entreprises (« être le gardien de la concurrence sur les marchés »). Tans pis pour la théorie de la justice chère à John Rawls, le Conseil de la concurrence agit moins comme un juge que comme un pédagogue. Il aimerait aller jusqu'à exprimer des sentences à l'intention des élèves dissipés de la classe (il a demandé, mais en vain, le droit de se saisir d'office et celui d'adopter des avis). A défaut, en maître consciencieux qui se soucie de l'argent comme d'une guigne (il n'est pas mu par l'importance économique de l'affaire), il ne souhaite pas se consacrer à tout le programme prévu à l'examen (l'idée de pratiquer l'impasse bien tempérée, sous

la forme de la procédure de minimis, lui a traversé l'esprit) ; non, ce qui le passionne, c'est « l'intérêt du sujet ». En quoi il tient plus de Socrate le sentencieux que d'Aristote l'encyclopédiste bien avant la lettre. L'image à laquelle il renvoie n'est pas celle de Saint Louis sous son chêne, mais celle d'Adam Smith, pas plus manchot en économie que Cendrars en poésie.

Jean-Bernard Blaise, lui, évoquerait plutôt Jérémie. A l'entendre, milieux économiques rendus myopes par les intérêts, administration juridiquement inculte et classe politique coupable de la recherche du « consensus mou », par faiblesse démagogique, portent ensemble la responsabilité d'une réforme au mieux bâclée, au pis coupable de régression dirigiste. L'imprécateur multiplie les philippiques à l'encontre des élus enfermés par leurs péchés dans la Babylone du dirigisme. Nos élites n'auraient pas encore compris le génie du mercantilisme, raison pour laquelle elles ont tant à craindre du Dieu vengeur du libéralisme, dont la victoire finale ne fait toutefois pas de doute : le second temple de la NRE sera détruit comme le premier temple de la loi Galland. L'acharnement des maçons n'y pourra rien changer : « L'économie de marché est un fait. Elle échappe, dans ses fondements mêmes, aux sollicitations du législateur. »

Nous tenterons une explication commune à la sainte colère de Jean-Bernard Blaise et à l'agacement discret de Marie-Dominique Hagelsteen. Tout est affaire de téléologie dans cette querelle sur les nouvelles Tables de la Loi. Effectivement, politiques, administratifs et agents économiques ne parlent pas au nom d'une entité abstraite (« le marché »), d'une divinité paradoxale (« la concurrence »), dont il reviendrait aux pythies de l'après du Temple (les experts, la doctrine), et à elles seules, d'interpréter les desseins mystérieux. Les uns font écho aux plaintes du peuple, effrayé par la dureté du marché, les autres comprennent la détresse de l'amont, victime, en économie de surabondance, de la ruse de l'histoire dont la facétie dialectique les ramène plus bas que l'aval, les derniers expriment leur difficulté de perdurer dans l'être entrepreneurial, tout simplement, n'acceptant pas que la santé du marché exige le sacrifice des individus les moins résistants. D'accord entre eux, ils se refusent à l'idée que le troupeau des alpages soit sacrifié au bon plaisir des consommateurs de la plaine. C'est pourquoi nul ne les empêchera d'aller répétant cette objection lancinante : que restera-t-il à la concurrence, en guise de festin, lorsqu'elle aura supprimé le cheptel en vue d'éradiquer la maladie ?

Sachons donc gré aux faibles d'esprit démocratiquement élus de nous avoir protégés de l'interprétation scripturale des Tables de la loi concurrentielle et reconnaissons qu'ils ont bien mérité des béatitudes !

Dominique de Gramont

De même, notre proposition d'instaurer une procédure pour les pratiques anticoncurrentielles d'importance mineure, à l'instar de ce qui existe pour les accords de minimis au niveau européen, n'a pas été retenue. Aujourd'hui, la procédure est complexe, et nous devons traiter tous les dossiers sur un pied d'égalité, sans pouvoir définir de priorités.

■ *Quelle est la raison de ce refus ?*

M.-D. H. : La crainte que le Conseil ne se consacre plus qu'à des dossiers importants, au détriment des petites et moyennes entreprises. Or, pour nous, ce qui compte, c'est l'intérêt du sujet, pas la taille des entreprises concernées.

■ *L'élargissement des conditions du recours à la procédure simplifiée vous permettra-t-il d'accélérer le traitement des litiges ?*

M.-D. H. : C'est une des améliorations de procédure que nous avons demandées depuis longtemps, afin de traiter plus rapidement les affaires.

■ *Vos moyens ont-ils été accrus ?*

M.-D. H. : Depuis le budget 2001, nos moyens ont été améliorés aussi bien en termes de création de postes que d'augmentation des crédits de fonctionnement, par exemple pour la documentation et les études. Ce budget reste cependant insuffisant au regard de la charge de travail du Conseil et des budgets des autres autorités administratives indépendantes.

■ *Depuis 1986, date de sa création, comment a évolué la mission du Conseil ?*

M.-D. H. : Il y a eu peu de changement. En 1992 le législateur nous a autorisés explicitement à appliquer les actuels articles 81 et 82 du traité CE. En 1996, des modifications ont été apportées avec la loi Galland, notamment en matière de prix abusivement bas. Pour le reste, c'est-à-dire les procédures et les moyens, il n'y avait pas eu de modifications depuis 1986. A partir de cette date, la France s'est dotée d'une législation pionnière par rapport aux autres pays européens. Depuis, elle accusait un certain retard, que la loi NRE a voulu combler

■ *Il existe désormais deux types d'abus de dépendance économique, l'un érigé en pratique restrictive, l'autre en pratique anticoncurrentielle. Pourquoi avoir gardé l'article L 420-2 sur l'abus de dépendance économique comme pratique anticoncurrentielle, alors que le Conseil applique la notion de manière très restrictive ?*

M.-D. H. : La modification de l'article 8-2 de l'ordonnance de 1986, devenu l'article L 420-2 du code de commerce, a fait disparaître la notion d'affectation du marché, remplacée par celle d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. Cette définition est plus large que la précédente. Afin que le litige relève de la compétence du conseil de la concurrence, il reste à démontrer qu'il existe un effet sur un marché. Nous ne sommes pas le juge des relations contractuelles. On ne peut pas exclure que cette nouvelle rédaction permette quelque assouplissement de la pratique décisionnelle du Conseil, qui a cependant peu souvent l'occasion d'appliquer cet article. Cette nouvelle rédaction va peut-être conduire à des analyses plus souples, mais le Conseil de la concurrence doit rester dans le cadre de sa mission : être le gardien de la concurrence sur les marchés.

■ *Pourquoi dès lors avoir gardé la deuxième partie de l'article L 420-2 ?*

M.-D. H. : La disposition existe. Elle correspond à des demandes assez fortes des milieux économiques, relayées par le pouvoir politique, d'avoir cette capacité d'analyse de la dépendance économique. Le gouvernement n'a donc pas souhaité revenir sur cette disposition.

■ *Le niveau maximal des sanctions pécuniaires a été relevé. Or le Conseil, s'il a prononcé de fortes amendes, n'a jamais atteint le plafond de 5 % du chiffre d'affaires national. Allez-vous désormais prononcer des sanctions qui atteindront le maximum de 10 % du chiffre d'affaires mondial, ou attendez-vous du nouveau texte qu'il ait un effet dissuasif ?*

M.-D. H. : Le passage de 5 % du chiffre d'affaires national à 10 % du chiffre d'affaires mondial constitue un saut important. C'est un signal du législateur aux entreprises, qui doivent prendre au sérieux le droit de la concurrence et un appel à l'autorité de concurrence pour que les sanctions économiques soient significatives pour être efficaces. Les sanctions doivent devenir plus dissuasives.

■ *Pourquoi avoir instauré un système de clémence ?*

M.-D. H. : Pour une recherche plus efficace des preuves dans les pratiques anticoncurrentielles, notamment en matière d'entente. De fait, il devient de plus en plus difficile de trouver des documents probants. L'exemple des Etats-Unis a montré que l'instauration d'un système de clémence, qui consiste

à exonérer totalement de sanctions la première entreprise qui dévoile l'entente et apporte des éléments de preuve tangibles, est très efficace.

■ *Ce système est qualifié par certains de « délation ».*

M.-D. H. : Nous sommes en contentieux économique : les enjeux ne sont donc pas personnels. De plus, il nous est arrivé de voir des entreprises changer de stratégie, avec une nouvelle équipe aux commandes qui refuse de cautionner et de poursuivre les pratiques antérieures d'entente. Il n'est pas anormal d'inciter les entreprises à abandonner de telles pratiques, qui peuvent causer de graves préjudices économiques, tels que des prix artificiellement élevés, des répartitions ou des exclusions de marché.

■ *L'exonération sera-t-elle partielle ou totale ?*

M.-D. H. : L'exonération totale concerne l'entreprise qui révèle l'entente ; l'exonération partielle, les entreprises qui apportent seulement des éléments de preuve supplémentaires. Il faut maintenant attendre la publication du décret d'application de la loi pour connaître exactement la procédure à suivre.

■ *Ce système, couplé avec celui de l'article L.464-2 qui incite les entreprises à plaider coupable vous paraît-il efficace ? Le Conseil prenait-il autrefois en considération la coopération des entreprises durant l'enquête pour la fixation du montant des sanctions pécuniaires ?*

M.-D. H. : Il nous est arrivé de tenir compte de l'attitude des entreprises, mais il ne faut pas confondre les deux procédures : la clémence, qui incite à la révélation des ententes, et la transaction, qui permet d'accélérer le traitement d'un dossier déjà ouvert.

■ *La loi NRE permet au Conseil de ne plus être lié par le contenu des mesures conservatoires demandées par les plaignants et d'ordonner les mesures qu'il estimera appropriées. Utilisera-t-il cette nouvelle faculté ?*

M.-D. H. : Le Conseil doit d'abord être saisi d'une demande de mesure conservatoire de la part de l'entreprise. Lorsque nous considérons qu'une mesure conservatoire est nécessaire, la loi nous autorise à adapter le dispositif demandé par la partie saisissante. C'est une souplesse dont nous avons besoin, car les demandes étaient parfois inappropriées ou imprécises.

■ *Le Conseil fera-t-il jouer la possibilité qui lui est donnée par la loi de conclure des accords de coopération avec ses*

homologues étrangers ? La volonté affichée par Mario Monti de mettre en place un réseau européen des autorités de la concurrence a-t-elle influencé le législateur ?

M.-D. H. : Depuis longtemps, le Conseil de la concurrence ressentait le besoin de coopérer avec ses homologues étrangers mais, en l'état de la législation, nous ne pouvions pas transmettre de documents ni d'informations, en raison notamment de l'obligation qui nous est faite de respecter le secret professionnel. Le législateur a compris que les affaires prenant une dimension de plus en plus internationale, il fallait donner au Conseil la capacité de coopérer avec ses homologues des autres États membres. Cela participe aussi de la volonté de créer un réseau au niveau européen. Face à la globalisation des marchés et au développement des échanges commerciaux, la coopération internationale est une réponse.

■ *Quel sens donnez-vous au mot « régulation » ?*

M.-D. H. : On peut distinguer le sens anglo-saxon, que l'on traduit par « réglementation », de la notion française de « suivi d'un secteur économique pour l'amener à la concurrence ». En France, la régulation est surtout sectorielle et permet d'accompagner l'ouverture à la concurrence de marchés anciennement monopolistiques. Des autorités spéciales en ont la charge, telles que l'ART ou la CRE2.

Le Conseil de la concurrence a une fonction plus générale et plus horizontale, de surveillance du bon fonctionnement de tous les marchés, qu'il exerce soit en émettant des avis, soit en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles qu'il constate. En ce sens, il exerce bien un pouvoir de régulation des marchés.

■ *Les principes de l'économie de marché sont-ils entrés dans les mœurs françaises ?*

M.-D. H. : Les milieux économiques sont, aujourd'hui acquis à l'économie de marché, et connaissent les raisons et les règles du droit de la concurrence, qu'ils acceptent généralement. Il me semble que les sphères politiques et administratives sont moins sensibles à ces questions.

■ *Trop de concurrence ne nuit-il pas à l'efficacité économique ? L'atomicité est-elle pertinente ?*

M.-D. H. : Il n'y a pas de lien mécanique entre le nombre d'entreprises présentes sur un marché et le bon fonctionnement de celui-ci. D'autres

facteurs peuvent intervenir, notamment l'existence ou l'absence de barrières à l'entrée du marché.

Pour le reste, la concurrence est généralement un gage d'efficacité économique. Elle est au cœur d'un processus permanent de renouvellement du tissu économique et profite finalement aux consommateurs en permettant une baisse des prix et le maintien d'une offre diversifiée.

Enfin, dans les pays développés, il existe d'autres législations (sociales, environnementales...) qui peuvent remédier aux éventuels effets d'une concurrence trop brutale. Dans ces conditions, je ne crois pas qu'il y ait lieu de redouter la concurrence.

(1) NDLR : alinéa qui prohibe « l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur » (refus de vente, ventes liées, pratiques discriminatoires...).

(2) NDLR : Autorité de régulation des télécommunications, mise en place le 5 janvier 1997 ; Commission de régulation de l'électricité, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, créée par la loi du 10 février 2000.

*Propos recueillis par Anne de Beaumont
et Jean Watin-Augouard*



Pratiques anticoncurrentielles : incertitudes et ambiguïtés d'une réforme

Le droit des pratiques anticoncurrentielles occupe le titre II de la deuxième partie de la loi NRE. Des quatre pratiques visées, ententes, prix abusivement bas, abus de position dominante et abus de dépendance économique, seule la dernière fait l'objet d'une modification. La réforme s'accompagne d'un renforcement des pouvoirs de l'administration. La concurrence n'est plus seulement l'affaire des entreprises. Un retour de balancier propre à la France.

Entretien avec Jean-Bernard Blaise, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris-II).

Avec la loi NRE, que faut-il entendre par « régulations » : une avancée vers davantage de libéralisme ou un retour vers l'économie administrée ?

Jean-Bernard Blaise : Derrière le mot régulation se cache le retour de l'interventionnisme. Ce n'est pas la régulation par le marché mais par l'administration. L'État entend revenir sur la scène économique pour mettre de l'ordre et conjurer certains excès. Nous

pouvons craindre un renforcement des pouvoirs de l'administration. La régulation deviendrait alors synonyme de réglementation.

Si l'Assemblée nationale n'avait pas été dissoute en 1997, la loi NRE aurait-elle vu le jour ?

J.-B. B. : Sans doute. Je me demande s'il n'y a pas dans la classe politique une sorte de consensus vague en faveur de cette régulation. Tous pensent que les principes de l'économie libérale n'ont pas fait leurs preuves. La composition de l'Assemblée n'a pas d'incidence sur la loi NRE. Contrairement aux autres pays européens, la France remet constamment en question le modèle de l'économie libérale.

La loi redéfinit l'abus de dépendance économique, en remplaçant la notion d'atteinte au marché par celle d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. En quoi cette définition est-elle nouvelle ?

J.-B. B. : L'abus de dépendance économique est érigé en pratique restrictive de concurrence à l'article L. 442-6 du Code de commerce, alors que l'article L. 420-2 a été conservé, mais modifié à la suite d'un amendement parlementaire, adopté contre l'avis du gouvernement, qui souhaitait conserver le texte d'origine. Cette modification porte sur la notion

d'abus de dépendance économique, aujourd'hui déconnectée de la référence au marché. L'ancienne disposition visait les restrictions à la concurrence sur un marché, alors que la nouvelle traite de l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. L'expression « sur le marché » a disparu. Il est vrai que les promoteurs de la loi NRE ne nourrissent pas une grande affection pour l'économie de marché. Il est cependant illusoire de croire que changer un mot modifie quoi que ce soit à la chose. Naïfs, les rédacteurs de la loi témoignent également d'une certaine ignorance à l'égard de la concurrence, qui serait, selon eux, parfaite, voire abstraite. Or celle-ci est toujours appréciée, de manière concrète, par rapport à un marché. On ne va pas, d'un trait de plume, transformer ce concept de concurrence. On ne va pas non plus changer l'idée que le Conseil de la concurrence se fait de sa mission, qui est de veiller au bon fonctionnement des marchés.

■ *Comment définit-on le marché ?*

J.-B. B. : Au-delà des définitions idéologiques ou politiques, les juristes se fondent sur une définition technique, opératoire : le marché est le lieu de la rencontre de l'offre et de la demande, pour un produit déterminé et dans un espace donné. Exercice difficile, car il faut identifier les produits en concurrence, ceux qui sont substituables ou non. Dans l'affaire Coca-Cola, le marché a été défini comme étant celui des boissons non alcoolisées, gazeuses, à goût autre que le Coca-Cola et vendues dans le commerce pour la consommation familiale. Pour les juristes, le marché est une réalité technique, un concept opératoire, et non une métaphore.

La suppression de la nécessité de prouver, pour une entreprise en situation de dépendance économique, qu'elle ne dispose pas de « solution équivalente » était censée faciliter le recours à ce texte. Or le Conseil de la concurrence vient, par une décision du 10 août dernier, d'affirmer que « la disparition de la référence formelle à la notion de solution équivalente dans cet article ne peut dispenser de l'examen du point de savoir si l'entreprise qui se prétend en situation de dépendance économique dispose d'une solution alternative. » La réforme risque donc de rester lettre morte...

J.-B. B. : C'est l'illusion des mots, la magie du verbe dont sont victimes les faiseurs de mauvaises lois. On voudrait obliger le Conseil de la concurrence à réprimer plus systématiquement et plus sévèrement les pratiques excessives des grandes surfaces en qualifiant ces excès d'abus de dépendance. Or la dépendance d'achat ne se définit que par rapport

à l'absence d'autres solutions. Le Conseil de la concurrence a eu la sagesse, partagée par la cour d'appel de Paris, de décider que l'abus de dépendance ne devait pas servir à la conservation de situations acquises. La dépendance doit être réelle pour que le comportement du distributeur puisse être considéré comme abusif.

■ *Il existe maintenant deux types d'abus de dépendance. Pourquoi avoir gardé l'abus de dépendance économique comme pratique anticoncurrentielle ?*

J.-B. B. : De fait, on aurait pu abroger l'article L. 420-2 qui vise l'abus de dépendance économique en tant que pratique anticoncurrentielle, puisque l'autre texte paraît plus facile à utiliser. Mais il n'est pas dit que, si les circonstances s'y prêtent, le Conseil de la concurrence ne fasse pas, un jour, une application plus sévère et plus rigoureuse de la condamnation de l'abus de dépendance économique. Il demeure que le Conseil n'entend pas jouer le rôle d'un tribunal de commerce arbitrant des intérêts dans un litige de concurrence déloyale. Dans l'affaire Cora, qui a donné lieu à moult critiques, on a reproché au Conseil de la concurrence de ne pas être assez vindicatif. Or il n'y avait pas de dépendance, puisque d'autres solutions existaient pour les entreprises, qui pouvaient changer de distributeur. Pourquoi avoir conservé l'article L. 420-2 sur les pratiques anticoncurrentielles ? Pour des raisons de commodité, car la saisine ministérielle est plus facile que dans le cas des pratiques restrictives et les sanctions sont plus élevées.

■ *Quels conseils donneriez-vous aux entreprises qui n'osent pas intenter une action en justice par crainte d'un déréfèrement ?*

J.-B. B. : Je doute du succès des deux voies ouvertes par la réforme. Ces nouvelles règles sont une concession formelle aux adversaires des grandes surfaces. La réalité est ailleurs : il s'agit d'un rapport de force qu'on ne résout pas par la rédaction d'un texte. Le déséquilibre industrie-commerce ne sera conjuré qu'en créant les conditions d'une véritable concurrence entre les distributeurs. La loi Royer et les textes qui se sont succédé ont une part de responsabilité dans le déséquilibre, aujourd'hui dénoncé. En interdisant l'apparition de nouveaux distributeurs, on a limité la concurrence potentielle et on a incité à la concentration, ce qui a renforcé le déséquilibre. C'est en révisant les règles de création et d'extension des grandes surfaces que l'on pourra améliorer le rapport des forces et non en réprimant les abus. Cela dit, aujourd'hui, les industriels peuvent

utiliser les deux voies : ils peuvent déposer une plainte devant le Conseil de la concurrence et assigner devant le tribunal de commerce ou de grande instance. Mais il est souhaitable de bien évaluer la situation, les arguments et la qualité des preuves qui, du reste, ne sont pas les mêmes selon que l'on s'adresse au Conseil de la concurrence ou à une juridiction judiciaire. Je recommande de saisir le Conseil si la dépendance est certaine et si l'abus compromet vraiment la capacité concurrentielle des entreprises qui en sont victimes. Dans les autres cas, il est préférable de saisir le tribunal de commerce, mais il faut alors démontrer l'existence d'un préjudice. Il reste une troisième voie, à laquelle on ne pense pas toujours : dénoncer un abus à la DGCCRF, en espérant que le ministre agira à votre place.

La plupart des nouvelles dispositions (abus de dépendance économique, conditions commerciales injustifiées) ne sont pas définies par la loi. N'y a-t-il pas un risque que les juridictions judiciaires ou administratives interprètent le texte d'une manière si restrictive que la réforme restera, là encore, lettre morte ?

J.-B. B. : Il y a un risque de voir les juridictions se caler sur la jurisprudence traditionnelle du Conseil de la concurrence. Certains arrêts de la cour d'appel ont repris les formules du Conseil de la concurrence concernant la définition de la dépendance, spécialement la dépendance d'achat et la preuve d'une atteinte à la concurrence. Mais, de manière générale, il n'y a pas de raison de croire que les juges seraient embarrassés par le maniement des nouveaux textes. On le voit en matière de concurrence déloyale : ils ont facilement adopté la notion de parasitisme économique, le détournement de clientèle, le préjudice commercial. La véritable faiblesse du système tient à ce que les entreprises vont encore hésiter à saisir le tribunal. Nous sommes dans le domaine des rapports contractuels et non dans celui de la concurrence déloyale : la victime a plus à perdre à tenter un procès qu'à renégocier avec ses partenaires. Encore une preuve de l'impréparation du projet de loi NRE : on a limité le nombre de tribunaux de grande instance et de commerce compétents lorsqu'il s'agit d'apprécier les pratiques anticoncurrentielles, mais on n'a pas étendu la mesure aux litiges en matière de transparence et de pratiques restrictives. De même on n'a pas pensé à l'application du contentieux communautaire. On a l'impression, et même la certitude, que le projet a été préparé dans différents bureaux, sans véritable concertation.

Le respect des droits de la défense semble avoir été pris en compte. En particulier, les fonctions d'instruction et de décision au sein du Conseil de la concurrence ont été bien séparées. Pourquoi cela n'a-t-il pas été fait plus tôt ?

J.-B. B. : Il faut faire attention aux apparences. Le pas essentiel a été franchi lors de l'adoption de l'ordonnance de 1986, qui a consacré la procédure contradictoire, mis en place une véritable audience avec la possibilité de se faire représenter, instauré la communication des griefs sur la base desquels la condamnation peut être prononcée. Il est vrai que le Conseil avait gardé quelques mauvaises habitudes, héritées de ses devancières, la Commission de la concurrence et la Commission technique des ententes et des positions dominantes. Traditionnellement, ces commissions étaient - et le Conseil de la concurrence l'est encore en partie - des autorités administratives non juridictionnelles. Elles n'avaient pas de pouvoir de décision et ne donnaient que des avis au ministre. L'ordonnance de 1986, en conférant au Conseil de la concurrence le pouvoir de décision, a ouvert ses portes à la discussion contradictoire. Mais il fallait aller plus loin. C'est ce qui montre bien le manque de souffle de la loi NRE : elle est restée à mi-chemin. Il faudrait sans doute « juridictionnaliser » le Conseil de la concurrence, faire un état des lieux, constater qu'en dix ans il est pratiquement devenu une juridiction et qu'il importe de séparer les instances de l'instruction et du jugement. Aujourd'hui, avec un conseil bicéphale, entre le président qui conserve des prérogatives sur le fonctionnement de l'instruction et le rapporteur général, des oppositions peuvent se manifester.

D'un autre côté, les droits de la défense semblent moins protégés : le régime des visites domiciliaires permet dorénavant d'inspecter des locaux sans la présence de l'occupant. Une autorisation de visite peut être fondée sur de simples indices laissant présumer l'existence de pratiques anticoncurrentielles, mais la loi ne dit rien quant à la nature de ces indices. Que seront-ils ?

J.-B. B. : Là encore, il y a les apparences et la réalité. Une fois de plus, la diversité d'origine de la loi apparaît. Il est évident que ce sont les services de la DGCCRF qui ont préparé le projet. Les enquêtes lourdes sont assez rares ; elles concernent moins de 5 % des affaires, mais il est manifeste que la loi a fait revenir le balancier du côté de l'administration. Il suffira de simples indices pour obtenir l'autorisation du juge. Mais n'exagérons pas la portée de la réforme. Il ne faut pas grossir le trait en ce qui concerne la

protection accordée par la Cour de cassation dans le cas des autorisations de perquisition. Elle aurait affirmé ne pas se contenter de simples présomptions. C'est à la fois vrai et faux. La Cour admettait que le juge puisse se fonder sur des présomptions, mais il fallait qu'elles soient elles-mêmes fondées sur des éléments certains et en relation avec l'infraction. Dans la nouvelle rédaction, des présomptions plus légères peuvent suffire. Il ne sera peut-être plus nécessaire d'apporter des documents qui soient directement en relation avec l'infraction. Je crois que la Cour de cassation veillera à encadrer ce nouveau pouvoir, elle dira ce que sont les indices, mais il faudra quatre ou cinq ans avant qu'elle se prononce. Quant à la notion d'indice, il est difficile d'y répondre : une plainte suffira-t-elle à constituer un indice ? Une dénonciation ? Ce n'est pas certain. Les perquisitions ont souvent lieu dans le cadre d'appel d'offres : est-ce que la similitude des réponses apportées par des entreprises constitue un indice suffisant ?

En matière de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence n'est plus lié par les demandes des parties, puisqu'il peut prendre toutes les mesures nécessaires. Pensez-vous qu'il utilisera cette procédure lorsqu'il voudra parer aux effets anticoncurrentiels d'un comportement sans attendre l'issue de la procédure normale, qui est longue ?

J.-B. B. : C'est un aspect très important du mécanisme de la concurrence, car c'est ce qui incite les entreprises à saisir le Conseil de la concurrence. La procédure ordinaire est en effet très longue. Il reste que le Conseil dispose de moyens limités et sa crainte permanente est d'être submergé par les dossiers. Il a donc tendance à repousser les demandes de mesures conservatoires et à mener une politique malthusienne dans ce domaine. Le changement apporté par l'article L. 464-1 du Code de commerce soulève le problème des moyens dont dispose le Conseil de la concurrence.

La loi augmente de façon substantielle le plafond des sanctions pécuniaires encourues. Dans la mesure où le Conseil ne prononce jamais de sanctions atteignant le maximum légal, la réforme va-t-elle réellement changer les choses, ou n'est-ce qu'un message de fermeté du législateur à l'intention du Conseil ?

J.-B. B. : Je présume que c'est le Conseil de la concurrence et non la classe politique qui a suggéré l'augmentation des sanctions. Deux explications peuvent être avancées. L'une de nature psychologique : cela peut inciter le Conseil, sinon à atteindre le

plafond, du moins à renforcer les sanctions pour les grandes affaires. C'est une façon d'élargir sa marge de manœuvre. L'autre raison est plus conjoncturelle : le Conseil souhaite de plus en plus se concentrer sur les dossiers importants, qui dépassent l'espace français et qui justifient des sanctions plus lourdes.

Beaucoup disaient qu'en raison de la base retenue pour le calcul des sanctions, qui porterait atteinte au principe de proportionnalité, la loi NRE allait être déferée devant le Conseil constitutionnel. Elle ne l'a pas été. Pourquoi ?

J.-B. B. : J'avance une hypothèse : cette loi répond à tellement de sollicitations particulières ou catégorielles qu'il s'est établi une sorte de consensus mou au sein de la classe politique. Personne n'a voulu ouvrir la boîte de Pandore. Je regrette qu'en France le contrôle de la constitutionnalité soit aussi archaïque et qu'il ne soit pas également ouvert aux citoyens.

La loi NRE institue une grande nouveauté en droit français : le régime de clémence pour les entreprises qui coopèrent durant l'enquête ou dénoncent l'existence d'une entente. Pourquoi le législateur s'est-il fondé sur l'actuel régime de clémence européen, dont la Commission a dit qu'il n'a pas fait ses preuves ? Pourquoi ne pas avoir retenu le système du « tout ou rien » : seule la première entreprise qui dénonce voit ses sanctions diminuées ou supprimées ?

J.-B. B. : On peut s'inquiéter du fait que l'État consacre le principe de la délation. Je n'entends pas porter d'appréciation morale, car il y a des arguments pour et contre. Cela concerne essentiellement les cartels et les ententes sur le plan mondial, qui n'ont pas toujours, reconnaissons-le, des effets positifs et témoignent des excès de la mondialisation.

Ce texte est déjà dépassé au moment où il a été voté. Les travaux parlementaires se sont poursuivis durant plus d'une année. Au moment du projet n'était connue que la première communication de la Commission européenne, et rien ne filtrait du bilan qu'elle allait tirer de son propre système. J'avance une hypothèse : le Conseil de la concurrence, à l'origine du projet, a peut-être eu le sentiment qu'il fallait agir avec prudence et ouvrir une phase d'expérimentation. D'où cette latitude d'action très large qu'il a sollicitée, et obtenue.

Il peut désormais travailler en liaison avec d'autres autorités de la concurrence et conclure des accords de coopération avec ses homologues étrangers. Pourquoi ne pas y avoir pensé plus tôt ?

J.-B. B. : Jusqu'à présent, le Conseil avait une vision très nationale de son rôle. Il ne s'intéressait qu'au fonctionnement de la concurrence sur le marché français. L'expérience ne permet pas de penser qu'on aurait pu utiliser plus tôt cette procédure. Mais elle est devenue nécessaire, car le concept de marché national n'a plus de sens. L'article 83 de la loi NRE est important, puisque le contentieux communautaire devrait prochainement être décentralisé. Le Conseil de la concurrence aura à connaître de comportements anticoncurrentiels qui dépassent le marché national. Cette réforme est une condition indispensable pour que le Conseil de la concurrence puisse, demain, remplir son rôle. Mais en aura-t-il les moyens ?

Depuis quinze ans, les réformes du droit de la concurrence se succèdent. La loi NRE ne sera sûrement pas la dernière. Quelle est sa place dans ce contexte ?

J.-B. B. : Ce texte aura très peu d'effets. Il a été mal préparé et témoigne d'un réel manque de culture

juridique de la part de ses rédacteurs. Les milieux intéressés ont été peu consultés. Il répond à des sollicitations diverses, opère une intrusion insupportable de la loi et de l'administration dans le contrat. Mais en France, le droit de la concurrence se construit par petits pas, par expérimentation. La loi NRE n'est qu'une étape de plus.

■ *Pas de nuit du 4 août pour l'économie de marché ?*

J.-B. B. : Non, car ce ne sont pas les textes, ni le pouvoir politique, qui déterminent une réalité économique. L'économie de marché est un fait. Elle échappe, dans ses fondements mêmes, aux sollicitations du législateur.

Propos recueillis par Anne de Beaumont et Jean Watin-Augouard



La regulation des pratiques anti-concurrentielles dans la loi NRE : beaucoup de bruit pour rien ?

Par le cabinet Vogel & Vogel, avec la collaboration d'Anne de Beaumont

La loi NRE¹ entreprend, dans le titre II de la deuxième partie, la réforme du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les principes qui régissent la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, puisque c'est d'eux qu'il s'agit, sont maintenant bien ancrés dans la pratique juridique ; c'est pourquoi le législateur les a peu modifiés, contrairement aux règles de procédure.

Le droit des ententes et des abus de position dominante pratiquement inchangé

La définition des pratiques anticoncurrentielles a été peu affectée par la réforme engagée par la loi NRE.

Tout au plus le législateur a-t-il voulu la préciser, sans que cela rende plus efficace l'application pratique du droit.

L'article L. 420-1 est modifié, afin d'appréhender les ententes mises en œuvre par des sociétés établies hors de France. Ainsi sont prohibées les ententes anticoncurrentielles, « même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France ». Cet ajout ne réforme en rien le droit existant, puisqu'il est de jurisprudence constante que le droit de la concurrence est applicable à un comportement, dès lors que celui-ci produit des effets anticoncurrentiels sur le territoire français².

Le gros apport de la réforme, en matière de pratiques anticoncurrentielles, vise la notion d'abus de dépendance économique. La loi NRE réécrit l'article

L. 420-2 du Code de commerce relatif aux abus de domination. Avant la réforme, la prohibition de l'abus de dépendance économique, définie à l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, était peu appliquée, ses conditions de mise en œuvre étant très restrictives. L'article 8-2 exigeait en effet l'existence d'une dépendance économique, l'absence de solution équivalente, l'exploitation abusive de la situation et, surtout, un effet anticoncurrentiel sur le marché, par renvoi à l'article 7 de l'ordonnance. C'est pourquoi, dans l'affaire Cora³, la situation de dépendance économique des fournisseurs vis-à-vis du distributeur n'a pas été retenue, faute d'atteinte à la concurrence. En effet, il est difficile de prouver tout à la fois que la pratique affecte l'équilibre d'une relation contractuelle et le marché en général.

La nouvelle rédaction de l'article L. 420-2 du Code de commerce, destinée à palier cette difficulté, a de quoi surprendre. Alors qu'aux termes du rapport d'information sur l'évolution de la distribution, « l'attribution contentieuse du Conseil de la concurrence en matière d'exploitation abusive d'un état de dépendance économique pourrait être redéfinie en ôtant la condition d'atteinte au jeu de la concurrence sur le marché », la loi NRE précise que l'abus de dépendance économique doit être « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ». Il est par conséquent difficile de voir en quoi les décisions du Conseil de la concurrence seront modifiées. De même, d'aucuns se sont félicités que l'exigence faite à l'entreprise en état de dépendance de démontrer qu'elle ne dispose pas de solution équivalente a été supprimée⁴, estimant que la nouvelle rédaction permet un assouplissement de la pratique des autorités de contrôle dans l'interprétation de la dépendance économique. C'est un vœu pieux ! Une décision récente du Conseil de la concurrence affirme en effet que « la disparition de la référence formelle à la notion de solution équivalente dans cet article ne peut dispenser de l'examen du point de savoir si l'entreprise qui se prétend en situation de dépendance économique dispose d'une solution alternative »⁵.

Les règles gouvernant les conditions d'exemption du droit de la concurrence, autrefois calquées sur celles de l'article 81§3 du traité de Rome, sont francisées, à une époque où l'harmonisation avec le droit communautaire est de mise : le législateur a élargi la notion de progrès économique de l'article L. 420-4 en y incluant la création ou le maintien d'emplois. Autre probable coup d'épée dans l'eau ?

La modernisation des règles de procédure

Les pouvoirs d'enquête de l'administration sont renforcés, parfois au détriment des droits de la défense. Les agents de contrôle pourront obtenir la copie, sur tout support, même informatique, de documents professionnels. Mais c'est surtout en matière d'enquêtes diligentées sur autorisation judiciaire que réside le plus important de la réforme.

Ainsi, les conditions requises de l'administration, afin d'obtenir une autorisation de visite domiciliaire, dans les cas où une infraction est en train de se commettre sont particulièrement allégées. La demande des enquêteurs peut ne comporter que les indices permettant de présumer l'existence des pratiques. Il est désormais possible de procéder à des visites domiciliaires, sans que la présence de l'occupant des lieux soit nécessaire. Celle de deux témoins désignés par l'officier de police judiciaire suffit. La contestation des opérations de visite et de saisie doit être faite, dans un délai de deux mois, auprès du juge les ayant autorisées, et non, comme l'avait jugé la Cour de cassation, devant l'autorité de décision⁶.

La procédure devant le Conseil de la concurrence est également modifiée. Le Conseil abandonne ses pouvoirs d'instruction au rapporteur général, lequel désigne les rapporteurs chargés de l'examen de l'affaire et notifie les griefs aux parties. Il peut également obtenir la mise à disposition d'enquêteurs de la DGCCRF et faire appel à des experts, selon la procédure décrite à l'article L. 463-8 du Code de commerce. Toute formation du Conseil - et non plus seulement la commission permanente - peut adopter une décision à l'issue de la procédure simplifiée, laquelle peut être conduite par l'un des vice-présidents de l'autorité de contrôle. La liberté du Conseil en matière d'octroi de mesures conservatoires est accrue, car il n'est plus lié par les demandes des parties saisissantes et peut, aux termes de l'article L. 464-1 du Code de commerce, prendre les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires.

Enfin, les NRE introduisent la spécialisation des juridictions : des tribunaux de commerce et des tribunaux de grande instance, désignés par décret, seront seuls habilités à connaître des litiges concernant des pratiques anticoncurrentielles.

La volonté d'accroître l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

Elle se traduit dans la loi NRE par trois principes : l'alourdissement des sanctions pécuniaires encourues, l'instauration d'une procédure simplifiée pour les entreprises qui plaident « coupable » et la mise en place d'un système de clémence.

Le montant des sanctions pécuniaires est considérablement augmenté. Il s'élève de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos, à 10 % du meilleur chiffre d'affaires mondial réalisé au cours d'un des exercices précédant celui durant lequel les pratiques ont été mises en œuvre. Les sanctions pécuniaires qui frappent les personnes qui ne sont pas des entreprises sont également presque doublées, à hauteur de 3 millions d'euros, contre 10 millions de francs auparavant. Ces dispositions ont fait l'objet de vives critiques, en particulier au Sénat, où la question de leur inconstitutionnalité a été posée. Le Conseil constitutionnel n'ayant pas été saisi, il n'a pas pu se prononcer.

Il n'est pas improbable de voir un jour s'élever un contentieux sur la compatibilité des nouvelles règles avec la Convention européenne des droits de l'homme, en raison, entre autres, du non-respect du principe de proportionnalité. Le plafond des sanctions pécuniaires prévues dans le cadre de la procédure simplifiée est également revu à la hausse : il est décuplé, passant de 500 000 francs à 750 000 euros, c'est-à-dire pratiquement 5 millions de francs.

Le nouvel article L. 464-2, II, du Code de commerce prévoit que les amendes encourues sont réduites de moitié, lorsqu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir. Contrairement au système de clémence prévu au paragraphe III du même article, qui ne s'applique qu'aux ententes, les dispositions du paragraphe II visent également les abus de position dominante ou les pratiques de prix abusivement bas.

La grande innovation de la loi NRE tient surtout à l'instauration d'un système de clémence, à l'instar de ceux qui existent en droit américain ou en droit communautaire. Il permet d'accorder une exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires pour les entreprises qui contribuent à

établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le Conseil ou l'administration ne disposaient pas. Il est curieux que le législateur se soit, sur ce point, inspiré d'un système communautaire de clémence qui n'est pas satisfaisant et qui est d'ailleurs l'objet d'une réforme. Dans d'autres droits nationaux et dans le projet de réforme communautaire, l'immunité n'est généralement offerte qu'à la première entreprise qui contacte les autorités⁷.

Le renforcement de la coopération entre autorités de la concurrence

En raison de la globalisation des pratiques anticoncurrentielles et du désir de la Commission de Bruxelles d'instaurer un réseau européen de coopération entre autorités de la concurrence, un nouvel article L. 462-9 permet au Conseil de la concurrence, sous certaines conditions, de communiquer les informations ou les documents qu'il détient à l'autorité étrangère qui en fait la demande, ou de l'assister en matière d'enquêtes menées sur le territoire français. Le Conseil peut en outre conclure des accords de coopération⁸, lesquels seront publiés au Journal Officiel. Curieux démembrement de la République !

1. Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO du 16 mai p. 7776 et s.

2. Déc. Cons. conc. n° 92-D-68 du 15 déc. 1992, BOCCRF 30 janv. 1993, p. 28, confirmée par CA Paris, 15 sept. 1993, BOCCRF du 8. avr. 1994, p. 142.

3. Déc. Cons. conc. n° 93-D-21 du 8 juin 1993, BOCCRF du 25 juil. 1993, p. 197, CA Paris, 25 mai 1994, BOCCRF du 25 juin 1994, p. 236, Cass. 10 déc. 1996.

4. J-P. de la Laurentie et L. Givry, « Régulation de la concurrence dans la loi NRE- 2e partie : lutte contre les pratiques anticoncurrentielles », Lamy droit économique, n°141, juil. 2001.

5. Déc. Cons. conc. n° 01-MC-03 du 10 août 2001, aff. Concurrence c. Sony, inédit.

6. Cass. com, 30 nov. 1999, JCP G 2000, IV, 1106.

7. « Programmes de clémence pour lutter contre les ententes injustifiables », Rev. Dr. & Pol. Conc., OCDE, Vol. 3, n°2/2001.

8. A l'image de son homologue allemand, le Bundeskartellamt qui a signé, dès 1976, un accord de coopération avec les États-Unis.



Premières leçons de l'affaire « jeboycottedanone »

Par Jean-Marc Bing,

Un jugement rendu le 4 juillet 2001 par le tribunal de grande instance de Paris est venu clore, au moins provisoirement, une série de décisions judiciaires dont la presse quotidienne et les revues juridiques se sont largement fait l'écho. Auparavant deux décisions avaient été rendues en référé par le TGI de Paris, l'une le 23 avril 2001, l'autre le 14 mai suivant.

Titulaire des marques verbales Danone et de six marques semi-figuratives, la société Compagnie Gervais-Danone avait obtenu, dans le premier jugement, qu'il soit fait interdiction au défendeur ayant déposé et exploité le site Jeboycottedanone.com de faire usage de ces marques semi-figuratives. Selon le magistrat, « le cartouche en forme de polygone qui ouvre chaque chapitre du site litigieux est la reproduction servile des marques semi-figuratives notoirement connues » de Gervais-Danone. Pour le juge, cette reproduction constitue une contrefaçon, car elle n'a pas été autorisée par le détenteur des droits sur la marque et elle est en relation avec les produits de celui-ci (visés dans un « guide » de boycottage) alors que cela n'est pas indispensable à l'objectif poursuivi par le défendeur.

Au préjudice des salariés du groupe

Le 14 mai, dans l'affaire Jeboycottedanone.net, le juge des référés réitère son point de vue et l'enrichit : la reproduction à l'identique, sur le site internet du Réseau Voltaire pour la liberté d'expression, des marques semi-figuratives Danone n'est en aucun cas indispensable à la satisfaction des objectifs du défendeur. Le recours à la reproduction de ces marques excède les besoins de la liberté d'expression et peut même les affaiblir, en particulier au préjudice des salariés du groupe industriel. Selon le juge, cette reproduction sans nécessité et sans l'autorisation du titulaire des marques constitue bien une contrefaçon, justifiant l'interdiction de faire usage des marques semi-figuratives concernées.

Confirmation de la contrefaçon

Saisi au fond, et après avoir décidé de joindre les deux affaires « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », le tribunal de grande instance confirme et explicite, dans son jugement du 4 juillet 2001, ce même raisonnement. Il relève que l'article L 713.3 du code de la propriété intellectuelle interdit, sauf autorisation du propriétaire, l'imitation et l'usage d'une marque imitée pour des produits identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement, « s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public ». La violation de cette interdiction constitue, selon l'article L 716.1 de même code, une atteinte aux droits de la marque, constitutive d'une « contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur ».

C'est sur cette base légale que les magistrats analysent l'usage fait des marques semi-figuratives de la compagnie Gervais-Danone dans le cadre du site internet accessible par les deux noms de domaines cités. Le tribunal relève que ces marques, qu'il qualifie de « complexes », désignent des produits alimentaires de grande consommation et sont apposées sur tous les produits de la société qui en détient les droits, ainsi que sur ceux du groupe auquel elle appartient. Malgré les différences partielles de couleurs et l'ajout des termes « jeboycotte » et « com » dans le cartouche des marques visées apparaissant sur les pages mises en ligne, le tribunal considère que le « signe en cause » en est « incontestablement l'imitation ».

Rejet du recours au « droit au pastiche »

A défaut de désigner des produits identiques, cette utilisation est « à tout le moins en relation » avec les produits visés dans l'enregistrement des marques complexes invoquées, dans la mesure où le site énumère l'ensemble des produits commercialisés par les sociétés Gervais-Danone et Groupe Danone. « Un

tel usage ne peut manquer d'entraîner l'association de ce signe par l'internaute avec les marques invoquées qui sont, par ailleurs, fort connues et, dès lors, un risque de confusion dans l'esprit du public. » Les magistrats en concluent que la contrefaçon est constituée et rejettent l'exception, soulevée par la défense, « de parodie, de pastiche ou de caricature » : étant propre au droit d'auteur, elle n'est pas applicable au droit des marques. De la même façon, ils considèrent que la prétendue « bonne foi » des demandeurs est « indifférente » au règlement du litige, leur responsabilité civile étant engagée du seul fait des actes d'imitation sans autorisation qui leur sont imputables.

En définitive, le tribunal interdit aux défendeurs la poursuite de leurs agissements de contrefaçon, sous astreinte de 100 000 francs par infraction constatée, et il condamne chacun d'entre eux à 60 000 francs de dommages et intérêts.

Protection de la marque ne vaut pas protection du site

En revanche, le tribunal ne retient pas les demandes de condamnation pour contrefaçon des marques verbales dans la dénomination « jeboycottedanone », celle-ci constituant le radical des deux noms de domaines attaqués enregistrés l'un en zone « .com », l'autre en zone « .net ». Les magistrats considèrent qu'en l'espèce cet usage « correspond à une référence nécessaire pour indiquer la nature du site polémique », sans confusion possible dans l'esprit du public sur l'origine du service offert à l'adresse des noms de domaines incriminés. Le tribunal rejette également la demande de dommages et intérêts fondée sur le

dénigrement, en particulier du fait d'une argumentation insuffisante.

Un juste équilibre entre liberté de critique et droit de propriété

Cette jurisprudence est appelée à se développer. Le 6 octobre, un article publié dans le Monde évoquait les menaces de poursuites en diffamation, dénigrement et détournement du logo du site de vente en ligne Pere-noel.fr, ces faits étant reprochés à un autre site internet, Defense-consommateur.org, récemment créé par un client déçu. Selon le quotidien, le logo litigieux aurait, toutefois, été retiré depuis le 3 octobre.

Internet est un support de communication comme un autre. La législation existante s'y applique normalement, qu'il s'agisse des règles qui formalisent la liberté d'expression (lesquelles impliquent le droit de critiquer et même de se moquer), ou qu'il s'agisse de celles qui portent sur la marque. La protection de la marque est assurée, en France, par des dispositions assez robustes pour s'imposer, même lorsque sont invoquées à son encontre les garanties, pourtant fondamentales dans l'esprit républicain, attachées à la liberté d'expression. La critique est libre, la polémique aussi ; elles peuvent viser la marque. En revanche, elles ne sauraient permettre la violation du droit de propriété, en l'espèce de la marque, ce que le président de Prodimarques a rappelé à l'occasion de cette affaire, dans un courrier à ses adhérents, en mai dernier. A son tour, cette protection n'est pas absolue, mais relative, limitée par le champ ouvert à la liberté d'expression.



Au sommaire du prochain numéro : spécial loi NRE (4)

Les pratiques restrictives

Avec Jean-Claude Daniel, député de la Haute-Marne, membre de la commission de la production

Et Jean-Christophe Grall, avocat à la cour

Août profite à l'épicerie sucrée et aux produits de soins et de beauté

D'après ConsoScan et avec la collaboration de Bernard Pinet Consultant - octobre 2001

D'après l'échantillon de consommateurs ConsoScan, les achats par les ménages, tous circuits confondus, de produits de consommation courante ont progressé, en valeur, de 3,5 % du 6 août au 9 septembre (neuvième période 2001, comparée à la neuvième période 2000). En volume, la hausse ressort à seulement 0,2 %. Le prix du panier a augmenté de 4,5 %, et de 3,7 % en un an. Ces résultats sont assez proches de ceux observés en moyenne au cours du premier semestre.

Forte hausse des achats en hygiène-beauté

Les produits d'hygiène de la personne ont progressé globalement de 6,9 % en valeur et de 4,7 % en volume. Cette tendance a surtout concerné les articles de soins et de beauté, dont les achats ont augmenté de 12 % en valeur et de 9,7 % en volume. Maquillage et de soins spécifiques ont été particulièrement recherchés par les consommateurs. A l'inverse, et en allant plus en détail, les produits solaires, contrairement aux périodes antérieures, ont été délaissés. Globalement, l'hygiène-beauté enregistre en août la plus forte augmentation de prix (5,5 % en août et 3,3 % en un an).

Effet de ciseaux dans les produits frais

Dans l'alimentaire frais, les achats ont augmenté de 4,9 % en valeur, mais de seulement 0,4 % en volume. Le prix du panier s'est inscrit en hausse sensible (5,3 %). La charcuterie en libre-service illustre la tendance : une poussée de 9,2 % en valeur, mais une baisse de 1,7 % en volume, avec à la clé une progression du prix du panier de 12,7 %. La sauriserie et le saumon fumé font exception, en gagnant 7,4 % en volume, soit plus qu'en valeur (4,3 %). Août a été un bon mois dans l'ultrafrais, qui a gagné 7,7 % en valeur et 3,1 % en volume, l'inflation enregistrée depuis plusieurs mois dans cette famille se poursuivant (plus 5,3 % sur le prix du panier). Cette période a été en revanche décevante

pour les glaces à emporter.

Mauvais temps pour les liquides

Les liquides accusent une baisse en volume, de 4,3 %, et en valeur, de 2,5 %. Les eaux ont le mieux résisté (moins 0,9 % en valeur et moins 2,2 % en volume), alors que les bières et les cidres ont été très affectés (moins 10,9 % en valeur, moins 12,5 % en volume). Les sirops constituent l'un des rares marchés à s'être bien comporté.

Les prix de l'entretien tirés vers le haut par l'évolution des produits

Les achats de produits d'entretien ont connu une augmentation en valeur (1,6 %) et une baisse en volume (1,9 %). Liée à l'élaboration des produits, et résultant par conséquent pour une large part d'un effet d'optique, la hausse du prix du panier se poursuit (4,3 % en moyenne). Les emballages ménagers sont une des rares familles où les prix ont baissé.

Prime à la gourmandise dans l'épicerie

Les achats de produits épiceries ont augmenté surtout en valeur (4,2 %), moins en volume (1,1 %). La biscuiterie sucrée et la pâtisserie industrielle ont été les plus favorablement orientées, avec des progressions supérieures à 10 % en valeur, et comprises entre 6 et 10 % en volume. Suivent les articles de petit déjeuner et la confiserie (5 à 6 % en valeur, 2 à 3 % en volume). Les aliments infantiles, qui connaissent depuis plusieurs mois une tendance favorable, accusent une baisse très sensible en volume (moins 7,5 %).

Consommation soutenue sur un an

En glissement, sur une année se terminant début septembre 2001, l'augmentation moyenne des achats de produits de consommation courante s'est élevée à 4,3 % en valeur. Les produits frais arrivent en tête

(5,8 %), tirés par la charcuterie (9,5 %). En sens inverse, la consommation de bières et de cidres, la seule à avoir régressé en valeur sur un an, a freiné la croissance dans les liquides (2,7 %). En volume, les marchés ont enregistré une croissance plus modeste (1,1 %), alors que la progression du prix du panier a été limitée à 3,7 %. Ce constat fait litière de la vaine polémique qui a défrayé la chronique durant

l'automne, à propos d'une prétendue envolée à deux chiffres du prix des PGC. Certains périodistes se prennent pour des intellectuels, raison pour laquelle mieux vaut qu'ils ne jouent point avec les allumettes de la statistique. Les prix de l'entretien du linge, de la charcuterie et de certains produits laitiers (ultrafrais, lait, matières grasses allégées) ont le plus progressé en douze mois.



Evolution de la consommation des ménages

Indices ILEC - SECODIP (source : panel de consommateurs ConsoScan) % d'évolution par rapport à la période correspondante de l'année 2000

	part marché valeur	Valeur		Volume		Prix du panier	
		du 6/08/01 au 9/09/01	du 11/09/00 au 9/09/01	du 6/08/01 au 9/09/01	du 11/09/00 au 9/09/01	du 6/08/01 au 9/09/01	du 11/09/00 au 9/09/01
		9e période	12 mois	9e période	12 mois	9e période	12 mois
Ensemble produits	100,0	3,5	4,3	0,2	1,1	4,5	3,7
Epicerie	31,0	4,2	3,5	1,1	1,1	4,2	2,7
petits déjeuners	5,1	5,3	2,3	2,7	0,6	4,5	1,8
confiserie	3,0	5,6	3,8	2,2	1,3	4,1	2,7
aliments pour animaux	2,9	3,9	2,1	-3,7	-0,8	8,5	3,3
plats cuisinés	1,0	3,1	0,7	1,8	-2,1	2,2	3,0
féculeux	1,5	3,1	4,8	-0,8	2,5	4,5	2,6
aides à la cuisine	5,3	1,1	1,4	-1,0	-0,8	3,0	2,5
conserves de légumes	1,5	0,2	5,7	-3,1	2,4	3,7	3,7
biscuiterie sucrée	2,3	12,9	6,2	6,2	3,4	9,1	3,4
aliments infantiles	1,2	-3,2	3,2	-7,5	2,7	4,9	0,7
produits pour apéritifs	1,5	0,8	5,3	-0,7	1,2	2,3	4,5
pâtisserie industrielle	2,2	11,0	5,0	9,9	1,6	2,5	4,1
conserves de poissons	1,4	1,9	5,0	1,3	4,5	0,8	0,8
Liquides	13,1	-2,5	2,7	-4,3	1,4	2,6	1,5
BRSA	4,3	-1,2	4,4	-3,8	2,2	3,0	2,6
alcools	3,8	-1,2	2,1	-2,7	0,6	3,1	1,6
bières et cidre	1,8	-10,9	-2,4	-12,5	-3,9	3,2	1,6
eaux	3,1	-0,9	3,8	-2,2	4,0	1,4	0,1
Entretien	10,9	1,6	4,1	-1,9	-0,3	4,3	5,1
droguerie	3,3	-1,0	3,9	-4,9	-0,8	5,1	5,5
papier	4,2	3,9	4,8	-0,5	2,2	4,8	3,4
entretien du linge	2,7	2,5	4,1	-2,1	-2,6	5,0	7,4
Hygiène-beauté	9,2	6,9	3,5	4,7	0,8	5,5	3,3
capillaires	1,9	4,6	1,6	1,0	-1,6	5,0	3,4
hygiène corporelle	4,0	7,0	6,5	5,3	3,3	4,2	4,2
soins et beauté	2,6	12,0	2,2	9,7	0,3	7,3	2,1
Produits frais	35,8	4,9	5,8	0,4	1,5	5,3	5,0
ultrafrais	8,0	7,7	6,0	3,1	1,7	5,3	4,8
beurre-œufs-lait	6,9	2,7	3,3	-2,4	-1,7	5,5	5,3
surgelés	7,2	2,1	3,9	0,9	1,7	2,2	2,7
charcuterie LS	4,8	9,2	9,5	-1,7	-0,3	12,7	11,0
traiteur LS	2,6	1,9	8,2	1,3	5,9	1,6	3,4
fromages LS	5,4	4,7	6,6	-0,3	3,4	5,4	3,8
saurisserie, saumon fumé	0,8	4,3	7,6	7,4	6,0	-2,2	3,5

Directeur de la Publication : Dominique de GRAMONT - Editeur : TRADEMARK RIDE

Rédacteur en chef : Jean WATIN AUGOUARD - Secrétariat de rédaction : François EHRARD - Maquette et mise en page : GRAPH'I PAGE - Isabelle VIDALIE

Abonnement France (1 an) : 45 € (295, 18 F TTC) - Abonnement Etranger (1 an) : 45 € + 5 € de port (327,98 F TTC) - Prix au numéro : 5 € (32,80 F TTC)

TRADEMARK RIDE - 93, rue de la Santé 75013 Paris - Tél : 01 45 89 67 36 - Fax : 01 45 89 78 74 - Email : jwa@libertysurf.fr

Imprimé par : CELER - 17, avenue Aristide Briand - 91550 Paray-Vieille-Poste - Reproduction interdite sauf accord spécial - Commission paritaire n° 80397

