

S o m m a i r e

2 Projet de règlement et de lignes directrices de la Commission européenne sur les accords verticaux: vers un nouveau droit de la concurrence plus restrictif avec cependant quelques ouvertures significatives

*Jean-Christophe Grall
et Nathalia Kouchnir-Cargill*

11 Publication d'un projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

Thomas Lamy

13 Dénigrement: l'Autorité de la concurrence procède à d'intéressants rappels...

Thomas Lamy

15 Produits défectueux: défaut et causalité

Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

17 Quelles actions pour les propriétaires de marques désignant des produits de luxe face aux indélicatesses de leurs licenciés? Un soutien de la CJCE

Emmanuelle Laur-Pouëdras

20 Nouvelles règles pour les annonces de réduction de prix: Publication de la circulaire d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008

Eléonore Camilleri

22 Quelques informations



Projet de règlement et de lignes directrices de la Commission européenne sur les accords verticaux: vers un nouveau droit de la concurrence plus restrictif avec cependant quelques ouvertures significatives*

Par Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Les 22 et 28 juillet 2009, la Commission Européenne a esquisqué le futur cadre réglementaire concernant la concurrence dans le secteur automobile, en premier lieu, et dessiné de manière beaucoup plus générale cette fois, le nouvel environnement juridique qu'elle envisage pour l'ensemble des restrictions verticales de concurrence et à ce titre, bien entendu, les contrats de distribution, en rendant public son paquet « *restrictions verticales* », en second lieu.

Ce faisant, l'objectif de la Commission est à la fois de clôturer sa procédure de concertation en soumettant ses projets de texte à consultation publique jusqu'au 28 septembre 2009 et de préparer les opérateurs économiques aux nouvelles dispositions qui seront applicables lors de l'expiration du règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999.

A cette date, soit le 31 mai 2010, entrera en effet en vigueur le nouveau règlement communautaire sur les restrictions verticales, accompagné des traditionnelles lignes directrices de la Commission destinées, ainsi que celle-ci le précise elle-même, à « *aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence communautaires* ».

Le nouveau règlement et les lignes directrices qui l'accompagneront, devraient être certes assez proches de ceux connus aujourd'hui mais avec des nouveautés sensibles pour les praticiens du droit de la concurrence et pour les entreprises dont les conditions de validité des accords verticaux, de distribution notamment, vont évoluer notablement sur certains aspects.

Le 31 mai 2010, devrait prendre fin également le règlement automobile CE n° 1400/2002, bien que la Commission souhaite en définitive proroger la durée de ce règlement de deux années ; en revanche, une application immédiate du nouveau règlement communautaire général sur les restrictions verticales au marché dit de l'après-vente (distribution de pièces de rechange, service après-vente et réparation), sur lequel la concurrence apparaît manifestement moins vive, est envisagée.

Aussi bien, le 1^{er} juin 2010, nous devrions avoir en matière de restrictions verticales de concurrence, les deux catégories de dispositions réglementaires suivantes :

- un règlement général s'appliquant de manière homogène à l'ensemble des restrictions verticales, en ce compris le secteur automobile pour ce qui concerne l'après-vente (réparation et pièces de rechange);

et,

- un règlement non modifié pour le marché primaire couvrant la vente de véhicules neufs, qui serait maintenu pour une durée de deux années avant que ne bascule dans la sphère d'attraction du règlement général sur les restrictions verticales l'ensemble du marché automobile, certes avec, sans nul doute à entendre les fonctionnaires communautaires en charge de ce dossier et à lire les communications de la Commission, des dispositions spécifiques qui prendraient la forme d'une communication sectorielle ou d'un règlement sectoriel venant se raccrocher au règlement général.

Dans ce contexte, quelles sont les lignes de force qui animent les projets proposés par la Commission Européenne en ce qui concerne principalement le projet de révision du règlement communautaire général ?

Voici les principales innovations des projets publiés à ce jour par la Commission :

I. PRÉSENTATION DU FUTUR CADRE DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE À L'HORIZON DU 1^{ER} JUIN 2010

En prenant connaissance du projet de règlement communautaire et de lignes directrices sur les accords de fourniture et de distribution, force est de constater que le droit communautaire de la distribution ne devrait pas être bouleversé.

Il ne s'agit incontestablement pas d'un séisme dans les règles applicables aux restrictions verticales.

On avait envisagé, et même craint, de possibles bouleversements sur des questions sensibles telles que la vente sur Internet ou la distribution exclusive mais c'est à un statu quo que l'on assiste, même si les lignes directrices de la Commission apportent des précisions, tantôt dans le sens d'infléchissements notables, tantôt dans le sens d'une plus grande rigueur, précisions que nous commenterons ci-après.

*Ce commentaire est disponible en anglais !

La véritable innovation du règlement n'était finalement pas attendue et consiste en la prise en compte désormais du pouvoir d'achat de l'acheteur, c'est-à-dire le plus souvent du distributeur.

Là où on attendait (ou souhaitait) de la souplesse dans la prise en compte des seuils de part de marché, on trouve une importante exigence supplémentaire pour le bénéfice de l'exemption par catégorie, à savoir que la part de marché de l'acheteur soit inférieure à 30%. Un certain nombre d'accords va donc perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie de ce seul fait, alors même que d'aucuns souhaitaient à l'inverse voir augmenter le seuil de part de marché du fournisseur, plus particulièrement en matière de distribution sélective.

Nous résumerons ci-après les principaux points de cette nouvelle donne.

I.1. Les principales innovations annoncées par la Commission Européenne

I.1.1. Instauration d'un double seuil de part de marché

On se souvient que l'article 3 actuel précise que l'exemption catégorielle ne s'applique qu'à la condition que la part de marché détenue par le **fournisseur** ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels.

C'est seulement dans les accords dits de « *fourniture exclusive* », c'est à dire ceux imposant au fournisseur de ne vendre qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté, qu'est prise en compte la part du marché détenue par l'acheteur, laquelle ne doit pas dépasser 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels.

Or, la Commission considère que deux tendances majeures ont marqué la décennie qui a suivi l'entrée en vigueur des règles actuelles, à savoir non seulement les ventes sur Internet, ce qui sera envisagé dans un second temps (voir I.1.2.) mais aussi l'augmentation constante de la puissance d'achat de la grande distribution.

C'est pourquoi et afin de tenir compte de cette évolution sensible, la Commission propose de n'octroyer le bénéfice de l'exemption catégorielle qu'aux accords conclus entre un fournisseur et un acheteur ou distributeur dont les parts de marché respectives ne dépassent pas 30%.

L'article 3 du projet de règlement est ainsi rédigé :

« *L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par chacune des entreprises parties à l'accord ne dépasse pas 30% de tout marché en cause affecté par l'accord.* »

La modification qui doit ainsi être apportée à l'article 3 du règlement communautaire, par création de ce nouvel article 3 spécifiquement dédié aux

« *seuils de part de marché* », constitue une innovation majeure dans la politique de concurrence, dès lors que, quelle que soit la restriction verticale en cause, il sera nécessaire que chacune des entreprises parties à l'accord ne dépasse pas 30 % de part de marché.

➔ **Seule la situation dans laquelle la part de marché de l'un et de l'autre serait inférieure à 30 % pourrait bénéficier de l'exemption catégorielle !**

Pour être convaincu de cette ferme volonté de modification de la Commission Européenne, il suffit de prendre connaissance des lignes directrices et notamment des points suivants relatifs aux seuils de part de marché :

- Point 83 :

« *En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, ce sont les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur qui déterminent l'application de l'exemption par catégorie. Pour que le règlement d'exemption par catégorie s'applique, la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur et la part de marché de l'acheteur sur le ou les marchés sur lesquels il (re)vend les biens contractuels ne peuvent excéder 30 %* » ;

- Point 86 :

« *Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade du commerce différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, que leurs parts de marché ne dépassent pas le seuil de 30 %. Par exemple, si un accord conclu entre un fabricant, un grossiste (ou une association de détaillants) et un détaillant prévoit une obligation de non-concurrence, la part de marché du fabricant, celle du grossiste (ou de l'association de détaillants) et celle du détaillant sur leurs marchés en aval respectifs ne doivent pas dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie* » ;

- Point 106 :

« *L'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement les quatre étapes suivantes:*

- (1) *Tout d'abord, les entreprises considérées doivent établir les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur les marchés sur lesquels les biens contractuels sont (re)vendus.*
- (2) *Si la part de marché en cause, tant du fournisseur que de l'acheteur, ne dépasse pas le seuil de 30 %, l'accord vertical bénéficie de l'exemption par catégorie, sous réserve de ne contenir aucune des restrictions caractérisées visées par le règlement et de satisfaire aux autres conditions fixées par ce règlement.*

- (3) *Si la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 % pour le fournisseur et/ou l'acheteur, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 81, paragraphe 1.*
- (4) *Si l'accord vertical relève de l'article 81, paragraphe 1, il y a alors lieu d'examiner s'il remplit les conditions d'exemption prévues à l'article 81, paragraphe 3 » ;*
- Point 148 (consacré à la distribution exclusive) :

« La distribution exclusive bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que les parts de marché du fournisseur **et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %**, même si elles sont associées à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, l'imposition de quotas ou l'achat exclusif. La combinaison de la distribution exclusive avec la distribution selective ne bénéficie de l'exemption par catégorie que si les ventes actives vers d'autres territoires ne sont pas limitées. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier au cas par cas la distribution exclusive ».

- Point 153 (consacré à la puissance d'achat) :

« ***La "puissance d'achat" peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par des acheteurs importants, éventuellement situés sur d'autres territoires, à un ou plusieurs fournisseurs.*** ».

On voit ici très clairement la volonté marquée de la Commission d'intégrer à son raisonnement économique la puissance d'achat, et notamment celle acquise par la grande distribution au gré, car cela n'a pas échappé aux autorités communautaires de concurrence, des concentrations intervenues au cours des dix dernières années entre les grands distributeurs notamment alimentaires, concentrations ayant mené à la création de supers centrales de référencement dont la puissance d'achat est colossale telles que Coopernic, regroupant les groupements Galec (France), Rewe (Allemagne), Colruydt (Belgique), Conad (Suisse) et Coop Italia (Italie).

C'est d'ailleurs la crainte des effets anticoncurrentiels induits par cette situation qui amène la Commission, sous les nouveaux paragraphes 199 à 204 de ses lignes directrices, à évoquer la question des « *redevances d'accès initial au linéaire* », en visant ni plus ni moins que les primes de référencement permettant à un fournisseur d'accéder aux linéaires de la grande distribution :

« ***(199) Les redevances d'accès initial sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation***

verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder au réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes de référencement¹, les redevances dites "de maintien" ("pay-to-stay fees")², les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc. Les redevances d'accès initial bénéficient d'une exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur leurs marchés en aval respectifs n'excèdent pas 30 %. Lorsque ce seuil de part de marché est dépassé, les critères suivants sont utilisés pour apprécier les redevances d'accès initial au cas par cas.

(200) Les redevances d'accès initial peuvent conduire à une éviction anticoncurrentielle des autres distributeurs, en particulier lorsqu'elles incitent le fournisseur à écouter ses produits par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs. Dans ce cas, les redevances d'accès initial peuvent avoir le même effet d'éviction en aval qu'une obligation de type fourniture exclusive. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue en s'inspirant de celle des obligations de fourniture exclusive (voir en particulier les points 190 à 195).

(201) Les redevances d'accès initial peuvent aussi conduire à une éviction anticoncurrentielle des autres fournisseurs si leur utilisation répandue renforce les barrières à l'entrée que doivent surmonter les nouveaux entrants de petite taille. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue en s'inspirant de celle des obligations de monomarquisme (voir en particulier les points 128 à 137).

(202) Outre les effets d'éviction possibles, les redevances d'accès initial pourraient faciliter la collusion entre distributeurs. Ces redevances sont susceptibles d'augmenter le prix pratiqué par le fournisseur pour les produits contractuels, dans la mesure où ce dernier doit couvrir les dépenses liées à ces redevances. Des prix supérieurs au niveau du fournisseur peuvent limiter l'intérêt des détaillants à se faire concurrence par les prix sur le marché en aval, alors que les bénéfices des distributeurs augmentent du fait des redevances d'accès. Cette collusion entre distributeurs par l'utilisation cumulative des redevances d'accès initial ne peut normalement exister que si le marché de la distribution est concentré.

¹ Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leur linéaire.

² Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit sur un linéaire.

(203) Toutefois, l'utilisation des redevances d'accès initial peut, dans de nombreux cas, contribuer efficacement à l'attribution de linéaire aux nouveaux produits. Les distributeurs sont souvent moins bien informés que les fournisseurs quant au potentiel de succès de nouveaux produits à lancer sur le marché et, de ce fait, la quantité de produits à stocker peut être sous-optimale. Les redevances d'accès initial peuvent être utilisées pour réduire cette asymétrie en termes d'information entre les fournisseurs et les distributeurs, en permettant explicitement aux fournisseurs de se faire concurrence pour obtenir de l'espace sur les linéaires. Le distributeur est ainsi averti des produits qui sont les plus susceptibles d'avoir du succès, car un fournisseur n'acceptera normalement de payer une redevance d'accès initial que s'il estime que la probabilité d'échec du lancement de son produit est faible.

(204) En outre, en raison de l'asymétrie des informations susmentionnée, les fournisseurs peuvent être incités à détourner à leur profit les efforts promotionnels des distributeurs pour lancer sur le marché des produits sous-optimaux. Si un produit ne rencontre pas de succès, les distributeurs paieront une partie des coûts de l'échec. Le recours à des redevances d'accès initial peut empêcher ce type de détournement en réorientant le risque d'échec du produit vers les fournisseurs, ce qui contribue à un taux d'introduction de nouveaux produits optimal ».

En tout état de cause, la création de ce double seuil exprimé en parts de marché détenues par le fournisseur, d'un côté, et le distributeur, de l'autre, va rendre d'autant plus difficile l'auto-évaluation des restrictions verticales contenues dans les contrats de distribution, car un fournisseur mettant en place un réseau de distribution, ou possédant d'ores et déjà ce réseau de distribution, ce qui est généralement le cas, devra évaluer non seulement sa part de marché, mais également celle détenue par son/ses distributeur(s), sur leur propre marché, ce qui ne sera pas aisément, instillant dès lors un doute sur la compatibilité de son accord avec le droit communautaire de la concurrence.

Cette insécurité juridique nous apparaît contraire à l'objectif que se fixe la Commission qui est justement d'accroître cette sécurité juridique, dès lors que l'approche souhaitée par la Commission Européenne à la fin des années 1990, avec le règlement n°2790/99, était fondée sur les effets économiques lors de l'évaluation des restrictions verticales ; de tels objectifs et préoccupations doivent, bien entendu, rester d'actualité !

Il faut bien voir également que de par l'application stricte de cette double part de marché qui serait instaurée, des accords qui, aujourd'hui, bénéficient de l'exemption catégorielle dans le cadre du règlement 2790/99 se retrouveraient ipso facto

hors du champ d'application de l'exemption, créant ainsi un risque de condamnation pour les entreprises parties à ces accords ; on serait dès lors très loin du « self harbour » que doit instaurer tout règlement d'exemption par catégorie.

Dans cette hypothèse, il faudrait alors passer l'épreuve délicate du bilan concurrentiel afin de rechercher le bénéfice d'une exemption individuelle selon les critères posés en droit communautaire par l'article 81§3 du Traité CE.

Or, on sait qu'apporter la preuve de ces éléments pro-concurrentiels est très difficile et notamment la démonstration de l'existence de gains d'efficience. Les parties en cause devront donc souvent renoncer aux restrictions verticales figurant dans leur contrat, voire revoir le schéma économique de distribution de leurs produits.

Dans ce cadre, une durée dite de transition leur sera-t-elle laissée pour s'adapter aux nouvelles dispositions communautaires ?

Les nouvelles dispositions s'appliqueront-elles immédiatement, tel un couperet ?

Il faut bien voir en effet que dans les situations suivantes, l'accord de distribution sortirait de l'exemption par catégorie :

- **Situation A**: le fournisseur dispose d'une part de marché de 30 % et le distributeur d'une part de marché inférieure à 30 % ;
- **Situation B**: le fournisseur et le distributeur détiennent une part de marché supérieure à 30 % ;
- **Situation C**: le fournisseur détient une part de marché inférieure à 30 % mais le distributeur bénéficie d'une part de marché supérieure à 30 %.

Et ce, quel que soit le type de réseau de distribution mis en place :

- Distribution exclusive ;
- Approvisionnement exclusif ;
- Distribution sélective ;
- Franchise.

I.1.2. La distribution sur Internet

Lors de la table ronde réunissant les représentants des consommateurs et de l'industrie afin de réfléchir à la question des opportunités et freins au développement du commerce électronique en Europe, dont les travaux ont été mis en ligne le 26 mai 2009, les opérateurs économiques avaient bien compris la volonté de la Commission de lever les principales restrictions connues aujourd'hui à l'utilisation dite de l'Internet.

La Commission avait notamment interrogé le groupe de travail sur l'opportunité du maintien de la distinction entre ventes actives et ventes passives dans un réseau de distribution exclusif lorsqu'il s'agit de commerce en ligne et soulevé clairement la question des blocages inhérents au

système de distribution sélective en posant plusieurs questions révélatrices :

- Comment s'assurer que les critères imposés pour la vente en ligne dans les réseaux de distribution sélective ne seront pas comparativement plus sévères que ceux qui sont posés pour les magasins physiques ?
- Comment s'assurer que les systèmes de distribution sélective et leurs limitations subséquentes des ventes sur Internet ne concerteront pas des produits qui ne justifient pas le recours à un tel système de distribution ?
- Comment s'assurer que les systèmes de distribution sélective ne bloqueront pas le développement de nouvelles méthodes de distribution ?
- Est-il de l'intérêt des consommateurs qu'un fournisseur pose comme critère d'agrément l'existence d'un magasin physique ou d'un show room où le produit pourra être testé ou essayé, ce qui exclut les distributeurs exclusivement Internet ?

Il avait été alors craint que la Commission ne s'en-gouffre dans une voie de libéralisation excessive, en tentant de supprimer tous les freins au commerce sur Internet.

Mais la crise est passée par là et la Commission a manifestement opté pour une certaine prudence.

Rappelons les conclusions de la Commission lors de cette table ronde :

« B) Online retailing of goods

(105) *There is a consensus that online sales provide all businesses – including car and luxury industries - with huge commercial opportunities and consumers with huge opportunities for access to a wider range of goods at attractive prices. So the Internet is a new route to the consumer, complementary to other channels.*

(106) *There is no consensus in relation to business practices which limit online distribution. On the one hand, eBay and Which claim that manufacturers of luxury and more common branded goods unduly hinder the online sales of their selected dealers and that there is a need for an increased level of enforcement action. On the other hand, LVMH argues that the limitations inherent to selective distribution - such as the exclusion from the distribution network of the "internet only" players or the prohibition on selected dealers to use platforms such as eBay – are demand enhancing. Fiat defends a similar view since it argues that a company should be free to choose the mode of distribution that it regards as the most appropriate and it sees little scope for regulatory intervention.*

(107) *There is also consensus that online piracy and counterfeiting is a corrosive factor*

which limits further development of online retailing. It is obvious that effective authentication of the goods is helpful for free and unrestricted opportunities for online distribution.

(108) *Finally, despite significant growth, businesses and consumers engaging in online sales continue to face important regulatory barriers such as, for instance, the rules on IP rights and consumer protection.*

(109) *As far as the business practices are concerned - and more particularly the points where the participants strongly disagree - their views and submissions so as those of the third parties who participated in the public consultation will be assessed in the context of the ongoing review of the legal regime of vertical restraints (the Block Exemption Regulation and Guidelines on vertical restraints).*

(110) *On the regulatory side to tackle piracy and counterfeiting, eBay stressed in its submission that "stakeholders need to cooperate in their efforts to fight counterfeits" and gave some examples of cooperation with manufacturers³.*

(111) *LVMH had also mentioned during the meeting that there are some available technologies which might help platforms such as eBay to fight online counterfeiting. Cooperation between stakeholders is possible and can clearly help to enhance online sales. During the meeting it was announced that the two companies would hold bilateral discussions subsequently».*

Ainsi que la Commission l'a précisé cette fois très clairement lors de la mise en ligne de la consultation publique que nous commentons, il est nécessaire, d'un côté, de préserver la possibilité pour les consommateurs d'acheter des produits à l'étranger à un prix intéressant, ce qu'Internet facilite mais de l'autre, d'éviter que les ventes en ligne ne permettent à certains distributeurs « *Pure Players* » de tirer indûment partie des opérations de commercialisation et de promotion effectuées par des distributeurs exploitant un point de vente physique, forme de parasitisme que la Commission entend contrôler, notamment afin de permettre aux consommateurs de bénéficier de services de meilleure qualité.

Ce qui est certain, c'est que la Commission, à ce stade de sa réflexion, n'a pas modifié le règlement communautaire actuel pour y introduire des dispositions propres à la vente sur Internet !

Ce n'est, en effet, qu'au travers des lignes directrices que l'on constate la volonté, encore une fois très marquée, de la Commission Européenne de

⁽³⁾ See the section "Fighting Counterfeits and Empowering Consumers in the 21st Century Market" from the paper "Empowering Consumers by Promoting Access to the 21st Century Market- A Call for Action", p.25.

maintenir la liberté de cette forme de distribution, qui est devenue, force est de le constater, un canal traditionnel de vente.

Et c'est en définitive dans le cadre de la définition des ventes actives et des ventes passives et de la réitération du principe de toute interdiction portant sur les ventes passives que l'on voit particulièrement bien apparaître le nouveau contour de la politique européenne de concurrence dans le domaine de l'Internet :

« (52) Chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à l'accord ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente par internet entraînerait la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs, par exemple. En général, le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active sur ces territoires ou à ces clientèles, car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. La ou les langues utilisées sur le site en question ou dans la communication ne jouent normalement aucun rôle à cet égard.

La Commission considère par exemple les situations suivantes comme des restrictions de ventes passives caractérisées :

- exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou qu'il les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs) ;
- exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif) ;
- exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet ;
- exiger d'un distributeur qu'il paie, pour des produits destinés à être revendus par internet, un prix plus élevé que pour des produits destinés à être revendus autrement⁴.

→ L'approche que suggère la Commission est donc la suivante :

- Les ventes sur Internet résultant d'une démarche commerciale active peuvent faire l'objet d'une restriction de concurrence ;
- Les ventes résultant de la propre initiative du consommateur ne peuvent être l'objet d'aucune restriction de concurrence.

La vente sur Internet n'est pas toutefois entièrement libéralisée, dès lors que la Commission tolèrera certaines restrictions à cette forme de commerce, à savoir :

- Le fournisseur pourra imposer des normes de qualité pour l'utilisation d'un site marchand Internet, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général ; est ici visée en particulier la distribution sélective ;
- Le fournisseur pourra exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition avant de se lancer dans la distribution par Internet (point 54). Est ainsi validée la jurisprudence du Conseil de la Concurrence qui avait autorisé l'exclusion des distributeurs exclusivement Internet des réseaux de distribution sélective plus particulièrement.

Si la Commission envisage par ailleurs qu'une interdiction catégorique de vendre sur Internet peut être autorisée le cas échéant, si elle est « *objectivement nécessaire* », ce qui pouvait laisser penser que dans l'esprit de la Commission, l'interdiction de vendre sur Internet n'était pas une restriction *per se*, les exemples qu'elle cite font immédiatement perdre toute illusion, puisqu'elle n'évoque que le cas de la vente de substances dangereuses. Hors risque pour la sécurité ou la santé, il semble donc très difficile de pouvoir envisager de faire valider une interdiction totale de vendre sur Internet, tentative à laquelle s'est d'ailleurs heurté un laboratoire pharmaceutique, au terme pourtant d'une argumentation sérieuse et convaincante développée par celui-ci devant le Conseil de la concurrence⁵.

Ainsi et ce qui est certain, c'est qu'un fournisseur ne pourra pas se résigner les ventes ou la publicité sur Internet ou déclarer interdites toutes ventes sur Internet !

Mais la Commission offre malgré tout, dans une position manifeste de compromis, quelques assouplissements notables puisque là où elle précise qu'elle considère comme une restriction caractérisée le fait d'*« exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet »* (point 52), elle ajoute en note de bas de page :

« Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au

⁽⁴⁾ *« Cela n'exclut pas que le fournisseur propose à l'acheteur une redevance fixe pour soutenir ses efforts de vente en ligne et hors ligne ».*

⁽⁵⁾ Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 frappée d'appel.

moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son magasin traditionnel, ni ne fait obstacle à ce qu'il s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 57). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée de manière individuelle pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille dans le réseau ou la localisation géographique ».

La Commission n'exclut donc pas qu'un fournisseur puisse chercher à assurer un certain équilibre entre les ventes sur Internet et les ventes en magasin, en cherchant à préserver la cohérence de son réseau. Il n'est cependant pas aisé de saisir où la Commission place précisément le curseur entre l'interdiction de limiter les ventes sur Internet et la possibilité de s'assurer de ventes effectives en magasin, objectifs de vente à l'appui, dans un souci de préservation par le fournisseur de son « *modèle de distribution* ».

Des précisions ne seraient, à cet égard, pas inutiles...

Il aurait d'ailleurs été préférable que la Commission se prononce globalement de manière plus claire sur la vente sur Internet, car finalement, ce n'est qu'au travers de simples lignes directrices, que les autorités nationales de concurrence peuvent certes retenir en tant que guide d'analyse, selon l'expression consacrée par le Conseil de la concurrence (à l'époque), que le sujet est abordé.

Pourquoi, à cet égard, ne pas avoir prévu des dispositions claires, lisibles, dans le règlement lui-même, en consacrant un article, à part entière, au commerce en ligne, puisqu'il s'agit bien là de l'un des circuits de distribution les plus utilisés aujourd'hui par les consommateurs.

Ceci étant dit, la Commission pose par ailleurs une exception très novatrice à l'interdiction de limiter les ventes passives, dont la vente sur Internet, en exposant au point 56 de ses lignes directrices :

« Un distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché, assurant ainsi une véritable mise sur le marché en cause, peut devoir réaliser des investissements substantiels pour créer et/ou développer le nouveau marché, sur lequel il n'existe aucunement aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit lorsqu'il émane d'un certain fabricant. Ces dépenses sont souvent irrécupérables et, dans ces circonstances, il pourrait arriver que le distributeur refuse de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection,

pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs. Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements substantiels pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire considéré ou à la clientèle visée sont donc généralement écartées du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle ».

La Commission considère ainsi que la phase de lancement d'une nouvelle marque ou d'une marque existante sur un nouveau marché peut justifier la protection de territoires contre les ventes passives pendant les deux premières années. Il s'agit là d'un infléchissement notable par lequel la Commission, sortant de ses dogmes des restrictions *per se*, prend en compte la spécificité des phases de lancement et des investissements qui en découlent nécessairement. On aurait aimé qu'elle ajoute que cela vise aussi les nouveaux produits... Attendons la version finale des lignes directrices.

* * *

I.2. Les autres innovations apportées par le projet de règlement communautaire :

- Rachat des restrictions caractérisées de concurrence :

Les lignes directrices précisent au point 47, que les restrictions caractérisées de concurrence définies par l'article 4 du règlement pourront être rachetées au terme d'un bilan concurrentiel ; la présomption d'incompatibilité flagrante de ce type de restriction de concurrence pourrait ainsi devenir plus fragile, la Commission s'imposant à elle-même d'*« apprécier rigoureusement (et non pas simplement de présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence »* des restrictions caractérisées.

- Prix minima imposés :

Les prix minima imposés demeurent toujours fermement interdits.

L'imposition d'un prix minimal ou d'une marge minimale est pourtant depuis longtemps au cœur de nombreuses discussions, de nombreux praticiens ayant espéré que la Commission fasse preuve d'une certaine inflexion dans sa politique.

Ils ont, semble-t-il, été (un peu) entendus. Il est en effet important de noter que les lignes directrices prévoient désormais, au point 221, que *les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence et que bien au contraire, ils peuvent parfois entraîner des gains d'efficience* ; n'est-ce pas là une belle déclaration et une certaine évolution du raisonnement de la

Commission Européenne ? On peut se souvenir à cet égard d'un article écrit par Frédéric Jenny, ancien vice-président du Conseil de la concurrence, dans la revue de l'Ecole des Mines, qui avait d'ores et déjà envisagé des gains d'efficience liés à l'imposition d'un prix.

Mais le sujet était jusqu'ici un peu tabou !

La Commission a désormais ouvert une brèche dans l'intransigeance des raisonnements tenus jusqu'alors tant par elle-même que par les autorités nationales de concurrence.

Citons, de par leur importance, ces dispositions figurant sous le point 221 :

« Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence; ils peuvent parfois entraîner des gains d'efficience, qui seront appréciés conformément à l'article 81, paragraphe 3. Lorsqu'un fabricant lance une nouvelle marque ou entre sur un nouveau marché, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à développer la demande pour le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de promotion et, si les distributeurs sur ce nouveau marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée qui profitera également aux consommateurs. Compte tenu de sa brièveté (2 à 6 semaines, en général), il est possible que cette mesure n'ait même pas d'effet négatif sensible. Occasionnellement, les prix de vente imposés peuvent aussi être utiles pour éviter qu'un distributeur important n'utilise une marque particulière comme produit d'appel. Cette pratique, qui consiste à vendre un produit à perte, profitera dans un premier temps aux consommateurs, mais elle peut aussi, si le produit est déréférencé par les autres détaillants, conduire à une réduction de la concurrence intermarques à plus long terme, au détriment des consommateurs ».

Tout en ouvrant la porte aux prix de vente imposés, la Commission donne cependant par ailleurs un violent coup de griffe à la mécanique fort utilisée des prix conseillés, en considérant que prix maxima et conseillés risquent d'avoir le même effet que des prix de vente imposés, compte tenu de ce qu'ils peuvent fonctionner comme un point de convergence pour les revendeurs, et être ainsi

suivis par la plupart, voire la totalité d'entre eux et être susceptibles de faciliter la collusion entre les fournisseurs (point 223).

On retrouve décrite également sous le même point 223, la troisième branche du faisceau d'indices bien connu en droit des pratiques antitrust, à savoir l'existence d'un mécanisme de contrôle des prix de vente conseillés et l'instauration de mesures de rétorsion dans l'hypothèse où les distributeurs ne respecteraient pas les prix conseillés communiqués ou évoqués.

La Commission envisage aussi le phénomène de double marginalisation lorsqu'il s'agit de prix de vente maxima, la communication d'un prix de vente maximum devant permettre d'éviter la pratique dite de la « *double marge* » (point 103).

Cette évolution de la politique communautaire de concurrence interdisant les prix imposés doit être resituée dans le contexte issu de l'arrêt Leegin (Leegin Creative Leather Products Inc. vs PSKS Inc. – 127 S. Ct 2705 (2007)) qui a défrayé les chroniques de droit de la concurrence au cours de l'année 2008, la Cour suprême des Etats-Unis ayant en effet fait application de la règle de raison (i.e. l'article 81-3 TCE en droit communautaire) dont le principal impact en droit de la concurrence se retrouve dans la nécessité de devoir démontrer que le fournisseur dispose d'un pouvoir de marché sur le marché pertinent sur lequel il évolue.

Ainsi, en l'absence de pouvoir de marché, il serait possible pour le fournisseur de fixer un prix de vente minimal à ses distributeurs ; c'est ce que le droit antitrust, issu de différentes décisions prononcées aux Etats-Unis, nous démontre :

“Antitrust law assumes that ‘[w]ithout market power, a firm cannot have an adverse effect on competition’⁶. Any effort by a firm in a competitive market to anti-competitively raise prices would just lead ‘consumers [to] shop around to find a rival offering a better deal’⁷.

The market power requirement will greatly limit the scope of liability for RPM (Resale Price Maintenance) policies adopted by manufacturers. Most consumer goods companies, companies like the Leegin corporation, simply do not have market power. Leegin sells belts, shoes, purses, sunglasses and similar women’s accessories for which there are literally countless substitutes. By any reasonable measure, Leegin is a tiny player in an enormously competitive market and has a market share of a few percentage points or less. Nonetheless, prior to the Leegin decision, the company had been found liable for treble damages because the Dr Miles per se rule ignored market power.”

⁽⁶⁾ Ezzo's Inv Inc v Royal Beauty Supply Inc, 243 F.3d 980, 988 (6th Cir. 2001)

⁽⁷⁾ Murrow Furniture Galleries Inc v Thomasville Furniture Indus Inc, 889 F.2d 524, 528 (4th Cir. 1989).

La Commission Européenne n'en est pas encore là et si la porte est très légèrement entr'ouverte, attention car l'angle d'ouverture est très étroit et il sera facile de se faire pincer les doigts !

I.3. Les autres points à noter dans le projet de règlement

- Les accords de sous-traitance continuent à ne pas être visés par le règlement :

La Commission souhaite en effet maintenir sa position qui est de soumettre ces contrats à l'interprétation qui en est donnée par sa Communication concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 81 § 1 du TCE⁸.

Les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre qui lui fournit une technologie ou un équipement spécifique, ne sont généralement pas visés par l'article 81 § 1, pour autant que la technologie et l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits.

Cependant, certaines limitations aux restrictions imposées aux sous-traitants, telle qu'une obligation de ne pas exploiter les résultats de ses propres travaux de recherche et développement ou le fait de réserver sa production au donneur d'ordre peut relever de l'article 81 § 1 du TCE (point 22).

- Les contrats d'agence : des précisions utiles

Les vrais contrats d'agent échappent au droit des ententes, pour autant que l'agent soit une personne physique ou morale agissant au nom et pour le compte de son mandant, voire en son nom propre mais toujours au nom de son commettant et qu'il ne supporte aucun risque commercial ou financier en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné (point 13).

De manière générale, le facteur déterminant induisant la soumission du contrat d'agent au droit des ententes est ainsi le risque commercial ou financier que supporte l'agent commercial ou le commissionnaire, lequel doit rester négligeable.

La Commission ne change pas sa position sur ce point mais ajoute certains critères exclusifs du droit des ententes, telle que l'absence d'exploitation d'un service après-vente, de réparation ou de garantie, à moins que le service en cause soit intégralement remboursé par le mandant / commettant ou qu'il ne soit pas indispensable pour vendre ou acheter les biens en cause (points 14 et 16).

On se remémorera à cet égard la décision récente rendue par l'Autorité de la concurrence le 30 juin 2009 dans le secteur de la distribution de prêt-à-porter féminin.

⁸) JOC 1 du 3 janvier 1979.

II. LE SECTEUR AUTOMOBILE

Ainsi qu'indiqué en introduction, deux régimes devraient donc exister à compter du 1^{er} juin 2010 :

- ➔ Pour le secteur primaire couvrant la distribution de véhicules neufs, le règlement actuel 1400/2002 devrait donc être conservé en l'état pendant une période de deux années, afin de garantir au secteur automobile une « sécurité juridique et une prévisibilité quant au futur régime de concurrence, à plus forte raison en ces temps de crise ».

A l'issue de cette période, la Commission se propose d'aligner purement et simplement les règles applicables au marché primaire sur les règles générales en vigueur pour l'ensemble des accords verticaux, telles que celles-ci ressortiront du futur règlement d'exemption catégorielle s'appliquant à l'ensemble des restrictions verticales de concurrence, avec l'introduction de quelques garde-fous, sous la forme de lignes directrices dont l'objectif sera d'éviter toute exclusion possible de nouveaux entrants, l'imposition de prix (« discipline tarifaire »), la segmentation du marché résultant de la protection territoriale ou des obstacles aux ventes transfrontalières.

La volonté de la Commission est d'assurer une transition harmonieuse entre le régime actuel issu d'un règlement spécifique, s'inscrivant dans une longue lignée historique (Cf. règlement 123/85 puis 1475/95 et enfin 1400/2002) et le régime général.

- ➔ S'agissant du marché dit de l'après-vente (distribution de pièces détachées et réparations), le règlement général d'exemption catégorielle s'appliquera dès le 1^{er} juin 2010, avec l'ajout de lignes directrices sectorielles, voire un règlement sectoriel d'exemption qui viendrait en annexe du règlement actuel ou qui serait autonome de ce dernier.

Il est intéressant, à ce titre, de prendre connaissance des conclusions du rapport d'analyse d'impact rendu public par la Commission Européenne.

* * *

Les mois qui viennent s'annoncent ainsi très riches en réflexion sur l'évolution de la réglementation communautaire de la concurrence en matière d'accords verticaux ; en tant que membre du réseau européen d'avocats en droit de la concurrence, **Antitrust Alliance**, nous entendons nous montrer très actifs, en étant étroitement associés à la révision de ces deux règlements.

Nous demeurons et demeurerons attentifs à vos réactions et propositions de modification, souhaitant organiser dans les prochaines semaines un **Petit-déjeuner concurrence** consacré à l'évolution de ces règlements.

Nous ne manquerons pas de vous tenir informés de la date de ce **Petit-déjeuner**.





Publication d'un projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

Par Thomas Lamy

Désormais en charge du contrôle des concentrations à la suite de la réforme introduite par la loi « LME » du 4 août 2008, l'Autorité de la concurrence a mis en ligne, le 9 juillet dernier, un projet de nouvelles lignes directrices susceptibles d'éclairer les parties prenantes à ce sujet.

Ainsi, les personnes intéressées peuvent, dans le cadre de la consultation publique organisée jusqu'au 24 septembre 2009, adresser à l'Autorité de la concurrence leurs observations, par voie postale ou par courrier électronique.

Ce projet, dont il n'est bien entendu pas question de faire ici l'exégèse détaillée, paraît fort intéressant dès lors que, de l'aveu même de l'Autorité de la concurrence⁹, il s'agit de constituer « *un guide à vocation pédagogique à destination des entreprises* ».

De manière générale, la lecture du projet se distingue des précédentes lignes directrices de la DGCCRF¹⁰ par son caractère résolument plus directif, et peut-être aussi par le fait que l'Autorité de la concurrence paraîsse vouloir, une bonne fois pour toutes, poser, en quelque sorte, « *les règles du jeu* » du contrôle des concentrations, là où la DGCCRF adoptait dans ses propres publications une attitude plus mesurée.

Notamment, le préambule du document publié par la DGCCRF comportait un avertissement encadré, qui précisait que les lignes directrices étaient « *dépourvues par elles-mêmes de toute portée normative* » : par opposition, le projet publié par l'Autorité de la concurrence indique que le guide qu'elle entend fournir aux entreprises « *constitue, pour l'Autorité, une directive opposable aux entreprises et invocable par elles* »¹¹.

Cette formulation paraît des plus importantes dès lors que, par ailleurs, le projet de lignes directrices trahit indubitablement le souci de l'Autorité de la concurrence de rendre le principe même du contrôle des concentrations plus légitime aux yeux des entreprises. A ce propos, il est symptomatique de relever, au paragraphe 4 du projet, la précision donnée par l'Autorité que « *de 2000 à 2008, 94 % des concentrations dont l'autorité nationale de concurrence a examiné le bilan concurrentiel ont été autorisées sans condition* ». De là à conclure, en faisant un peu de mauvais esprit que, dans 94 %

des cas, le contrôle des concentrations se serait avéré inutile, il n'y aurait qu'un pas : dans ces conditions, il est fort appréciable que l'Autorité de la concurrence ait cherché à faciliter la vie des entreprises, ce qui lui permet, par voie de conséquence indirecte, d'éviter la critique de perturbation induite de la vie économique ; pour la petite histoire, on rappellera que jusqu'au début de l'année 2002, le contrôle des concentrations, en France, était facultatif ...

* * *

Sur le fond, on relèvera plus particulièrement trois des lignes de force du projet mis en ligne par l'Autorité de la concurrence :

- **Tout d'abord, et bien évidemment, ces nouvelles lignes directrices intègrent les modernisations du droit introduites par la loi « LME » du 4 août 2008 s'agissant, notamment, des seuils réduits de notification prévus pour le commerce de détail, d'une part, et les départements et les collectivités d'Outre-Mer, d'autre part.**

A ce propos et pour mémoire, on rappellera que lorsque deux au moins des parties à la concentration exploitent un ou plusieurs magasins de commerce de détail, le chiffre d'affaires total mondial à prendre en considération afin d'apprécier si l'opération relève du contrôle des concentrations est fixé à 75 millions d'euros, tandis que le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises concernées est fixé à 15 millions d'euros : ces deux seuils sont donc dérogatoires par rapport au cas général, puisque l'article L.430-2 du Code de commerce prévoit une notification lorsque les seuils précités excèdent, respectivement, 150 et 50 millions d'euros.

Sur la notion de « *commerce de détail* », le projet fournit ainsi d'intéressants développements¹², puisqu'il est précisé que « *la notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consom-*

⁽⁹⁾ Communiqué de presse du 9 juillet 2009.

⁽¹⁰⁾ Dont la dernière version remonte au 30 avril 2007.

⁽¹¹⁾ Projet, § 14.

⁽¹²⁾ Projet, § 63 et suivants.

mateurs pour un usage domestique » ; suivent la liste d'un certain nombre d'exclusions et différents exemples de calculs du chiffre d'affaires.

S'agissant des départements et des collectivités d'Outre-Mer - qui font aujourd'hui l'objet d'une attention particulière de l'Autorité de la concurrence - la loi prévoit également un seuil réduit de notification lorsqu'au moins une des parties à la concentration exerce tout ou partie de son activité dans un ou plusieurs départements d'Outre-Mer ou dans les collectivités d'Outre-Mer de Mayotte, Saint Pierre et Miquelon, Saint Martin et Saint Barthélémy. Les seuils de notification sont, dans ce cas, réduits à 75 et 15 millions d'euros.

A ce propos, le projet de lignes directrices fournit la précision¹³ que « *pour apprécier si le second seuil est franchi [i.e. le seuil de 15 millions d'euros], il convient de prendre en compte le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise concernée dans l'ensemble des départements d'Outre-Mer et des collectivités d'Outre-Mer visés.* »

Par exemple, si une entreprise réalise 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à La Réunion et 8 millions d'euros de chiffre d'affaires total hors taxes à Mayotte, on considérera que cette entreprise franchit le seuil de 15 millions d'euros. »

- **Le deuxième trait marquant du projet de lignes directrices mis en ligne par l'Autorité de la concurrence concerne l'analyse économique.**

En effet, outre que l'Autorité de la concurrence actualise, sur le fondement de décisions récentes, les exemples de nature à aiguiller les entreprises, elle fournit également d'intéressantes « *recommandations pour la soumission*

d'études économiques à l'Autorité de la concurrence »¹⁴.

Celles-ci paraissent d'autant plus les bienvenues qu'en pratique, les notifications complexes s'accompagnent souvent de démonstrations économiques dont il est frappant de relever que, pour incontestables qu'elles paraissent, elles sont souvent battues en brèche par l'analyse des responsables de l'administration. Sans doute est-ce là la raison pour laquelle, étant consciente de l'urgent besoin d'uniformiser l'approche économique, l'Autorité de la concurrence précise ce qui lui apparaît devoir être la marche à suivre en matière de réalisation d'études économétriques, de présentation de données de sondages, d'utilisation de la littérature économique et de recours à la modélisation économique.

Les juristes que nous sommes ne manquent pas d'applaudir à cette tentative de rationalisation des approches, qui a pour objet – et dont on peut espérer qu'elle aura pour effet – de mettre un terme à certaines confrontations.

- En dernier lieu, on ne manquera pas de relever l'effort pédagogique de l'Autorité de la concurrence qui, s'agissant de situations complexes telles que les rapprochements de coopératives d'agriculteurs ou, plus généralement, de coopératives et d'union de coopératives, propose des schémas alternatifs aux fins d'apprécier le caractère contrôlable ou non des opérations en cause¹⁵.

* * *

En conclusion, il convient de saluer l'initiative de l'Autorité de la concurrence et d'espérer que le projet fort utile qu'elle met en ligne sera finalisé dans les meilleurs délais car il semble que les entreprises ne pourront qu'en profiter !

⁽¹³⁾ Projet, § 68.

⁽¹⁴⁾ Projet, § 523 et suivants.

⁽¹⁵⁾ Projet, § 600 et suivants.





Dénigrement : l'Autorité de la concurrence procède à d'intéressants rappels

Par Thomas Lamy

Bientôt un an après sa prise de fonction, force est de constater que l'Autorité de la concurrence, organe désormais unique, monolithique et hexagonal de régulation se trouve aujourd'hui engorgée par les demandes de mesures conservatoires qui lui sont présentées, à bon ou mauvais escient, par des entreprises d'horizon fort divers : la Loi de Modernisation de l'Economie (LME) serait-elle donc victime de son succès ?

Toujours est-il que c'est précisément dans ce contexte de surcharge que l'Autorité a publié, le 31 juillet 2009, une décision fort intéressante, rendue à l'occasion d'une demande de mesures conservatoires présentée par la société Ratiopharm à l'encontre du laboratoire Janssen-Cilag. En l'espèce, la démarche de Ratiopharm était fondée sur l'allégation des pratiques abusives que Janssen-Cilag aurait mises en œuvre à l'occasion de la commercialisation, par Ratiopharm, d'un produit générique dont le principe était à l'origine développé par la plaignante.

En l'occurrence, l'Autorité de la concurrence, constatant l'absence « *d'une atteinte grave et immédiate à l'un des intérêts protégés par l'article L.464-1 du Code de commerce* », a considéré qu'il n'y avait pas lieu de prononcer les mesures d'urgence demandées par la société saisissante ; mais là ne se situe pas l'intérêt de la décision en cause¹⁶.

En effet, outre qu'elle a, à cette occasion, procédé à une analyse extrêmement fine du marché des produits concernés, ce qui constitue toujours, en matière pharmaceutique, une opération fort délicate, l'Autorité de la concurrence, sans se prononcer sur les pratiques constatées au cas d'espèce et qui donneront lieu à une décision ultérieure sur le fond, a mis à profit la problématique qui lui était soumise pour opérer un fort intéressant rappel sur la qualification des pratiques de dénigrement pouvant être mises en œuvre par une entreprise bénéficiaire d'une position dominante.

Ainsi, l'Autorité rappelle tout d'abord que, par principe, les actions de dénigrement, de la part d'un opérateur en position dominante, peuvent être qualifiées d'abusives, qu'elles l'ont été à plusieurs reprises par le Conseil de la concurrence et ce, notamment par deux fois, au cours des dernières années.

A l'appui de son propos, l'Autorité de la concurrence cite ainsi tout d'abord une décision du 15 octobre 2007, intervenue dans le secteur de l'Internet à haut débit¹⁷ ; à cette occasion, le Conseil de la concurrence avait établi que « *la concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière. Parmi les actes qui peuvent être regardés comme abusifs, le dénigrement occupe une place majeure. Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié ; il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier [...]*

En l'occurrence, les discours véhiculés par France Telecom avaient été jugés comme de nature à avoir un fort impact sur les choix des consommateurs entre tel ou tel type de service ou entre tel ou tel opérateur, et l'avis très négatif de France Telecom, référence historique et publique en matière de télécommunication, avait été considéré comme particulièrement dissuasif pour le prospect profane : les pratiques de France Telecom avaient, en conséquence, été qualifiées d'abusives.

A titre de seconde illustration, l'Autorité de la concurrence cite en exemple le cas du laboratoire Arrow Génériques, lequel avait saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le circuit officinal, par la société Schering-Plough, producteur du princeps Subutex, confrontée à l'arrivée du générique commercialisé par Arrow.

A cette occasion, le Conseil de la concurrence avait relevé que des représentants et des délégués médicaux de la société Schering-Plough avaient effectivement dénigré, auprès des médecins prescripteurs et des pharmaciens, les qualités du générique commercialisé par Arrow, l'argumentaire portant tant sur l'absence d'efficacité réelle du générique que sur la dangerosité du produit en cas de mésusage.

¹⁶ Décision n° 09-D-28 du 31 juillet 2009 « relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom dans le secteur pharmaceutique ».

¹⁷ Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 « relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit ».

Le Conseil de la concurrence a alors considéré que le comportement de Schering-Plough relevait bien du dénigrement¹⁸, en rappelant la définition qu'il en avait donné dans l'affaire du 15 octobre 2007, précitée.

Dans cette affaire, le Conseil avait notamment souligné le caractère dénigrant de la pratique de Schering-Plough en montrant que « *le dénigrement ne s'appuyait pas sur des constatations avérées, c'est-à-dire sur des défauts observés à la suite de la commercialisation du générique, mais sur des effets prétendument néfastes sans que ces effets n'aient été à aucun moment constatés, ou sur une moindre efficacité du générique, sans que celle-ci [ait été] établie* ».

* * *

L'avenir dira si cette appréciation, somme toute fort rigoriste, de l'Autorité de la concurrence, sera ou non confirmée à l'occasion de l'examen sur le fond des pratiques mises en œuvre par Janssen-Cilag ; on observera néanmoins dès à présent que les pratiques anticoncurrentielles, lorsqu'elles interviennent spécifiquement dans le domaine

pharmaceutique, sont appréhendées avec une attention toute particulière par l'Autorité de la concurrence et, à ce propos, il est intéressant de relever l'observation faite par l'Autorité de la concurrence à l'occasion de cette décision du 31 juillet 2009 :

« Toutes les actions d'un laboratoire auprès des pharmaciens d'officine pour mettre en échec [le] mécanisme de substitution du principe par les génériques sont susceptibles d'être examinées au regard du droit de la concurrence. En effet, de telles actions ne peuvent pas avoir pour objet, ni pour effet, de favoriser la prescription du médicament principe par les médecins ni de susciter une préférence des patients pour le médicament principe, mais ont bien pour objet de freiner ou d'empêcher l'arrivée sur le marché du produit le moins cher pourtant souhaitée par l'assurance maladie, qui représente la demande finale au sens que lui donne la théorie économique lorsqu'elle décrit le fonctionnement d'un marché [...]. »¹⁹

⁽¹⁸⁾ Décision n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 « relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques ».

⁽¹⁹⁾ Décision n° 09-D-28, précitée, paragraphe 113.





Produits défectueux : défaut et causalité

Par Emmanuelle Bordenave-Marzocchi

Au cours des mois de juin et juillet écoulés, la Cour de cassation a rendu notamment trois arrêts qui nous donnent l'occasion de rappeler les règles applicables en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

La responsabilité du fait des produits défectueux est codifiée aux articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

Cette responsabilité, qui a un caractère d'ordre public, pèse sur le producteur qui est « *responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit lié ou pas, par un contrat, avec la victime* ».

Rappelons que ce régime de responsabilité coexiste avec les autres régimes de droit commun, si bien qu'il a un caractère optionnel : la victime peut donc, si elle le désire, poursuivre le responsable de son dommage sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux ou bien, par exemple, sur le fondement de la responsabilité du fait des choses.

La responsabilité du fait des produits défectueux vise tous les biens meubles, même incorporés dans un immeuble.

Sont ainsi concernés :

- les produits alimentaires,
- l'électricité et autres fluides (eau, gaz, etc.),
- les produits du sol,
- les produits de santé (notamment les médicaments ou les vaccins),
- les éléments du corps humain.

Il suffit que le produit ait été mis en circulation, c'est-à-dire que le producteur s'en soit dessaisi volontairement.

Aux termes de ce régime de responsabilité, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

L'article 1386-4 du Code civil précise que : « *dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation* ».

Les clauses exonératoires de cette responsabilité sont prévues par l'article 1386-11 du Code civil et imposent au producteur de prouver :

- soit qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;
- soit que le défaut ayant causé le dommage n'existe pas au moment où le produit a été mis en circulation ;
- soit que le produit n'était pas destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;
- soit que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;
- soit que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

Les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 juin 2009⁽²⁰⁾ et le 9 juillet 2009⁽²¹⁾ fournissent deux illustrations du défaut du produit au sens de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Dans l'arrêt du 25 juin 2009, il était question d'un produit de comblement des rides du visage qui avait été injecté à une patiente par un médecin. Quelques mois après les injections, la patiente avait présenté des nodules au niveau des sites d'injection.

La responsabilité du Producteur du produit en question avait été mise en cause tant par la patiente que par le médecin mais la Cour d'appel avait rejeté les demandes à l'encontre du Producteur.

La Cour d'appel avait notamment retenu que les éléments de la notice d'utilisation « *à laquelle le praticien devait se référer, faisant état au titre des effets indésirables, du risque de réactions inflammatoires (rougeurs – œdèmes) susceptibles d'être associées à des démangeaisons, des douleurs à la pression pouvant survenir après injection, qui devaient être portés à la connaissance de la patiente et que le produit en question avait fait l'objet d'un certificat de libre vente délivré par l'AFSSAPS* ».

Au visa des articles 1386-4 et 1386-10 du Code civil, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt en ce qu'il avait rejeté les demandes dirigées contre le Producteur du produit.

⁽²⁰⁾ Pourvoi n° W 08-12.632.

⁽²¹⁾ Pourvoi n° 08-11.073.

La Cour de cassation a en effet considéré que la Cour d'appel avait violé les textes susvisés « quand le produit, eu égard à la gravité des effets nocifs constatés dont ni la notice d'information remise au praticien, ni la brochure publicitaire destinée à la patiente ne faisaient état, n'offrait pas, dans ces circonstances la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre, alors même qu'il avait fait l'objet d'un certificat de libre vente ».

Ce qui est clairement pointé ici par la Cour de cassation c'est le défaut de sécurité lié au défaut d'information du patient quant aux effets indésirables du produit auxquels la patiente ne pouvait légitimement pas s'attendre, -l'autorisation délivrée par l'AFSSAP n'étant pas, par ailleurs, une cause exonératoire de responsabilité-.

Il s'agit ici d'une solution classique.

De la même façon, dans larrêt rendu le **9 juillet 2009**, la Cour de cassation a sanctionné le défaut d'information dans une affaire où une patiente, victime d'une poussée de sclérose en plaques avait mis en cause un vaccin contre l'hépatite B.

Au visa de l'article 1386-4 du Code civil, la Cour de cassation relève que « *La Cour d'appel a constaté que le dictionnaire médical Vidal, comme la notice actuelle de présentation du vaccin, fait figurer au nombre des effets secondaires indésirables possibles du produit la poussée de sclérose en plaques quand la notice de présentation du produit litigieux ne contenait pas cette information ; qu'elle en a exactement déduit que le vaccin présentait le caractère d'un produit défectueux au sens de ce texte* ».

La Cour de cassation a donc expressément retenu, dans l'appréciation de la sécurité à laquelle la patiente pouvait légitimement s'attendre, le critère de la présentation du produit.

Ceci est conforme à la jurisprudence en la matière et à la logique du droit de la responsabilité dans un système juridique fondé sur la liberté de l'individu : je suis responsable du risque que j'accepte de prendre en connaissance de cause ; je ne peux être responsable quand je ne suis pas correctement informé du risque que je prends.

* * *

Mais la preuve du caractère défectueux du produit n'est pas suffisante en soi pour mettre en cause la responsabilité du Producteur sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du Code civil.

En effet, de façon classique, la victime doit rapporter la preuve du lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage qu'elle a eu à subir.

Ainsi, dans un autre arrêt du **9 juillet 2009**, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation²²

a censuré la Cour d'appel qui avait accueilli l'action en responsabilité d'un cavalier à l'encontre du magasin Décathlon qui lui avait vendu des étrierières et des étriers.

Ce cavalier, victime d'une chute de cheval, s'appuyait sur un rapport d'expertise qui avait relevé que les trous de l'étrierière étaient déformés et effilochés et que la boucle pouvait s'ouvrir si elle était placée en position basse et libérée de tension. Selon le rapport de l'expert, c'est la perte de l'étrierière qui avait entraîné le déséquilibre et la chute du cavalier.

La Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel qui « *en statuant ainsi, par des motifs hypothétiques et impropre à caractériser l'existence d'un lien de causalité entre les défauts de l'étrierière et la chute* », a privé sa décision de base légale.

* * *

Toutefois, dans l'administration de la preuve du lien de causalité entre le défaut et le dommage, la jurisprudence a admis que la preuve de ce lien pouvait être établie, conformément à l'article 1353 du Code civil, sur la base de présomptions « graves, précises et concordantes ».

Ainsi dans l'arrêt précité du 9 juillet 2009²³ relatif au vaccin contre l'hépatite B, la Cour de cassation a relevé que si les études scientifiques versées aux débats par le Producteur ne mettaient pas en évidence une augmentation statistique significative du risque relatif à la sclérose en plaques après vaccination contre l'hépatite B, ces mêmes études n'excluent pas pour autant un lien positif entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaques ; que les premières manifestation de la maladie « *avaient eu lieu moins de deux mois après la dernière injection du produit* » ; que ni la victime « *ni aucun membre de sa famille n'avait souffert d'an-técédents neurologiques, et que dès lors aucune cause ne pouvait expliquer cette maladie, dont le lien avec la vaccination relevait de l'évidence selon le médecin traitant* » de la victime.

La Cour de cassation approuve donc la Cour d'appel d'avoir souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes et qu'elle avait pu en déduire un lien causal entre la vaccination et le préjudice subi par la victime.

Le recours à l'intime conviction du juge est indiscutablement une règle de sagesse dans les dossiers où les études scientifiques s'opposent, sans démontrer, ni exclure irréfutablement le lien de causalité. Mais l'usage de ce pouvoir d'appréciation doit conduire à des décisions particulièrement motivées, la Cour de cassation exerçant un contrôle sur cette motivation dans l'intérêt du justiciable.

⁽²²⁾ Pourvoi n° 08-17.007.

⁽²³⁾ Pourvoi n° 08-11.073.



Quelles actions pour les propriétaires de marques désignant des produits de luxe face aux indélicatesses de leurs licenciés ? Un soutien de la CJCE

Par Emmanuelle Laur-Pouëdras

Par un arrêt du 23 avril 2009²⁴, rendu sur questions préjudiciales posées par la Cour de cassation dans une affaire ayant pour protagoniste principal la société Christian Dior Couture, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) se prononce pour la première fois sur la question des effets d'un contrat de licence de marque sur l'épuisement des droits du titulaire sur la marque et vient soutenir les propriétaires de marques désignant des produits de luxe.

L'affaire mettait en présence la société Christian Dior Couture, l'un de ses licenciés la société industrielle lingerie (SIL) ainsi qu'une entreprise exerçant une activité de soldeur, Copad.

Le contrat de licence de marque conclu entre les sociétés Christian Dior Couture et SIL pour la fabrication et la distribution de produits de prestige de corsetterie sous la marque Christian Dior comportait la clause suivante :

« afin de préserver la notoriété et le prestige de la marque, le licencié s'engage à ne pas vendre à des grossistes, collectivités, soldeurs, sociétés de vente par correspondance, par le système du porte à porte ou de vente en appartement sauf accord préalable écrit du concédant, et devra prendre toute disposition pour faire respecter cette règle par ses distributeurs ou détaillants ».

SIL connaissant des difficultés économiques a sollicité de la société Dior l'autorisation de commercialiser les produits de marque Dior en dehors du réseau de distribution sélective. La société Dior s'est opposée à cette demande. SIL ne tenant pas compte de ce refus exprès a vendu à Copad des produits revêtus de la marque Christian Dior.

La société Dior a assigné les sociétés SIL et Copad en contrefaçon de marque.

Le Tribunal de grande instance de Bobigny saisi a estimé que le non respect de la disposition contractuelle ci-dessus mentionnée n'était pas constitutif d'un acte de contrefaçon de marque et que SIL avait simplement engagé sa responsabilité contractuelle.

La Cour d'appel de Paris a estimé que les ventes effectuées par SIL à Copad n'étaient pas constitutives d'actes de contrefaçon de marque mais que néanmoins ces ventes n'avaient pas emporté l'épuisement des droits de marque de la société Dior.

Copad a formé un pourvoi et la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de poser des questions préjudiciales à la CJCE aux fins d'obtenir des précisions quant au droit communautaire applicable et plus particulièrement les articles 8 § 2, 7 § 1 et 7 § 2 de la directive²⁵ 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques telle que modifiée par l'accord sur l'Espace économique européen du 2 mai 1992.

1. La première question posée par la Cour de cassation était la suivante :

« L'article 8, paragraphe 2, de la directive doit-il être interprété en ce sens que le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre du licencié qui enfreint une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldes ? ».

L'article 8 de la directive précise :

« 1. La marque peut faire l'objet de licences pour tout ou partie des produits ou des services pour lesquels elle est enregistrée et pour tout ou partie du territoire d'un État membre. Les licences peuvent être exclusives ou non exclusives.

2. Le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des clauses du contrat de licence, en ce qui concerne sa durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié ».

La CJCE répond de façon très didactique à la question de la Cour de cassation en décomposant le raisonnement en deux temps :

⁽²⁴⁾ CJCE, 23 avril 2009, aff. C-59/08, Copad SA / Christian Dior Couture, Société industrielle lingerie (SIL), M. Gladel ès qualité d'administrateur judiciaire de la SIL.

⁽²⁵⁾ Cette directive sera ci-après appelée « la directive ».

- La liste de clauses énoncées à l'article 8 § 2 de la directive permettant au titulaire de la marque d'agir à l'encontre du licencié est-elle exhaustive ?

La CJCE répond par l'affirmative.

- La clause insérée dans le contrat de licence conclu entre les sociétés Dior et SIL relève-t-elle de la liste exhaustive de clauses visées à l'article 8 § 2 de la directive ?

La CJCE répond également par l'affirmative en estimant que la clause par laquelle la société Dior interdisait à SIL de revendre ses produits notamment à des soldes afin de préserver la notoriété et le prestige de la marque Dior relève de la catégorie des clauses relatives à « *la qualité des produits fabriqués par le licencié* ».

La CJCE considère en effet très justement que « *la qualité des produits de prestige (...) résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe.* (...) »

Il s'ensuit qu'il ne saurait être exclu que la vente de produits de prestige par le licencié à des tiers qui ne font pas partie du réseau de distribution sélective affecte la qualité même de ces produits. (...)

Il appartient à la juridiction nationale compétente de vérifier si, compte tenu des circonstances propres du litige qui lui est soumis, la violation par le licencié d'une clause telle que celle en cause au principal porte atteinte à la sensation de luxe des produits de prestige, en affectant ainsi leur qualité.

À cet égard, il importe notamment de prendre en considération, d'une part, la nature des produits de prestige revêtus de la marque, le volume ainsi que le caractère systématique ou bien sporadique des ventes de ces produits par le licencié à des soldes ne faisant pas partie du réseau de distribution sélective et, d'autre part, la nature des produits commercialisés habituellement par ces soldes, ainsi que les modes de commercialisation usuels dans le secteur d'activité de ceux-ci.

La CJCE répond donc à la première question de la Cour de cassation :

« *L'article 8, paragraphe 2, de la directive doit être interprété en ce sens que le titulaire de la marque peut invoquer les droits conférés par cette dernière à l'encontre d'un licencié qui enfreint une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des sol-*

deurs de produits tels que ceux en cause au principal, pour autant qu'il soit établi que cette violation, en raison des circonstances propres à l'affaire au principal, porte atteinte à l'allure et à l'image de prestige qui confèrent auxdits produits une sensation de luxe. »

Concrètement, cela signifie que le titulaire d'une marque pourra agir en contrefaçon à l'encontre du licencié qui a dépassé l'autorisation d'usage de la marque qui lui a été conférée par le contrat de licence à condition toutefois que la disposition du contrat de licence enfreinte par le licencié puisse rentrer dans l'une des catégories de clauses envisagées à l'article 8 § 2 de la directive (clauses relatives à la durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié).

2. La deuxième question de la Cour de cassation était la suivante :

« *L'article 7, paragraphe 1, de cette directive doit-il être interprété en ce sens que la mise dans le commerce dans l'EEE des produits sous une marque, par le licencié, en méconnaissance d'une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldes, est faite sans le consentement du titulaire de la marque ?* »

L'article 7 § 1 de la directive prévoit :

« *Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce sur le territoire d'une partie contractante sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement.* »

Cette deuxième question est relative à l'épuisement du droit de marque et porte plus précisément sur le point de savoir dans quelles circonstances la mise dans le commerce par le licencié, en violation d'une clause du contrat de licence, de produits revêtus de la marque doit être considérée comme faite sans le consentement du titulaire de la marque.

La CJCE estime que « *la mise dans le commerce de produits revêtus de la marque par un licencié doit être considérée, en principe, comme effectuée avec le consentement du titulaire de la marque* », mais pondère aussitôt ce principe en affirmant que « *le contrat de licence n'équivaut pas à un consentement absolu et inconditionné du titulaire de la marque à la mise dans le commerce, par le licencié, des produits revêtus de cette marque* », quand cette mise dans le commerce

est faite en infraction à une clause du contrat relative à l'un des points qui, selon l'article 8 §2 de la directive envisagé ci-avant, permet au titulaire de la marque d'agir à l'encontre de son licencié en contrefaçon de marque.

C'est ainsi que la CJCE répond à la deuxième question de la Cour de cassation :

« *L'article 7, paragraphe 1, de la directive doit être interprété en ce sens que la mise dans le commerce de produits revêtus de la marque par le licencié, en méconnaissance d'une clause du contrat de licence, est faite sans le consentement du titulaire de la marque, lorsqu'il est établi que cette clause correspond à l'une de celles prévues à l'article 8, paragraphe 2, de cette directive* ».

En résumé, l'épuisement du droit des marques ne doit pas pouvoir être invoqué par le licencié à l'encontre du propriétaire de la marque dans des hypothèses où il a enfreint une disposition essentielle du contrat de licence tenant notamment à la qualité des produits désignés par la marque.

3. La dernière question posée par la Cour de cassation était la suivante :

« *Dans l'hypothèse d'une réponse négative, le titulaire peut-il invoquer une telle clause pour s'opposer à une nouvelle commercialisation des produits, en se fondant sur l'article 7, paragraphe 2, de la directive ?* ».

L'article 7 § 2 de la directive prévoit :

« *Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsque des motifs légitimes justifient que le titulaire s'oppose à la commercialisation ultérieure des produits, notamment lorsque l'état des produits est modifié ou altéré après leur mise dans le commerce* ».

Cette troisième question vise le cas où la commercialisation par le licencié, bien qu'effectuée en violation d'une clause du contrat de licence, serait néanmoins considérée comme ayant été effectuée avec le consentement du titulaire de la marque. Ce dernier pourrait-il néanmoins s'opposer à une nouvelle commercialisation des produits ?

La CJCE répond par l'affirmative à condition toutefois que « *la commercialisation ultérieure des produits de prestige revêtus de la marque effectuée par le tiers, en utilisant les modalités usuelles dans le secteur d'activité de celui-ci, porte une atteinte à la renommée de cette marque* ».

A cet égard, il importe de prendre en considération, notamment, les destinataires de la vente ainsi que les conditions spécifiques de commercialisation des produits de prestige ».

C'est ainsi que la CJCE répond à la dernière question de la Cour de cassation :

« *Lorsque la mise dans le commerce de produits de prestige par le licencié en violation d'une clause du contrat de licence doit néanmoins être considérée comme faite avec le consentement du titulaire de la marque, ce dernier ne peut invoquer une telle clause pour s'opposer à une revente de ces produits sur le fondement de l'article 7, paragraphe 2, de la directive que dans le cas où il est établi, compte tenu des circonstances propres à l'espèce, qu'une telle revente porte atteinte à la renommée de la marque* ».

Cet arrêt de la CJCE prend véritablement en considération la spécificité du luxe et offre aux titulaires de marques désignant des produits de luxe une arme à triple détente :

- La violation par le licencié d'une disposition du contrat de licence permet au titulaire de la marque d'agir en contrefaçon de marque à l'encontre du licencié, à condition que la disposition enfreinte soit relative à « *sa durée, la forme couverte par l'enregistrement sous laquelle la marque peut être utilisée, la nature des produits ou des services pour lesquels la licence est octroyée, le territoire sur lequel la marque peut être apposée ou la qualité des produits fabriqués ou des services fournis par le licencié*- Si le licencié indélicat est tenté de répondre à l'action en contrefaçon diligentée par le titulaire de la marque par l'épuisement du droit de marque de ce dernier, le titulaire de la marque recouvre pleinement son droit sur sa marque du fait de la violation par le licencié des dispositions contractuelles.
- Enfin, si par extraordinaire, l'épuisement du droit de marque du titulaire de la marque était admis, ce dernier pourrait cependant recouvrer ses droits sur sa marque en invoquant un motif légitime tenant notamment à l'atteinte à la renommée de la marque résultant par exemple d'une présentation inadéquate des produits²⁶.

Il reste à attendre l'arrêt de la Cour de cassation qui doit intervenir désormais à la suite de la réponse de la CJCE aux questions préjudiciales posées.

(26) Voir par exemple un autre arrêt de la CJCE rendu dans une affaire ayant également impliqué une société Dior: CJCE, 4 novembre 1997, aff. C-337/95, Parfums Christian Dior SA et Parfums Christian Dior BV c/Evora BV.





Nouvelles règles pour les annonces de réduction de prix : publication de la circulaire d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008

Par Eléonore Camilleri

Ainsi que nous l'évoquions dans le numéro de mars-avril 2009 de la Lettre du Cabinet, l'arrêté du 31 décembre 2008 « *relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur* », a remplacé et abrogé l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 qui fixait, jusqu'alors, les règles encadrant la publicité des prix à l'égard du consommateur.

L'abrogation de l'arrêté du 2 septembre 1977 ayant immanquablement entraîné la caducité de ses circulaires d'interprétation²⁷, nombreux étaient ceux qui attendaient avec impatience la publication d'une circulaire explicitant les conditions de mise en œuvre du nouvel arrêté.

Reprenant et complétant les grandes lignes d'ores et déjà dégagées par les circulaires d'application de l'arrêté n° 77-105/P mais également par la jurisprudence, la **circulaire du 7 juillet 2009 « concernant les conditions d'application de l'arrêté du 31 décembre 2008 »** est extrêmement détaillée et apporte de précieuses informations notamment sur le champ d'application de l'arrêté, la définition du prix de référence et les spécificités de certaines promotions courantes.

L'objet de cet article n'est bien évidemment pas de revenir sur tous les points abordés par la circulaire – ils sont trop nombreux – mais de souligner les principales innovations par rapport à l'**« ancien régime »** de l'arrêté 77-105/P et de ses circulaires d'application.

- **S'agissant de l'inapplicabilité du nouvel arrêté à certains types d'annonces :**

La circulaire du 7 juillet 2009 précise que « *le champ d'application des obligations fixées à l'article 1^{er} est limité aux publicités annonçant une réduction de prix comportant des indications chiffrées* » et en exclut donc, en toute logique, les annonces purement littéraires telles que « *prix chocs* », « *prix sensationnels* », « *X écrase les prix* » ou encore « *braderie* », « *offre exceptionnelle* » et « *remise spéciale* ».

Toutefois, il conviendra de veiller à ce que ces annonces ne soient pas « *trompeuses* » au sens de l'article L.121-1 du Code de la consommation.

En ce sens, l'annonceur faisant part d'une réduction non chiffrée devra pouvoir apporter la preuve que le prix net proposé est bien inférieur à celui habituellement pratiqué pour un article similaire.

La circulaire indique également que les publicités du type « *treize à la douzaine* » ou « *+ x% gratuit* » et comparables ne sont pas soumises aux dispositions de l'arrêté lorsque la réduction de prix à l'unité résulte de l'augmentation de la quantité de produits contenue dans l'unité usuelle de vente de ces produits.

Si cette exception était déjà bien acquise sous l'empire de l'arrêté n° 77-105/P – puisqu'expressément visée par la circulaire du 4 mars 1978 – la nouvelle circulaire apporte une précision non négligeable en prévoyant qu'échappent également à l'arrêté les publicités du type « *dont x% gratuit* », indiquant qu'une quantité gratuite de produits est ajoutée à la quantité nominale vendue habituellement.

A ce titre, il est intéressant de relever qu'un avant-projet de circulaire prévoyait initialement qu'étaient soumises à l'arrêté les publicités du type « *dont x% gratuit* », indiquant qu'une quantité gratuite de produits était inclusa sous la même quantité nominale que celle vendue habituellement.

La circulaire du 7 juillet 2009 précise également que ne sont pas soumises à l'arrêté les publicités relatives à un **prix de lancement**. Ce point était d'ores et déjà acquis²⁸ et cela est, somme toute, parfaitement logique dès lors qu'un prix de lancement ne constitue pas, à proprement parler, une « *réduction* » de prix (aucun prix n'ayant été pratiqué antérieurement).

- **Concernant le prix de référence :**

Il convient de rappeler que, depuis l'arrêté du 31 décembre 2008, la définition du prix de référence reste sensiblement la même que sous l'empire de l'arrêté 77-105/P, ce prix de référence pouvant en effet toujours être :

1. soit « *le prix le plus bas effectivement pratiqué par lui pour un article ou une prestation similaire, dans le même établissement de vente au détail, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité* »,
2. soit le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur, à condition qu'il ait été couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit,

⁽²⁷⁾ En particulier la circulaire du 4 mars 1978.

⁽²⁸⁾ La circulaire du 4 mars 1978 l'indiquait également.

3. soit le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique²⁹.

Le nouvel arrêté innove toutefois en prévoyant également un quatrième prix de référence, dans le cas spécifique où un article similaire n'a pas été vendu précédemment dans le même établissement de vente au détail ou sur le même site de vente à distance, cette possibilité s'adressant plus particulièrement aux magasins d'usine et aux sites internet de ventes privées.

En effet, l'article 2.3 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit que dans cette hypothèse, le prix de référence peut être un prix conseillé les années précédentes par le fabricant ou l'importateur, étant toutefois précisé que trois conditions devront être respectées pour assurer une protection des consommateurs adaptée :

- le prix conseillé ne pourra être antérieur à trois ans et dans ce cas, l'annonce de réduction de prix portera, à côté du prix de référence, la mention « *prix conseillé* », accompagnée de l'année à laquelle ce prix se rapporte ;
- le consommateur devra être informé de l'année à laquelle ce prix se rapporte ;
- l'annonciateur devra être en mesure de justifier de la réalité de ce prix conseillé et du fait que celui-ci a été pratiqué.

La circulaire du 7 juillet 2009 ajoute que **l'annonciateur doit être en mesure de justifier du prix de référence par la production de catalogues ou de tout autre document émanant du fabricant ou de l'importateur**.

Il est également indiqué que lorsque l'annonciateur est le fabricant du produit, il peut justifier de l'existence d'un prix conseillé par le fait que ce prix a été pratiqué directement par lui-même dans son propre réseau de distribution, ou couramment pratiqué par les autres distributeurs du même produit.

De plus, la circulaire apporte une importante précision, à savoir que l'annonciateur doit être en mesure de préciser aux services de contrôle, par la production de tickets de caisse, de factures ou de tout autre document, ou par tout autre moyen

approprié, dans quel établissement ou sur quel site électronique marchand le prix conseillé a été pratiqué.

Il en résulte une conséquence non négligeable : **un produit qui n'aurait jamais été proposé à la vente antérieurement dans un établissement ou sur un site électronique marchand ne pourrait pas être annoncé comme vendu à prix réduit**.

- S'agissant des démarques successives :

Contrairement à l'arrêté n° 77-105/P qui restait silencieux sur ce point, l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit expressément qu'en cas de réductions de prix annoncées de manière successive au cours d'une même opération commerciale, les opérateurs peuvent annoncer une réduction de prix par rapport au prix de référence utilisé au début de la publicité, dans la limite d'un mois à compter de la première annonce de réduction de prix.

La circulaire du 7 juillet 2009 vient préciser ce qu'il faut entendre par « **une même opération commerciale** » :

- lorsqu'un opérateur effectue des soldes complémentaires immédiatement après la fin de la période des soldes nationaux d'été ou d'hiver, les soldes complémentaires et les soldes nationaux constituent une même période de soldes au sens du présent arrêté.
- en revanche, une promotion, une liquidation et un solde constituent trois opérations commerciales distinctes.

- Concernant l'affichage des conditions tarifaires préférentielles :

Rappelons que l'article 6 de l'arrêté du 31 décembre 2008 prévoit un affichage sur le lieu de vente des conditions tarifaires préférentielles qui sont accordées de manière sélective par les professionnels.

La circulaire du 7 juillet 2009 précise quelles doivent être les modalités de cet affichage : l'information doit se faire par voie d'affichage à l'entrée du magasin, ou mise à disposition de prospectus dans le point de vente, ou par mention dans le catalogue de vente ou le site électronique de vente marchand, « *de manière à ce que les consommateurs puissent avoir facilement connaissance de ces offres* ».

⁽²⁹⁾ La circulaire du 7 juillet 2009 précise qu'il n'y a pas de hiérarchie entre ces différents prix de référence.





Quelques informations :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

- A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;
- A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;
- Au contrôle des concentrations
 - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
 - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle Autorité de la concurrence installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;
- A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;
- A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 et de la réforme actuelle du règlement 2790/1999 : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- A la définition des pratiques anticoncurren- tielles aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence

après les affaires « Jouet », « parfums » et « sanitaire/Chauffage » ;

- Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;
- Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;
- Aux promotions des ventes [pratiques commerciales trompeuses/déloyales dans le cadre de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.]
- Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocats.fr





Selarl MG Avocats - Grall & Associés

156 boulevard Haussmann ■ 75008 Paris
Tél +33 (0).1.53.57.31.70 ■ Fax +33 (0).1.47.20.90.40
mg@mgavocats.fr ■ www.mgavocats.fr