

**LIGUE INTERNATIONALE DU DROIT DE LA CONCURRENCE  
CONGRES DE BORDEAUX 2010**

**oOo**

**QUESTION A :**

DANS QUELS CAS ET DANS QUELLE MESURE LES ACCORDS OU ECHANGES D'INFORMATIONS SUR  
LES PRIX DANS LES ACCORDS VERTICAUX DEVRAIENT-ILS ETRE INTERDITS  
PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE?

**oOo**

**RAPPORT NATIONAL FRANÇAIS**

Mathilde BOUDOU, Muriel CHAGNY, Emmanuel DURAND, Nizar LAJNEF, Erwann MINGAM,  
Charles-Louis SAUMON, Guillaume TAILLANDIER, et Juliette VANARD

En droit français de la concurrence, les accords verticaux sont susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction **(i)** des pratiques anticoncurrentielles, qui relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence et des juridictions judiciaires, **(ii)** et des pratiques restrictives de concurrence, qui relèvent de la compétence exclusive des juridictions judiciaires.

**(i)** Les pratiques anticoncurrentielles, y compris celles spécifiques au droit français (abus de dépendance économique et prix abusivement bas), donnent lieu à une appréciation *in concreto* de leur incidence sur la concurrence. Elles sont susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle *a posteriori* (fondée sur la contribution au progrès économique ou sur la loi (art. L. 420-4-I C. com.) ou, *a priori* par voie de décrets (art. L. 420-4-II C. Com.). Ces possibilités d'exemption ont été assez peu utilisées pour les accords verticaux en raison notamment du développement d'une forme de règle de raison.

Cela étant, certaines pratiques, dont celles consistant à imposer un prix minimum ou fixe de revente, sont considérées comme des restrictions caractérisées. Il en résulte que le jeu de la règle *de minimis* est exclu et que les effets anticoncurrentiels sont présumés en présence d'une restriction par objet. L'examen des effets anticoncurrentiels - intermarques ou intramarques - intervient plus fréquemment au stade ultérieur de détermination de la sanction.

Les pratiques constitutives de restrictions caractérisées ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie, mais seulement d'une exemption individuelle. Celle-ci est, à ce jour, improbable dans le cas où elle repose sur la contribution au progrès économique : aucune justification, d'ordre pratique ou liée à des gains d'efficacité, n'a été accueillie jusqu'à présent. Quant aux possibilités d'exemption fondée sur la loi, il faut signaler l'existence de quelques dispositifs dérogatoires (prix de revente du livre et incidence de l'interdiction de la revente à perte notamment).

Du point de vue probatoire, lorsque la pratique ne résulte pas du contrat, la démonstration est effectuée à partir d'un faisceau d'indices duquel il ressort cumulativement que les prix de revente souhaités par le fournisseur sont connus du distributeur, le fournisseur applique une police des prix, les prix souhaités par le fournisseur sont significativement appliqués.

Les pratiques verticales unilatérales relatives aux prix peuvent également être appréhendées au regard de l'abus de position dominante, de l'abus de dépendance économique (art. L. 420-2 C. com.) ou de l'interdiction des prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.).

Les auteurs de pratiques anticoncurrentielles encourent des sanctions administratives (injonction de cesser les pratiques, de publier la décision, sanction pécuniaire maximum représentant 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes, 3 millions d'euros pour les personnes physiques), pénales (emprisonnement de quatre ans et amende de 75 000 euros pour la personne physique ayant pris une part personnelle et déterminante) et civiles (nullité et responsabilité civile).

**(ii)** Le droit des pratiques restrictives de concurrence interdit *per se* – sans qu'il y ait lieu d'examiner leur incidence sur le jeu de la concurrence - différentes catégories de pratiques verticales. Certaines règles concernent spécifiquement les éléments tarifaires (notamment : imposition de prix de revente minimum (art. L. 442-5 C. com.), revente à perte (art. L. 442-2 C. com.), non-respect des délais de paiement maximums (art. L. 442-6-I 7° C. com.)), tandis

LIGUE INTERNATIONALE DU DROIT DE LA CONCURRENCE  
INTERNATIONAL LEAGUE OF COMPETITION LAW  
INTERNATIONALE LIGA FÜR WETTBEWERBSRECHT

que d'autres s'appliquent plus largement (en particulier, la création d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (art. L. 442-6-I 2° C. com.)).

La violation du droit des pratiques restrictives de concurrence est assortie, selon les dispositions concernées, de sanctions pénales disparates (amende de 15 000 à 75 000 euros, ou moitié des dépenses de publicité) et/ou de sanctions civiles (responsabilité civile, injonction de cesser les pratiques, nullité) comportant, dans le cas de l'article L. 442-6 C. com., de prérogatives spécifiques accordées au ministre de l'Economie et au ministère public (possibilité de demander une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros, pouvant être portée au triple du montant des sommes indûment versées, cessation des pratiques, mais aussi nullité, répétition de l'indu et réparation des préjudices).

## 1. Cadre légal

*1.1 Quel est le cadre légal applicable aux accords verticaux, c'est-à-dire ces accords sont-ils licites en général ou seulement pour certains d'entre eux ? Les accords verticaux ou certains d'entre eux sont-ils illégaux per se, présumés illégaux ou évalués sur la base d'une analyse en vertu d'une règle de raison?*

Le droit français de la concurrence se singularise par la coexistence de deux pans différents, obéissant à des logiques distinctes.

Il s'agit d'une part, du droit des pratiques anticoncurrentielles, dont la mise en œuvre - confiée, à la fois, à l'Autorité de la concurrence et aux juridictions judiciaires - est assujettie à la caractérisation d'une restriction de concurrence, et d'autre part, du droit des pratiques restrictives de concurrence rassemblant au sein du titre IV du Livre IV du Code de commerce des dispositions invocables exclusivement devant les juridictions judiciaires sans qu'il y ait lieu d'établir, au regard de la lettre des textes, une quelconque incidence sur le jeu de la concurrence (interdiction *per se*).

Les accords verticaux sont susceptibles de se voir appliquer des dispositions relevant de chacun de ces corps de règles, mais l'emprise qu'exercent sur eux ces deux volets est différente.

**Le droit des pratiques restrictives de concurrence** stigmatise exclusivement les comportements visés dans ses différentes dispositions et ceci, sans qu'il soit besoin, d'un côté, de procéder à leur égard à une appréciation concrète dans un marché donné et sans qu'il soit possible, de l'autre côté, d'invoquer leur absence de nocivité concurrentielle ou leur efficacité économique afin d'échapper à une condamnation. En d'autres termes, à partir du moment où une pratique est envisagée par une règle contenue au sein du titre IV du Livre IV, elle est irréfragablement présumée attentatoire à la concurrence et condamnée *ne varietur*.

Nombre de dispositions concernent les accords verticaux à différents points de vue. Sans entrer dans le détail, il faut mentionner l'existence de règles instituant une transparence notamment tarifaire, qu'elle soit précontractuelle (obligation de communiquer les conditions générales de vente prescrite à l'article L. 441-6 C. com.), contractuelle (convention annuelle imposée par l'article L. 441-7 C. com., sous la forme d'un document unique ou d'un contrat-cadre suivi de contrats d'application) et postcontractuelle (obligation de facturation prévue à l'article L. 441-3 C. com.).

Il importe également de signaler plusieurs règles spécifiques aux pratiques tarifaires. Outre l'interdiction de l'imposition d'un prix minimum de revente (art. L. 442-5 C. Com.), il faut noter la présence de plusieurs règles relatives aux délais de paiement (art. L. 441-6, L. 441-6-1, L. 442-6-I-7°, L. 443-1 C. com.) ainsi qu'à l'interdiction de la revente à perte des produits en l'état (art. L. 442-2 à L. 442-4 C. Com.).

Sans envisager chacune des dix pratiques verticales visées à l'article L. 442-6-I C. com. et des cinq pratiques énoncées en son II, il est permis d'observer que si l'une d'elles, au demeurant à l'origine d'un contentieux nourri, concerne la rupture brutale des relations commerciales établies, la plupart d'entre elles correspondent à des abus dans la relation contractuelle. Parmi celles-ci, méritent tout particulièrement d'être signalées les règles visant l'obtention ou la

tentative d'obtention, soit d'un avantage manifestement disproportionné à la valeur du service rendu (I 1°), soit, sous la menace d'une rupture brutale, de conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente (I 4°).

Une place à part doit, en outre, être faite à l'article L. 442-6-I-2° C. com., issu de la LME du 4 août 2008 (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) et dont la lettre est particulièrement large : ce texte appréhende en effet « *le fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties* », quelque soit le type de contrat concerné.

Au contraire, **les règles appréhendant les pratiques anticoncurrentielles** sont susceptibles, dès l'instant où les éléments constitutifs d'une entente (art. L. 420-1 C. com.), d'un abus de position dominante (art. L. 420-2 al. 1 C. com.) ou d'un abus de dépendance économique (art. L. 420-2 al. 2 C. Com.) sont réunis, de s'appliquer à n'importe quel comportement, à l'exception notable de l'interdiction des prix abusivement bas, laquelle vise les offres ou pratiques de prix abusivement bas aux consommateurs (art. L. 420-5 C. Com.).

Ces règles commandent toutes une appréciation *in concreto* de la pratique examinée afin d'en faire apparaître la nocivité concurrentielle, même si, selon la disposition concernée, cette exigence est formulée différemment : objet ou effet anticoncurrentiel sur le marché, dans le cas de l'entente ou de l'abus de position dominante ; affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence dans le cas de l'abus de dépendance économique ; objet ou effet d'éviction d'un marché ou d'entrave à l'accès à un marché d'une entreprise ou de l'un de ses produits, dans le cas des prix abusivement bas. Il faut cependant observer, au regard de l'interdiction des ententes et des abus que là où certaines pratiques, particulièrement suspectes, sont considérées comme des restrictions de concurrence caractérisées par leur objet, d'autres appellent davantage un examen concret, étant appréhendées exclusivement à partir d'une démonstration de leurs effets potentiels ou avérés.

En outre, le droit français prévoit pour ces différentes pratiques à l'exclusion des prix abusivement bas, une possibilité d'exemption individuelle, fondée sur la loi (art. L. 420-4-I 1° C. com.) ou, à l'instar de l'article 101 § 3 TFUE, sur la contribution au progrès économique (art. L. 420-4-I 2° C. com.), ainsi qu'une exemption *a priori*, par voie de décrets pris après avis de l'Autorité de la concurrence, réservée à certaines catégories d'accords ou certains accords (art. L. 420-4-II C. Com.). En réalité, l'exemption, qu'elle soit accordée *a posteriori*, à l'issue d'un examen individuel ou, au contraire *a priori*, par l'adoption d'un décret n'a été utilisée que de façon assez restrictive en droit français.

Il est vrai que parallèlement a été développé le jeu d'une règle de raison conduisant à admettre la validité d'un accord vertical à l'issue d'un bilan concurrentiel effectué au stade même de l'application de l'article L. 420-1 C. com. Par ailleurs, le règlement d'exemption du 22 décembre 1989, applicable à l'ensemble des restrictions verticales (exception faite de celles faisant l'objet d'un règlement spécifique), a depuis son entrée en vigueur, vocation à bénéficier à nombre d'accords verticaux. Il devrait en être de même du nouveau règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, sauf à observer que la condition tenant au non-dépassement du seuil de part de marché doit dorénavant être satisfaite, à la fois, par le fournisseur et l'acheteur (art. 3 § 1).

Cette dichotomie d'approche du droit français de la concurrence peut être illustrée à travers l'exemple des pratiques discriminatoires qui ont longtemps fait l'objet d'une interdiction *per*

se perçue comme attentatoire à la libre négociabilité. En dépit de l'abrogation de cette prohibition spéciale par la loi LME du 4 août 2008, les pratiques discriminatoires ne sont licites que dans la mesure où elles ne constituent pas une entente ou un abus de domination anticoncurrentiels. Cette vérification suppose néanmoins un examen concret de la pratique dans le marché où elle prend place et en ayant égard à ses justifications économiques ainsi qu'aux gains d'efficience dont elle est éventuellement porteuse.

## 1.2 *Ces principes varient-ils en fonction de la pratique verticale envisagée?*

Les **dispositions énoncées au titre IV du Livre IV du Code de commerce** s'appliquent, dans le domaine plus ou moins limité de chaque règle.

Ainsi, comme indiqué précédemment, certaines d'entre elles concernent spécifiquement des pratiques tarifaires tandis que d'autres visent exclusivement certaines stipulations. D'autres enfin, et en particulier le nouvel article L. 442-6-I-2° C. com., concernent des pratiques variées, à partir du moment où elles se traduisent par un certain résultat, sous la forme en l'occurrence d'un déséquilibre significatif. En outre, ce dernier texte s'applique à n'importe quel type de contrat dès l'instant qu'il met en présence une entreprise et son partenaire commercial, tandis que d'autres règles sont cantonnées à un type particulier de contrat, comme le contrat de service (art. L. 442-6-I-1° C. com.).

Au contraire, **le droit des pratiques anticoncurrentielles** est applicable potentiellement à n'importe quel accord. Il faut cependant réserver, au regard de l'interdiction des ententes, le cas des accords intra-groupes et des accords conclus avec des agents commerciaux. Dans ces deux cas de figure, il importe de s'assurer que la filiale ou l'agent commercial est véritablement une entreprise au sens du droit de la concurrence.

Par ailleurs, les pratiques constitutives de restrictions caractérisées de concurrence, si elles ne correspondent pas à des interdictions *per se*, sont néanmoins considérées comme des restrictions anticoncurrentielles par objet, excluant le bénéfice de l'exemption par catégorie sur le fondement du règlement applicables aux catégories d'accords verticaux (Règl. 2790/99 du 22 décembre 1999, puis Règl. 330/2010 du 20 avril 2010). Si elles sont susceptibles théoriquement de bénéficier d'une exemption individuelle *a posteriori*, la reconnaissance d'une telle exemption dans ce cas de figure est des plus rares. Il en va autrement des pratiques verticales qui ne correspondent pas à une restriction caractérisée de concurrence.

Il faut cependant signaler l'existence de dispositifs français dérogatoires. Tout d'abord, la loi n° 81-766 du 10 août 1981, à rebours du principe de libre détermination des prix par le jeu de la concurrence, a rendu obligatoire l'imposition des prix de détail par les éditeurs ou importateurs des livres sur support papier. Dérogeant au principe de la liberté des prix, cette loi est d'interprétation stricte (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2010, n° 08-70026).

Ensuite, il convient de mentionner, en dépit d'un domaine circonscrit au secteur agricole, le décret n°96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise. Contrairement à l'autre décret du même jour, visant exclusivement des accords entre producteurs, ce texte s'applique aux accords verticaux entre producteurs agricoles et entreprises d'approvisionnement ou de transformation destinés à résorber des surcapacités

pour rétablir l'équilibre du marché en cas d'inadaptation de l'offre à la demande révélant une perturbation grave du marché.

Enfin, la LME a encouragé la conclusion d'accords interprofessionnels dérogatoires en ce qui concerne les délais de paiement. S'il n'est plus permis, depuis le 31 mars 2009, d'adopter des accords retenant un délai de paiement supérieur au plafond légal institué par loi du 4 août 2008, il demeure possible de conclure un accord prévoyant notamment de réduire le délai maximum de paiement (art. L. 441-6 C. com.), et ce nonobstant l'interdiction des ententes auxquels de tels accords sont susceptibles d'être soumis (v. à ce propos Cons. Conc., n° 05-A-17, avis du 22 septembre 2005 relatif au recours à la négociation collective en matière de délais de paiement inter-entreprises ; Commission d'examen des pratiques commerciales, avis du 17 juin 2007 et Cons. Conc., n° 07-A-14, avis du 9 novembre 2007 relatif à un projet de décret d'exemption d'un accord entre organisations professionnelles de l'industrie automobile en matière de délais de paiement inter-entreprises).

### 1.3 *Existe-t-il une interdiction spécifique, dans votre droit, de toute pratique verticale relative aux prix?*

La seule disposition du **droit des pratiques anticoncurrentielles** qui interdit spécifiquement une pratique relative aux prix est l'article L. 420-5 C. com. sanctionnant les prix abusivement bas aux consommateurs. Il faut souligner qu'elle n'a quasiment jamais été mise en œuvre avec succès.

Du côté des **pratiques restrictives de concurrence**, plusieurs règles - comme cela a été indiqué au point 1.1 - édictent spécifiquement une interdiction visant un certain type de pratiques verticales restrictives aux prix :

- refus de communication des barèmes et des conditions générales de vente
- revente à perte – *i.e.* en dessous du prix d'achat effectif – de produits en l'état
- imposition directe ou indirecte d'un prix minimum de revente ou d'une marge commerciale minimale
- soumission d'un partenaire à des conditions de règlement ne respectant pas le plafond légal de paiement ou manifestation abusive
- obtention ou tentative d'obtention, soit d'un avantage manifestement disproportionné à la valeur du service rendu, soit, sous la menace d'une rupture brutale, de conditions manifestement abusives concernant notamment les prix et les délais de paiement.

D'autres dispositions, sans viser spécifiquement le prix, s'appliquent aussi, en raison de la généralité de leur rédaction à des pratiques verticales tarifaires. C'est le cas, en particulier, de l'interdiction visant le fait de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations (sans autre précision, selon le texte) créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'une des toutes premières applications de ce texte a d'ailleurs précisément concerné les délais de paiement (T. com. Lille, 6 janvier 2010, Castorama).

1.4 *Quel est le niveau de minimis / seuil de notabilité, le cas échéant, applicable aux pratiques et accords verticaux?*

Les dispositions figurant au sein du **droit des pratiques restrictives de concurrence** édictent des interdictions *per se*. En conséquence, les comportements adoptés en contravention à l'une de ces règles sont systématiquement condamnés à partir du moment où les éléments constitutifs sont réunis et sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur leur incidence sur le jeu de la concurrence.

S'agissant, en revanche, du **droit des pratiques anticoncurrentielles**, le juge judiciaire d'abord, puis l'Autorité de la concurrence, ont accueilli la théorie du seuil de sensibilité, dans le droit fil des solutions communautaires. Celle-ci s'applique donc, non seulement à l'interdiction des ententes, mais aussi à celle des abus de position dominante (même si son jeu est généralement exclu en ce cas du fait de l'important pouvoir de marché de l'auteur des pratiques). La règle *de minimis* est en revanche exclue en présence d'une restriction caractérisée de concurrence.

Par ailleurs, le droit français a intégré, par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, des dispositions spécifiques au sein du Code de commerce (art. L. 464-6-1 et L. 464-6-2 C. Com.). Celles-ci sont très fortement inspirées de la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure et reprennent les mêmes seuils, en distinguant les accords entre concurrents et entre non-concurrents. De même, elles retiennent les mêmes exclusions en cas de restrictions caractérisées de concurrence (limitations à la liberté tarifaire et pratiques de cloisonnement). Il faut cependant noter que, de façon spécifique au droit français, le jeu de ces dispositions est exclu pour les contrats passés en application du Code des marchés publics. En outre, et comme la Cour d'appel de Paris a récemment eu l'occasion de l'affirmer (Paris, 23 février 2010, Expedia), l'article L. 464-6-1 Com., énonçant que l'Autorité de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, reconnaît à cette dernière une faculté qu'elle est libre d'exercer ou non.

Contrairement à la règle *de minimis*, cette disposition légale est cantonnée à la seule interdiction des ententes et ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une action engagée devant l'Autorité spécialisée. Cependant, il a été admis que le seuil chiffré fixé par l'article L. 464-6-1 C. com. peut être pris en considération « à titre d'éléments de fait ou de grille d'analyse » dans l'appréciation du seuil de sensibilité par le juge de droit commun (CA Pau, 2<sup>e</sup> ch., sect. 1, 1<sup>er</sup> octobre 2007, Masson c/ Biotherm).

1.5 *L'Autorité de la concurrence a-t-elle, dans votre droit, édité des lignes directrices concernant les échanges d'informations et / ou les accords verticaux de prix?*

L'Autorité française de la concurrence n'a pas adopté de lignes directrices en matière d'échanges d'informations et/ou d'accords verticaux sur les prix, du moins si l'on entend l'expression au sens qui est le sien en droit communautaire. L'étude de sa pratique décisionnelle fait cependant apparaître une méthode d'examen des accords verticaux sur les prix, le raisonnement suivi à cette occasion étant développé ci-après aux points 2 et 3.



Il faut dès à présent relever que, dans ses décisions, l'Autorité de la concurrence se réfère, non seulement au règlement d'exemption sur les restrictions verticales, mais aussi aux lignes directrices de la Commission européenne : bien que celles-ci n'aient qu'une valeur indicative, l'Autorité de concurrence s'inspire régulièrement des lignes directrices sur les restrictions verticales (Communication de la Commission du 13 octobre 2000) ainsi que sur l'application de l'article 81 § 3 CE [devenu article 101 § 3 TFUE] (v. par ex. Cons. conc., n° 01-D-45, 19 juillet 2001, saisine de la société Casino France).

## **2. Les critères applicables aux accords verticaux relatifs au prix**

### *2.1 Votre droit déclare-t-il que telle ou telle pratique est illégale en tant que telle, en vertu d'une règle de présomption ou de raison?*

Le **droit des pratiques anticoncurrentielles** nécessite, comme précédemment exposé, une appréciation concrète du comportement litigieux, dans la situation de marché concernée. Cela étant, certaines pratiques, dont celle consistant à imposer un prix minimum ou fixe de revente sont considérées comme des restrictions caractérisées : dès lors, elles ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie ; leur licéité n'est admise que sur le fondement d'une exemption individuelle, nécessitant que l'entreprise démontre, soit que la pratique résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application (art. L. 420-4-I 1° C. com.), soit les quatre conditions cumulatives énoncées à l'article L. 420-4-I-2° C. com. Quant à l'interdiction des prix abusivement bas édictée à l'article L. 420-5 C. com., son application est assujettie à la démonstration d'un objet ou d'un effet d'éviction d'une entreprise ou de l'un de ses produits du marché. Elle n'est en revanche assortie d'aucun dispositif d'exemption susceptible de faire échapper une pratique à la condamnation. Cela étant, cette disposition n'est guère appliquée.

Le **droit français des pratiques restrictives** fixe des interdictions *per se* qui, pour certaines d'entre elles, concernent, à différents égards, les accords verticaux relatifs aux prix (*supra* point 1.3).

Ces différentes prohibitions entraînent la condamnation des pratiques visées sans qu'il y ait lieu d'apprécier leur incidence sur le jeu de la concurrence : la nocivité des comportements stigmatisés est irréfragablement présumée dès lors que les éléments constitutifs requis sont établis.

En outre et s'agissant exclusivement des dispositions prévues à l'article L. 442-6 C. com., leur mise en œuvre est facilitée par la règle selon laquelle « *il appartient [à celui] qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de ses obligations* » qui fait donc supporter la charge de la preuve sur l'entreprise mise en cause.

En outre, le formalisme contractuel prescrit - sous peine de sanction pénale - par l'article L 441-7 C. com. est destiné à permettre le contrôle, par les services du ministre de l'Economie, des éventuels abus contractuels commis en violation de l'article L 442-6 C. com. En effet, l'article L. 441-7 C. com. dispose qu'« *une convention écrite conclue entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services indique les obligations auxquelles*

*se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale »* et impose, outre le respect d'une date butoir, un contenu précis.

2.2 *Les accords relatifs aux prix sont-ils les seuls à être considérés comme illégaux? Quelles sont les conditions qui rendent de tels accords illégaux?*

Qu'il s'agisse du droit des pratiques anticoncurrentielles ou du droit des pratiques restrictives de concurrence, une partie des règles vise spécifiquement et uniquement le prix tandis que d'autres ne s'appliquent pas seulement aux éléments tarifaires et peuvent conduire à considérer illégaux d'autres accords.

S'agissant, tout d'abord, des **dispositions applicables exclusivement au prix**, il faut mentionner, au sein du **droit des pratiques anticoncurrentielles**, l'interdiction des prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.), qui nécessite la démonstration du caractère abusivement bas des prix pratiqués (assimilés par l'autorité de concurrence à des prix prédateurs) et d'une incidence sur la concurrence (sous la forme d'une élimination d'une entreprise ou de l'un de ses produits).

Du côté des **pratiques restrictives de concurrence**, il convient d'évoquer deux règles encadrant *per se* les conditions de fixation du prix de revente ainsi qu'une disposition concernant les conditions de règlement.

L'interdiction de la revente à perte frappe les reventes de produits en l'état effectuées à un prix inférieur au prix d'achat effectif, étant précisé que le seuil de revente à perte a été progressivement abaissé au fil des réformes du 2 août 2005 et 3 janvier 2008 afin d'intégrer dans son calcul l'ensemble des avantages financiers accordés par le vendeur (art. L. 442-2 C. com.). Le législateur a cependant prévu que l'interdiction ne s'applique pas dans les différents cas énumérés à l'article L 442-4 C. com. (cessation ou changement d'activité, produit saisonnier en fin de période ou entre deux saisons, produits obsolètes, réapprovisionnement à la baisse, alignement sur un concurrent par un magasin d'une surface de vente inférieure à 300 m<sup>2</sup> pour les produits alimentaires et inférieure à 1 000 m<sup>2</sup> pour les produits non alimentaire, produits périssables menacés d'altération rapide - sous réserve d'une absence de publicité hors point de vente, pour les produits soldés).

Quant à l'article L 442-5 C. com., il prohibe le fait d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal tant au prix de revente d'un produit qu'au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

S'agissant des délais de paiement, l'article L. 442-6-I 7° C. com. sanctionne le fait de soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond institué par la loi ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux.

Par ailleurs, et comme déjà indiqué, l'article L. 441-7 C. com. impose à des fins de contrôle le respect d'un formalisme contractuel nécessitant l'établissement, dans un certain délai, d'une convention écrite. Celle-ci, qui consiste, soit dans un document unique, soit un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, indique les obligations auxquelles les parties se sont engagées en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale et doit fixer les différents éléments énoncés en ses 1° à 3°.

D'autres règles ont ensuite vocation à appréhender **les accords relatifs aux prix au même titre que** des pratiques se rapportant à **d'autres éléments**. Cela est vrai, à la fois, de plusieurs dispositions prévues au sein du titre IV du Livre IV du Code de commerce et au sein du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Plusieurs dispositions du **droit des pratiques restrictives de concurrence** appréhendent des abus dans la négociation commerciale qui peuvent notamment, mais non exclusivement, concerner le prix.

Ainsi l'article L. 442-6-I 1° C. com. vise le fait d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque (qui, le plus souvent, est tarifaire) ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (la référence au service limitant son application au seul contrat d'entreprise). En son 3°, cet article prohibe également l'obtention d'un avantage (là encore, le plus souvent tarifaire), condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné. Quant à l'article L. 442-6-I 4° C. com., il prohibe le fait d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale, des conditions manifestement abusives concernant notamment les prix et les délais de paiement, aucune précision n'ayant été apportée à ce jour par la jurisprudence sur la notion de « conditions manifestement abusives ». Quant à la nouvelle disposition appréhendant le déséquilibre significatif, sa lettre ample est susceptible de se prêter à une interprétation extensive (art. L. 442-6-I 2° C. com.). Visant « les obligations » sans autre précision, elle s'applique aux éléments tarifaires, comme l'a illustré l'une des toutes premières décisions rendues sur ce fondement à propos de délais de paiement (T.Com Lille 6 janvier 2010, Ministre de l'économie / Castorama). A la lecture de ce jugement, il apparaît que la stipulation litigieuse a été imposée sans négociation et que les magistrats, afin de caractériser le déséquilibre significatif, relèvent qu'elle est dépourvue de réciprocité et de toute contrepartie au profit de l'autre partie et en soulignent le caractère nettement défavorable.

Du côté du **droit des pratiques anticoncurrentielles**, l'interdiction des ententes, si elle s'applique bien au-delà des pratiques tarifaires, a été mise en œuvre à de nombreuses reprises à l'encontre de pratiques d'imposition de prix minima ou fixes de revente (pour les développements, v. points 3 et 4 ci-après). La condamnation de telles pratiques sur le fondement des ententes requiert la démonstration d'un concours de volontés collusives et d'une restriction de concurrence. Cela étant, elles constituent, selon l'autorité de la concurrence, des restrictions caractérisées par objet, de sorte qu'elles sont exclues du jeu de l'exemption par catégorie et que l'octroi d'une exemption individuelle est des plus improbables.

Outre les sanctions infligées aux entreprises concernées (*infra* point 5), la sévérité dont fait preuve l'Autorité de la concurrence à l'égard de ces pratiques est confirmée par le fait que le seul cas dans lequel son Président a utilisé la faculté de saisine d'une juridiction judiciaire que lui reconnaît l'article L. 442-6-III C. com. se rapporte à une pratique d'imposition des prix de revente (Cons. conc., n°07-D-50 20 décembre 2007, affaire des jouets).

Exception faite du cas dans lequel la pratique peut être établie à partir du contrat lui-même (per exemple, en présence d'une clause par laquelle le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale du fournisseur en matière tarifaire, v. Cons. conc., n° 07-D-06, 28 février 2007, secteur des consoles de jeux et jeux vidéo), la démonstration est effectuée à partir d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant de distinguer le simple parallélisme de comportements de l'entente anticoncurrentielle. Selon la pratique

décisionnelle (v. par ex., Cons conc., n° 06-D-04, 13 mars 2006<sup>1</sup>), confortée tant par la cour d'appel de Paris, comme par la Cour de cassation (v. par exemple, Com. 8 avril 2008, Casino SDO (secteur des vidéocassettes préenregistrées)), il importe de s'assurer de la convergence de trois éléments :

- Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur doivent être connus du distributeur,
- Une police des prix est mise en œuvre à l'initiative du fournisseur,
- Les prix souhaités par le fournisseur sont significativement appliqués par les distributeurs, cette convergence des prix pouvant être établie, soit à partir de déclarations ou de pièces, soit par le recours à une méthode statistique.

### 2.3 *Qu'en est-il des situations "entre-deux" telles que les recommandations / suggestions et échanges d'informations?*

Contrairement à la pratique d'imposition d'un prix fixe ou minimum de revente, qui contrevient à l'interdiction *per se* érigée par l'article L. 442-5 C. com. et constitue une restriction caractérisée au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, le fait de délivrer des recommandations ou de procéder à des échanges d'informations n'est pas frappé d'une interdiction *per se* et n'est pas considéré comme une restriction par objet. Il est vrai que comme le soulignent les économistes, l'activité de distribution nécessite des échanges d'informations entre le producteur et ses cocontractants.

Ainsi la pratique des prix conseillés est-elle licite à partir du moment où l'article L. 442-5 C. com. prohibe le fait d'*imposer* directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente.

De même, selon la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence, la communication de prix de revente conseillés ou les discussions entre un fournisseur et ses distributeurs ne contreviennent pas en elles-mêmes, au droit des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi le Conseil de la concurrence a-t-il admis qu'« elles peuvent, dans certains cas permettre au fournisseur de bénéficier d'informations de la part de ses distributeurs sur le positionnement des prix de ses produits et sur la demande des consommateurs de nature à améliorer l'efficacité de son réseau de distribution » (Cons. conc. n° 06-D-22, 21 juillet 2006, pratiques de la société NGK Spark Plugs).

Cependant, le renforcement de la transparence résultant de la communication ou de l'échange d'informations peut assurer une fonction stabilisatrice et apparaître comme l'un des éléments d'une pratique anticoncurrentielle d'imposition des prix.

Aussi l'autorité de la concurrence s'attache-t-elle à vérifier que l'évocation des prix de revente ne constitue pas en réalité une pratique anticoncurrentielle d'imposition de prix (v. par ex. Cons conc., n°06-D-04, 13 mars 2006), vérification qui est effectuée à partir des deux autres éléments du faisceau d'indices mentionnés au point 2.2 *in fine*.

Pareillement, si l'article L. 442-5 C. Com. laisse subsister la possibilité pour le fournisseur de préconiser des prix de revente, c'est à la condition que la recommandation apparente ne

---

<sup>1</sup> Il importe de noter que cette décision a été annulée, pour des raisons d'atteinte aux droits de la défense, par un arrêt du 10 novembre 2009, faisant à son tour l'objet d'un pourvoi en cassation.

dissimule pas en réalité une obligation. Dans le cas contraire, il s'agirait d'une imposition *indirecte* des prix minima de revente, appréhendée par le texte tout aussi bien que l'imposition directe.

Au-delà, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si l'échange d'informations entre fournisseur et distributeurs peut être appréhendé en soi, indépendamment d'une pratique anticoncurrentielle qu'il permet de mettre en œuvre. Si cette question n'a pas été tranchée en jurisprudence, à notre connaissance, en ce qui concerne les relations verticales, il a été souligné que l'appréciation du caractère éventuellement anticoncurrentiel de l'échange d'informations – lequel n'est pas une pratique condamnable *per se* – doit être conduite à partir de ses effets et peut être effectuée à partir de différents éléments tels que la nature des données échangées, les modalités de l'échange, l'usage de l'information, sa nécessité (D. Lescop, « Les échanges d'informations entre non-concurrents, D. 2009, p. 187).

#### 2.4 *Qu'en est-il des pratiques verticales unilatérales relatives aux prix?*

Les pratiques verticales unilatérales relatives aux prix peuvent être appréhendées sur le fondement de plusieurs règles sanctionnant **des pratiques restrictives de concurrence**. A vrai dire, la plupart des dispositions mentionnées au point 2.2 sont susceptibles de s'appliquer à des comportements mis en œuvre de façon unilatérale. En effet, les différentes règles de l'article L. 442-6-I C. com. qui appréhendent les abus dans les négociations visent, selon les cas, « le fait de soumettre ou tenter de soumettre » ou bien « le fait d'obtenir ou tenter d'obtenir ». De même, l'interdiction de la revente à perte comme celle de l'imposition d'un prix minimum de revente visent des pratiques tarifaires d'initiative unilatérale.

Il faut y ajouter la disposition (art. L. 442-6-I-9° C. com.) sanctionnant le refus de communiquer les conditions générales de vente dans les conditions prévues à l'article L 441-6 C. com.

**Du côté des pratiques anticoncurrentielles**, les pratiques verticales unilatérales relatives aux prix peuvent également se voir appliquer, outre l'interdiction ciblée des prix abusivement bas, la prohibition des abus de position dominante ainsi que celle, spécifique au droit français, de l'abus de dépendance économique.

S'agissant de cette dernière règle, il faut observer qu'elle a, potentiellement du moins, un domaine d'application ample puisque le texte vise l'exploitation abusive par une entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur. Cela étant, cette disposition a fait et continue de faire l'objet, malgré sa réécriture partielle, par la loi du 15 mai 2001, d'une interprétation très restrictive : l'état de dépendance économique, condition préalable à satisfaire, n'est quasiment jamais caractérisé, de sorte que l'examen d'un éventuel abus anticoncurrentiel n'est pas effectué.

A contrario, l'interdiction de l'abus de position dominante a déjà été mise en œuvre pour sanctionner des pratiques consistant pour le fournisseur à imposer des prix de revente à ses distributeurs (Cons. Conc. n° 05-D-32, 22 juin 2005, Royal Canin ; n° 99-D-45, Mattel).

#### 2.5 *Certaines de ces pratiques ne sont-elles pas considérées comme légales simplement parce qu'elles sont le résultat d'une règle de minimis / de notabilité?*

A partir du moment où les pratiques restrictives de concurrence ne nécessitent aucune vérification de leur incidence sur le jeu de la concurrence, le jeu d'une règle *de minimis* est exclu. S'il existe pour certaines règles du titre IV du Livre IV des exceptions, comme celles prévues pour l'interdiction de la revente à perte), elles ne tiennent pas compte de l'impact sur la concurrence.

Quant au droit des pratiques anticoncurrentielles, s'il existe, à la fois, une règle *de minimis* d'origine jurisprudentielle et une disposition légale (art. L. 464-6-1 et L. 464-6-2 C. com.), ni l'une, ni l'autre ne s'appliquent aux restrictions caractérisées de concurrence dont font partie les limitations à la liberté tarifaire (*supra* point 1.4).

### **3. Les effets anti-concurrentiels**

**De façon préalable**, il importe de souligner que la prise en compte des effets anticoncurrentiels comme pro-concurrentiels n'a pas lieu d'être pour les interdictions *per se* édictées par le législateur français au sein du Titre IV du Livre IV du Code. Cette absence totale d'analyse concurrentielle constitue d'ailleurs l'une des critiques majeures adressées à ces dispositions qui érigent des condamnations absolues, sans démonstration de la nocivité de la pratique et sans possibilité pour son auteur d'en établir les éventuels effets bénéfiques.

*3.1 Les effets anti-concurrentiels ne sont-ils pas envisagés différemment pour chacune de ces pratiques ou est-ce toujours le même type d'effet anti-concurrentiel qui est envisagé et considéré comme étant plus ou moins sérieux ?*

**Sur le plan de la théorie** économique, l'appréhension des effets anticoncurrentiels est encore à ce jour discutée en France, en raison notamment de la multiplicité des facteurs à prendre en compte et des possibles interactions entre eux : nombre et parts de marchés des fournisseurs et des distributeurs, degré de différenciation entre les différents produits et les différents distributeurs, éventuelles asymétries entre les positions et les stratégies des acteurs, forme des contrats passés entre producteurs et distributeurs, déroulement et modalités des négociations entre producteurs et distributeurs, prise en compte du critère risque, etc. (OCDE, « Round table on resale price maintenance », 10 septembre 2009, p. 127).

Ainsi, il ressort des études économiques produites en la matière que le maintien de prix imposés peut affecter la concurrence en provoquant une suppression de la concurrence intramarques, en facilitant la collusion entre producteurs ou distributeurs, ou en entraînant une réduction de la concurrence intramarques.

L'étude de **la pratique décisionnelle** révèle que l'analyse des effets anticoncurrentiels à laquelle se livre l'autorité de la concurrence dépend largement du point de savoir s'il s'agit ou non d'une restriction par objet. Dans ce cas en effet, les effets anticoncurrentiels étant présumés, la décision ne procède pas à un examen approfondi de ceux-ci sur le marché et dans la situation concrète dans lesquels la pratique litigieuse est mise en œuvre pour en mettre en évidence les effets négatifs sur la concurrence. L'Autorité de la concurrence considère que lorsqu'un accord a pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence, l'appréciation de ses effets n'est « *pas nécessaires à la caractérisation d'une*

*entente* » (Cons. conc., n° 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges).

Ainsi, l'Autorité de la concurrence affirme, dans nombre de cas, que les pratiques de prix de revente imposés «*ont pour objet et pour effet de maintenir les prix de détail au niveau qui maximise le surplus global du producteur et de ses distributeurs, au détriment des acheteurs finals. Elles sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce* » (Aut. conc., n° 08-D-20 du 1<sup>er</sup> octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre par des filiales de la société Compagnie Financière et de Participation Roullier).

L'examen des effets anticoncurrentiels de la pratique en cause intervient plutôt dans le cadre de l'appréciation de la sanction, «*leur prise en compte [étant] seulement utile pour évaluer le montant de la sanction* » (Cons. conc., n° 07-D-04, déc. préc. ; v. aussi par ex., Cons. conc., n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution).

### 3.2 *Dans quelle mesure votre législation considère-t-elle uniquement les effets intermarques ou prend-elle également en considération les effets intramarques?*

Les textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles envisagent indistinctement les effets anticoncurrentiels des comportements, de sorte qu'ils invitent à prendre en considération aussi bien les effets intermarques qu'intramarques des pratiques verticales.

S'agissant plus particulièrement des prix imposés de revente, il a été souligné qu'elle entraîne, non seulement une réduction, voire une *élimination totale, de la concurrence intramarques par les prix, mais encore un affaiblissement indirect de la concurrence intermarques, du fait de la réduction de la pression à la baisse sur le prix du produit concerné* (Communication de la Commission, du 13 octobre 2000: lignes directrices sur les restrictions verticales)

## **4. Les effets pro-concurrentiels**

Il est rappelé, de **façon préalable**, la prise en compte des effets pro-concurrentiels n'a pas lieu d'être pour les interdictions *per se* édictées par le législateur français au sein du Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

### 4.1 *Votre droit admet-il les justifications de ces pratiques verticales sur les prix? La jurisprudence pertinente a-t-elle pris en considération les justifications pratiques du besoin d'accords sur les prix et / ou sur les aspects pro-concurrentiels liés à l'échange d'informations concernant le prix ?*

Au regard du **droit français des pratiques anticoncurrentielles**, les pratiques verticales sur les prix sont en principe susceptibles d'être justifiées, soit sur le fondement d'une loi ou d'un texte réglementaire pris pour l'application d'une loi (art. L. 420-4-I 1° C. com.), soit à raison des gains d'efficience (art. L. 420-4-I 2° C. com.) (*supra pts 1 et 2*).

Toutefois, à notre connaissance, aucune justification, qu'elle soit d'ordre pratique ou fondée sur des gains d'efficience, n'a été accueillie jusqu'à présent par les juridictions et autorités de la concurrence françaises en matière de fixation du prix de revente, ceci bien que les entreprises aient invoqué nombre d'arguments, qu'ils soient d'ordre pratique ou fondés sur des gains d'efficience. Ainsi la doctrine estime-t-elle que les ententes verticales portant sur des pratiques de prix imposés, notamment, sont en jurisprudence « injustifiables » par le progrès économique (v. par ex. M.-C. Boutard-Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, § 261).

L'Autorité de la concurrence affirme en effet que « dès lors qu'un fournisseur choisit de confier la distribution de son produit à des entreprises autonomes, il lui revient de respecter dans tous les cas les articles L. 420-1 et L. 420-2 C. com. qui garantissent au distributeur la liberté de fixer ses prix, sous la seule réserve légale de la revente à perte » (Cons. conc., n°06-D-04, 13 mars 2006, déc. préc., souligné par nous).

Les arguments ci-après ont ainsi été rejetés par l'autorité de la concurrence :

- Les justifications, tenant au **maintien de la compétitivité, à la prévention de crises de surproduction, ou encore à la fixation d'un « prix juste »** pour le consommateur : le Conseil rejette ces arguments, retenant qu'au contraire la fixation des prix a perturbé le marché, et que le « *prix juste* » est celui établi sur un marché en concurrence (Cons. Conc., n° 05-D-55 du 12 octobre 2005, Secteur de production d'huiles essentielles de lavande) ;
- le « *souci de garantir une qualité suffisante et constante des prestations fournies* » par les membres du réseau n'a pas davantage été retenu par le Conseil, observant notamment qu'il n'était pas établi que « *[l]es effets anticoncurrentiels se sont réduits à ce qui est strictement nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du réseau* » (Cons. Conc., n° 00-D-75 du 6 février 2001, Secteur de la transmission florale à distance) ;
- Ne constitue pas une justification admissible l'argument selon lequel l'imposition des prix aux franchisés est un « *moyen de faire connaître sa politique de prix bas* » : selon le Conseil, la pratique de prix imposés allait au-delà de ce qui était strictement nécessaire à cet objectif (Cons. Conc., n° 94-D-60 du 13 décembre 1994, Secteur des lessives) ;
- La justification tenant au **maintien d'un commerce de proximité** ainsi qu'à la formation et l'information des commerçants dans les zones rurales est également rejetée en l'absence de preuve de ce que ces objectifs n'auraient pas pu être obtenus sans la mise en œuvre de ces pratiques (Cons. Conc., n° 92-D-38 du 9 juin 1992, GITEM).
- Les **incertitudes sur la parité des devises** n'ont pas été considérées comme une justification admissible, d'autres moyens permettant de résoudre la difficulté (Cons. conc., n° 07-D-06, 28 février 2007, secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo).



- Les impératifs propres aux **produits de luxe et à l'image de marque** des produits ne constituent pas une justification admissible selon l'autorité de la concurrence (Cons. conc., n° 06-D-04 du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe).
- L'argument fondé sur la **suppression de la double marge** a également été soumis au Conseil de la concurrence et a été examiné avec attention. Selon cette théorie, l'intégration verticale ou la mise en place de contrats qui reproduisent les conditions d'une intégration verticale, suppriment les marges additionnées perçues par les acteurs autonomes le long d'une filière verticale, par rapport aux prix amont. S'appuyant encore sur la littérature économique, le Conseil de la concurrence a répondu que « *la suppression de la double marge ne peut compenser l'effet négatif de réduction de la concurrence **que dans des circonstances très particulières** (faible concurrence des producteurs sur le marché amont et faible concurrence des distributeurs sur le marché aval, fort pouvoir de négociation des producteurs vis-à-vis des distributeurs), qui ne sont pas réunies dans le secteur du jouet* ». En outre, le Conseil a constaté que les entreprises poursuivies ne démontraient pas, par des faits concrets, la suppression de la double marginalisation, et que, au contraire, les arguments développés par les parties « *suggèrent que la structure du marché et le mode de concurrence ne se prêtent pas, naturellement, à une forte inefficacité de la double marginalisation* », tandis que, selon le Conseil, les effets négatifs de la réduction de la concurrence intramarques et intermarques continuaient à jouer dans ce contexte. (Cons. conc., n° 07-D-50, 20 décembre 2007, secteur du jouet).

#### 4.2 *Quels sont les types d'effets pro-concurrentiels reconnus aux pratiques verticales sur les prix ?*

Dans la mesure où le **droit de pratiques anticoncurrentielle** ne fixe pas d'interdiction per se, il prend en compte les effets pro-concurrentiels qui pourraient être établis. Toutefois, s'agissant de la fixation d'un prix minimum imposé, directement ou indirectement, l'Autorité n'est manifestement pas encline à accueillir de telles effets. S'agissant de restriction caractérisée, la pertinence de leurs effets pro-concurrentielle n'est pas admise.

Toutefois, les pratiques de prix conseillé ou de fixation d'un prix maximal sont admises au titre de l'organisation du réseau de distribution. Ce sont alors les gains d'efficacité admis pour un tel réseau de distribution qui s'appliquent à la justification du prix conseillé.

Selon la théorie économique, l'imposition des prix de revente peut, dans certaines conditions, engendrer certains gains d'efficacité et améliorer ainsi l'efficacité de la distribution (OCDE, rapp. préc., p. 125).

La fixation du prix de revente permettrait en premier lieu d'améliorer la qualité des services fournis par les distributeurs, en prévenant notamment, voire favorisant les promotions, chaque distributeur cherchant à se démarquer de ses concurrents par ces biais.

Cependant, le fait qu'un prix minimum soit imposé ne signifie pas nécessairement que les distributeurs fourniront les services et la promotion souhaités. En application de la théorie des jeux, il est probable que les distributeurs attendront de voir ce que feront leurs concurrents et finalement, lequel s'engagera le premier à accorder des promotions ou des services particuliers. Il existerait alors un risque que les autres distributeurs profitent des efforts du premier distributeur tout en ayant des marges garanties (Actes des ateliers de la DGCCRF, 23 juin 2009).

La fixation du prix de revente permettrait par ailleurs d'inciter les distributeurs à conserver un niveau suffisant de stock de marchandises, en particulier lorsque la demande est incertaine.

Il existe cependant des doutes sur la pertinence de ce genre d'efficacité s'agissant du niveau des stocks. En pratique, en effet, les professionnels relèvent que s'il y a un prix minimum imposé, alors les stocks sont vendus moins vite que s'il n'y a pas de prix minimum imposé. En outre, les pratiques consistant à imposer le retour des produits invendus aux fournisseurs sont très fréquentes, de sorte que les distributeurs sont peu disposés à maintenir des stocks volumineux (Actes des ateliers de la DGCCRF, 23 juin 2009).

4.3 *Les justifications suivantes sont-elles prises en considération et, si oui, pour quelles pratiques et dans quelle mesure?*

- *Veille concurrentielle au sein de réseaux de distribution*
- *Positionnement tarifaire de ses produits par un fournisseur*
- *Avantage pour l'utilisateur en cas de prix maximum*
- *Intérêt général des consommateurs (merci de préciser)*
- *Lancement d'un nouveau produit*
- *Positionnement marketing d'un produit*
- *Organisation promotionnelle*
- *Service après-vente*
- *Coordination avec l'information des consommateurs*

*Merci de donner des exemples issus de la jurisprudence et / ou de la doctrine.*

Si l'on excepte les dérogations fondées sur la loi (art. L. 420-4-I 1° C. com.), le droit positif français ne comporte aucun développement spécifique sur les types d'effets pro-concurrentiels qui pourraient être reconnus aux pratiques verticales sur les prix. Le possible « rachat » de la pratique en cas de démonstration d'un effet pro-concurrentiel est donc tiré des dispositions applicables à toutes les ententes, qui ne traitent pas de ce cas particulier.

De même, la jurisprudence n'a jamais accueilli la justification d'une pratique verticale sur les prix, si l'on s'en tient aux pratiques susceptibles d'être illicites au regard du droit français.

S'agissant des justifications proposées, la jurisprudence admet les informations sur les prix au sein de réseau de distribution, dès lors que celles-ci n'aboutissent pas à la mise en place d'une police des prix.

Parmi, les exceptions à la revente à perte, l'article L 442-4 5° C. com. retient l'exception d'alignement mais dans des conditions très limitées. Elle est réservée aux magasins d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés dans le secteur alimentaire et de moins de 1000 mètre carré dans les autres secteurs.

De même, toujours au titre des **pratiques restrictives**, la loi n'interdit que la fixation d'un prix minimal, la détermination d'un prix maximal est pour sa part admise dès lors qu'elle n'aboutit pas à la fixation d'un prix imposé.

S'agissant de l'information des consommateurs, indirectement la réglementation des pratiques trompeuses, et en particulier de la publicité trompeuse vient justifier la fixation d'un prix maximum dans les réseaux de distribution en cas de publicité organisée par la tête de réseau. C'est en effet, en faisant référence à un prix public conseillé que la publicité commerciale sur le prix est organisée (Art. L121-1 C. conso).

#### 4.4 Vous, ou votre droit, envisagez-vous d'autres justifications?

Comme déjà indiqué, le droit français admet des justifications fondées sur un texte législatif ou sur un texte réglementaire pris pour l'application d'une loi (art. L. 420-4-I 1° C. com.).

S'agissant des justifications fondées sur la pro-concurrentialité des pratiques de prix imposés, l'arrêt Leegin rendu par la Cour suprême aux Etats-Unis, le 28 juin 2007, peut ouvrir la voie à une évolution de la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence.

La concurrence ne porte pas seulement sur les prix, mais aussi sur la qualité, l'image de marque, les approvisionnements, etc. Des atteintes à la concurrence sur les prix devraient donc être admises dès lors que les pratiques à l'origine de telles atteintes sont justifiées par des gains d'efficacité d'une ampleur suffisante pour qu'il soit peu probable que les consommateurs subissent un préjudice net du fait de la pratique en cause.

Parmi les axes ainsi envisageables, on peut mentionner :

- L'intérêt du consommateur

On retrouve ici l'idée fondant la théorie de la justification d'une restriction de concurrence par le progrès économique, tenant à la nécessité que le consommateur bénéficie d'une partie équitable du profit (cf. article L. 420-4 I-2° du Code de Commerce précité).

Il pourrait être considéré que pratiquer un prix imposé libérera la concurrence sur d'autres aspects, et notamment sur les services. Cela serait donc dans l'intérêt des consommateurs, qui ne cherchent pas seulement le meilleur prix mais sont, pour certains produits, plus intéressés par d'autres facteurs, tels que la qualité ou les services offerts (démonstration, installation, réparation, etc.) et notamment le service après vente.

En ce sens, dans sa newsletter « Entrée Libre » n° 5 de juillet 2009, l'Autorité de la concurrence a indiqué que c'est « *dans certains secteurs où les services commerciaux (conseil personnalisé par exemple) revêtent une importance particulière* » que les pratiques de prix de vente imposés pourraient « *aider à prévenir des comportements de parasitisme par lesquels un distributeur attire les consommateurs par des prix bas, en profitant à bon compte de l'investissement des autres distributeurs et en détruisant leurs incitations à maintenir leurs offres de services* ». L'Autorité précise encore que ce sont ces arguments qui ont poussé la Cour Suprême américaine à rendre l'arrêt Leegin. Le déplacement de la concurrence intrabrand du prix vers les services pourrait, dans cette mesure, justifier la pratique de prix minima ou imposés.

A cet égard, il est intéressant de relever que les Autorités françaises de la concurrence ont déjà retenu l'argument du déplacement de la concurrence vers les services dans certaines affaires.

A titre d'exemple, dans une affaire Transmontagne (2007) relative à un système de remises, le Conseil de la concurrence avait retenu l'existence de gains d'efficacité liés à l'amélioration de la qualité de service. Les remises présentaient en effet *"des avantages particuliers, en permettant de servir une demande qui ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs. Les remises peuvent ainsi avoir un objet ou un effet incitatif et assurer la fourniture d'un niveau d'effort plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de service dans le cadre d'une relation verticale entre un vendeur et un revendeur. En ce sens, la différenciation tarifaire peut avoir un effet pro-concurrentiel"* (Cons. conc., n° 07-D-14, 2 mai 2007, point 118).

De même, la pro-concurrentialité du contrôle des prix pourrait être retenue pour la période de lancement d'un produit. Il est possible sur ce point de faire un parallèle avec la jurisprudence française qui a admis l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs de revendre sur internet pendant l'année suivant la sortie du produit (CA Paris, 18 avril 2008, affaire « Pacific Création / PMC Distribution », n° 07/04360). De la même façon, le maintien d'un prix minimal pour un nouveau produit pourrait garantir à ses distributeurs une marge suffisante pendant un temps donné, pour leur permettre d'amortir les éventuels frais, investissements et risques pris à cette occasion. Cela peut en effet avoir un effet incitatif à la recherche et l'innovation, bénéficiant ainsi aux consommateurs.

- La protection du réseau et de son image de marque

La justification d'une politique de prix minimum imposés peut également être recherchée du côté de la protection de l'image de marque du réseau. La jurisprudence admet déjà l'interdiction des politiques de prix d'appel, qui consistent à annoncer la vente des produits d'une marque à un prix très avantageux alors qu'en réalité, le distributeur ne dispose pas de ces produits en quantité suffisante pour répondre à la demande de la clientèle, ce qui lui permet d'attirer cette dernière sur le site et de l'orienter vers des produits similaires sur lesquels il réalise une marge plus importante.

Dans la même ligne, il pourrait être admis que le pouvoir du promoteur puisse aller plus loin lorsque la pratique de prix différents par les distributeurs serait de nature à affecter l'image du réseau. Ceci rejoint la volonté, exprimée par l'Autorité de la concurrence dans « Entrée Libre » n° 5, de lutter contre le « parasitisme » du réseau, lorsqu'un distributeur s'épargne les efforts des autres membres (sur le conseil, la qualité du point de vente ou les services) et pratique ainsi un prix bas.

Même avant toute atteinte à l'image de marque, pratiquer un prix commun permet de construire une image cohérente du réseau en évitant les contradictions et les distorsions entre ses distributeurs. De ce point de vue, le positionnement tarifaire de ses produits par un fournisseur pourrait être invoqué, ainsi que son positionnement marketing d'un produit. Ceci améliorerait par ailleurs, au sein du réseau, l'information du consommateur sur les prix grâce à leur transparence.

L'argument peut être étendu à l'organisation promotionnelle, la pratique de soldes unifiées permettant un positionnement de prix et d'image de marque identique afin d'assurer la cohérence du réseau dans l'esprit des consommateurs.

4.5 *Les effets pro-concurrentiels sont-ils immédiatement pris en considération par les autorités / tribunaux, ou cela ne se fait-il qu'à la demande des parties intéressées ?*

Les effets pro-concurrentiels qui viennent d'être développés pourraient en théorie tout à fait être pris en compte par les Autorités de concurrence de façon volontaire. Toutefois, dans la majorité des cas, ces arguments seront soulevés par les opérateurs auxquels de telles pratiques anticoncurrentielles sont reprochées. Il appartient à l'entreprise qui se prévaut de l'existence de gains d'efficacité de démontrer, avec un degré de probabilité suffisant et sur la base de preuves vérifiables, que les conditions visées à l'article L. 420-4 I-2° du Code de Commerce sont bien remplies.

C'est pourquoi l'Autorité de la concurrence, en particulier, ne manque pas de rappeler aux entreprises que c'est sur elles que repose la charge de la preuve des effets bénéfiques d'une pratique anticoncurrentielle, lorsqu'ils en demandent la justification pour « progrès économique ».

4.6 *L'une de ces justifications pourrait-elle avoir des effets pervers anti concurrentiels et sont-ils envisagés par votre droit?*

S'agissant de la justification fondée sur les gains d'efficience, il importe de souligner que l'article L. 420-4 I-2° du Code de Commerce n'admet celle-ci que pour autant que la pratique ne puisse pas « donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause » et n'« impose des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

En revanche, l'autre mode d'exemption, spécifique au droit français et supposant « seulement » que la pratique résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application (art. L. 420-4-I 1° C. com.) est davantage susceptible de produire des effets pervers qui ne sont pas envisagés par le droit français. En effet, aucune condition n'est prévue par le texte afin d'éviter la production de tels effets.

La justification légale tirée de l'interdiction de la revente à perte illustre cette difficulté dans la mesure où cette législation a été instrumentalisée par certaines entreprises pour s'assurer de la maîtrise uniforme des prix de vente aux consommateurs (Cons. conc., n° 07-D-50, secteur des jouets, préc., pt. 699). Aussi le Conseil de la concurrence a-t-il considéré que cette disposition législative n'exclut l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles qu'à la condition de ne pas laisser subsister des comportements autonomes des entreprises. Or en l'occurrence, la pratique permettant aux fournisseurs de maîtriser en accord avec les distributeurs les prix de vente aux consommateurs provient bien, même si elle a été permise par la loi, du comportement autonome des entreprises (Cons. conc., n° 07-D-50, secteur des jouets, préc.)

4.7 *Selon vous, les autorités de la concurrence prennent-elles suffisamment en considération les effets pro-concurrentiels de certaines de ces pratiques?*

A l'image de certaines pratiques unilatérales, telles que la discrimination, l'exclusivité, les ventes liées ou les remises, la fixation du prix de revente est à la fois susceptible d'entraîner des difficultés de concurrence et de nature à permettre la réalisation de gains d'efficacité.

Pour le moment, ainsi qu'on l'a vu, l'autorité française de la concurrence a systématiquement réfuté les arguments fondés sur les effets pro-concurrentiels des pratiques d'imposition des prix de revente.

Une plus grande prise en compte de l'évaluation des gains d'efficacité serait souhaitable au terme d'une analyse spécifique, conduite au cas par cas. Il ne saurait être question de passer d'une interdiction quasi *per se* à une position intellectuelle totalement opposée. Seule l'analyse concurrentielle au cas par cas pourra permettre de valider de telles pratiques, afin que le droit de la concurrence demeure un droit pratique, en phase avec la réalité économique.

## 5.Sanctions

*5.1 Votre législation sanctionne-t-elle les pratiques verticales en général et, si tel est le cas, par le biais de quel type de sanctions : administratives, pénales, autres?*

Comme cela a été précédemment exposé, les pratiques verticales sont susceptibles d'être appréhendées à la fois, sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles ainsi que de règles spécifiques au droit français qui sont prévues au titre IV du Livre IV du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence et instituent des interdictions *per se*.

Les pratiques verticales contrevenant au **droit des pratiques anticoncurrentielles** sont susceptibles de faire encourir à leurs auteurs des sanctions de différentes natures : administrative, pénale et civile.

Tout d'abord, l'article L 464-2 C. com. octroie à l'**Autorité de la concurrence** la possibilité de prononcer trois types de **sanctions administratives** applicables aux pratiques verticales aussi bien qu'horizontales.

L'Autorité de la concurrence peut enjoindre aux entreprises poursuivies de cesser les pratiques anticoncurrentielles, au besoin sous astreinte, ordonner la publication de sa décision et/ou d'infliger une sanction pécuniaire.

Cette dernière est proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées. Elle est, par ailleurs, déterminée individuellement et de façon motivée. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, et de 3 millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise.

Ensuite, une **sanction pénale** est – théoriquement au moins – susceptible d'être prononcée par les juridictions répressives au titre de pratiques verticales. En effet, l'article L.420-6 du Code de commerce dispose qu' « *est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de*

*pratiques visées aux articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce*». Il est ajouté que le tribunal peut, par ailleurs, ordonner la publication de la décision.

Il faut noter que seules les personnes physiques peuvent ici faire l'objet de sanctions pénales et qu'en outre, les conditions requises pour que soient infligées de telles sanctions sont exigeantes. En réalité, ce texte a été mis en œuvre de pratiques horizontales, notamment dans des affaires d'ententes dans les marchés de travaux, tandis qu'il n'en existe pas d'application, à notre connaissance pour des pratiques verticales.

Enfin, des **sanctions civiles** peuvent également être prononcées par les juridictions civiles et commerciales. Il s'agit, non seulement de la nullité expressément prévue à l'article L.420-3 du Code de commerce ("*est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L.420-1 et L.420-2*"), mais aussi de l'engagement de la responsabilité civile du ou des auteurs des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Quant au **droit des pratiques restrictives de concurrence**, sa violation est expressément assortie, selon les règles concernées, de sanctions pénales disparates et de sanctions civiles.

En ce qui concerne les **sanctions pénales**, il importe de relever le caractère disparate des peines d'amende prévues selon les pratiques concernées (v. *infra* pt 5.2).

Quant aux **sanctions civiles**, elles sont expressément prévues pour les pratiques énumérées à l'article L. 442-6 C. com. Ce texte prévoit en son I, l'engagement de la responsabilité (sous-entendue civile) de l'auteur des pratiques, en son IV, la possibilité pour le juge des référés d'ordonner la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire et, en son III, diverses prérogatives confiées au ministre de l'Economie et au ministère public. Ces derniers ont la possibilité de demander à la juridiction judiciaire, outre la cessation des pratiques litigieuses et le prononcé d'une amende civile d'un montant maximum de 2 millions d'euros, pouvant être portée au triple du montant des sommes indument versées, la nullité des clauses ou contrats illicites, la répétition de l'indu ainsi que la réparation des préjudices subis. Controversées notamment lorsqu'elles sont en principe l'apanage de la victime, ces prérogatives ont été contestées d'un point de vue juridique au regard, en particulier, de l'article 6 § 1 CEDH. Cependant, la Cour de cassation, après avoir qualifié l'action du Ministre d'« *action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* », a admis la conventionnalité du texte fondant ces différentes prérogatives, sans mentionner toutefois la réparation des préjudices (Com. 8 juillet 2008, n° 07-16.761, Bull. 143).

Par ailleurs, alors même qu'une partie seulement des sanctions civiles a été prévue ou qu'aucune d'elles n'a été expressément envisagée, le droit commun permet, en cas de violation d'une règle du droit des pratiques restrictives de concurrence, l'engagement de la responsabilité civile et le prononcé de la nullité d'une clause ou d'un contrat illicite. La responsabilité délictuelle de celui qui commet une pratique restrictive de concurrence interdite peut être retenue sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil. De même, la nullité d'un acte contrevenant à une interdiction per se peut être prononcée sur le fondement de l'article 6 du Code civil, en vertu duquel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

## 5.2 Les pratiques exposées ci-dessus sont-elles également l'objet de sanctions?

Les pratiques verticales d'ordre tarifaire sont assorties des différentes sanctions évoquées au point 5.1, de sorte que les observations précédemment formulées s'appliquent.

Il est cependant possible d'observer, en complément, que les pratiques verticales spécifiquement appréhendées sur le terrain du **droit des pratiques restrictives de concurrence** semblent assorties assez systématiquement de sanctions pénales lorsqu'elles ont trait exclusivement au prix tandis que, dans les autres cas, ce sont exclusivement des sanctions civiles qui sont prévues.

En outre, le niveau des sanctions pénales est assez variable sans nécessairement que ces différences s'expliquent par une nocivité plus importante du comportement. Ainsi l'imposition directe ou indirecte d'un prix minimum de revente est-elle punie d'une amende de 15 000 euros (art. L. 442-5 . Com.) tandis qu'une pratique de revente à perte expose son auteur à une amende de 75000 euros, laquelle peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où la revente à perte a fait l'objet d'une annonce par voie publicitaire (art. L. 442-2 C. com.). De même, le non-respect des conditions de règlement imposées par la loi sous la forme de délais maxima de paiement est sanctionné, selon les textes, par une amende de 15 000 euros (art. L. 441-6 C. Com. pour le transport routier), de 75 000 euros (art. L. 443-1 C. com. pour les produits alimentaires) et uniquement sur le terrain civil, dans le cas du plafond légal d'application générale (art. L. 442-6-I 7° C. com.).

En ce qui concerne les sanctions encourues au titre d'une violation du **droit des pratiques anticoncurrentielles**, bien que l'article L. 420-6 C. com. vise « une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 C. com. », la sanction pénale qu'il prévoit n'a pas été appliquée à notre connaissance, à des pratiques verticales y compris lorsqu'elles concernent la fixation du prix. En revanche, l'autorité de la concurrence a fait usage de son pouvoir d'injonction et a surtout prononcé des amendes à l'encontre des auteurs des pratiques (*infra* 5.4).

### *5.3 La spécificité des relations verticales, par exemple le plus faible dommage fait aux relations intra-marque, est-elle prise en considération dans le cadre de la prise ou de l'application de ces sanctions?*

Pour certaines sanctions, la spécificité éventuelle des relations verticales est sans incidence aucune. Tel est le cas pour la **nullité** ou les **injonctions**.

Au contraire, cette spécificité est prise en considération, dans une mesure variable, pour les autres sanctions.

Selon l'article L.464-2, la **sanction pécuniaire** infligée en cas de violation du droit des pratiques anticoncurrentielles doit être « *proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques* ». Le texte ajoute qu'elles « *sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

Selon l'autorité de la concurrence, les pratiques verticales ne revêtent pas « *le caractère de gravité exceptionnelle des ententes horizontales entre concurrents* », certaines d'entre elles



n'en sont pas moins considérées « *d'une gravité certaine* » (Cons. conc. n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football). Tel est le cas en particulier des pratiques verticales de fixation des prix de revente, « *graves par nature car elles ont pour conséquence de confisquer au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre de la concurrence intra-marque sur le marché de détail* » (Cons. conc., n° 08-D-20 du 1er octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des filiales de la société Compagnie Financière et de Participation Roullier). Cela étant, au moment d'apprécier la gravité de l'atteinte à l'économie, l'Autorité accorde une attention particulière, dans le cas des ententes verticales, au degré de concurrence qui subsiste sur le marché (OCDE, « Round table on resale price maintenance », 10 septembre 2009, p. 138).

L'autorité de concurrence tient compte du pouvoir de marché ou, en sens inverse, de la faiblesse des entreprises. Ainsi a-t-elle parfois pris en considération le déséquilibre des relations commerciales et la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent les petits producteurs de jouets à l'égard des distributeurs leaders impliqués (Cons. conc., n° 07-D-50, 20 décembre 2007, secteur de la distribution des jouets). A l'inverse, il a été considéré que les pratiques de prix imposés étaient d'autant plus graves qu'elles étaient mises en œuvre par des entreprises ou groupes d'envergure internationale ou détenant de fortes parts de marché (Cons. conc., n° 05-D-70 relative aux pratiques sur le marché de la vente des cassettes vidéos préenregistrées à destination des enfants).

Dans certaines affaires, l'Autorité de la concurrence n'inflige de sanction qu'au seul producteur ayant eu un rôle prépondérant là où les distributeurs n'ont eu qu'une contribution partielle et ponctuelle à l'entente de fixation des prix de détail (par ex. Cons. conc. n° 07-D-06, 28 février 2007, secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo), tandis que dans d'autres espèces, elle sanctionne, à la fois, le producteur et certains distributeurs (par ex. Cons. conc., n° 07-D-50, 20 décembre 2007, secteur de la distribution des jouets).

S'agissant de l'**amende civile** prononcée sur le fondement de l'article L. 442-6-III C. com. en cas de violation d'une règle édictée à l'article L. 442-6, le texte ne fournit aucune indication aux juridictions appelées à arrêter le *quantum* de l'amende civile. Si jusqu'à présent, le raisonnement suivi par celles-ci au moment de fixer le montant de l'amende civile était très peu explicite, une décision récente fait peut-être apparaître certains paramètres pris en compte par la juridiction appelée à ordonner une amende civile. Ainsi le Tribunal de commerce de Lille, dans son jugement du 6 janvier 2010, s'est-il référé, d'une part, à l'absence de préjudice subi par l'Etat et à l'absence de chiffrage du préjudice subi par les victimes directes - ce qui pourrait sembler faire imparfaitement écho au dommage à l'économie) et à un ensemble de considérations concourant à apprécier la gravité des pratiques commises.

Quant aux **sanctions pénales**, ainsi qu'il l'a déjà été indiqué, le caractère vertical de la pratique semble exclure, pour le moment, la mise en jeu de l'article L. 420-6 C. com. Au contraire, comme on l'a vu, une sanction pénale est assez fréquemment prévue dans le droit des pratiques restrictives de concurrence et est effectivement utilisée (v. les bilans de jurisprudence annuels présentés par la Commission d'examen des pratiques commerciales).

En ce qui concerne les **dommages-intérêts**, il importe d'observer que l'action peut être exercée par l'une des parties ayant participé à la violation de la règle de concurrence. Cette situation ne lui interdit aucunement d'agir en réparation ; elle peut en revanche être constitutive d'une faute réduisant à due concurrence le montant des dommages-intérêts auxquels la victime peut prétendre.

5.4 *Quelles sont les principales amendes dans votre pays (en EUR) pour des restrictions verticales? Dans quel contexte?*

**Sanctions pécuniaires imposées sur le fondement des règles applicables aux pratiques anticoncurrentielles :**

- Décision n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football : imposition aux entreprises poursuivies de sanctions pécuniaires de 900 000 euros à 6 millions d'euros pour avoir noué des accords exclusifs de très longue durée sans appel à la concurrence pour la gestion des droits marketing de l'Equipe de France et de la Coupe de France et pour s'être concertées en vue d'éliminer toute concurrence dans le cadre d'un appel d'offres.
- Décision n° 08-D-20 du 1er octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par des filiales de la société Compagnie Financière et de Participation Roullier. Imposition d'une sanction pécuniaire de 2 millions d'euros à la société CFPR pour s'être entendue avec ses distributeurs afin de faire respecter un prix minimum de revente aux utilisateurs finals.
- Décision n° 07-D-03 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe par la société Clarins SA. Imposition d'une sanction pécuniaire de 500 000 euros pour avoir, de manière concertée avec ses distributeurs, mis en œuvre des actions ayant pour objet la fixation, la surveillance et le respect de prix imposés de vente aux consommateurs.
- Décision n° 07-D-04 du 24 janvier 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges. Le Conseil de la concurrence a imposé une sanction pécuniaire de 50 000 euros à la société pour avoir diffusé à ses franchisés des prix maximums indicatifs conseillés qui étaient en réalité des prix imposés. Le Conseil a, par ailleurs, enjoint à Jeff de Bruges de prononcer la caducité du code de bonne conduite et d'informer les franchisés de ce que les prix insérés dans les contrats de franchise sont des prix maximums TTC conseillés.
- Décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets. Dans sa décision, le Conseil de la concurrence a sanctionné, à hauteur de 37 millions d'euros, 5 fournisseurs et 3 distributeurs pour s'être entendus sur le prix de vente des jouets. Ces ententes verticales se sont accompagnées d'actions de "police des prix" auprès des distributeurs « déviants » afin d'obtenir un réalignement rapide des prix des jouets.
- Décision n° 06-D-37 du 7 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes. Le Conseil de la concurrence a sanctionné les ententes verticales conclues entre des détaillants

spécialisés et des fournisseurs aux fins de coordination de leur politique commerciale ainsi que l'existence de clauses anticoncurrentielles présentes dans les conditions générales de vente ou les contrats de distribution de plusieurs fournisseurs (sanctions pécuniaires entre 1 300 euros et 173 000 euros).

- Décision n° 06-D-04 du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe. Ententes verticales entre les fournisseurs de marques de parfums et cosmétiques de luxe et trois distributeurs sur les prix de vente au consommateur (chaque produit étant vendu au détail à un prix unique). Amende totale imposée à 13 fournisseurs et à 3 distributeurs : 45,4 millions d'euros.
- Décision n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal. Existence de clauses contractuelles dans les contrats conclus entre les trois principaux opérateurs et les utilisateurs de machines susceptibles d'affecter les courants d'échanges entre Etats membres dès lors qu'ils rendent plus difficiles aux entreprises d'autres Etats membres la pénétration du marché national en cause, soit au moyen d'exportations, soit au moyen de l'établissement. Imposition de sanctions pécuniaires entre 285 000 euros et 600 000 euros.
- Décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution. Le Conseil de la concurrence sanctionne Royal Canin et son réseau de distribution d'une amende de 5 millions d'euros pour avoir mis en place un réseau de distribution permettant de verrouiller la concurrence intra-marque. Par le biais de ses contrats de franchise, Royal Canin imposait également à ses grossistes des prix de revente et en contrôlait le respect par un système de remontée d'informations, véritable dispositif de contrôle de l'entente.

### **Amendes civiles imposées sur le fondement des règles applicables aux pratiques restrictives de concurrence :**

L'examen de la jurisprudence fait apparaître une assez grande disparité dans le montant des amendes civiles prononcées.

Ainsi, une même pratique – consistant à obtenir un avantage sans contrepartie ou disproportionné avec la valeur du service rendu, en violation de l'article L. 442-6-I-1° du code de commerce - expose-t-elle son auteur, dans certains cas, à l'amende maximale (Trib. Com. Evry, 14 octobre 2009, n° RG 2008/00380) ou d'un montant très substantiel (un demi million : Colmar, 12 août 2008, RG n° 05/05738), dans d'autres affaires, à des montants plus réduits (18000 euros : Trib. Com. Toulon, 10 juillet 2008, RG n° 2007/000037 ; 30000 euros : Trib. Com. Lille, 19 juin 2008, RG n° 2006/82092 ; 22000 euros : Trib. Com. Dreux, 9 octobre 2008, RG n°2008/001395) et parfois assez symboliques, de l'ordre de quelques milliers d'euros (5000 euros : Versailles, 21 février 2008, RG n° 06/07780 ; 3000 euros : Trib. Com. Manosque, 6 mai 2008, RG n° 06/052008).

- Jugement du Tribunal de commerce Lille, du 6 janvier 2010. Le Tribunal sanctionne, sur le fondement de l'article L. 442-6-1-2° du Code de commerce, les pratiques mises en place par Castorama à l'égard de ses fournisseurs en matière de paiement des acomptes sur remises et impose au distributeur une amende de 300 000 euros.
- CA de Versailles, n° 08/07356, 29 octobre 2009. La Cour sanctionne la centrale de référencement du groupe des magasins portant l'enseigne Leclerc pour avoir négocié plusieurs protocoles d'accords transactionnels donnant lieu, par les fournisseurs, au versement d'une indemnité forfaitaire. La société se voit imposer une amende civile d'un montant de 500 000 euros, outre la répétition de l'indû d'un montant de 23 313 680 euros.

## 6. Évaluation

### 6.1 *Votre droit prend-il suffisamment en considération la spécificité des accords verticaux lorsqu'il est question de pratiques relatives aux prix ?*

L'abondance des dispositions existant en matière de **pratiques restrictives de concurrence** concernant spécifiquement ou non les pratiques verticales tarifaires témoigne assurément d'une prise en compte de la spécificité des relations verticales, sauf à observer qu'elle encourt nombre de reproches, notamment quant à sa justification sur le plan économique : il est permis en effet de s'interroger sur l'utilité, voire sur la nocivité, d'un point de vue concurrentiel, de certaines de ces règles.

Du côté des **pratiques anticoncurrentielles**, il faut rappeler l'existence de quelques dispositifs dérogatoires d'ampleur assez limitée (*supra* pt 1.2) : il s'agit de la loi n° 81-766 du 10 août 1981, rendant obligatoire l'imposition des prix de détail pour les livres sur support papier, du décret n°96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise ainsi que du dispositif rendant possible la conclusion d'accords interprofessionnels dérogatoires pour les délais de paiement.

En dehors de ces cas particuliers, la qualification des pratiques verticales d'ordre tarifaire s'effectue sans réelle spécificité, l'application des règles dépendant grandement du point de savoir s'il s'agit ou non restriction caractérisée de concurrence. Dans le premier cas en effet, la pratique ne fait l'objet d'aucune mansuétude : la restriction caractérisée fait échec au jeu éventuel d'une règle *de minimis*, comme à l'exemption par catégorie et rend l'exemption individuelle peu vraisemblable même si l'Autorité de la concurrence ne refuse pas aux entreprises mises en cause la possibilité de faire valoir les gains d'efficacité qui résulteraient de leurs pratiques.

La spécificité des relations verticales apparaît davantage prise en compte au stade des sanctions.

### 6.2 *La jurisprudence évolue-t-elle ? Vers quelle tendance ? Sur quels points une évolution de la situation devrait-elle être conseillée ?*

Pour le moment, et en dépit de l'évolution jurisprudentielle intervenue aux Etats-Unis, à propos des prix imposés de revente, l'Autorité de la concurrence continue de considérer, dans sa pratique décisionnelle, qu'il s'agit là d'une pratique « *grave par nature* » qui restreint la concurrence intramarque par les prix et « *confisque au profit des auteurs de l'infraction le bénéfice que le consommateur est en droit d'attendre d'un fonctionnement concurrentiel du marché de détail* » (par ex. Cons. conc., n° 07-D-50, 20 décembre 2007, secteur de la distribution des jouets).

Il est vrai qu'une évolution de la grille d'analyse des accords verticaux sur les prix imposés de revente est peu probable en France, du moins tant que subsiste, au sein du droit des pratiques restrictives de concurrence, une interdiction *per se* sanctionnant pénalement un tel comportement (art. L. 442-5 C. com.).

Il serait pourtant souhaitable que les enseignements économiques soient davantage pris en considération au moment d'apprécier le caractère effectivement pro ou anticoncurrentiel d'un accord vertical sur les prix. A cet égard, il faut signaler un certain infléchissement dans la position exprimée à ce propos par l'Autorité de la concurrence. Ainsi, a-t-elle écrit dans sa revue que : « *Dans certains secteurs (...), les travaux économiques récents montrent que la fixation des prix de détail (« resale price maintenance » RPM en anglais) par le fournisseur peut aider à prévenir des comportements de parasitisme (...). La position de l'Autorité consiste à préconiser une approche équilibrée (...). [Les prix de revente imposés] continueraient d'être présumées anticoncurrentielles mais les entreprises auraient la possibilité de présenter des arguments économiques démontrant leurs effets positifs, la charge de la preuve leur incombant* » (« Entrée Libre » n° 5 de juillet 2009). Cette inflexion de la « doctrine » de l'Autorité de la concurrence pourrait se répercuter sur la pratique décisionnelle et permettre la justification de pratiques verticales sur les prix en raison de leurs effets économiques bénéfiques.