

Option Finance

Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Hors-série N° H25 - Lundi 14 avril 2008 - ISSN / 1772-9742 - 21 €

Actualité 2007 du droit de la concurrence

PAR MURIEL PERRIER
avocat conseil, Lefèvre Pelletier & associés

Lefèvre Pelletier & associés, Avocats

Les hors-séries

ACTUALITÉ

Fusions d'icade avec ses filiales
foncières : «4 en 1»

PAR JEAN-LUC BÉDOS, avocat associé
et DIMITRI PUBELLIER, avocat conseil,
Cabinet Lefèvre Pelletier & Associés p. 28

Actualité 2007 du droit de la concurrence

En 2007 encore, l'actualité du droit de la concurrence a été particulièrement riche ; elle a réservé quelques surprises et apporté son lot de controverses.

En ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, les décisions rendues en matière d'ententes verticales sur les prix, d'offres de couverture, ou encore de rabais fidélisants s'inscrivent dans la continuité. Ce sont des décisions rendues en matière d'échange d'informations sur un marché oligopolistique et de pratiques de prédation que sont venues surprises et interrogations.

Du côté du contrôle des concentrations, la décision des juges de Luxembourg à propos de la responsabilité de la Commission européenne dans le cadre de l'affaire Schneider/Legrand et celle de la ministre de l'Economie infligeant pour la première fois une sanction pécuniaire pour non-respect des engagements ont retenu tout particulièrement l'attention.

S'agissant des aspects de droit de la distribution, les questions de revente à perte et de coopération commerciale ont été, une nouvelle fois, au centre de l'actualité. S'y est ajouté le débat, toujours ouvert, sur la recevabilité de l'action du ministre de l'Economie à l'encontre des distributeurs et sa compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme.

En matière d'aides d'Etat, on retiendra surtout les décisions relatives à la récupération des aides illicites et aux compensations des obligations de service public.

**Muriel Perrier, avocat, counsel
Lefèvre Pelletier & associés**

■ Sommaire ■

I – Pratiques anticoncurrentielles

	p.5
1. Echange d'informations sur un marché concentré : la Cour de cassation adopte une analyse différente de celle du Conseil de la concurrence	p.5
2. Ententes verticales sur les prix entre fournisseurs et distributeurs	p.5
3. Marchés publics et offres de couverture : nouvelle condamnation du Conseil de la concurrence	p.7
4. Examen des systèmes de contingentements des médicaments au regard des règles de concurrence	p.7
5. Standard de preuve en matière de participation à une entente	p.8
6. Prix prédateurs et abus de position dominante	p.8
6.1. Première décision du Conseil de la concurrence sanctionnant des pratiques de prix prédateurs	
6.2. Confirmation de l'amende infligée à Wanadoo pour prix prédateurs	
7. Confirmation par les juges de Luxembourg de l'amende infligée à Microsoft pour abus de position dominante	p.9
8. Rabais fidélisants octroyés par une entreprise en position dominante	p.10
9. Pratiques de ciseau tarifaire	p.10
9.1 Décision du Conseil de la concurrence en matière d'électricité	
9.2 Condamnation de la Commission dans le secteur de l'Internet à haut débit	
10. Sanctions pécuniaires et clémence	p.12
10.1. Modification du programme de clémence	
10.2. Arrêt de la cour d'appel de Paris sur la régularité de la procédure de clémence	
11. Arrêts de la cour d'appel de Paris sur la validité de la procédure d'engagements	p.12
12. Aspects procéduraux	p.13
12.1. Effet interruptif de la prescription : le débat est clos	
12.2. Précisions sur la confidentialité des communications entre les entreprises et leurs conseils au regard du droit communautaire	

II – Concentrations

	p.15
1. Première sanction du ministre de l'Economie pour non-respect d'engagements	p.15
2. Divergences de vues sur la notion d'influence déterminante	p.15
3. Autorisation du rapprochement CCIP/Unibail dans le secteur de l'organisation de foires et salons	p.17
4. Révision des lignes directrices de la DGCCRF	p.17
5. Etendue de la responsabilité de la Commission européenne dans l'examen de l'opération Schneider/Legrand	p.18
6. Autorisation sous conditions de l'acquisition de Télé 2 France par SFR	p.18
7. Interdiction de la concentration Ryanair/Aer Lingus	p.19
8. Nouvelle communication consolidée de la Commission européenne	p.19

III – Distribution

	p.20
1. Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs	p.20
2. Distribution sélective et Internet : nouvelles précisions du Conseil de la concurrence	p.20
3. Nouvelles décisions judiciaires en matière de coopération commerciale fictive ou disproportionnée	p.21
3.1 Irrecevabilité de l'action du ministre de l'Economie en nullité et en restitution à la place des fournisseurs ?	
3.2 Amende civile pour discrimination dans le cadre d'accords de coopération commerciale	
3.3 Amende civile pour revente à perte et accords de coopération commerciale imprécis	
4. Abus de dépendance : conditions de l'engagement de la responsabilité civile de son auteur	p.23

IV – Aides d'Etat

	p.24
1. Récupération des aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché commun	p.24
1.1 Rappel des principes de récupération par la Commission	
1.2 Précisions de la Cour de justice sur la récupération	
2. Responsabilité de la Communauté à la suite de l'annulation de la décision de la Commission	p.25
3. Enquête de la Commission sur les tarifs réglementés d'EDF	p.26
4. Application par la Cour de cassation de la jurisprudence Altmark	p.26



Pratiques anticoncurrentielles

1. Echange d'informations sur un marché concentré : la Cour de cassation adopte une analyse différente de celle du Conseil de la concurrence

On se souvient que la cour d'appel de Paris avait, le 12 décembre 2006, confirmé la décision rendue par le Conseil de la concurrence en 2005 à propos des pratiques des trois opérateurs de téléphonie mobile, Orange, SFR et Bouygues Telecom¹. Le Conseil de la concurrence les avait condamnés à une amende d'un montant total de 534 millions d'euros, notamment pour avoir régulièrement échangé, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives au marché de la téléphonie mobile portant sur les volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes.

La cour d'appel avait confirmé l'analyse du Conseil en observant notamment que l'échange d'informations «révélaient aux trois opérateurs la position de chacun d'eux sur le marché et leur permettait ainsi de connaître leurs stratégies réciproques, et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés)».

Dans son arrêt du 29 juin 2007, la Cour de cassation censure la partie de l'arrêt relative à l'échange d'informations². Elle juge que la seule constatation de l'échange d'informations en question ne peut suffire à établir le caractère anticoncurrentiel d'une telle pratique dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il réduisait l'incertitude des opérateurs quant au comportement de chacun sur le marché. Selon la Cour, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel potentiel ou réel d'un tel échange doit être établi précisément et de façon concrète.

Ce faisant, la Cour de cassation écarte l'analyse conduisant à considérer que l'échange d'informations confidentielles entre concurrents sur un marché oligopolistique

constitue une pratique anticoncurrentielle per se, analyse pourtant conforme à celle faite à la fois par la Commission européenne et les juges de Luxembourg au regard du droit communautaire (notamment dans l'affaire dite des «tracteurs anglais»).

La cour d'appel de Paris est donc appelée à réexaminer l'affaire pour ce qui concerne l'échange d'informations. En revanche, la Cour de cassation approuve la cour d'appel pour ce qui concerne l'entente portant sur la répartition du marché entre 2000 et 2002 que les opérateurs avaient mise en œuvre en stabilisant leurs parts de marché respectives autour d'objectifs prédéfinis.

2. Ententes verticales sur les prix entre fournisseurs et distributeurs

On retiendra de l'année 2007 que la cour d'appel de Paris s'est prononcée sur la décision rendue par le Conseil de la concurrence en 2006 dans l'affaire des parfums de luxe, et valide à ce titre l'approche retenue par ce dernier pour mettre en évidence l'existence d'une entente verticale sur les prix entre fournisseurs et distributeurs. Pour sa part, le Conseil de la concurrence a prononcé une nouvelle condamnation à l'encontre de plusieurs fabricants de jouets et de distributeurs qui se sont rendus coupables de pratiques anticoncurrentielles de même nature.

Dans un arrêt du 26 juin 2007, la cour d'appel réforme la décision du Conseil de la concurrence rendue en 2006 à l'encontre des fabricants de parfums de luxe (Dior, Chanel, Guerlain, L'Oréal...) et leurs distributeurs (Marionnaud, Séphora, Nocibé...) et réduit les amendes prononcées par le Conseil.

La cour valide en premier lieu la méthode du faisceau d'indices utilisée par le Conseil pour démontrer l'existence d'une telle entente et fondée sur les trois éléments princi-

1. Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 ; arrêt de la cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, du 12 décembre 2006.

2. Arrêt n° 1020 du 29 juin 2007.

poux suivants : (i) l'évocation entre fournisseurs et distributeurs de prix de vente minimum aux consommateurs ; (ii) la mise en place par les fournisseurs d'une police des prix pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ; (iii) l'application effective de ces prix par les distributeurs.

En ce qui concerne les éléments apportant la preuve d'une application effective et significative des prix évoqués au niveau de la vente au détail, la cour estime que les relevés de prix ne constituent pas le seul indice valable ; «le Conseil peut rapporter la preuve de l'acquiescement des distributeurs à l'entente par tout moyen, tel que tout document interne, lettre, télécopie, bon de commande ou autre élément qui démontre clairement son existence». Ce faisant, elle valide l'utilisation des relevés des prix affichés en magasin, nets des remises annoncées dans le point de vente, et non les prix réellement pratiqués en caisse, en considérant que ces dernières sont accordées en fonction des caractéristiques du client et non pas sur le produit vendu.

La cour examine ensuite société par société chaque élément du faisceau d'indices au regard de l'ensemble des pièces du dossier. Elle considère que l'ensemble des fournisseurs de parfums de luxe et leurs distributeurs incriminés ont participé à une entente sur les prix.

C'est sur les sanctions que la cour invalide la décision du Conseil en estimant qu'il ne s'est pas livré à une appréciation suffisamment précise de la gravité des faits individuellement commis par chaque entreprise. De même, la cour reproche au Conseil de n'avoir pas suffisamment développé, dans sa décision, le raisonnement suivi au titre de l'appréciation de la situation individuelle de chaque entreprise pour le calcul de la sanction.

Les entreprises incriminées reprochaient également au Conseil de leur avoir infligé une sanction équivalant à 1,7 % de leur chiffre d'affaires. La cour n'invalide pas en soi ce niveau de sanction en observant qu'«au regard de la gravité intrinsèque des pratiques d'entente sur les prix, du dommage à l'économie et de la situation globale des entreprises condamnées, (...) le Conseil avait pu raisonnablement infliger des sanctions sur la base du chiffre d'affaires telles que susvisées».

En revanche, elle rappelle que les sanctions doivent être «modulées individuellement en fonction des pratiques réellement commises par chacune des requérantes», et qu'il y a lieu également de «tenir compte de la gravité des faits commis, de l'importance des effets structurels et conjoncturels de l'entente prise individuellement et de la situation propre de la société sur le marché³». Ce faisant,

elle réduit l'amende prononcée à l'égard des entreprises incriminées, dans des proportions variables d'une entreprise à une autre.

Dans une décision du 20 décembre 2007, le Conseil de la concurrence a condamné cinq fabricants de jouets et trois distributeurs pour s'être entendus sur le prix de vente des jouets de Noël durant les périodes de Noël des années 2001 à 2003. Le montant global de l'amende est de 37 millions d'euros⁴.

Le Conseil reproche aux fabricants de jouets incriminés d'avoir obtenu un prix de vente égal au seuil de revente à perte identique pour tous leurs distributeurs et tous leurs points de vente. Pour démontrer l'existence d'une entente entre les fournisseurs et les distributeurs, en l'absence d'une preuve formelle, comme la clause d'un contrat, le Conseil de la concurrence utilise la méthode du triple faisceau d'indices utilisée dans l'affaire des parfums évoquée ci-dessus.

S'agissant en particulier de la police des prix menée par les fournisseurs, le Conseil la déduit de la mise en place par certains fournisseurs d'actions de surveillance, soit à leur initiative, soit à la suite de plaintes leur ayant été adressées par des distributeurs ayant constaté que des concurrents pratiquaient des prix plus bas que les leurs. Par ailleurs, le Conseil s'appuie sur les prix issus des catalogues diffusés par les distributeurs eux-mêmes pour mettre en évidence l'application effective des prix définis par les fournisseurs et constate à cet égard que ces prix étaient respectés, le taux de respect étant supérieur ou égal à 80 %.

Les fournisseurs et distributeurs incriminés ont tenté de faire valoir que l'alignement des prix constaté résultait non pas d'une entente mais de la seule application du seuil légal de revente à perte. Le Conseil rejette cette argumentation en observant qu'en grossissant ce seuil par l'incorporation de toute une série de services qui relèvent de l'acte d'achat-vente et de ristournes faussement conditionnelles, les entreprises ont «transformé ce seuil, passant de la valeur limite en deçà de laquelle le magasin se mettrait à travailler à perte, comme le nom du seuil l'indique, à une valeur dégageant le profit normal des entreprises».

Le Conseil ajoute qu'il n'est pas illégal de faire du profit sur la coopération commerciale ou sur l'assurance contre les aléas de la vente, que garantit la conditionnalité des ristournes. Mais cela interdit que l'alignement «naturel» des distributeurs sur ce seuil de revente à perte, devenu paradoxalement profitable, soit utilisé comme explication alternative à l'entente démontrée par ailleurs par la méthode du triple faisceau d'indices. En effet, la pratique élimine toute concurrence entre distributeurs pour les jouets de chaque marque concernée, au détriment des consommateurs.

3. Arrêt du 26 juin 2007, cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre.

4. Décision n° 06-D-50 du 20 décembre 2007.

Fait rarissime, les constatations faites par le Conseil sur les conditions dans lesquelles des ristournes ont été accordées aux distributeurs et sur les questions de coopération commerciale l'ont conduit à décider d'introduire une action devant les tribunaux de commerce compétents. Ces derniers sont en effet fondés à apprécier si une entreprise a accordé ou obtenu d'un partenaire commercial un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, en infraction avec les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Des condamnations sur ce fondement juridique distinct ne sont donc pas à exclure.

3. Marchés publics et offres de couverture : nouvelle condamnation du Conseil de la concurrence

Le 9 mai 2007, le Conseil de la concurrence a infligé des amendes d'un montant total de 47,3 millions d'euros à 12 entreprises appartenant aux groupes de BTP pour entente généralisée dans le cadre de 88 marchés publics de travaux de rénovation des lycées lancés par le conseil régional d'Ile-de-France⁵.

Cette décision fait suite à la procédure pénale engagée à l'encontre des dirigeants des entreprises en cause sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce pour avoir «pris frauduleusement (...) une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre» d'une entente anticoncurrentielle. Ils ont également été poursuivis pour d'autres chefs, notamment pour des pratiques d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux. La procédure pénale a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris le 27 février 2007 confirmant les condamnations prononcées en octobre 2005 par le tribunal de grande instance de Paris.

Le Conseil de la concurrence retient l'existence d'une entente généralisée ayant fonctionné pendant sept ans (entre 1989 et 1996) et s'appuie, pour la démontrer, sur les pièces du dossier pénal. En l'espèce, le dossier ne comportait pas de preuve matérielle de l'existence de réunions entre concurrents visant à se répartir à l'avance les marchés. Elles ont été révélées par des déclarations émanant des principaux responsables des entreprises. Le Conseil relève qu'elles sont concordantes et qu'elles ont été consi-

dérées par le juge pénal comme constituant des éléments de preuve suffisants. Dans ces conditions, il les retient au motif que «la chose jugée au pénal» s'impose à lui. La généralité et la gravité des pratiques et du dommage à l'économie expliquent que les sanctions soient très élevées et correspondent au montant maximum alors applicable, soit 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France au cours du dernier exercice clos.

4. Examen des systèmes de contingentements des médicaments au regard des règles de concurrence

Le Conseil de la concurrence a examiné en 2007 les systèmes de contingentements de médicaments mis en place par six laboratoires pharmaceutiques à l'égard des grossistes-répartiteurs⁶.

En France, la distribution des médicaments dans les officines est essentiellement assurée par les grossistes-répartiteurs. Elle fait l'objet de quotas de livraison par les laboratoires en fonction de critères propres à chacun d'eux, qui tiennent compte notamment de l'historique des ventes aux officines de chacun des grossistes.

Le Conseil estime que ces systèmes de contingentements ont pour but légitime de rationaliser la production et d'optimiser la distribution de médicaments en fonction des besoins de chaque pays. Cela étant, selon le Conseil, cette régulation engendre des restrictions de concurrence qui doivent par conséquent être strictement proportionnées à ce qui est nécessaire à un approvisionnement fiable et optimal du marché français. A cet égard, dans le cadre de son analyse préliminaire, le Conseil relève que les systèmes sont peu transparents et rigides, ne permettant pas de prendre en compte les variations d'activité des grossistes et n'étant pas favorables aux nouveaux entrants.

Les laboratoires ont proposé des engagements, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce. A cet égard, les quotas imposés aux grossistes-répartiteurs pourront être modulés en fonction de leur activité, les livraisons pouvant aller au-delà des quotas fixés initialement. Les nouveaux entrants se verront attribuer des quo-

5. Décision n° 07-D-15 du 9 mai 2007.

6. Décision n° 07-D-22 du 5 juillet 2007 ; décisions n° 07-D-45 et 07-D-46 du 13 décembre 2007 relatives à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des produits pharmaceutiques.

tas de distribution pour pouvoir démarrer leur activité dans des conditions satisfaisantes. Enfin, une meilleure information des grossistes-répartiteurs sur les modalités de fonctionnement du système est prévue.

Le Conseil accepte les engagements, considérant qu'ils donnent aux systèmes de contingentements «la souplesse, la réactivité, et la transparence nécessaire pour permettre la fluidité du marché de la distribution des produits pharmaceutiques en dépit de l'existence de quotas». Il clôt par conséquent la procédure ouverte devant lui, sans infliger de sanctions. Les décisions rendues font toutefois l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris.

5. Standard de preuve en matière de participation à une entente

Dans un arrêt du 9 octobre 2007, la Cour de cassation annule l'arrêt de la cour d'appel de Paris en ce qui concerne l'entente dans les transports publics de voyageurs⁷. La cour d'appel avait confirmé la décision du Conseil de la concurrence qui avait infligé de lourdes amendes correspondant au plafond maximal alors en vigueur (5 % du chiffre d'affaires des sociétés concernées).

Le Conseil de la concurrence avait relevé deux types de pratiques de la part des entreprises. Tout d'abord, les entreprises en cause s'étaient concertées deux par deux, de manière bilatérale, pour coordonner leurs comportements dans le cadre de procédures de délégation de service public visant à attribuer des marchés de transport public urbain de voyageurs. La Cour de cassation estime que la cour d'appel a pu légitimement retenir un faisceau de sept indices graves, précis et concordants pour caractériser une entente visant à se répartir les marchés.

S'agissant en revanche de la participation à l'entente globale à trois, la cour d'appel avait considéré que la participation de la société Connex se déduisait du rôle de la société Kéolis, la plus importante des trois entreprises concernées, qui intervenait dans les deux niveaux d'échanges bilatéraux et qui servait de pivot naturel à l'entente et jouait le rôle d'interface entre les deux autres sociétés pour coordonner leur stratégie d'ensemble. Selon la Cour de cassation, il faut établir que «l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement

aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque». La cour s'appuie à cet égard sur les solutions déjà dégagées par la jurisprudence communautaire sur cette question.

En l'espèce, s'agissant de la société Connex, la cour d'appel n'avait pas caractérisé les éléments lui permettant de retenir la participation de l'entreprise en cause à une entente à trois. La Cour de cassation annule donc l'arrêt de la cour d'appel qui devra donc se prononcer à nouveau sur la participation de la société Connex à l'entente globale.

6. Prix prédateurs et abus de position dominante

6.1. Première décision du Conseil de la concurrence sanctionnant des pratiques de prix prédateurs

Le 14 mars 2007, le Conseil de la concurrence a prononcé pour la première fois une condamnation pour prix prédateurs⁸. La filiale française du groupe pharmaceutique GlaxoSmithKline est condamnée à une amende de 10 millions d'euros, le Conseil ayant considéré qu'elle avait freiné l'arrivée des médicaments génériques en milieu hospitalier en ce qui concerne un antibiotique injectable. La pratique de prix prédateurs consiste pour une entreprise dominante à pratiquer dans un premier temps des prix très bas, inférieurs aux coûts variables, pour évincer ou décourager les concurrents d'entrer sur le marché en cause. Une fois la concurrence éliminée, l'entreprise peut alors remonter ses prix et récupérer les pertes consenties pendant la première phase.

En l'espèce, le Conseil de la concurrence a constaté que Glaxo avait pratiqué en 1999 et 2000 en ce qui concerne le Zinnat, antibiotique utilisé en hôpital, des prix inférieurs au prix d'achat, en l'occurrence inférieurs au prix de transfert pratiqué par la société sœur de Glaxo lui fournissant le produit. Selon lui, cette pratique a entraîné la sortie du concurrent Flavelab du marché, à la suite de quoi Glaxo a remonté sensiblement ses prix sur les deux années qui ont suivi, récupérant selon le Conseil très largement les pertes consenties pendant la période de prédation.

Le Conseil observe que cette politique s'inscrivait dans

7. Arrêt du 9 octobre 2007, pourvois n° C 06-12.446 et R 06-12.596.

8. Décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007.

une stratégie de prédation plus globale visant à se bâtir une réputation d'agressivité pour retarder l'arrivée de génériques non seulement sur le marché directement concerné par la pratique de prédation, en l'occurrence le marché du céfuroxime sodique, mais également sur d'autres marchés menacés par l'expiration de brevets.

Cette décision suscite de vives controverses. La décision du Conseil est particulièrement critiquée en ce qui concerne sa définition du prix de référence et sa méthode ayant consisté à retenir le prix de transfert, au sens fiscal et comptable, auquel le produit a été facturé par la filiale suisse à la filiale française. De même, son analyse des effets de la pratique est critiquée. Le Conseil revient sur sa jurisprudence antérieure pour affirmer dans un premier temps que l'analyse des effets réels de la prédation ne constitue pas un élément constitutif de l'infraction et qu'il suffit que des effets potentiels puissent être caractérisés. Mais ensuite, le Conseil se livre à une analyse in concreto des effets, en relevant notamment que le plaignant dans cette affaire a disparu du marché et que les prix ont fortement remonté après la période de prédation.

De nouveaux développements sont appelés à intervenir sur ce sujet puisqu'un appel est pendant devant la cour d'appel de Paris.

6.2. Confirmation de l'amende infligée à Wanadoo pour prix prédateurs

La Commission européenne avait, en juillet 2003, condamné la société Wanadoo Interactive à une amende de 10,35 millions d'euros pour avoir pratiqué des prix inférieurs à ses coûts moyens pour la commercialisation de ses services ADSL. Dans un arrêt du 30 janvier 2007, le Tribunal de première instance des Communautés européennes confirme cette décision⁹.

Le Tribunal rejette l'ensemble des arguments présentés par Wanadoo pour justifier sa pratique. En particulier, il estime que Wanadoo ne peut valablement invoquer un droit d'alignement sur ses concurrents, dès lors que précisément le recouvrement de ses coûts n'est plus assuré. Le Tribunal considère également que la pratique de prédation est caractérisée dès lors que les prix sont inférieurs aux coûts variables moyens et qu'il n'est donc pas nécessaire pour l'autorité de concurrence d'établir que l'entreprise avait pu récupérer ses pertes ultérieurement et que la pratique avait eu des effets concrets sur le marché.

Ce faisant, le Tribunal adopte une analyse extrêmement restrictive en matière de prix prédateurs et semble s'orienter vers le caractère per se de la prédation, déconnectée par conséquent de ses effets sur le marché.

7. Confirmation par les juges de Luxembourg de l'amende infligée à Microsoft pour abus de position dominante

La Commission européenne avait en 2004 considéré que Microsoft avait abusé de sa position dominante, comportement prohibé par l'article 82 du traité CE, et lui avait imposé une amende de 497 millions d'euros. Saisi d'un recours en annulation de cette décision, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a, pour l'essentiel, confirmé cette décision dans un arrêt du 17 septembre 2007¹⁰.

Le Tribunal rejette en premier lieu les arguments de Microsoft par lesquels elle contestait l'existence d'un abus de position dominante en ce qui concerne le refus de délivrer à ses concurrents des informations relatives à l'interopérabilité client-à-serveur et serveur-à-serveur (description des règles d'interconnexion et d'interaction applicables au sein des réseaux informatiques Windows pour groupe de travail).

Le Tribunal a considéré que le refus par une entreprise en position dominante de fournir de telles informations, notamment sous la forme d'une licence, peut constituer un abus, dans des «circonstances exceptionnelles» caractérisées par quatre conditions cumulatives. Parmi ces conditions, figure l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel une demande potentielle existe. Par ailleurs, le Tribunal souligne que le refus porte sur un produit ou un service indispensable pour l'exercice d'une activité sur un marché voisin, qu'il est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché et que ce refus n'est justifié par aucune raison objective.

En second lieu, la Commission reprochait à Microsoft une vente liée abusive de son lecteur multimédia, Windows Media Player, avec son système d'exploitation Windows. Dans un premier temps, le Tribunal constate que les conditions de l'existence d'une telle vente liée sont réunies : (i) Microsoft détient une position dominante sur le marché du produit liant (Windows) ; (ii) les produits en cause sont distincts ; (iii) les consommateurs n'ont pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié ; (iv) la pratique restreint

9. Arrêt du 30 janvier 2007, France Telecom SA c/Commission, affaire T-340/03.

10. Arrêt du 17 septembre 2007, affaire T-201/04, Microsoft c/Commission.

la concurrence. Dans un second temps, le Tribunal écarte les arguments de Microsoft selon lesquels la vente liée abusive qui lui était reprochée serait objectivement justifiée.

Cela étant, le Tribunal annule la décision de la Commission en ce qu'elle prévoyait la désignation d'un mandataire indépendant, doté de ses propres pouvoirs d'enquête. Le Tribunal considère que la Commission a agi au-delà de ses pouvoirs, aucune disposition du droit communautaire ne prévoyant, d'une part, que Microsoft concède aux mandataires des pouvoirs que la Commission n'est pas elle-même en mesure de conférer à un tiers et, d'autre part, que Microsoft soit tenue de supporter la totalité des coûts engendrés par cette mesure.

Cette annulation partielle de la décision de la Commission n'ayant pas de conséquences sur la réalité des abus reprochés à Microsoft, le Tribunal confirme l'amende infligée à cette dernière.

Cet arrêt illustre la divergence d'approche en matière d'abus de position dominante entre le droit communautaire et le droit américain. Microsoft n'a fait en effet l'objet d'aucune sanction aux Etats-Unis, l'ensemble des plaintes déposées devant le juge américain à son encontre ayant été rejetées.

8.

Rabais fidélisants octroyés par une entreprise en position dominante

Le 15 mars 2007, la Cour de justice a confirmé l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance qui avait rejeté le recours introduit à l'encontre la décision de la Commission européenne ayant condamné British Airways pour abus de position dominante sur le marché des services aux agences de voyages aériens au Royaume-Uni¹¹. En substance, British Airways accordait des remises aux agences de voyages qui réalisaient plus de 500 000 livres de ventes annuelles de billets British Airways.

British Airways contestait l'effet fidélisant et abusif de son système de primes de résultat. La Cour approuve toutefois le Tribunal d'avoir considéré que ce système est de nature à produire un effet d'éviction et qu'il n'est pas économiquement objectivement justifié.

L'effet d'éviction est caractérisé par le fait que les primes

octroyées aux agences de voyages sont fonction de la réalisation de résultats de vente définis individuellement. Ensuite, les rabais sont versés sur tous les billets, qu'il s'agisse de ceux vendus après la réalisation des objectifs mais également ceux vendus avant la réalisation des objectifs. Dans ces conditions, il peut être important pour les agents de voyage de vendre quelques billets supplémentaires afin d'obtenir une remise majorée, ce qui caractérise l'existence d'une pression particulièrement forte exercée sur ces revendeurs. La Cour confirme ainsi le glissement de l'approche en matière de rabais de fidélité constitutifs d'abus par éviction qui ont été dans un premier temps condamnés par se vers la condamnation des seuls rabais produisant des effets anticoncurrentiels.

La Commission avait également mis en évidence l'effet discriminatoire du système de primes, ce que British Airways contestait. Selon la Cour, la réalisation des objectifs entraîne l'augmentation du taux des commissions, non seulement sur les ventes marginales mais sur l'ensemble des ventes de billets. Le système de primes conduisait donc à rémunérer, à des niveaux différents, la vente d'un nombre identique de billets British Airways, selon que les agents de voyages avaient atteint ou non, leurs objectifs par rapport à la période de référence. L'évolution apparaît ici moins nette puisque la Cour estime que l'effet anticoncurrentiel n'a pas à être caractérisé.

Ce faisant, la Cour confirme l'amende de 6,8 millions d'euros infligée à British Airways.

9.

Pratiques de ciseau tarifaire

9.1. Décision du Conseil de la concurrence en matière d'électricité

Saisi par la société Direct Energie, le 22 février 2007, de pratiques mises en œuvre par EDF sur le marché de la fourniture d'électricité, le Conseil de la concurrence a rendu le 10 décembre 2007, une décision par laquelle il rend obligatoires, après avoir obtenu des modifications, les engagements d'EDF¹². La société Direct Energie a signé, en décembre 2005, un contrat de fourniture d'électricité avec EDF à des conditions tarifaires qui ne lui permettaient pas de proposer de manière viable des offres commerciales compétitives avec les tarifs proposés par EDF aux petits professionnels.

Le Conseil avait considéré que cette situation était susceptible de créer un effet de ciseau tarifaire imputable à EDF, constitutif d'un abus de position dominante. Pour caractériser l'effet de ciseau tarifaire, le Conseil avait constaté que

11. Arrêt du 17 mars 2007, affaire C-95/04 P, *British Airways c/Commission et Virgin Atlantic Airways*.

12. Décision n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par *Electricité de France*.

EDF appliquait un tarif de gros plus élevé que son prix de vente au détail de l'électricité. Direct Energie ne pouvait pas s'aligner sur ces conditions tarifaires sauf à vendre à perte, et se voyait donc évincée du marché.

Le Conseil de la concurrence avait, dans un premier temps, prononcé des mesures conservatoires demandant à EDF de proposer une offre d'électricité de base à l'ensemble des fournisseurs alternatifs afin qu'ils puissent concurrencer de manière effective les offres de détail de l'opérateur historique sur le marché libre¹³.

Le Conseil avait toutefois laissé à EDF la possibilité de satisfaire à cette injonction en présentant des engagements dans un bref délai, ce qu'elle a fait le 13 juillet 2007. Ces propositions ont fait l'objet d'un test de marché qui a permis au Conseil de recueillir les observations de 21 entreprises ou organisations intéressées. La Commission de régulation de l'électricité (CRE) a également rendu un avis.

En définitive, EDF a pris l'engagement de vendre aux fournisseurs alternatifs, pour une durée de cinq ans avec une option de prolongation pour dix ans supplémentaires, un volume annuel d'énergie électrique d'environ 10,5 TWh, correspondant à une puissance totale de 1 500 MW. Cette puissance sera mise à disposition par la voie de trois appels d'offres séparés dans le temps en 2008 et 2009. Cette quantité d'énergie excède la consommation actuelle du marché libre et permettrait aux opérateurs alternatifs de multiplier par quatre leurs ventes d'électricité sur le marché de détail. L'accès à cette offre se fera par enchère portant sur le prix de l'option pour les dix ans supplémentaires. La durée totale de 15 ans garantit selon le Conseil aux opérateurs alternatifs une visibilité longue sur les termes de leur approvisionnement en électricité de base.

Par ailleurs, EDF s'est engagée à assurer sur toute la durée du contrat un tarif n'induisant pas de ciseau tarifaire avec ses propres offres sur le marché de détail. A cet effet, le prix de fourniture est fixé à 36,8 euros/MWh pour la première année et pourra évoluer en fonction de la situation sur le marché.

Selon le Conseil, cette offre de gros va permettre aux opérateurs alternatifs de bâtir des offres de détail susceptibles de concurrencer celles d'EDF à destination des petits professionnels et des résidentiels sur le marché libre et de les commercialiser sans encourir de pertes.

Cette décision fait l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris.

9.2. Condamnation de la Commission dans le secteur de l'Internet à haut débit

Le 4 juillet 2007, la Commission européenne a condamné Telefonica, l'opérateur historique de télé-

communications en Espagne, à une amende de 151 millions d'euros pour des pratiques d'exclusion de ses concurrents du marché de l'accès à l'Internet à haut débit, constitutives d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE¹⁴.

La Commission a tout d'abord établi que Telefonica possédait une position dominante sur le marché amont de gros d'accès à large bande aux plans national et régional, et sur le marché aval de l'accès à Internet à haut débit. Ensuite, la pratique de ciseau tarifaire incriminée consistait pour Telefonica à pratiquer des prix de gros suffisamment élevés et des prix de détail suffisamment faibles, les concurrents ne pouvant efficacement la concurrencer qu'en réalisant des pertes.

Pour condamner Telefonica, la Commission écarte la nécessité de démontrer l'existence d'une position dominante sur le marché aval, même si elle estime que tel est le cas en l'espèce. Elle précise également que le test à mettre en œuvre pour établir l'existence d'un ciseau tarifaire implique une comparaison des prix amont et aval dans leur ensemble, et non pas isolément. Elle constate à cet égard que les pertes subies par Telefonica en aval étaient compensées par les gains sur le marché amont.

De même, la Commission estime qu'elle n'est pas tenue de démontrer l'effet anticoncurrentiel de telles pratiques de ciseau tarifaire. Elle observe néanmoins que la pratique a eu pour effet de retarder l'entrée des concurrents et de limiter leur croissance sur le marché aval de l'Internet à haut débit.

Le montant très élevé de l'amende s'explique par l'existence de plusieurs facteurs aggravants retenus par la Commission. Selon elle, la pratique était intentionnelle et a par ailleurs duré cinq ans. Elle rappelle également que d'autres opérateurs (Wanadoo et Deutsche Telekom) ont été condamnés pour des pratiques similaires, ce qui aurait dû avoir valeur d'exemple. Considérant que ces condamnations n'avaient pas eu l'effet dissuasif escompté, elle applique un taux d'augmentation de 25 % par rapport au montant initial.

Ces affaires illustrent les interactions entre la régulation sectorielle et le droit de la concurrence. L'ouverture à la concurrence de secteurs historiquement monopolistiques (télécommunications, énergie) pose de nombreuses difficultés qui n'ont pas été envisagées par le régulateur ; le droit de la concurrence avec le contrôle a posteriori des comportements qu'il met en place joue également un rôle dans le processus de libéralisation.

13. Décision n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie.

14. Décision du 4 juillet 2007, Wanadoo España/Telefonica, COMP/38.784.

10. Sanctions pécuniaires et clémence

10.1. Modification du programme de clémence

Le 17 avril 2007, le Conseil de la concurrence a adopté un communiqué de procédure par lequel il révisé le programme de clémence qu'il avait adopté en avril 2006.

Rappelons que ce programme vise à préciser les conditions à remplir par les entreprises et la procédure à suivre pour solliciter la clémence, qui permet de bénéficier d'une exonération totale ou partielle d'amendes, en dénonçant aux autorités de concurrence l'existence d'une entente à laquelle elles participent ou ont participé.

Les autorités de concurrence nationales des Etats membres de l'Union européenne réunies au sein du réseau européen de concurrence ont constitué un groupe de travail et ont établi un programme modèle établissant les principes communs de traitement des demandes de clémence ayant vocation à s'appliquer dans l'ensemble de l'Union européenne.

Le Conseil de la concurrence a donc rapproché le programme français du programme modèle. Les principales adaptations du programme français portent sur quatre points :

- un marqueur est mis en place pour permettre aux entreprises demandant à bénéficier de la clémence de connaître leur ordre d'arrivée, de façon à ce qu'elles soient très rapidement informées du type d'exonérations qu'elles peuvent espérer ;
- les conditions donnant droit à l'exonération totale ou partielle sont clarifiées ; il s'agit en particulier du contenu des informations et/ou des éléments de preuve à fournir ;
- les garanties relatives aux déclarations faites par les entreprises sont renforcées de manière à en assurer la confidentialité ;
- la possibilité d'introduire une demande sommaire est mise en place lorsque la Commission européenne a vocation à traiter l'affaire, de manière à alléger les contraintes des entreprises dès lors que le Conseil ne se saisit pas de l'affaire.

10.2. Arrêt de la cour d'appel de Paris sur la régularité de la procédure de clémence

Le Conseil de la concurrence a rendu le 11 avril 2006 sa première décision mettant en œuvre la procédure de clé-

mence. Il avait infligé des amendes à plusieurs entreprises pour participation à un cartel sur le prix des portes, après que l'une d'entre elles avait demandé le bénéfice de la clémence et apporté un certain nombre d'éléments établissant l'existence d'une entente anticoncurrentielle.

Deux des entreprises sanctionnées ont fait appel de la décision du Conseil devant la cour d'appel de Paris¹⁵. L'une d'elles sollicitait l'annulation de la décision au motif que dans le cadre de la procédure suivie par le Conseil de la concurrence à propos de la demande de clémence et qui avait abouti à un avis conditionnel de clémence, le Conseil s'était abstenu d'établir et de lui transmettre le rapport oral et le procès-verbal de la séance qui s'est tenu avant cet avis conditionnel. Elle estimait qu'il s'agissait d'une violation des principes du contradictoire et d'impartialité inscrits à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La cour d'appel de Paris rejette cette argumentation en observant que le Conseil ne statue pas, au stade de l'avis conditionnel de clémence, à l'égard des entreprises tierces visant par la dénonciation, «sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de l'article 6 et ne prend aucune mesure de nature à affecter l'exercice ultérieur, par ces dernières, de leurs droits de la défense». Seuls l'entreprise ayant formé la demande de clémence et le ministre de l'Economie ont donc qualité pour discuter la régularité et le bien-fondé de la procédure suivie sur cette demande. Par ailleurs, la Cour relève que le dispositif légal sur la clémence vise à tenir à l'écart les entreprises mises en cause qui auront accès ultérieurement, au stade de la notification des griefs, aux éléments du dossier fondant les poursuites.

11. Arrêts de la cour d'appel de Paris sur la procédure d'engagements

La cour d'appel de Paris est venue apporter des précisions importantes sur la validité et la régularité de la procédure d'engagements et les droits et moyens à la disposition des tiers pour faire valoir leurs droits dans ce cadre. La cour d'appel s'engage ainsi dans un contrôle étroit de la légitimité et de la proportionnalité des engagements acceptés par le Conseil de la concurrence, à l'instar de celui qu'elle exerce déjà sur les décisions de ce dernier constatant des pratiques anticoncurrentielles et infligeant des amendes.

On rappellera que la procédure d'engagements introduite par la loi sur les Nouvelles régulations économiques du

15. Arrêt n° 13 du 24 avril 2007.

15 mai 2001 (et prévue à l'article L. 464-2, I du Code de commerce) permet au Conseil de la concurrence de clore une procédure sans prononcer d'amendes à l'encontre de l'entreprise incriminée, en contrepartie d'engagements pris par elle de nature à remédier aux problèmes de concurrence identifiés au stade de l'instruction du dossier. Dans un arrêt du 16 octobre 2007, la cour d'appel de Paris se prononce pour la première fois sur cette procédure¹⁶. Etait en cause la décision du Conseil de la concurrence par laquelle il avait accepté les engagements de la société Festina visant à permettre à ses distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique de vendre sur Internet. En revanche, aux termes de cette décision, le Conseil avait admis que Festina refuse d'autoriser des entreprises présentes uniquement sur Internet à vendre des montres Festina.

La cour d'appel de Paris estime que l'entreprise qui a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques visées dans la décision du Conseil est fondée à en demander l'annulation et qu'elle justifie d'un intérêt dans la mesure où la décision d'acceptation des engagements ne fait pas droit à ses demandes.

C'est dans l'arrêt du 6 novembre que la cour d'appel de Paris s'engage dans un contrôle au fond de la décision du Conseil¹⁷. Une radio locale s'était vu refuser l'admission au GIE Les Indépendants dédié au développement des recettes de publicité nationale des radios locales et régionales et qui commercialise des espaces publicitaires de ces radios auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux. Au terme d'une analyse approfondie, la cour approuve le Conseil et les engagements qu'il a acceptés du GIE Les indépendants visant à définir trois conditions d'éligibilité pour intégrer le GIE. Elle considère en particulier que la condition de conservation des équilibres régionaux est légitime au regard notamment des conditions de concurrence sur le marché de publicité nationale. Le ratio maximum exigé étant chiffré, la cour considère au surplus, comme le Conseil, que la radio candidate peut connaître à l'avance si elle est éligible ou non et que, de ce fait, le critère est proportionné et non discriminatoire. Elle précise à cet égard que la discrimination doit s'apprécier au regard des effets futurs de la clause et que celle-ci a vocation à s'appliquer à toute entreprise se trouvant dans une situation identique à celle de la requérante, peu important qu'en l'occurrence la candidature de cette dernière en particulier soit de ce fait écartée.

On ne peut qu'approuver la cour de s'être engagée dans un contrôle étroit du bien-fondé des engagements pris devant le Conseil, ce dernier n'hésitant pas à promouvoir l'utilisation de cette procédure, compte tenu notamment des économies qu'elle engendre pour lui. En effet, l'évaluation des pratiques des entreprises au regard des règles

de concurrence ne fait pas l'objet d'une instruction approfondie. Il importe dès lors de veiller à ce que les engagements n'aillent pas au-delà des problèmes de concurrence identifiés au stade de cette évaluation préliminaire.

12. Aspects procéduraux

12.1. Effet interruptif de la prescription : le débat est clos

Par deux arrêts rendus respectivement les 6 mars et 6 novembre 2007, la Cour de cassation est venue clore le débat ouvert sur l'effet interruptif de la prescription des voies de recours contre les ordonnances autorisant les visites et saisies et des convocations adressées par le rapporteur désigné par le Conseil de la concurrence¹⁸.

On rappellera tout d'abord qu'aux termes de l'article L. 462-7 du Code de commerce, la prescription est interrompue par tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits relevant du Conseil de la concurrence.

Il est acquis que les opérations de visites et de saisie constituent de tels actes interruptifs de la prescription. Dans l'arrêt du 6 mars, la Cour de cassation confirme l'analyse du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris, selon laquelle les voies de recours exercées à l'encontre des décisions les autorisant ou rejetant les requêtes tendant à leur annulation constituent également des actes interrompant la prescription.

En revanche, dans la seconde décision du 6 novembre, la Cour casse l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait considéré que la prescription n'avait pas été interrompue par la convocation pour audition adressée par le rapporteur du Conseil de la concurrence à l'entreprise incriminée. La cour d'appel avait procédé à un contrôle de la finalité de l'acte en cause et avait considéré que l'acte avait eu pour finalité «non de rechercher, de constater ou de sanctionner des faits dont était saisi le Conseil mais de prolonger artificiellement le délai de prescription». La Cour de cassation rappelle que le rapporteur désigné pour une affaire dispose du pouvoir de procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du Livre IV du Code de commerce. Il en résulte qu'«une convocation pour audition adressée par ce rapporteur au

16. Arrêt n° 31 du 16 octobre 2007.

17. Arrêt n° 34 du 6 novembre 2007.

18. Arrêt n° 441 du 6 mars 2007, pourvois joints n° Z 06-13, 501 et autres ; arrêt n° 1219 du 6 novembre 2007, pourvoi n° B 06-16, 194.

représentant de l'une des entreprises mises en cause qui tend à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés dans la saisine du Conseil de la concurrence que ce rapporteur est chargé d'instruire, est un acte interruptif de prescription».

La Cour de cassation dénie ainsi à la cour d'appel le droit de contrôler la finalité de l'acte au-delà de son apparence et s'écarte ainsi du droit communautaire et de la jurisprudence du tribunal de première instance¹⁹.

On précisera enfin que la prescription à l'époque des faits en cause était de trois ans et qu'elle a été étendue à 5 ans, ce qui devrait se traduire par une raréfaction des cas d'acquisition de la prescription.

12.2. Précisions sur la confidentialité des communications entre les entreprises et leurs conseils au regard du droit communautaire

Le 17 septembre 2007, le Tribunal de première instance des Communautés européennes est venu apporter des précisions quant à la confidentialité des communications entre les entreprises et leurs conseils, qu'il s'agisse des

leurs avocats ou des juristes d'entreprises qui travaillent en leur sein²⁰.

S'agissant des communications entre une société et son avocat, le Tribunal rappelle les attendus de l'arrêt AM&S (affaire 155/79) rendu par la Cour de justice en 1982. Il en résulte que, lors d'une enquête diligentée par les services de la Commission dans les locaux d'une entreprise, les documents échangés entre ladite entreprise et son avocat sont couverts par la confidentialité dans la mesure où l'entreprise doit avoir la faculté de s'adresser en toute liberté à son conseil.

En revanche, plusieurs interrogations subsistaient concernant les échanges entre l'entreprise et les membres de son service juridique. En effet, depuis l'arrêt AM&S, la protection de ces échanges est désormais plus largement reconnue dans les ordres juridiques nationaux. Dans son arrêt, le Tribunal a néanmoins refusé d'étendre le champ d'application personnel de cette protection au motif que ladite protection ne s'applique que dans la mesure où les avocats sont indépendants, c'est-à-dire non liés à leur client par un rapport d'emploi, ce qui exclut donc les juristes d'entreprises.

19. Arrêt du 19 mars 2003, *CMA CGM, affaire T-213/00*.

20. Tribunal de première instance des Communautés européennes, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals / Commission, affaires T-125/03 et T-253/03*.



Concentrations

1.

Première sanction du ministre de l'Economie pour non-respect d'engagements

Le 21 août 2007, le ministre de l'Economie a sanctionné sévèrement le groupe Carrefour pour inexécution de ses engagements pris dans le cadre de l'acquisition de magasins Treff Marché²¹. Dans sa décision du 4 novembre 2003, le ministre de l'Economie avait conditionné son autorisation à la cession par Carrefour de l'un de ses deux magasins sur le territoire de Belfort, le magasin Treff Marché ou le magasin sous l'enseigne ED. Le groupe Carrefour a, en janvier 2005, informé le ministre de l'Economie qu'il avait procédé à la cession du magasin Treff en octobre 2004, sans la soumettre préalablement à l'agrément du ministre comme la décision le prévoyait. Il est ensuite apparu que le fonds cédé n'était pas exploité depuis la cession et que le repreneur était en liquidation judiciaire.

Le Conseil de la concurrence saisi par le ministre de l'Economie conformément aux dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce, a constaté que Carrefour n'avait (i) soumis aucun mandataire à l'agrément du ministre dans le délai prévu, (ii) ni mis en œuvre quelque moyen que ce soit pour s'assurer que le repreneur présentait des «caractéristiques de compétence professionnelle et d'assise financière suffisante pour assurer qu'il sera un concurrent actif des parties» (iii) ni soumis ce repreneur à l'agrément du ministre.

Compte tenu de l'avis du Conseil, la nouvelle ministre de l'Economie avait alors, conformément à l'article L. 430-8, IV du Code de commerce, le choix entre deux options : (i) retirer la décision d'autorisation ; (ii) enjoindre sous astreinte à la partie notifiante d'exécuter les engagements dans un délai à fixer.

C'est cette seconde option que la ministre a privilégiée, en enjoignant à Carrefour de céder son magasin ED et de nommer à cet effet un mandataire indépendant dont l'identité et le mandat seront soumis à son agrément préalable, dans un délai déterminé (non précisé dans la version

publique) sous astreinte de 2 000 euros par jour de retard. La ministre estime qu'en choisissant de céder le magasin Treff, alors qu'il existait un doute sérieux sur sa viabilité économique, Carrefour a fait disparaître un concurrent et que parallèlement le magasin ED a bénéficié d'un report d'une grande partie de la clientèle, son chiffre d'affaire mensuel ayant cru entre 20 et 30 % depuis octobre 2004. Cette décision a pour effet de priver en pratique Carrefour de magasins dans la zone de Belfort, sauf pour lui à reprendre le magasin Treff. La ministre de l'Economie considère précisément que cette possibilité existe, une autorisation au titre de la législation sur l'équipement commercial pouvant lui être octroyée.

Par ailleurs, le groupe Carrefour se voit infliger une amende de 100 000 euros pour non-exécution de ses engagements.

Cette décision constitue un sérieux avertissement pour les entreprises ayant souscrit des engagements auprès du ministre de l'Economie au titre du contrôle des concentrations. Il faut ajouter que l'une des priorités affichées par les services du ministère de l'Economie est précisément d'intensifier le contrôle de ces engagements. Les entreprises concernées doivent donc être particulièrement vigilantes.

2.

Divergences de vues sur la notion d'influence déterminante

Dans un arrêt du 31 janvier 2007, le Conseil d'Etat a invalidé l'analyse du ministre de l'Economie sur la notion d'influence déterminante dans le cadre d'une concentration dans la presse écrite en adoptant à cet égard une interprétation extensive²². Ce faisant, il a annulé la décision d'autorisation sans réserve du ministre, qui a donc réexaminé l'opération²³.

21. Arrêté relatif à l'inexécution par le groupe Carrefour de ses engagements déposés au titre du contrôle des concentrations, BOCCRF n° 7 bis du 14 septembre 2007.

22. Arrêt du Conseil d'Etat du 31 janvier 2007, n° 2948896 ; conclusions du commissaire du gouvernement Emmanuel Glaser.

23. Décision du 17 mai 2006, C2006-52 ; décision du 28 août 2007, C2007-27.

La société EBRA, nouvellement constituée par la société SA Le Journal L'Est Républicain et la BFCM (Banque Fédérative du Crédit Mutuel appartenant au groupe Crédit mutuel), avait notifié la prise de contrôle de la société Delaroche, active principalement dans le secteur de la presse quotidienne régionale en Rhône-Alpes et jusqu'alors propriété de la Socpresse.

La notion de concentration renvoie à la prise de contrôle d'une entreprise. Le contrôle découle pour sa part de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise.

La notion d'influence déterminante en droit des concentrations est distincte d'autres notions, telles que l'influence «dominante» ou «notable» utilisée pour la détermination du périmètre des comptes consolidés. En substance, elle se définit par la possibilité de bloquer les décisions stratégiques d'une entreprise. Les situations conduisant à une influence déterminante, exercée par une seule entreprise ou conjointement par plusieurs d'entre elles, sont donc diversifiées. Les autorités de contrôle procèdent dans ce cadre à un examen *in concreto* de la situation de l'entreprise concernée, en s'appuyant notamment sur les statuts, les pactes d'actionnaires, les PV de conseils d'administration et d'assemblées générales.

La question de l'influence déterminante et, à ce titre, de l'existence d'un contrôle conjoint ou exclusif est importante à un double titre. Le changement d'influence déterminante sur une entreprise constitue une opération de concentration. En outre, comme dans l'affaire en cause, l'influence déterminante délimite le périmètre de l'analyse concurrentielle à mener pour apprécier les effets de l'opération sur le marché.

Le ministre de l'Economie avait ainsi estimé que L'Est Républicain était seul en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de la société EBRA et que, par conséquent, la concentration ne concernait que L'Est Républicain et la cible, la société Delaroche. Il a donc limité son analyse aux conséquences du rapprochement des titres et des activités du groupe de L'Est Républicain et de la société Delaroche.

Or, le groupe Crédit Mutuel auquel appartient la BFCM, qui est l'autre actionnaire de la société EBRA, contrôle également des journaux, essentiellement le titre L'Alsace. Dès lors, si la BFCM doit être considérée comme exerçant, aux côtés de L'Est Républicain, une influence déterminante sur la société EBRA, le périmètre de l'opération doit inclure les titres et journaux contrôlés par le groupe Crédit Mutuel.

Le Conseil d'Etat, saisi par un concurrent des parties à l'opération, a retenu deux éléments pour estimer, à l'inverse du ministre, que la BFCM exerçait, conjointement avec L'Est Républicain, le contrôle sur EBRA : (i) le mode

de désignation des dirigeants d'EBRA et (ii) le mode de financement de l'opération de concentration. Il retient ainsi une conception particulièrement extensive de l'influence déterminante.

En premier lieu, la gestion opérationnelle d'EBRA est assurée par un comité de direction composé de cinq membres dont trois représentant L'Est Républicain et deux représentant la BFCM. Le Conseil d'Etat relève que la BFCM dispose d'un droit de veto sur la nomination et la révocation de ces cinq membres, dans la mesure où elle détient 49 % des droits de vote et où les décisions de nomination et de révocation doivent être prises à la majorité des deux tiers.

Pour autant, la BFCM ne dispose, au sein du comité de direction, d'aucun droit de veto, en particulier sur le budget d'EBRA ou sur son plan d'entreprise, puisque toutes les décisions sont prises par le comité à la majorité. Or ce sont des éléments de nature à caractériser l'existence d'une influence déterminante. A cet égard, le Conseil d'Etat semble considérer, comme le suggère le commissaire du gouvernement dans ses conclusions, que le fait que les cinq dirigeants doivent leur nomination autant à L'Est Républicain qu'à la BFCM implique qu'ils ne se comporteront pas en simples représentants de L'Est Républicain.

En second lieu, le Conseil d'Etat relève que le Crédit mutuel a financé intégralement l'opération d'acquisition réalisée par EBRA, à la fois pour régler le prix de cession et couvrir le remboursement du compte courant d'associé détenu par le cédant. EBRA se trouve ainsi dans une situation de dépendance vis-à-vis du Crédit Mutuel qui, selon le Conseil, est renforcée par le fait que toute décision d'augmentation du capital est prise à la majorité des deux tiers.

Cela étant, la BFCM s'est engagée à ne pas demander le remboursement de sa créance pendant trois ans et, en toute hypothèse, les remboursements s'effectueront en fonction de la trésorerie disponible ; ce sont des éléments de nature à garantir l'autonomie d'EBRA. Le Conseil balaie pourtant cet argument en mettant en avant l'ampleur des difficultés financières de la cible elle-même rendant peu probable un retour sur investissements rapide. A l'issue d'un nouvel examen de l'opération, la ministre de l'Economie a autorisé l'opération, sans l'assortir de conditions. Il écarte à cet égard les effets de gamme liés à la présence de la BFCM sur les marchés bancaires dans des zones où la société Delaroche diffuse ses titres, en raison de l'absence de liens de connexité suffisants entre les marchés bancaires et les marchés des médias. Il conclut également à l'absence de risques de coordination expresse ou tacite entre les deux sociétés mères du fait de la constitution de l'entreprise commune.

3. Autorisation du rapprochement CCIP/Unibail dans le secteur de l'organisation de foires et salons

Le 26 septembre 2007, la ministre de l'Economie a autorisé le rapprochement de CCIP et d'Unibail dans le secteur de la gestion de sites de congrès-expositions et de l'organisation de foires et salons²⁴. Cette décision doit être remarquée, dans la mesure où le rapprochement conduit à un monopole sur le marché de la gestion de sites susceptibles d'accueillir des salons et des foires dans la région parisienne et où il est autorisé sans que des cessions d'actifs soient imposées.

Pour parvenir à cette décision, les autorités de concurrence ont estimé que ce marché, que l'on soit dans une situation de monopole ou de duopole, était caractérisé par l'existence de prix de monopole en raison de l'insuffisance de surfaces susceptibles d'accueillir des foires et des salons en Ile-de-France, notamment pour les périodes calendaires les plus recherchées. Une cession d'actifs au profit d'un nouvel opérateur n'était donc pas de nature à garantir une baisse des prix au profit des consommateurs. Les autorités de concurrence ont donc préféré demander des engagements à la fois structurels et comportementaux. A ce titre, la nouvelle entité s'engage à accroître de 25 % les surfaces d'exposition en région parisienne (soit 135 000 m²).

D'autres engagements sont pris par les parties, de manière à garantir une modération des prix, en limitant les hausses de tarifs en fonction de l'évolution de l'indice du coût de la construction. De même, les parties ont pris des engagements de non-discrimination et de résolution des conflits éventuels, afin que les tiers organisateurs de salons et foires puissent avoir accès aux surfaces d'exposition et que la nouvelle entité ne privilégie pas indûment ses propres salons et foires. La quasi-totalité des engagements est prise jusqu'au 31 décembre 2026, soit pour une durée inhabituellement longue qui s'explique par le fait que les parties sont titulaires jusqu'à cette date de la concession du parc des expositions de la Porte de Versailles.

Sur le marché aval de l'organisation de foires et salons, la nouvelle entité devient l'un des premiers opérateurs. Selon les autorités de concurrence, elle restera toutefois confrontée à la concurrence d'acteurs adossés à des grands groupes spécialisés. Le risque de création d'une

position dominante collective de la nouvelle entité avec son principal concurrent Reed Exposition est écarté, dans la mesure où l'une des conditions posées par l'arrêt Airtours fait défaut : compte tenu de l'hétérogénéité des services rendus, il n'y a pas de transparence des conditions tarifaires sur le marché, ce qui empêche dès lors la mise en place d'une ligne d'action commune.

4. Révision des lignes directrices de la DGCCRF

Le 2 mai 2007, les services du ministère de l'Economie en charge du contrôle des concentrations (DGCCRF) ont rendu publique une version actualisée des lignes directrices en la matière. La première version datait du 15 juillet 2005.

Les nouvelles lignes directrices intègrent donc les décisions rendues par le ministre de l'Economie et les décisions judiciaires (rares) intervenues depuis cette date. Les modifications apportées à la version initiale ne marquent pas de bouleversements. Elles apportent plutôt des précisions sur certains points.

Ainsi, en matière de procédure, il faut noter que la mise en place du BOCCRF électronique (disponible sur le site du ministère de l'Economie) permet désormais d'assurer une publication rapide des décisions. Cette publication électronique fait courir les délais de recours contre les décisions ministérielles ouverts aux tiers, ce qui est également de nature à accroître la sécurité juridique des parties à l'opération.

Les nouvelles lignes directrices comportent également des développements sur le pouvoir de sanction du ministre en cas de défaut de notification d'opérations contrôlables ou d'informations inexacts dans le dossier de notification.

Sur le fond de l'analyse menée au titre du contrôle des concentrations, les lignes directrices comportent des développements nouveaux et éclairants sur la manière dont les autorités de concurrence examinent le risque spécifique de coordination des comportements des sociétés mères ayant créé une entreprise commune. De même, les lignes directrices consacrent des développements spécifiques aux marchés dits «double face» sur lesquels les offreurs tirent profit sur une face de leur présence sur l'autre face du fait de l'existence d'externalités croisées ; les principaux exemples concernent les secteurs des médias et des moyens de paiement.

21. *Décision C-2007/14.*

5. Etendue de la responsabilité de la Commission européenne dans l'examen de l'opération Schneider/Legrand

Par deux arrêts du 22 octobre 2002, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a annulé la décision du 10 février 2001 de la Commission européenne déclarant la fusion entre les groupes français Schneider et Legrand incompatible avec le droit communautaire et la seconde décision ordonnant à Schneider de se séparer de Legrand (l'acquisition ayant eu lieu par OPE).

A la suite de ces arrêts, la procédure d'examen de l'opération a été reprise par la Commission mais, en raison des doutes persistants de celle-ci sur la capacité des remèdes proposés à rendre l'opération compatible avec le marché commun, Schneider a décidé de renoncer à la fusion et de céder les actifs de Legrand à Wendel/KKR. Schneider a alors introduit un recours en indemnité à l'encontre de la Commission visant à obtenir la réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité de la décision de 2001.

Dans son arrêt du 11 juillet 2007, le Tribunal fait partiellement droit aux demandes de Schneider²⁵. Le Tribunal rappelle tout d'abord que l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Commission est subordonné à l'existence d'une méconnaissance manifeste et grave des limites de son pouvoir d'appréciation.

Le Tribunal considère à cet égard que la violation des droits de la défense emporte une obligation de réparation. En l'occurrence, la violation du droit de Schneider à être entendue sur le grief de l'adossement réciproque des positions respectives de Schneider et de Legrand l'a privée de la possibilité de savoir qu'«à défaut de présenter des mesures correctives propres à réduire ou à faire disparaître les situations d'adossement (...), elle n'avait aucune chance d'obtenir que l'opération soit déclarée compatible avec le droit communautaire».

En revanche, les autres illégalités entachant la décision d'incompatibilité ne sont pas considérées comme de nature à engager la responsabilité de la Commission. Tel est le cas en particulier des déficiences relevées par le Tribunal dans l'analyse économique de l'impact de l'opé-

ration sur le marché. Le Tribunal estime qu'elles ne sont en toute hypothèse pas susceptibles d'avoir une incidence sur la constatation de l'incompatibilité de l'opération. En substance, les erreurs constatées ne remettaient pas en cause à eux seuls les griefs de la Commission à l'encontre de l'opération.

S'agissant du préjudice indemnisable, le Tribunal considère que Schneider est fondée à demander à être indemnisée des deux préjudices suivants : (i) les frais encourus par l'entreprise pour participer à la reprise de l'examen de l'opération par la Commission à la suite des deux arrêts d'annulation de 2002 ; (ii) la réduction du prix de cession qu'elle a dû consentir à Wendel/KKR pour obtenir un report de l'effet de la cession, dans la limite pour ce dernier des deux tiers. Selon le Tribunal, Schneider a contribué à la réalisation de son propre préjudice en assumant le risque réel d'une décision d'incompatibilité a posteriori de la concentration et d'une revente forcée des actifs de Legrand.

L'affaire n'est toutefois pas close puisque l'évaluation précise du préjudice subi par Schneider doit faire l'objet d'une expertise et que, par ailleurs, un pourvoi devant la Cour de justice a été introduit.

6. Autorisation sous conditions de l'acquisition de Télé 2 France par SFR

Le 18 juillet 2007, la Commission européenne a approuvé, sous conditions, le rachat par SFR des activités de téléphonie fixe, d'accès à Internet et de télévision payante par DSL de Télé 2 France. SFR étant contrôlée conjointement par le groupe Vivendi (auquel Canal + et TPS appartiennent) et par le groupe britannique Vodafone, la Commission a considéré que l'opération avait principalement des effets négatifs sur le secteur de la télévision payante en France.

L'enquête de marché conduite par la Commission a révélé que les opérateurs DSL constituaient les principaux acteurs susceptibles d'exercer des pressions concurrentielles sur le groupe Vivendi dans les marchés concernés mais que la pression concurrentielle était encore limitée dans la mesure où il leur est très difficile d'accéder aux contenus audiovisuels. La Commission a considéré que l'opération était de nature à inciter le groupe Vivendi à donner à sa filiale Télé 2 France un accès privilégié aux contenus audiovisuels qu'il détient, ce qui lui aurait alors

25. Arrêt du 11 juillet 2007, affaire T-351/03 Schneider Electric SA c/Commission.

conféré un avantage substantiel sur les autres opérateurs DSL.

En vue d'éliminer les problèmes de concurrence, Vivendi et SFR ont proposé des engagements visant à garantir que Vivendi n'avantage pas SFR/Télé 2 au détriment des opérateurs DSL. Ils se sont engagés à permettre aux opérateurs DSL de distribuer toutes les chaînes auxquelles Télé 2 aura accès, à des conditions normales de marché qui ne seront pas moins avantageuses que celles consenties à SFR.

En outre, s'agissant des bouquets de chaînes distribués par Vivendi sur les réseaux DSL, Vivendi ne pourra pas consentir aux abonnés de SFR/Télé 2 des conditions plus favorables que celles consenties aux abonnés des autres opérateurs DSL.

Enfin, Vivendi et SFR se sont engagés à ne pas acquérir des droits de distribution exclusifs sur DSL pour les chaînes éditées par les tiers ni des droits VOD en exclusivité pour les films américains et français récents.

Les engagements ainsi souscrits en matière de télévision payante par ADSL viennent s'ajouter à ceux pris par le groupe Vivendi auprès des autorités françaises lors de la fusion des bouquets de télévision payante par satellite CanalSat et TPS, opération autorisée sous conditions en 2006.

7. Interdiction de la concentration Ryanair/Aer Lingus

Le 22 juillet 2007, la Commission a interdit le projet de rachat d'Aer Lingus par Ryanair, deux compagnies aériennes à bas coûts. Elle a considéré que le rapprochement des deux principales compagnies aériennes qui opèrent à partir d'Irlande aurait porté préjudice aux consommateurs en faisant disparaître la concurrence qu'elles se livrent actuellement et aurait créé une situation de monopole ou de position dominante pour 35 lignes exploitées par les deux compagnies.

Les mesures correctives proposées par Ryanair pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés ont été

considérées comme insuffisantes. La Commission a à cet égard souligné que le nombre restreint de créneaux horaires proposés n'était pas de nature à permettre l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs capables de prendre le relais de la pression concurrentielle existant actuellement entre les deux compagnies.

Il s'agit de la première décision rendue par la Commission à propos d'un projet de concentration entre deux compagnies aériennes importantes et opérant à partir du même aéroport (Dublin) et l'une des rares décisions d'interdiction.

8. Nouvelle communication consolidée de la Commission européenne

La Commission européenne a adopté, le 10 juillet 2007, une communication juridictionnelle consolidée en matière de contrôle des concentrations, qui remplacera les quatre communications actuelles adoptées en 1998 dans le cadre du précédent règlement sur les concentrations. Il s'agit de : (i) la communication relative à la notion de concentration, (ii) la communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice, (iii) la communication relative à la notion d'entreprises concernées et (iv) la communication relative au calcul du chiffre d'affaires²⁶. Cette communication couvre donc l'intégralité des questions importantes pour déterminer la compétence de la Commission au sens du nouveau règlement sur les concentrations. La seule question qui n'est pas abordée par la communication est celle des renvois, qui est traitée par une communication spécifique²⁷.

Cette consolidation a été entreprise d'une part pour permettre aux parties de déterminer plus aisément si l'opération envisagée relève de la compétence de la Commission et, d'autre part, pour tenir compte de la jurisprudence récente du Tribunal de première instance des Communautés européennes et de la pratique de la Commission sur certaines questions de compétence.

26. Communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

27. JOCE C 56 du 5 mars 2005, p. 2.



Distribution

1. Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

En décembre 2007, le Parlement a définitivement adopté la loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs²⁸. S'agissant du volet relatif à la modernisation des relations commerciales, on retiendra trois modifications principales. Le seuil de revente à perte est en premier lieu modifié. L'article L. 442-2, 2^o du Code de commerce le définit désormais comme « le prix unitaire net figurant sur la facture, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ». Les distributeurs devront donc déduire l'ensemble des avantages financiers versés par leurs fournisseurs, notamment ceux consentis en contrepartie des services qu'ils leur rendent, et ce dans leur totalité ; le plafond mis en place par la loi Dutreil du 2 août 2005 est supprimé.

En deuxième lieu, la distinction opérée jusqu'à présent entre les services de coopération et les services distincts rendus par le distributeur ou le prestataire de service au fournisseur disparaît.

La loi modifie l'article L. 441-7 du Code de commerce pour mettre en place une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services couvrant les aspects suivants :

- les conditions de l'opération de vente des produits ou des services ;
- les services de coopération commerciale rendus par le distributeur à son fournisseur en vue de favoriser la revente des produits au consommateur ; et
- les services distincts de ceux qui viennent d'être évoqués.

Sous réserve de clarifications de la part des services du

ministère de l'Economie, cette convention unique devra donc couvrir l'ensemble des conditions tarifaires et avantages financiers convenus entre un fournisseur et son distributeur ou prestataire de services, qui s'écartent de l'application pure et simple des conditions générales de vente du fournisseur.

Cette convention unique doit être conclue avant le 1^{er} mars. Si la relation commerciale est établie en cours d'année, la convention doit être signée dans les deux mois qui suivent la passation de la première commande. Le fait de ne pas pouvoir justifier l'avoire conclue dans les délais prévus reste sanctionné pénalement (75 000 euros pour les personnes physiques, 375 000 euros pour les personnes morales).

En troisième lieu, le législateur a dépénalisé le défaut de communication des conditions générales de vente. En revanche, le fournisseur qui refuserait de communiquer ses conditions générales de vente en violation des dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce s'expose à voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce ; il encourt également une amende civile de 2 millions d'euros.

A l'inverse, trois nouvelles infractions sont prévues. Sont ainsi sanctionnés d'une amende de 15 000 euros :

- le fait de ne pas respecter les délais de paiement ;
- le fait de ne pas mentionner, dans les conditions de règlement, les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard ;
- le fait de fixer un taux ou des conditions d'exigibilité selon des modalités non conformes aux dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce.

Ces nouvelles dispositions sont d'application immédiate.

2. Distribution sélective et Internet : nouvelles précisions du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence a examiné en 2007 une nouvelle affaire visant des pratiques de fournisseurs à la tête de réseaux de distribution sélective

28. Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, publiée au JORF du 4 janvier 2008.

en ce qui concerne la vente de leurs produits sur Internet²⁹. Etaient visées plusieurs entreprises fabriquant et commercialisant des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Certaines d'entre elles interdisaient totalement la vente sur Internet. D'autres ne posaient pas ce principe mais imposaient des conditions très strictes telles que l'exigence d'une visualisation pour pouvoir effectuer un diagnostic cosmétologique ou de disposer d'une personne compétente pour apporter un conseil professionnel sept jours sur sept. A l'issue d'une évaluation préliminaire par le Conseil de ces pratiques, les entreprises ont proposé des engagements, qu'elles ont dû modifier pour obtenir l'aval du Conseil et la clôture de la procédure.

Dans sa décision, le Conseil rappelle sa jurisprudence élaborée en 2006 aux termes de laquelle l'exclusion par principe de la vente sur Internet de produits commercialisés dans un réseau de distribution sélective est anticoncurrentielle³⁰. Il précise à cet égard que «l'interdiction de principe de la vente sur Internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles».

L'intérêt de la décision réside surtout dans l'analyse du point de savoir si des restrictions importantes à la vente sur Internet ne doivent pas être également assimilées à une interdiction pure et simple de ce type de vente. Dans son évaluation préliminaire, le Conseil considère que tel est le cas de certaines exigences : l'exigence de visualisation du consommateur ; la nécessité d'effectuer un diagnostic cosmétologique au moyen d'un équipement de vidéoconférence ou grâce à la transmission de photographies numériques ; l'interdiction d'utiliser la marque cosmétique comme mot-clé dans les moteurs de recherche ; l'obligation de disposer d'un point de paiement uniquement destiné aux produits dermo-cosmétiques ; ou encore l'obligation de dispenser des conseils en français mais également dans plusieurs autres langues.

Le Conseil reconnaît toutefois, comme il l'a fait dans les précédentes affaires, que la vente en ligne peut légitimement être réservée aux seuls revendeurs agréés disposant d'un magasin physique. Il admet également que cette forme de vente soit soumise à des conditions strictes, pour autant que «les restrictions posées à cette forme de vente sont proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé».

Les principales conditions admises par le Conseil portent sur :

- la qualité du site Internet à travers le respect de la charte graphique de la marque, ou l'exigence d'un «espace dédié» à la vente de produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique ;
- la disponibilité des hot lines ;
- l'exercice par le fournisseur d'un contrôle sur les com-

mandes anormales pour un consommateur final (par le biais notamment d'une autorisation devant être sollicitée par le distributeur).

Avec cette décision, les conditions juridiques dans lesquelles les entreprises à la tête de réseaux de distribution sélective peuvent imposer des conditions à la vente sur Internet de leurs produits apparaissent clairement posées, même si des controverses subsistent sur le bien-fondé de la position du Conseil sur l'interdiction des ventes sur Internet.

3. Nouvelles décisions judiciaires en matière de coopération commerciale fictive ou disproportionnée

3.1. Irrecevabilité de l'action du ministre de l'Economie en nullité et en restitution à la place des fournisseurs ?

L'article L. 442-6 du Code de commerce permet au ministre de l'Economie d'agir en justice en lieu et place des victimes de pratiques restrictives de concurrence et de demander notamment la nullité des accords et la répétition de l'indû. Il peut également solliciter le prononcé d'une amende civile qui peut aller jusqu'à 2 millions d'euros.

Pas moins de trois cours d'appel se sont prononcées en 2007 sur la recevabilité de l'action du ministre de l'Economie sur ce fondement. Et elles ont rendu des décisions contradictoires.

Dans un arrêt du 3 mai 2007³¹, la cour d'appel de Versailles a infirmé le jugement rendu par le tribunal de commerce de Nanterre du 15 novembre 2005 qui avait condamné le Galec, la centrale d'achat du groupe Leclerc, à restituer la somme de 23,3 millions d'euros perçus à titre de rémunération de services de coopération commerciale («marges arrières») à 28 de ses fournisseurs. Elle estime que l'action du ministre de l'Economie à l'encontre de le Galec est irre-

29. Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

30. Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France ; décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema.

31. Arrêt n° 05/1223 du 3 mai 2007, cour d'appel de Versailles, 12^e chambre.

cevable. Elle reconnaît qu'en vertu de la loi, le ministre de l'Economie dispose d'un pouvoir et d'une qualité propres à agir aux fins mentionnées par l'article L. 442-6 du Code de commerce. Elle estime toutefois, de manière surprenante, qu'il exerce cette action par substitution aux victimes des pratiques et qu'il agit pour le rétablissement de leurs droits patrimoniaux, afin de restaurer l'ordre public économique dont il est le gardien.

Cela étant, nonobstant le silence de la loi sur ce point, l'exercice de cette action de substitution par le ministre doit, selon la cour, «naturellement et nécessairement se conformer aux principes fondamentaux protecteurs de la liberté des personnes au nombre desquels figurent ceux énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme». Précisément, la cour estime que l'article 6 relatif au droit à un procès équitable fait obstacle à ce que le ministre de l'Economie introduise l'action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et à ce qu'il poursuive la procédure sans les y associer alors que, de surcroît, 17 d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire.

A l'inverse, dans un arrêt du 5 novembre 2007, la cour d'appel de Reims reconnaît la recevabilité de l'action du ministre, quand bien même les victimes de la pratique n'ont pas donné leur consentement à la procédure, considérant que l'action du ministre ne constitue pas une action en substitution mais une «action autonome visant à la défense de l'ordre public économique»³².

Pour sa part, la cour d'appel d'Angers adopte une approche médiane, considérant que le ministre de l'Economie ne peut agir en nullité des accords commerciaux et en répétition de l'indû, «sans y associer les victimes des pratiques, voire même contre leur gré»³³.

Les arrêts des cours d'appel de Versailles et d'Angers font l'objet d'un pourvoi en cassation actuellement pendant. La position de la Cour de cassation est très attendue. De nombreuses actions en annulation et en restitution à l'encontre de distributeurs ont en effet été initiées par le ministre de l'Economie et d'autres juridictions d'appel sont d'ailleurs saisies de recours et devraient rendre leurs décisions en 2008.

3.2. Amende civile pour discrimination dans le cadre d'accords de coopération commerciale

Dans une décision du 28 mars 2007, le tribunal de commerce de Nanterre a une nouvelle fois sanctionné le Galec

et lui a infligé cette fois-ci une amende civile de 200 000 euros pour avoir pratiqué des conditions de vente discriminatoires³⁴.

Le ministre de l'Economie à l'origine de l'action n'avait pas sollicité la répétition de l'indû. Cependant, le Galec en contestait le bien-fondé au regard de la convention des droits de l'homme. Le tribunal rejette ces moyens, estimant simplement que le ministre n'avait fait qu'agir «conformément aux règles de droit en vigueur rappelées par le Code de commerce».

Le Galec avait proposé à ses fournisseurs une présence de leurs produits en catalogues nationaux ou des bons d'achat visant leurs produits sous la forme de «tickets E. Leclerc». Toutefois seuls 15 fournisseurs ont supporté le coût des catalogues alors que plusieurs centaines d'entre eux étaient concernés. Par ailleurs, trois des fournisseurs n'avaient pas conclu de contrats ni n'avaient été facturés alors que leurs concurrents directs avaient pour leur part financé l'opération.

Le tribunal estime que «le Galec a pratiqué des conditions de vente de ses services discriminatoires à l'égard des trois fournisseurs concernés et que ces conditions discriminatoires ne sont pas justifiées par une différence correspondante de prestations».

Il ressort de cette décision que les accords de coopération commerciale relèvent non seulement des dispositions du Code de commerce interdisant d'obtenir des avantages disproportionnés au regard de la valeur des services rendus mais également de celles prohibant les pratiques discriminatoires.

3.3. Amende civile pour revente à perte et accords de coopération commerciale imprécis

Le 26 juin 2007, le tribunal de grande instance d'Evry a condamné Carrefour Hypermarché France pour violation de la réglementation relative à la revente à perte et aux contrats de coopération commerciale³⁵.

Carrefour a été condamné à une amende civile de 200 000 euros et au versement de 8 000 à titre de dommages-intérêts à l'association de consommateurs UFC Que Choisir pour avoir offert à la vente des produits à des prix inférieurs à leur prix d'achat effectif. Le tribunal rejette à cet égard l'ensemble des arguments présentés par Carrefour, en particulier celui ayant trait à l'absence d'élément intentionnel. Il rappelle que seul l'élément matériel suffit pour caractériser l'infraction et qu'au demeurant l'entreprise disposait des «moyens tant techniques que juridiques pour s'assurer du respect de la réglementation».

De même, l'argument d'alignement sur la concurrence est écarté par le tribunal, l'entreprise étant «leader» sur le marché et ses concurrents étant précisément à l'origine de

32. Arrêt n° 06/01898 du 5 novembre 2007, cour d'appel de Reims, 1^{re} chambre civile.

33. Arrêt du 29 mai 2007.

34. Jugement du 28 mars 2007.

35. TGI Evry, Carrefour Hypermarché France.

l'enquête menée par les services du ministère de l'Economie. Il est vrai que l'exception d'alignement n'est admise par l'article L. 442-4, I, (d) du Code de commerce que dans des conditions très restrictives : seuls les points de vente ayant une surface de 300 m² ou de 1 000 m² selon la nature alimentaire ou non des produits peuvent se prévaloir de cette exception. Cela exclut la quasi-totalité des points de vente de Carrefour.

Enfin, Carrefour invoquait le fait que les accords de juin 2004 sur la baisse des prix conclus sous l'égide du ministre de l'Economie de l'époque, Nicolas Sarkozy, avait constitué une contrainte. Le tribunal observe toutefois que ces accords ne pouvaient justifier la violation de la loi.

Carrefour est encore condamné à une amende civile de 150 000 euros pour ne pas avoir respecté les règles du Code de commerce en matière de coopération commerciale et de services distincts. En particulier, le tribunal adopte une analyse stricte en jugeant que l'intérêt du contrat de coopération commerciale unique (formule choisie en l'espèce) pour le fournisseur est de «disposer d'un engagement précis et d'un contenu lisible des services rendus sur l'ensemble de l'année, dès la signature de la convention», ce qui n'était pas le cas des contrats en cause.

4. Abus de dépendance : conditions de l'engagement de la responsabilité civile de son auteur

La Cour de cassation, dans son arrêt du 23 octobre 2007, a précisé les conditions dans lesquelles il est possible de rechercher la responsabilité de l'auteur d'un abus de dépendance³⁶. Aux termes de l'article L. 442-6, I, 2^o-b) du Code de commerce l'oblige à réparer le

préjudice causé «le fait, par tout producteur, commerçant ou industriel d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées».

En l'espèce, un entrepreneur indépendant, propriétaire d'un seul camion, qu'il conduisait lui-même, avait conclu avec une société de transport un contrat de location de véhicule. Certaines des marchandises ayant été volées au cours du transport, la société avait appelé en garantie l'entrepreneur qui avait répliqué en lui demandant des dommages-intérêts pour abus de dépendance.

La cour d'appel avait fait droit à la demande de l'entrepreneur en estimant qu'il était bien en situation de dépendance. Elle avait retenu à cet égard les éléments suivants : l'entrepreneur ne disposait que d'un véhicule ; il avait travaillé avec ladite société de transport pendant 17 ans dans le cadre de contrats annuels ; cette dernière avait la possibilité de résilier le contrat avec un préavis d'un mois, ce qui le plaçait dans une situation de précarité particulièrement marquée ; la modicité du résultat de l'entreprise limitait ses facultés de reconversion ; l'entrepreneur réalisait 100 % de son chiffre d'affaires avec la société ; la surface de cette dernière lui permettait sans réelle incidence pour elle de prendre à tout moment le risque d'une rupture des relations.

La Cour de cassation censure la cour d'appel en considérant qu'elle n'avait pas établi que l'entrepreneur était dans l'impossibilité de substituer à son donneur d'ordre un ou plusieurs autres donneurs d'ordres lui permettant de faire fonctionner son entreprise de transport dans des conditions techniques et économiques comparables à celles résultant des relations nouées avec la société en cause. La cour d'appel aurait dû, selon la Cour de cassation, rechercher si l'entrepreneur avait reçu d'autres propositions et s'il n'avait pas librement décidé de ne pas engager une nouvelle collaboration avec la société.

Cet arrêt confirme donc la nécessité d'établir l'absence de solutions alternatives équivalentes pour l'entreprise estimant être victime d'un abus de dépendance pour être en mesure de rechercher utilement la responsabilité civile de son partenaire économique.

³⁶. Arrêt du 23 octobre 2007, Cour de cassation, chambre commerciale, pourvoi n° 06-14,981.

- IV -

Aides d'Etat

1. Récupération des aides d'Etat illégalles et incompatibles avec le marché commun

1.1. Rappel des principes de récupération par la Commission

Le 26 octobre 2007, la Commission européenne a rendu publique une communication rappelant les principes applicables pour permettre la mise en œuvre effective des décisions enjoignant aux Etats membres de récupérer les aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché commun³⁷.

C'est aux Etats membres qu'incombe la responsabilité de mettre en œuvre les décisions de récupération prises par la Commission. Ils sont ainsi en principe tenus de prendre toutes les mesures nécessaires pour récupérer, sans délai, les aides concernées auprès des bénéficiaires. En vertu des règles communautaires applicables aux aides d'Etat, cette récupération doit s'effectuer selon les procédures nationales, pour autant que ces dernières permettent l'exécution immédiate et effective des décisions de récupération.

La Commission a déjà souligné la longueur des délais nécessaires pour exécuter les décisions de récupération au niveau national, ce qui compromet leur efficacité puisqu'elles sont destinées à supprimer les distorsions de concurrence générées par l'octroi des aides illégales et incompatibles avec le marché commun.

La communication a pour objet d'exposer la politique de la Commission en la matière et fait à cet égard la synthèse de l'expérience acquise, à travers notamment les décisions des juges de Luxembourg. La communication s'intéresse au rôle respectif de la Commission et des Etats membres dans la mise en œuvre des décisions de récupération. La

Commission doit en principe identifier les entreprises auprès desquelles les aides doivent être récupérées et en déterminer le montant. L'aide peut devoir être récupérée non pas auprès de l'entreprise qui en a bénéficié au départ mais auprès de celle qui en bénéficie effectivement si l'aide lui a été transférée.

En ce qui concerne les Etats membres, ils doivent notifier sans délai l'obligation de restitution au bénéficiaire et veiller au remboursement des sommes dans le délai prescrit. En cas de bénéficiaires insolubles, la communication rappelle que selon la Cour de justice, la nécessité de récupération peut conduire à la mise en liquidation du bénéficiaire. Il incombe à l'Etat de faire enregistrer la créance dans le cadre de la procédure de faillite, et ce même si l'administrateur peut se montrer réticent à l'accepter, surtout dans l'hypothèse où l'aide a été accordée sous la forme d'un apport en capital. De même, lorsqu'un plan de poursuite des activités du bénéficiaire est proposé aux créanciers, ce plan n'est acceptable que s'il est fait en sorte que l'aide est totalement remboursée. En cas de liquidation et tant que l'aide n'a pas été récupérée, l'Etat doit en particulier s'opposer à une cession des actifs à un prix inférieur au prix de marché (car il y a alors transfert du bénéfice de l'aide).

Enfin, la communication rappelle qu'un Etat membre qui ne met pas en œuvre les décisions de récupération de la Commission commet un manquement à ses obligations en vertu du droit communautaire, qui peut conduire à sa condamnation par la Cour de justice. Si l'Etat refuse d'appliquer l'arrêt de la Cour, cette dernière peut lui infliger des sanctions pécuniaires et prononcer des astreintes.

1.2. Précisions de la Cour de justice sur la récupération

Par deux arrêts respectivement des 18 juillet et 20 septembre 2007, la Cour de justice des Communautés européennes se prononce une nouvelle fois sur les difficultés rencontrées au plan interne dans la mise en œuvre des décisions de récupération de la Commission³⁸.

Dans la première affaire, une cour d'appel italienne avait reconnu le droit de l'entreprise italienne Lucchini au bénéfice d'aides d'Etat et avait enjoint à l'Etat italien de les lui verser, ce que ce dernier a fait. Par la suite, il a dû engager une procédure de récupération à la demande de la

37. Communication de la Commission, JOCE C 272 du 15 novembre 2007, p. 4.

38. Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 juillet 2007, affaire C-119/05 Lucchini SpA; arrêt du 20 septembre 2007, affaire C-177/06, Commission c/Espagne.

Commission. La question s'est alors posée de savoir si l'arrêt de la cour d'appel italienne devenu définitif et donc passé en force de chose jugée pouvait valablement être invoqué pour faire obstacle à la mise en œuvre de la décision de récupération prise par la Commission.

La Cour rappelle tout d'abord que selon une jurisprudence constante, la juridiction nationale chargée d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les normes du droit communautaire a «l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale». Invoquant la primauté du droit communautaire, la Cour juge que le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, dès lors que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'Etat illégale et incompatible avec le marché commun.

Dans la seconde affaire, l'Etat espagnol était mis en cause par la Commission pour avoir adopté des mesures fiscales visant à favoriser la création d'entreprises (dans trois provinces basques) incompatibles avec le droit communautaire. La Cour rappelle que seule l'impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision de récupération peut valablement être opposée par les autorités espagnoles. Or tel n'est pas le cas en l'espèce, ces dernières se bornant à soutenir que la procédure choisie est la procédure adéquate pour exécuter correctement les décisions, sans toutefois fournir de pièce justificative établissant l'existence de procédures effectivement mises en œuvre aux fins de la récupération. La Cour constate donc le manquement des autorités espagnoles au droit communautaire.

2.

Responsabilité de la Communauté à la suite de l'annulation de la décision de la Commission

Les juges de Luxembourg se sont prononcés pour la première fois en 2007 sur la question de la responsabilité de la Communauté à la suite de l'annulation d'une décision rendue par la Commission en matière d'aides d'Etat³⁹.

La société Stardust Marine avait l'objet de plusieurs recapitalisations de la part d'une filiale à 100 % du Crédit Lyonnais. La société a ensuite été cédée par le consortium de réalisation (CDR) à la société FG Marine. La Commission, saisie d'une plainte, a décidé en 1999 que le

financement accordé par le Crédit Lyonnais était illégal et incompatible avec le marché commun et en a demandé la restitution. La société FG marine a alors rétrocédé à CDR sa participation dans Stardust Marine qui a été mise en redressement judiciaire. La Cour de justice, saisie par les autorités françaises, a annulé en 2002 la décision de la Commission.

Le commissaire à l'exécution du plan de cession de la société Stradust Marine a alors saisi le Tribunal de première instance des Communautés européennes en vue d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du dommage causé par la décision de la Commission, consistant dans la perte de crédit provoquée par la faillite de la société et l'impossibilité de continuer son exploitation et de faire face à son passif d'exploitation du fait de la cessation des paiements.

Le Tribunal rejette le recours en considérant que le lien de causalité entre la décision de la Commission et la déclaration de cessation des paiements n'est pas établi : la déclaration est en effet intervenue avant que la décision de la Commission ait été notifiée aux autorités françaises ; elle n'avait donc pas pu avoir d'effet juridique. Le Tribunal rejette également l'argument selon lequel la mesure d'aide constituait une dette exigible dont les autorités françaises pouvaient demander le remboursement immédiat, puisqu'en droit français l'existence de contestations judiciaires écarte du passif exigible de telles créances.

Enfin, il juge qu'un opérateur averti et diligent aurait dû prendre contact avec les autorités françaises afin de demander la date de notification de la décision et si elles entendaient s'y conformer ou la contester.

FG Marine faisait valoir pour sa part que la décision illégale de la Commission l'avait conduite à rétrocéder sa participation au CDR. Pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, le Tribunal considère que le lien de causalité entre la décision et le préjudice allégué n'est pas établi.

En définitive, ces deux arrêts illustrent la difficulté d'établir le lien de causalité. Il faut d'ailleurs relever qu'à ce jour, aucune décision n'a reconnu effectivement la responsabilité de la Communauté en matière d'aides d'Etat. On peut à cet égard souligner que le Tribunal se prononce pour une interprétation restrictive en matière de responsabilité de la Communauté en faisant peser sur l'opérateur une obligation de diligence. On peut d'ailleurs se demander si cette position est parfaitement cohérente avec la politique de la Commission qui vise à obtenir le plus rapidement possible la récupération des aides illégalement versées.

39. Arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 19 juillet 2007, affaires T-344/04 et T-360/04.

3. Enquête de la Commission sur les tarifs réglementés d'EDF

La Commission européenne a ouvert en juin 2007 une procédure formelle d'examen concernant les tarifs industriels d'électricité réglementés en France⁴⁰. Une aide en direction des grandes et moyennes entreprises pourrait être octroyée par l'Etat sous la forme de tarifs d'électricité à un niveau artificiellement bas.

Pour la Commission, le système ainsi mis en place, qui permet aux entreprises en question de bénéficier de tarifs inférieurs à ceux pratiqués sur le marché libéralisé de l'électricité, semble être financé par EDF et par des taxes parafiscales perçues sur tous les consommateurs français d'électricité et gérées par l'Etat. En conséquence, un tel système pourrait engendrer une distorsion de concurrence. L'enquête de la Commission ne concerne toutefois pas les tarifs réglementés dits «bleus» applicables aux consommateurs résidentiels et aux petites entreprises. La Commission avait déjà ouvert une procédure d'infraction contre la France au sujet des tarifs réglementés, en raison de leur incompatibilité présumée avec la directive 2003/54 sur la libéralisation du marché de l'électricité.

La France n'est pas le seul Etat membre concerné, la Commission ayant également ouvert une enquête de même nature sur les tarifs réglementés en Espagne.

4. Application par la Cour de cassation de la jurisprudence Altmark

Le 14 mars 2007, la Cour de cassation a examiné la question de savoir si la restitution aux grossistes-répartiteurs des sommes payées au titre de la contribution mise à leur charge sur la vente directe des médicaments aux pharmacies pouvait constituer une aide d'Etat illégale⁴¹.

La Cour de cassation fait application de la jurisprudence de la Cour de justice dite Altmark⁴². Une mesure telle que celle en cause ne constitue pas une aide d'Etat, dès lors que l'avantage que les grossistes-répartiteurs tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes n'excède pas les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale et que les quatre conditions suivantes sont remplies :

- les obligations de service public que l'entreprise bénéficiaire est chargée d'exécuter sont clairement définies ;
- les paramètres de calcul de la compensation ont été préalablement établis de manière objective et transparente ;
- la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;
- le niveau de compensation nécessaire est calculé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée encourrait pour exécuter ces obligations.

Ce faisant, la Cour de cassation estime tout d'abord que la cour d'appel de Versailles a pu légitimement considérer que les dispositions de l'article R. 5115-13 du code de la santé publique comportent des obligations de service public incombant aux grossistes-répartiteurs suffisamment précises. Toutefois, la Cour casse l'arrêt d'appel en raison de l'absence de mesures d'instruction ayant été prises pour analyser de manière précise si la compensation au titre de ces obligations de service public consistant dans l'exonération de la taxe sur les ventes directes ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution de ces obligations.

Cette affaire illustre les difficultés d'appréciation des critères posés par la jurisprudence Altmark. Une analyse approfondie des coûts est nécessaire pour apprécier si ces critères sont remplis et si le grief lié à l'existence d'un avantage constitutif d'une aide d'Etat peut être écarté.

**Muriel Perrier, avocat, counsel
Lefèvre Pelletier & associés**

40. Communiqué de presse du 13 juin 2007, IP/07/815.

41. Arrêt du 14 mars 2007, 2e chambre civile, pourvoi n° 04-30.053.

42. Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 juillet 2003, affaire C-280/00.

Fusions d'Icade avec ses filiales foncières : «4 en 1»

Sur le plan juridique, les fusions constituent souvent des opérations plus complexes que ne le pensent généralement les acteurs du M&A. Lorsqu'elles impliquent une société cotée, le degré de complexité s'accroît inévitablement et lorsqu'elles mettent en jeu un nombre important de sociétés, dont plusieurs cotées, intervenant dans un domaine d'activité très réglementé et bénéficiant de régimes fiscaux dérogatoires, l'exercice peut vite tourner à la gageure.

C'est pourtant la solution retenue par le Groupe Icade, filiale de la Caisse des Dépôts, pour rationaliser sa structure et ses activités et bénéficier, pour l'ensemble du Groupe, du régime SIIC dès l'exercice 2007.

La décision de principe arrêtée, c'est en moins de 4 mois que le processus d'absorption par Icade-EMGP(*) de sa mère Icade(*) et de ses sœurs Icade-Foncière des Pimonts(*), Icade Foncière Publique et Icade Patrimoine, a été mené à son terme pour constituer l'une des plus importantes foncières cotées françaises avec une capitalisation boursière proche de 5 milliards d'euros.

Opération globale, ces fusions ont nécessité d'analyser et de traiter simultanément de nombreuses problématiques de natures juridique et fiscale, outre les aspects opérationnels et organisationnels qui ont requis l'implication de l'ensemble des directions et services des sociétés concernées.

La phase de structuration s'est articulée autour de l'analyse de 2 préalables principaux.

- Le premier axe de réflexion a consisté à déterminer le périmètre exact, le sens et le séquençage des fusions. Des considérations d'ordre (i) juridique et (ii) fiscal – tenant à la nature de l'activité de certaines sociétés par exemple – ont abouti à ce que certaines sociétés du Groupe soient exclues du périmètre des fusions. Par ailleurs, des considérations, notamment comptable, ont déterminé le sens des fusions et justifié dans certains cas des opérations préalables de reclassement de participations au sein du Groupe.

- D'un point de vue fiscal, il s'est agi de déterminer comment l'absorption de sociétés non-SIIC par une SIIC permettrait au nouvel ensemble de bénéficier de ce régime dès l'exercice en cours. L'analyse a en particulier porté sur l'absence d'incidences de l'opération sur les sociétés ayant déjà opté pour le régime SIIC, la possibilité d'ex-

tension du régime au nouvel ensemble dès l'exercice en cours, les modalités selon lesquelles la nouvelle Icade satisferait aux obligations lui incombant (notamment en terme de distribution de dividendes) en qualité de SIIC, etc.

La phase de lancement des opérations préalables a été dominée par des considérations d'ordre social et réglementaire.

- Toute fusion est soumise à l'information et la consultation préalable des instances représentatives du personnel. L'exercice est sensiblement plus complexe lorsqu'il faut concilier ces exigences avec les règles de confidentialité boursière.

- Comme pour toute opération susceptible de générer des implications boursières significatives, la présentation de l'opération à l'AMF constitue une étape primordiale. Elle permet de valider la structure juridique et de confirmer les éventuelles autorisations ou dérogations qui pourraient s'avérer nécessaires. Dans le cas précis, l'attention s'est essentiellement focalisée (i) sur la nécessité ou non de nommer un expert indépendant (les commissaires à la fusion se prononçant sur les conditions financières des fusions, la désignation d'un expert indépendant n'a pas été requis) et (ii) sur l'appréciation de l'incidence des opérations sur l'activité des sociétés cotées, afin de déterminer les obligations boursières (notamment en matière d'offre publique obligatoire) auxquelles les sociétés ou la Caisse des Dépôts auraient pu être tenues.

La phase de mise en œuvre

- Les travaux de valorisation, servant à la détermination de la parité de fusion, revêtent une importance centrale. Les commissaires à la fusion apprécient la pertinence de ces valorisations, reprises dans la documentation d'information du marché et soumise au contrôle de l'AMF. Or, ces travaux ont été significativement perturbés par un

élément conjoncturel lié à la crise des subprimes. D'autres difficultés, plus structurelles, et tenant à la nécessité de prendre en compte les spécificités d'une «fusion à l'envers», l'existence d'actions auto-détenues et de valeurs mobilières composées se sont ajoutées.

- D'un point de vue juridique, l'existence de titres composés et de stock-options ont nécessité d'organiser les modalités selon lesquelles l'ensemble de ces droits et titres seraient repris par l'entité absorbante et les conditions en seraient ajustées du fait des fusions.

- Le fait que les opérations de fusion aient concerné 5 sociétés, dont 3 cotées, a évidemment fait apparaître des éléments de complexité juridique lors de la rédaction du traité de fusion et des documents destinés à la présen-

tation de l'opération au marché. En outre, la réalisation de ces fusions dans un calendrier très serré, a nécessité une organisation et une production documentaire conséquente, pour aboutir à la tenue le même jour de cinq assemblées générales dont 3 de sociétés cotées.

Opération transversale et d'une grande complexité, cette opération compte parmi les rares exemples de fusion de plusieurs sociétés cotées et est intervenue après la réalisation, la même année, d'une restructuration du pôle Promotion Immobilière du Groupe Icade par voie de la fusion-absorption simultanée par Icade Capri de près de 200 de ses filiales. ■

Par Jean-Luc Bédos, avocat associé et Dimitri Pubellier, avocat conseil, Cabinet Lefèvre Pelletier & associés

(*) Ces trois sociétés étant cotées sur l'Eurolist.



Hors-série n°H25 du 14 avril 2008

Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55

SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327

Directeur de la publication : François Fahys

Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 07 44 52

Impression : AG-Roto - N° commission paritaire : 1108 T 83896

Vente au numéro : 21 €

Option
Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

91 bis, rue du Cherche-Midi
75006 Paris

