

COMMISSION TECHNIQUE DES
ENTENTES ET POSITIONS DOMI-
NANTES

8 novembre 1974

(J.O. doc.adm. 1975;1216)

D

O

S

S 1976 - III - n° 2

I

E

R

GUIDE DE LECTURE

I - LES FAITS

- : Georges et Henri FIORIO conçoivent et mettent au point un procédé de préfabrication industrialisée pour l'édification de bâtiments. Ce procédé exige le déplacement onéreux des éléments préfabriqués du lieu de production vers ceux d'utilisation.
- : Apport de procédé (1) à une Société (civile) de licences des procédés FIORIO
- : Cette société conclue avec une douzaine d'entreprises réparties sur l'ensemble du territoire français des contrats portant concession exclusive d'exploitation. Chacun des licenciés reçoit un secteur pour lequel il est seul habilité à implanter une ou plusieurs unités de préfabrication et dont il approvisionne seul les chantiers de construction, chaque licencié devant solliciter l'accord du concédant pour approvisionner un chantier de construction situé hors de son secteur.
- 5. 12. 1965 : La S.A. FIORIO, la Société civile des licences et tous les licenciés constituent un GIE ayant pour objet d'assurer la promotion commerciale des procédés FIORIO et de soumissionner pour le compte des entreprises qui le composent dans les procédures d'adjudication de marchés publics.

(1) Nous ignorons, malgré nos recherches, si ce procédé est breveté ; on pourrait le supposer puisqu'il est "fait apport de ces procédés à une Société civile dénommée Société de licences des procédés FIORIO" mais un apport (en industrie) de know how non breveté peut être fait à une société civile et nous tenons plus probable l'hypothèse d'un procédé non breveté.

- 18. 9. 1973 : Le Ministre de l'Economie et des Finances demande l'avis de la Commission Technique des Ententes sur la licéité du dispositif FIORIO
- 8.11.1974 : Avis de la Commission appliquant 59 bis et, sous condition 59 ter.
- 23.1.1975 : Décision du Ministre de l'Economie et des Finances reprenant l'avis de la Commission.

II - LE DROIT

Le réseau de contrats, d'une part, la constitution et l'activité du GIE, d'autre part, sont-ils constitutifs d'une entente condamnable ? (Seul le problème des contrats de licence mérite d'être examiné à cette place)

✕ TRAITEMENT DU 1er PROBLEME

A - LE PROBLEME

Les contrats de licence des procédés FIORIO constituent-ils des ententes tombant sous le coup de l'article 59 bis de l'ordonnance du 30 juin 1945 ?

B - LA SOLUTION

1°) ENONCE DE LA SOLUTION

"L'ensemble de ces contrats forme un dispositif de concentration auquel se heurteraient les maîtres d'ouvrages qui, intéressés par l'utilisation des procédés FIORIO, entendraient mettre en concurrence plusieurs concessionnaires et choisir le plus apte ou le mieux disant ; ce dispositif de concentration ayant pour objet de faire obstacle à la concurrence entre concessionnaires tombe sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis".

2°) COMMENTAIRE DE LA SOLUTION

La position est conforme au texte de l'article 59 bis et à son esprit.

Peu importe la forme juridique de l'entente, un contrat de licence peut parfaitement être l'instrument d'une entente. Cela a été maintes fois affirmé sur le plan communautaire. La règle est également vraie en Droit interne où elle a, déjà, été énoncée (Avis Industrie des Fils mousse-nylon du 22 juin 1962). Elle l'est encore plus nettement.

✕ TRAITEMENT DU 2ème PROBLEME

A - LE PROBLEME

Les accords sont-ils susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article 59 ter qui valident certaines ententes ?

B - LA SOLUTION1°) ENONCE DE LA SOLUTION

"Considérant que les concessionnaires des procédés FIORIO s'obligent contractuellement à réaliser des investissements d'un montant relativement élevé, spécialement destinés à la mise en oeuvre de ces procédés ; qu'ils doivent, en outre, se plier à un certain nombre de contraintes particulières, telles que l'obligation de respecter les conseils de travail donnés par la société concédante, de n'utiliser que les matériels et les outillages spéciaux prescrits par cette dernière, de la laisser procéder directement à des contrôles de qualité, enfin de lui faire connaître toute possibilité d'amélioration des procédés qu'ils auraient découverts à la faveur de l'expérience acquise ; qu'il est naturel que les concessionnaires se voient accorder, par réciprocité, pour faire face plus aisément aux investissements et aux charges spécifiques qui leur sont ainsi imposées, un minimum de garanties touchant aux débouchés garantis, qui, en pareille hypothèse, ne peuvent être procurées par le concédant que sous la forme d'une clause d'exclusivité territoriale ; qu'ainsi cette clause contribue à assurer le développement du progrès technique à travers l'utilisation optimale du procédé concédé.

Considérant, toutefois, que cette utilisation optimale aurait pu être assurée par une clause d'exclusivité territoriale consistant en une simple délimitation de zones à l'intérieur desquelles chaque concessionnaire est seul autorisé à implanter une ou plusieurs unités de préfabrication et n'allant pas jusqu'à un partage géographique concernant aussi la localisation des chantiers de construction.

Considérant qu'il y a eu lieu d'admettre, dans ces conditions, que les intéressés peuvent bénéficier des dispositions précitées de l'article 59 ter à la condition que leurs conventions soient corrigées de telle manière que la clause d'exclusivité territoriale ne subsiste qu'en ce qui concerne la localisation des usines de préfabrication".

2°) COMMENTAIRE DE LA SOLUTION

La solution se rapproche de la position retenue par les instances communautaires qui valident parfois la clause d'exclusivité sur le fondement de l'article 85 § 3 (Affaire KABELMETAL LUCHAIRE du 18 juillet 1975 - PIBD 75-III-357) lorsqu'elle paraît justifiée alors qu'elles refusent le bénéfice de ce texte dans le cas contraire (Affaire BEYRARD-AIOP du 2 décembre 1975, PIBD 76-III-87 - Dossiers Brevets 1976-I.

L'exigence d'une modification de la clause d'exclusivité tend à remplacer la protection territoriale absolue par la protection territoriale relative.

Elle paraît inspirée par la jurisprudence en matière de concession commerciale développée au niveau communautaire (CJCE - 13 juillet 1966 - Affaire GRUNDIG JCP 1966-1-2029 et interne (v. JMMOUSSERON et autres auteurs, Droit de la Distribution, Libr. Tech. 1975, n° 308, p. 2381.

I. AVIS DE LA COMMISSION TECHNIQUE DES ENTENTES ET DES POSITIONS DOMINANTES

(Séances des 21 Juin et 8 Novembre 1974)

La commission technique des ententes et des positions dominantes, siégeant en formation plénière,

Vu l'ordonnance n° 45-I483 du 30 Juin 1945 modifiée relative aux prix, ensemble le décret n° 68-I027 du 23 Novembre 1968, notamment son article 7;

Vu la lettre du 18 Septembre 1973 par laquelle le Ministre de l'économie et des finances a demandé l'avis de la communauté sur la licéité de l'activité du groupement d'intérêt économique, Groupement d'entreprises licenciées FIORIO au regard des règles de concurrence ;

Considérant que MM. Georges et Henri FIORIO ont conçu et mis au point un procédé de préfabrication industrialisée, que ce procédé remplit un certain nombre de conditions favorables à son développement, notamment grâce à l'incorporation de briques et à sa grande souplesse d'exécution ; qu'il exige cependant le déplacement et le transport d'éléments préfabriqués du lieu de l'usine de production vers les chantiers d'utilisation, de telle sorte que les frais de transport peuvent représenter un élément important du prix de revient et limitent l'étendue de la d'application à partir d'une usine déterminée ;

Considérant que MM. FIORIO ont fait apport de ces procédés à la SOCIETE CIVILE TECHNIQUES de préfabrication des procédés FIORIO actuellement dénommée SOCIETE DE LICENCES DES PROCEDES FIORIO que cette société a conclu, avec douze entreprises dont les établissements sont répartis sur l'ensemble du territoire français, des contrats portant concession exclusive du droit d'exploiter ces procédés ; que la SOCIETE ANONYME ENTREPRISE FIORIO et la SOCIETE DE LICENCES sont constituée le 5 décembre 1969, avec les onze concessionnaires actuels du réseau FIORIO, un groupement d'intérêt économique dénommé GROUPEMENT D'ENTREPRISES LICENCIÉES FIORIO (G.E.L.F.) et dont les statuts ont été modifiés le 14 mars 1973 ;

Considérant qu'il y a lieu, en égard aux circonstances de l'affaire et aux éléments d'information dont dispose la commission, d'examiner dans leur ensemble les relations qui unissent l'ENTREPRISE FIORIO, la SOCIETE DE LICENCES DES PROCEDES FIORIO et les concessionnaires desdits procédés, telles qu'elles résultent du contenu des contrats de concession, des statuts et du règlement intérieur du G.E.L.F., ainsi que les pratiques anticoncurrentielles pouvant naître de ces relations ; que la forme juridique adoptée par les entreprises pour se concerter est sans influence sur l'application des dispositions législatives ou réglementaires qui régissent la concurrence ;

I. - EN CE QUI CONCERNE LES RESTRICTIONS IMPOSEES PAR LES CONTRATS DE CONCESSION :

Considérant qu'aux termes de l'article 59 bis de l'ordonnance susvisée du 30 Juin 1945 "les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence... sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant ;

.../...

Considérant que chacun des contrats conclus par la SOCIÉTÉ DE LICENCES DES PROCÉDÉS FIORIO avec ses concessionnaires stipule que la licence d'exploitation est consentie pour un territoire délimité par le contrat et que, pour toute construction à édifier en dehors de ce territoire en utilisant les procédés FIORIO, le concessionnaire devra obtenir l'accord préalable et spécial de la Société concédante; que chaque concessionnaire, du fait de l'existence, qu'il ne peut ignorer, de ces stipulations dans tous les contrats de concession, bénéficie d'une protection géographique dont le caractère absolu n'est tempéré que par la faculté d'accorder certaines dérogations dont la société concédante s'est réservé l'usage; qu'ainsi l'ensemble de ces contrats forme un dispositif de concentration auquel se heurteraient les maîtres d'ouvrages qui, intéressés par l'utilisation des procédés FIORIO attendraient mettre en concurrence plusieurs concessionnaires et choisir le plus apte ou le mieux disant; que ce dispositif de concertation, ayant pour objet de faire obstacle à la concurrence entre concessionnaires, tombe sous le coup de la prohibition édictée à l'article 59 bis précité;

Considérant qu'aux termes de l'article 59 ter de l'ordonnance susvisée du 30 juin 1945 "ne sont pas visées par les dispositions de l'article 59 bis les actions concertées, conventions ou ententes....; 2° dans la mesure où les auteurs peuvent en justifier lorsqu'elles ont pour effet d'assurer le développement du progrès économique notamment par l'accroissement de la productivité"

Considérant que les concessionnaires des procédés FIORIO s'obligent contractuellement à réaliser des investissements d'un montant relativement élevé, spécialement destinés à la mise en œuvre de ces procédés; qu'ils doivent, en outre, se plier à un certain nombre de contraintes particulières, telles que l'obligation de respecter les conseils de travail donnés par la société concédante, de n'utiliser que les matériels et les outillages spéciaux prescrits par cette dernière, de la laisser procéder directement à des contrôles de qualité, enfin de lui faire connaître toute possibilité d'amélioration des procédés qu'ils auraient découverte à la faveur de l'expérience acquise; qu'il est naturel que les concessionnaires se voient accorder, par réciprocité, pour faire face plus aisément aux investissements et aux charges spécifiques qui leur sont ainsi imposées, un minimum de garanties touchant aux débouchés garantis, qui, en pareille hypothèse, ne peuvent être procurés par le concédant que sous la forme d'une clause d'exclusivité territoriale; qu'ainsi cette clause contribue à assurer le développement du progrès technique à travers l'utilisation optimale du procédé concédé.

Considérant toutefois, que cette utilisation optimale aurait pu être assurée par une clause d'exclusivité territoriale consistant en une simple délimitation de zones à l'intérieur desquelles chaque concessionnaire est seul autorisé à implanter une ou plusieurs unités de préfabrication et n'allant pas jusqu'à un partage géographique concernant aussi la localisation des chantiers de construction; qu'une clause d'exclusivité ainsi restreinte à la localisation des usines aurait laissé subsister des possibilités de concurrence aux confins de deux zones voisines, c'est-à-dire lorsque les charges de transport sont relativement élevées mais comparables pour un même chantier à partir d'usines dépendant de deux concessions différentes; qu'une telle concurrence, assez limitée pour, ne pas compromettre la rentabilité des investissements exigés des concessionnaires, aurait maintenu un minimum d'émulation et permis des comparaisons entre eux, créant une situation plus saine et stimulante que la quiétude des "chasses gardées".

Considérant qu'il y a eu lieu d'admettre, dans ces conditions, que les intéressés peuvent bénéficier des dispositions précitées de l'article 59 ter à la condition que leurs conventions soient corrigées de telle manière que la clause d'exclusivité territoriale ne subsiste qu'en ce qui concerne la localisation des usines de préfabrication;

II. - EN CE QUI CONCERNE LA LICETTE DES PRATIQUES SUIVIES PAR LE G.E.L.F.

Considérant que le G.E.L.F. a pour mission d'assurer la promotion commerciale des procédés FIORIO grâce à la constitution d'un organisme fonctionnant à l'échelon national dans des conditions permettant d'obtenir de maîtres d'ouvrages publics ou privés l'engagement de programmes qui ne peuvent être confiés qu'à des groupes importants, à charge par le G.E.L.F. d'en répartir l'exécution entre ses membres ; que cette répartition s'est faite généralement sur la base des attributions territoriales consenties par les contrats de concession FIORIO.

Considérant que l'activité du G.E.L.F. s'est effectivement limitée à sa participation à la réalisation de programmes nationaux de constructions industrialisées lancés par le Ministère de l'Education Nationale, le Ministère de la Santé Publique et la Direction Générale des impôts ; que cette participation s'est concrétisée pour chaque appel à la concurrence par la remise d'une proposition unique établie sur la base d'un prix uniforme pour l'ensemble des travaux que le G.E.L.F. souhaitait voir confier à ses adhérents.

Considérant que, pour apprécier cet objet et cette action du G.E.L.F. au regard des dispositions précitées de l'article 59 bis, il y a eu lieu de relever, en premier lieu, que les appels d'offres auxquels le G.E.L.F. a répondu ont été suivis par des entreprises qui comptent parmi les plus puissantes de la profession ; que ces dernières pouvaient, beaucoup plus aisément que les concessionnaires FIORIO, entreprise de taille moyenne à vocation régionale pour la plupart, prendre en charge l'exécution de commandes importantes réparties sur l'ensemble du territoire tout en offrant aux acheteurs publics des garanties techniques et financières en rapport avec le volume des travaux à réaliser ; que face à de tels concurrents, les chances de mise en œuvre des procédés FIORIO auraient été des plus réduites si les concessionnaires avaient soumissionné séparément ; qu'en revanche la réunion des concessionnaires dans le cadre du G.E.L.F. les a mis en état de répondre aux exigences des acheteurs publics notamment grâce à l'engagement pris par le G.E.L.F. de faire reprendre par un autre membre du groupement des travaux que l'un des exécutants n'aurait pu mener à terme ; que le groupement des moyens techniques et commerciaux ainsi réalisé s'est traduit, sur le plan des prix et sur celui de la qualité des réalisations, par une compétitivité réelle, confirmée par le fait que le G.E.L.F. a pu figurer presque toujours sur la liste des adjudicataires retenus dans les concours pour lesquels il a fait acte de candidature ; qu'ainsi, dans la mesure où l'activité du G.E.L.F. s'est limitée à la recherche de commandes publiques passées exclusivement au niveau national, ce groupement a eu pour objet et pour effet de permettre à ses membres d'accéder à des commandes, en concurrence avec d'autres entreprises de tailles nettement plus importantes, et a donc contribué non à restreindre la concurrence, mais à l'accroître vis-à-vis des tiers ;

Considérant, en second lieu, qu'il ne peut être fait grief au G.E.L.F. d'avoir présenté lors de chaque appel à la concurrence une proposition comportant un seul prix quelles que fussent la localisation des travaux et, par suite, l'entreprise chargée de les exécuter, dès lors que ce prix uniforme constituait l'une des conditions mises par les maîtres d'ouvrages à la prise en considération des offres, et que l'unité des prix allait de soi de la part de chacune des grandes entreprises concurrentes du G.E.L.F. dans cette catégorie de marchés ; que, d'autre part, la probabilité d'une concurrence effective entre membres du groupement pour ces grandes commandes publiques était très faible ; qu'ainsi leur concertation ne peut, en l'espèce, être regardée comme ayant pu avoir pour effet une restriction de la concurrence entre eux.

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les pratiques suivies par le G.E.L.F. ne tombent pas sous le coup de l'article 59 bis, mais qu'il en irait différemment, si ce groupement devait orienter ses activités vers d'autres catégories de marchés publics ou privés pour lesquels l'action du G.E.L.F. ne s'exercerait pas dans le sens d'un accroissement de la concurrence, ou encore si ce groupement venait à comprendre des entreprises aptes par leur taille à accéder directement au marché des constructions administratives industrialisées.

EMET L'AVIS :

1° Que les contrats de concession tombent sous le coup des dispositions de l'article 59 bis de l'ordonnance susvisée et peuvent bénéficier de celles de l'article 59 ter à la condition de limiter la clause d'exclusivité territoriale à la localisation des usines de préfabrication ;

2° Que les pratiques suivies par le G.E.L.F. dans sa composition et ses activités constatées jusqu'à présent, ne tombent pas sous le coup des dispositions de l'article 59 bis.

II - DECISION DU MINISTRE

PARIS, le 23 janvier 1975

(Au groupement d'entreprise FIORIO -G.E.L.F.
38, avenue Georges V - 75008 PARIS)

Monsieur le Président,

La commission technique des ententes et des positions dominantes, saisie par mes soins du dossier relatif à la liceité de l'activité du groupement d'intérêt économique GROUPEMENT D'ENTREPRISES LICENCIÉES FIORIO au regard des règles de la concurrence, a émis le 8 novembre 1974, au sujet de cette affaire, un avis dont copie est ci-jointe.

J'ai l'honneur de vous faire connaître que j'ai décidé d'adopter les considérants et le dispositif de cet avis.

En ce qui concerne la réserve formulée à propos de la clause d'exclusivité territoriale prévue dans les contrats de concession, je vous prie d'apporter dans les meilleurs délais les corrections nécessaires pour adapter les conventions aux préoccupations visées par l'avis. Vous voudrez bien rendre compte des mesures prises à mes services (service de la législation et de la concurrence, sous-direction I).

Je précise, à cette occasion, que si les modalités et les effets du G.E.L.F. ont pu être favorablement appréciés, des réserves paraissent néanmoins devoir être formulées à propos du G.E.R.C. (groupement pour l'expansion et la nationalisation de la construction) constitué entre l'entreprise FIORIO et les concessionnaires FIORIO membres du G.E.L.F. - ce groupement n'ayant d'ailleurs pas encore été appelé à fonctionner.

Il serait souhaitable que vous preniez l'attache de mes services qui vous feront part de leur point de vue sur la question.

Je vous prie de m'accuser réception de la présente lettre et de bien vouloir agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma considération distinguée.

P. le Ministre et par délégation : Le Directeur Général de la concurrence
et des prix - C. VILLAIN