

Décision n°2002-V/M-43 du 13 juin 2002

Affaire CONC-V/M-02/0008 : INTERDAMO S.A. / ITM Belgium S.A. et Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux S.A.

I. Les parties en cause

1. le demandeur en mesures provisoires

Le demandeur en mesures provisoires est la S.A. de droit belge INTERDAMO dont le siège social est établi à 4633 Melen, rue du Parc Hauzeur, 70 inscrite au registre de commerce de Verviers sous le n° 68.141, qui exploite un commerce de type supermarché sous l'enseigne Intermarché.

2. Les parties incriminées

2.1. S.A. ITM Belgium

La S.A. de droit belge ITM Belgium, (ci-après dénommée S.A. ITM ou ITM) est inscrite au registre de commerce de Nivelles sous le numéro 90.049 et a son siège social établi à 1348 Louvain-la-Neuve, Traverse d'Esopé, 6. Elle représente la société anonyme de droit français, ITM Entreprises (ci-après S.A. ITME) dont elle est une filiale et a pour objet la mise sur pied et la promotion d'un réseau de franchisés de la distribution en supermarchés à l'enseigne Intermarché ou apparentée.

2.2. S.A. Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux

La S.A. de droit belge Société Centrale d'Approvisionnement en Produits régionaux (ci-après dénommée S.A. SCA) est inscrite au registre de commerce de Namur sous le numéro 72.540 et a son siège social établi à 5000 Beez, rue de Namur, 45. Cette société, filiale d'ITM, est chargée des achats de marchandises et de l'approvisionnement des franchisés du réseau (« Mousquetaires »).

II. Rétroactes de la procédure en mesures provisoires

La S.A. Interdamo a, par une plainte datée du 14 janvier 2002 et déposée le 18 janvier 2002, dénoncé une violation de l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique à charge des S.A. ITM Belgium et Société Centrale d'Approvisionnement en produits régionaux et a sollicité que le président du Conseil de la concurrence prenne conformément à l'article 35 de cette loi, des mesures provisoires tendant à « suspendre les règles en litige ».

Par un courrier du 13 février 2002, la partie plaignante et demanderesse en mesures provisoires a fait savoir qu'elle souhaitait déposer une plainte ampliative. Cette dernière a été déposée le 20 février 2002.

Le Corps des Rapporteurs a transmis le 28 février 2002 son rapport motivé au secrétariat du Conseil de la concurrence.

L'audience devant le Conseil de la concurrence a été fixée au 21 mars 2002.

Par courrier du 18 mars 2002, la partie demanderesse en mesures provisoires a, par le biais d'un des conseils, informé le Conseil de la concurrence que le président du Tribunal de commerce de Liège avait désigné d'office un administrateur provisoire pour sa cliente, ayant pour première mission de la citer en faillite et que dans ces conditions, il était à craindre que cette action soit devenue sans intérêt.

Par lettre du 20 mars 2002, cet avocat informait le Conseil de la concurrence que deux administrateurs provisoires avaient été désignés le 19 mars 2002 par le président du Tribunal de commerce de Liège et sollicitait une remise sine die de l'audience en mesures provisoires du 21 mars 2002, le temps de permettre aux administrateurs provisoires de prendre connaissance du litige et de s'en faire une opinion.

Par fax du 20 mars 2002, le Secrétaire du Conseil de la concurrence signala conformément aux instructions qui lui avaient été données, que l'audience du 21 mars était maintenue et que pour autant que de besoin, il était toujours possible d'envisager une mise en continuation de l'affaire en vue de permettre aux administrateurs provisoires de s'exprimer ou de désigner une représentant à cette fin.

Le 21 mars 2002, l'examen de l'affaire a été entamé en présence du Corps des Rapporteurs représenté par Monsieur P. Marchand, Rapporteur et des Conseils des parties incriminées. La partie demanderesse n'étant ni présente, ni représentée, l'affaire a été mise en continuation au 18 avril 2002 afin de permettre aux administrateurs provisoires désignés, d'intervenir.

Par courrier du 11 avril 2002, un des administrateurs provisoires de la S.A Interdamo a fait savoir qu'il ne comparaitrait pas à l'audience du 18 avril, l'avocat représentant initialement la société Interdamo se chargeant de défendre la position de cette société.

Par fax du 18 avril 2002, ce dernier a fait savoir que la S.A. Interdamo ne comparaitrait pas à l'audience du même jour et qu'au vu de sa situation et du fait qu'une citation en faillite avait été déposée par les administrateurs provisoires, elle ne comptait plus poursuivre les demandes en mesures provisoires dépourvues d'objet.

III. Faits de la cause

Le demandeur en mesures provisoires, la S.A Interdamo exploite un commerce de type supermarché principalement axé sur des produits alimentaires, sous l'enseigne Intermarché.

Cette société a en effet signé le 1er juillet 1996 un contrat d'enseigne (de franchise) avec la S.A. ITM Belgium, titulaire exclusif sur le territoire belge des droits d'exploitation de la marque relative à l'enseigne Intermarché ou apparentée. L'administrateur-délégué de la S.A. Interdamo, Dominique Langlet ainsi que son épouse, Anne-Marie Langlet-Dejasse étaient cosignataires de cette convention.

Les époux Langlet-Dejasse ont également signé avec la S.A. de droit français ITM Entreprises dont le siège social est à 75015 Paris, rue Auguste Chabrières 24, un contrat d'adhésion au "Réseau des Mousquetaires" (à une date non précisée dans cette convention) par l'intermédiaire de la S.A. de droit belge ITM Belgium mandatée à cet effet.

Ces contrats ont été conclus pour une durée de dix ans.

Dès 1997, les parties s'accusent mutuellement de ne pas respecter les règles et les principes contenus dans ces conventions.

Il appert ainsi notamment des documents transmis par le demandeur en mesures provisoires, que dès le 26 mars 1997, la S.A. Interdamo a fait procéder par constat d'huissier au relevé des produits commandés mais non livrés par la société responsable des approvisionnements de ce point de vente. L'administrateur délégué de la S.A. Interdamo soutient que cette situation perdurait déjà depuis environ deux mois.

A partir du mois d'août 2000, moult reproches sont formulés de part et d'autre :

- la S.A. ITM reproche ainsi notamment aux époux Langlet et à la S.A. Interdamo un manquement d'esprit de solidarité et des campagnes publicitaires autonomes et trop coûteuses;

- la S.A. Interdamo et les époux Langlet reprochent quant à eux à la S.A. SCA et à la S.A. ITM un manque de ponctualité dans les livraisons ainsi que des carences dans les informations qu'ils sont tenus de leur transmettre.

En juin 2001, Madame A.-M. Dejasse apparaît officiellement en qualité d'administrateur délégué de la S.A. Interdamo en lieu et place de son époux.

En septembre 2001, Monsieur Langlet, actionnaire majoritaire de la S.A. Interdamo informe la S.A. ITM de sa décision de réorienter sa carrière professionnelle et de céder ses parts à son épouse pour un prix de 36 millions (BEF).

En novembre 2001, la S.A. ITM apprend que Monsieur Langlet se serait fait engager par une société concurrente, à savoir la société Carrefour.

Madame Dejasse, confirmera cette information et se verra interdire le 28 novembre 2001, de participer à une réunion de coordination au siège de la S.A. ITM. L'intéressée a fait constater ce fait par l'huissier de justice Martine Cuisenaire.

La S.A. ITM a, par ailleurs, par courrier du 5 décembre 2001, informé Monsieur Langlet qu'elle levait l'option d'achat prévue au contrat d'adhésion tout en contestant le prix de cession.

Selon la partie demanderesse en mesures provisoires, la S.A. SCA aurait modifié à partir du 29 novembre 2001, l'ordre des tournées de ses camions au départ de la base de Villers-Le-Bouillet en vue de retarder l'heure de livraison du point de vente que la S.A. Interdamo exploite à Battice. Cela a eu pour effet, alors qu'elle était habituellement livrée avant 5h30, de n'être, à partir de cette date, approvisionnée en marchandises périssables que peu avant 7 h et quelques fois même plus tard (8h 20 le 15/12/2001, 7h10 le 27/12/2001, 7h45 le 29/01/2002). D'autres manquements relatifs à la communication des informations nécessaires à l'exploitation ou à la fourniture de meubles publicitaires auraient également été commis selon la S.A. Interdamo, fin 2001.

Par citation en référé du 18 décembre 2001, la S.A. Interdamo a demandé au président du tribunal de commerce de Verviers d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat d'enseigne au motif de manquements délibérés de la S.A. ITM traduisant sa volonté de ne plus collaborer loyalement et de bonne foi avec elle.

Une ordonnance a été rendue dans le cadre de cette action le 18 janvier 2002 et a déclaré les demandes formulées à titre principal et à titre subsidiaire recevables mais non fondées. Appel a été interjeté contre cette décision par la S.A. Interdamo.

Le 18 janvier 2002, la S.A. Interdamo a déposé plainte auprès du Conseil de la concurrence et a sollicité que des mesures provisoires soient prises conformément à l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Compte tenu de la contestation entre les parties portant sur la propriété des titres de la S.A. Interdamo anciennement détenus par Monsieur Langlet et des risques que ceux-ci soient revendus à un tiers, la S.A. ITM a, sur requête unilatérale, obtenu le 7 février 2002 une ordonnance du président du Tribunal de commerce de Liège, de mise sous séquestre de ces titres.

Par un arrêt du 15 février 2002, la Cour d'appel de Liège a confirmé l'ordonnance de référé du 18 janvier 2002. Cet arrêt reconnaît les spécificités du réseau Intermarché et considère que le passage de Dominique Langlet chez un concurrent important (Carrefour), alors qu'il était l'élément essentiel de la SA Interdamo, apparaissait comme une violation directe du contrat d'adhésion et par voie de conséquence un manquement fautif aux obligations contenues dans le contrat d'enseigne. Le souhait de la SA ITM de reprendre les actions de la SA Interdamo dont Dominique Langlet était titulaire se situe dans la ligne de ce que prévoit ce contrat. Au surplus, cet arrêt réfute les différents griefs avancés par

la SA Interdamo en constatant qu'ils ne reposent pas sur un manquement coupable, un abus de droit ou une mauvaise volonté dans le chef de la SA ITM.

Le 19 février 2002, Interdamo a déposé une plainte ampliative auprès du Conseil de la concurrence.

Par ordonnance du 19 mars 2002, le président du Tribunal de commerce de Liège a considéré que les conditions de la faillite paraissaient réunies dans le chef de la S.A. Interdamo et qu'il y avait urgence et absolue nécessité de dessaisir ses organes de leurs pouvoirs de gestion. Conformément à l'article 8 de la loi sur les faillites du 8 août 1997, deux administrateurs provisoires ont ainsi été désignés en vue notamment d'assigner cette société en faillite.

Par fax du 18 avril 2002, un des conseils de la S.A. Interdamo a fait savoir au Conseil de la concurrence qu'elle ne comptait plus poursuivre les demandes en mesures provisoires dépourvues d'objet.

IV. Grievs invoqués par S.A. Interdamo

La S.A. Interdamo considère que les contrats d'enseigne et les contrats d'adhésion sont contraires à l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique étant donné qu'ils constituent un accord entre les différentes parties (entreprises) contractantes, qui crée un réseau contrôlé par la S.A. ITM à son seul et unique profit, au détriment des franchisés.

Elle rappelle que l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique énonce que "Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

(...)

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."

La S.A. Interdamo soutient que les conventions d'adhésion et les contrats d'enseigne signés par la S.A. ITM Belgium avec de nombreux affiliés contiennent de nombreuses restrictions de concurrence qui n'ont d'autres buts que de diminuer les coûts de la S.A. ITM Belgium sans pour autant qu'une contrepartie équivalente ne soit octroyée aux franchisés qui par ailleurs ne connaissent que des bilans et des résultats négatifs.

Ces pratiques restrictives dénoncées par la S.A. ITM peuvent être résumés comme suit:

1. Restriction de la liberté d'action des adhérents en matière publicitaire.

L'article 1.1. alinéa 2 du contrat d'enseigne stipule que " La société d'exploitation s'engage à exploiter l'entreprise directement, sans intermédiaire, ni locataire, ou sous-concessionnaire, à ses pleins risques et à son entier profit mais respectant toutes ses obligations contractuelles et le système ITM."

Or, selon la S.A. Interdamo, cette disposition est contredite par les articles 4.4 et 5.6 de ce contrat et par la circonstance que, dans les faits, la S.A. ITM refuse aux franchisés de faire une publicité qui

répondrait mieux aux attentes de la population qui compose leur clientèle et de leur zone de chalandise.

2. Obligation de prise en charge de frais liés aux prestations réalisées pour compte de ITM ou de ses filiales.

L'article 5.8. du contrat d'enseigne prévoit en son alinéa 2 que les frais exposés par l'adhérent actionnaire majoritaire de la société franchisée, lors des réunions organisées par la S.A. ITM Belgium, doivent être supportés par cette société franchisée. La S.A. Interdamo en conclut que le but ainsi poursuivi est de diminuer les coûts de fonctionnement de ITM au détriment des entreprises d'exploitation.

3. refus systématique de fournisseurs alternatifs.

Alors que l'article 6 du contrat d'enseigne prévoit expressément que la société d'exploitation est libre de s'approvisionner auprès de fournisseurs extérieurs au réseau si elle peut apporter la preuve que le rapport qualité - prix est plus intéressant, le demandeur en mesures provisoires affirme que, pour ce faire, il faut obtenir l'approbation de la SA ITM et que celle-ci est systématiquement refusée même lorsque les franchisés démontrent que le prix de vente d'un produit du réseau est plus élevé que celui pratiqué par des concurrents.

4. obligation de fixation des prix.

Le contrat d'adhésion développe en son chapitre I, intitulé « principes fondamentaux » une politique dite de prix bas. L'alinéa 9 de ce chapitre précise que "Si la pratique des prix bas implique qu'elle s'applique à tous les produits, elle doit être aussi appliquée tous les jours en tous lieux par tous les membres du Réseau. (...) Les prix maxima déterminés par le Réseau doivent (...) être appliqués par tous (...)."

Le chapitre II indique (qu') "A cet effet, les sociétés d'approvisionnement ou de référencement du Réseau éditent des barèmes indicatifs de prix de vente maxima calculés au plus juste. Un seul prix supérieur au prix maximum indiqué remet en cause ces principes de base."

La SA Interdamo considère que la fixation des prix telle que prévue par ces contrats est contraire à l'article 2 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique à l'instar de ce que la Cour de Justice des Communautés Européennes et la Commission européenne ont décidé dans l'affaire Hennessy-Henkell (J.O. n° L 383 du 31 décembre 1980).

5. obligation de caution solidaire.

Le contrat d'adhésion, énonce comme deuxième principe (alinéa 6), que " le Réseau est, avant tout, un rassemblement de chefs d'entreprises, à la tête d'entreprises de taille humaine ... Le responsable de chaque entreprise doit être l'apporteur majoritaire de capitaux et doit engager sa responsabilité personnelle en ce qui concerne ses obligations envers le Réseau ou les tiers...."

Le demandeur en mesures provisoires en conclut que les responsables des sociétés franchisées sont tenus de respecter les conditions contractuelles contraires à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique sous peine de sanctions. La S.A. Interdamo soutient en outre que la majorité des adhérents connaissent des situations difficiles et sont débitrices vis-à-vis de la S.A. ITM Belgium et de ses filiales dont principalement la S.A. SCA. Cette situation génère une menace de saisie des biens personnels des dirigeants et conditionne le comportement des entreprises franchisées.

6. interdépendance.

Selon la S.A. Interdamo, l'interdépendance, troisième principe du contrat d'adhésion, permet à la S.A. ITM et à sa société mère d'indiquer aux franchisés que leur situation précaire est insignifiante face à l'avenir et au profit du Réseau soit de ITME. Les adhérents et leurs sociétés doivent en effet privilégier les intérêts du Réseau par rapport à leur propre intérêt. Par cette obligation reprise au contrat d'adhésion, les sociétés ITME et ITM Belgium oublient manifestement, selon la S.A. Interdamo, les fondements de la liberté économique et de la libre concurrence.

Selon les termes de la S.A. Interdamo, les exemples d'entreprises en difficultés foisonnent dans ce groupe ce qui démontreraient clairement que les franchisés sont délaissés pour répondre aux intérêts financiers de ITM. Les franchisés supportent ainsi selon le demandeur en mesures provisoires, les coûts économiques, sociaux et autres de la mauvaise politique du Réseau justifiée par l'intérêt de ITM.

7. système du "Tiers-Temps".

Le contrat d'adhésion prévoit en son article 6 une règle appelée "Tiers-Temps", que l'adhérent s'engage à respecter.

Il s'agit en fait pour les adhérents de consacrer un tiers de leur temps de travail, (soit deux jours par semaine), au service du Réseau, à titre gracieux.

Le demandeur en mesures provisoires considère que cette obligation n'a d'autre but que de donner une main d'œuvre gratuite à la S.A. ITM et de lui permettre de réduire ainsi ses coûts fixes de fonctionnement au détriment des franchisés qui doivent prendre en charge les coûts de ces prestations sans la moindre contrepartie.

8. mécanisme sanctionnant la transgression des obligations contractuelles.

La S.A. Interdamo considère également que le mécanisme des sanctions prévu par les contrats d'adhésion et d'enseigne en cas de manquements aux obligations contractuelles, qui laisse l'application de ces sanctions à la discrétion de la S.A. ITM, viole les règles de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

9. mécanisme relatif au transfert des titres de la société franchisée

Dans sa plainte ampliative déposée le 20 février 2002, la S.A. Interdamo invoque encore un nouveau grief résultant spécifiquement de l'article 5 du contrat d'adhésion qui régit le transfert des titres de la société franchisée et qui octroie un droit de préemption à la S.A. ITM. La S.A. Interdamo estime que ce droit donné à ITM ne peut se justifier que si le franchiseur l'exerce de manière loyale, sans recourir à des mécanismes qui ont pour but de réduire les avantages du franchisé au seul profit du franchiseur et de permettre à ce dernier d'obtenir un point de vente à bas prix.

V. Objet de la demande de mesures provisoires

La S.A. Interdamo sollicite que le président du Conseil de la Concurrence suspende les règles en litige, soit les contrats d'adhésion et d'enseigne, et inflige des astreintes pour inciter les parties incriminées à respecter la décision à intervenir. A tout le moins, le demandeur en mesures provisoires sollicite la suspension du contrat d'adhésion spécialement ses articles 4, 5 et 10 ainsi que les dispositions du contrat d'enseigne correspondantes sous astreintes.

VI. Marchés concernés

Le secteur économique concerné par la présente demande est celui du commerce de détail en magasins non spécialisés, à prédominance alimentaire (code NACE 52.11).

Le marché concerné vise celui de la distribution au détail de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires de consommation courante, visant à la satisfaction des besoins récurrents des ménages. A cet égard, le Conseil de la concurrence dans sa décision du 1er octobre 2001 n° 2001-C/C-53 "Delhaize De Leeuw / Supermarkt De Wolf" a déjà retenu comme marché concerné, le marché du commerce au détail pour les biens de consommation courante en se référant également à la jurisprudence de la Commission européenne en la matière qui considère qu'il existe, dans le marché de la distribution, un marché distinct qui correspond à la distribution au détail de produits alimentaires et d'articles ménagers non alimentaires de consommation courante, visant à la satisfaction des besoins récurrents des ménages .

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché concerné, le Conseil de la concurrence a considéré dans cette même décision du 1er octobre 2001 n° 2001-C/C-53 "Delhaize De Leeuw / Supermarkt De Wolf", à l'instar de la Commission européenne, que le marché géographique relevant dans le marché du commerce au détail pour les biens de consommation courante, pouvait porter soit sur l'ensemble du territoire, soit sur une ou plusieurs régions déterminées ou sur un espace limité.

Ni le plaignant, ni le Service de la concurrence, ni le Corps des rapporteurs ne se sont prononcés sur le marché géographique relevant dans le cadre de cette procédure.

Une pièce reposant au dossier d'instruction et déposée par la S.A. Interdamo permet de constater que les franchisés de ce réseau sont principalement implantés en région wallonne et dans une moindre mesure en région flamande.

En l'absence d'examen plus approfondi sur ce point et compte tenu du fait d'une part, que le demandeur en mesures provisoires semble de manière informelle avoir renoncé à sa demande, et d'autre part, que l'intérêt économique général ne paraît pas menacé, il n'y a pas lieu de définir le marché géographique en cause.

VII. Argumentation des parties incriminées

La SA ITM fait observer que le contrat d'adhésion et le contrat d'enseigne établissent ensemble une franchise entre d'une part le franchiseur ITM et d'autre part les franchisés adhérents de son réseau.

La conclusion de ces contrats s'effectue *intuitu personae*, c'est-à-dire en pleine "considération de la personnalité de l'adhérent actionnaire majoritaire et dirigeant de la société d'exploitation qui, en effet, doit posséder une expérience professionnelle, une capacité d'adaptation aux contraintes de la vie des franchisés du réseau ITM, un certain nombre de qualités morales indispensables et une surface financière personnelle suffisante.

La S.A. ITM considère en outre que le contentieux l'opposant à la S.A. Interdamo trouve son origine dans le fait que Monsieur Langlet, en contrevenant à ce principe de l'*intuitu personae*, a cédé au mépris du cadre contractuel prévu à cet effet, l'ensemble de ses parts dans la société Interdamo à son épouse et s'est engagé auprès d'une chaîne de grande distribution concurrente de ITM, « Carrefour ».

Lorsqu'ITM a voulu exercer son droit de préemption prévu au contrat d'adhésion, elle s'est vue contester ce droit par les époux Langlet.

Quant au régime juridique de la franchise, se basant sur les enseignements de la Cour de justice, ITM affirme que toutes les clauses classiques du contrat de franchise, en ce qu'elles sont indispensables pour protéger le savoir-faire du franchiseur d'une part et pour organiser le contrôle de l'identité et de la

réputation du réseau d'autre part, ne sont pas considérées comme restrictives de concurrence au sens de l'article 81 § 1 du Traité CE.

La S.A. ITM précise également détenir une part de marché de [0-5%] sur le territoire belge. En conséquence, les contrats passés avec ses franchisés se situent très largement en dessous du seuil des 30 % de parts de marché visées en droit communautaire par le règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales. Dès lors, selon la S.A. ITM, ils devraient bénéficier de l'exemption par catégorie, sauf à établir qu'ils contiendraient des dispositions énoncées à l'article 4 dudit règlement. En outre, les contrats dont question tombent largement sous le seuil de 15 % défini par la Commission dans sa communication de minimis.

Quant aux clauses litigieuses, la S.A. ITM formule diverses observations:

- quant à la publicité: les dispositions du contrat d'enseigne n'empêchent nullement le franchisé de programmer ses propres campagnes de promotion. L'accord préalable de ITM découle du droit du franchiseur de contrôler la politique commerciale des franchisés afin de s'assurer que les campagnes de promotion menées individuellement ne portent pas atteinte à l'image et à la réputation de réseau. Le règlement 4087/88 sur le contrat de franchise autorisait expressément de telles pratiques en son article 3.1 g).

Pour le surplus, compte tenu du fait que les contrats sont exempts d'exclusivité territoriale, rien n'empêche un franchisé de mener sa propre campagne publicitaire et de démarcher la clientèle où il l'entend. La concurrence entre les franchisés joue donc librement.

- la prise en charge des frais: par la signature du contrat, l'adhérent marque son adhésion à ce principe qui est de nouveau inhérent à l'idée même d'un contrat de franchise (qui regroupe plusieurs indépendants sous une enseigne commune). La restriction, purement contractuelle, ne peut pas être qualifiée de restriction de concurrence.

- fournisseurs alternatifs: pour développer un réseau d'approvisionnement, ITM a investi lourdement pour constituer un réseau de "sociétés affiliées" qui offrent des services spécifiques au réseau ITM et réalisent les conditions de qualité et de prix bas. Pour des raisons de rentabilité et d'équilibre de l'organisation, ITM indique aux franchisés que lesdites sociétés doivent être choisies par préférence pour leur approvisionnement.

A cet égard, les arrêts *Pronuptia* et *Gøttrup-Klim* reconnaissent qu'une telle clause doit être admise lorsqu'elle est nécessaire à la protection de la réputation du réseau ou lorsque l'objectif poursuivi est de ne pas mettre en péril à la fois le bon fonctionnement de la coopérative et sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs.

Par ailleurs, ITM n'interdit pas à ses franchisés d'avoir d'autres fournisseurs mais leur demande de prouver que le produit correspond aux conditions de prix et de qualité propres au réseau. En pratique, ajoute ITM, tous les points de vente disposent de leurs petits fournisseurs "directs" pour l'approvisionnement de certains produits "de proximité" sans que cela ne fasse l'objet d'une censure.

- fixation de prix maxima: la politique de prix bas, qui implique de ne pas dépasser les prix maxima fixés par le réseau, est également une caractéristique du réseau ITM.

La S.A. ITM précise que la détermination de prix maxima dans les relations verticales entre entreprises ne constitue pas une restriction de concurrence interdite par l'article 81 § 1 CE. La concurrence joue pour la fixation de prix moindres et non plus élevés. En conséquence, les prix maxima sont considérés comme pro-concurrentiels. Le franchisé est libre de fixer ses prix au niveau souhaité, tout en respectant le prix maximum, et donc de concurrencer les autres franchisés à l'intérieur du réseau. Les franchisés conviennent de ne pas réaliser un bénéfice excessif au détriment des

consommateurs. La S.A. ITM a encore précisé qu'en pratique, les prix maxima sont plutôt des prix conseillés qui ne sont pas respectés de façon uniforme, sans qu'aucune sanction ne soit prise.

- caution solidaire: la philosophie du contrat de franchise est de promouvoir l'initiative privée tout en faisant bénéficier les franchisés des atouts d'une enseigne et d'un savoir-faire. A ce titre, ils s'engagent personnellement vis-à-vis du réseau et des tiers. Il s'agit d'une disposition contractuelle à laquelle le franchisé a librement souscrit lors de la conclusion du contrat.

- interdépendance: La S.A. ITM rappelle qu'un système de franchise repose par définition sur l'idée de l'interdépendance entre les franchisés qui partagent la même enseigne afin de conserver une certaine harmonie au sein du réseau qui lui donne son identité. ITM précise qu'il n'y a pas dans les principes du contrat d'adhésion, de restriction de concurrence qui irait au-delà de ce qui est indispensable pour assurer le bon fonctionnement de la franchise.

- sanctions discrétionnaires: La S.A. ITM affirme que les sanctions visées aux contrats d'adhésion et d'enseigne sont conformes au droit réservé au franchiseur de "prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne." Dans ce sens, il est constant que sont admissibles les obligations imposées à des revendeurs de coopérer au développement du réseau, et de se conformer aux méthodes commerciales mises au point par le franchiseur. Il ne s'agit pas d'une infraction à l'article 2 de la loi, mais bien d'une obligation strictement contractuelle qui lie le signataire du contrat et qui entraîne la rupture de ce dernier lorsqu'elle n'est pas respectée.

La S.A. ITM signale en outre que l'objet de la présente procédure est sinon identique, au moins similaire aux procédures judiciaires qui ont été menées entre les parties.

VIII. En droit

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 de la loi sur la protection de la concurrence économique puissent être prononcées par le président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies:

1. l'existence d'une plainte faisant l'objet d'une instruction;
2. l'existence prima facie d'une infraction à la loi;
3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef de la demanderesse ou de nature à nuire à l'intérêt économique général.

1. Existence d'une plainte faisant l'objet d'une instruction

Une plainte a été déposée par la S.A. Interdamo contre les S.A. ITM Belgium et SCA Produits régionaux le 18 janvier 2002 et a été enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-P/K-02/0007.

Le plaignant est une entreprise au sens de l'article 1er a) de la loi, qui justifiait d'un intérêt direct et actuel au moment du dépôt de la plainte et de la demande en mesures provisoires. En effet, en tant que membre du Réseau de franchisés mis sur pied par la S.A. ITM Belgium et ses filiales, il considère avoir été préjudicié par la mise en place d'une entente prohibée par l'article 2 de la loi au moyen de ces contrats d'adhésion et d'enseigne. Ceux-ci contiendraient des dispositions qui auraient pour objet de limiter la politique commerciale, non seulement de l'intéressé, mais également des autres adhérents.

La S.A. Interdamo affirme en outre connaître des difficultés importantes depuis le 28 novembre 2001 suite à l'interdiction faite à son administrateur délégué d'assister à une réunion mensuelle des franchisés au siège d'ITM. Ces difficultés résultent, selon le demandeur en mesures provisoires, de

l'absence de transmission par ITM d'informations importantes et nécessaires au fonctionnement de son point de vente (tels les prix d'une série de marchandises) et des horaires de livraison non respectés.

La S.A. ITM conteste la recevabilité de la présente demande au motif que des procédures parallèles ont été introduites devant les juridictions de l'Ordre judiciaire et les autorités nationales de concurrence concernant un litige et des questions qui semblent être sinon identiques, du moins similaires.

L'existence de telles procédures concomitantes ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence et de son Président dans la mesure où ni la chose demandée, ni la loi invoquée, ni les parties en présence ne sont les mêmes: les actions se meuvent sur des plans différents qui ne se recoupent pas (Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 1989-1990, n° 1282/1, pp. 33,34).

Diverses décisions en mesures provisoires prononcées conformément à l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique explicitent pourquoi le risque de contradiction n'existe pas dès lors que les motifs des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux d'une part, et par le Conseil d'autre part sont nécessairement différents. La loi sur la protection de la concurrence économique est seule susceptible de fonder une décision du Conseil de la concurrence et de son président.

Le président du Conseil de la concurrence peut ainsi en vertu de l'article 35 de la loi prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet d'une instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général et ce, nonobstant l'existence d'éventuelles procédures ou décisions judiciaires.

Si dans le cadre des procédures menées en parallèle le dispositif de la demande formée par Interdamo est similaire, l'intervention du Conseil de la concurrence - et de son président dans le cadre des mesures provisoires -se situe dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et de protection de la concurrence économique et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations particulières ou consacrant le droit d'une partie.

Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du Conseil qui doivent être publiées au Moniteur belge en vertu de l'article 41 de la loi, à la différence des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux de l'Ordre Judiciaire.

En outre, le (président du) Conseil lorsqu'il est appelé à statuer sur l'objet particulier relevant de sa compétence, dispose notamment du rapport motivé du Corps des Rapporteurs rédigé au terme d'une enquête approfondie sur l'existence éventuelle d'une violation des règles de la concurrence économique, ce dont les juridictions de l'Ordre Judiciaire appelées à se prononcer sur d'éventuelles violations de droits subjectifs, ne disposent pas.

S'agissant de juridictions appartenant à des ordres distincts, les compétences matérielles ne se recoupent pas et les décisions ont une portée fondamentalement différente.

La demande de mesures provisoires introduite par la S.A. Interdamo est par conséquent recevable.

2. Existence prima facie d'une infraction à la loi (article 2)

Compte tenu de la spécificité de la procédure prévue par l'article 35 LPCE, il convient de vérifier si sur base des éléments du dossier d'instruction dont on dispose, il existe prima facie une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique. L'infraction dénoncée doit ainsi avoir un caractère vraisemblable: il n'est toutefois pas nécessaire à ce stade de la procédure d'établir l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence avec le même degré de certitude que celui requis pour une décision au fond.

L'examen du dossier d'instruction et des pièces de la procédure révèle que la S.A. Interdamo se contente d'invoquer des griefs et d'avancer des affirmations sans apporter d'éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction *prima facie* à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Cette partie demanderesse en mesures provisoires n'a en outre pas estimé devoir comparaître aux audiences du Conseil de la concurrence pour étayer ses accusations et a même fait savoir par fax le jour de l'audience fixée pour lui permettre de développer ses griefs qu'elle ne comptait pas poursuivre sa demande en mesures provisoires.

Force est par ailleurs de constater que la S.A. ITM a produit des pièces (et notamment des publicités d'adhérents dont celles émanant du demandeur en mesures provisoires), démontrant sur base des éléments actuels du dossier que ces griefs ne sont pas pertinents.

Rien ne permettant, à ce stade, de conclure à l'existence d'une infraction *prima facie*, il y a lieu de constater l'absence de fondement de la demande de mesures provisoires déposée par la S.A. Interdamo.

Etant donné qu'une des conditions de l'octroi des mesures provisoires fait défaut, il n'y a aucun intérêt à examiner celles relatives au préjudice grave et irréparable, et à l'urgence ou celle visant à vérifier si l'intérêt économique général n'est pas lésé.

PAR CES MOTIFS

Nous, Patrick DE WOLF, vice-président du Conseil de la concurrence faisant fonction de président,

Déclarons la demande de mesures provisoires déposée par la S.A. Interdamo et enregistrée sous la référence CONC-V/M-02/0008 recevable mais non fondée ;

Ainsi décidé le 13 juin 2002