



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de droit européen des affaires**

**Dirigé par Louis Vogel**

**2011**

***A quelles conditions les autorités de la concurrence devraient-elles constater un accord dans le domaine des relations verticales ?***

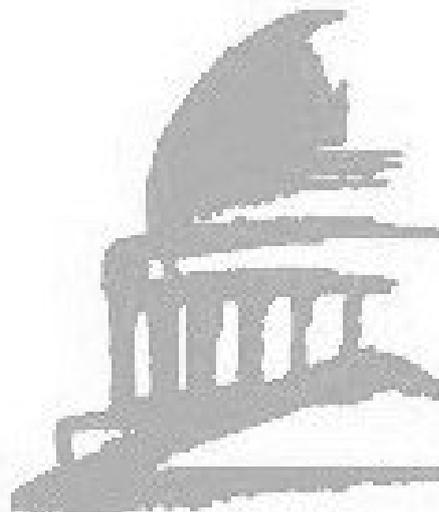
**Bianca Brienza**

**Sous la direction de Louis Vogel**

**Bianca Brienza**

Université Paris II Panthéon-Assas

Collège Européen de Paris



**A quelles conditions les autorités de la concurrence devraient-elles constater un accord dans le domaine des relations verticales ?**

## Résumé

---

La question des conditions auxquelles les autorités de la concurrence devraient constater un accord dans le domaine des relations verticales en fait naturellement surgir trois autres : Pourquoi et comment la question se pose ? A quelles conditions les autorités de la concurrence constatent-elles actuellement un accord dans le domaine des relations verticales ? A quelles autres conditions pourraient-elles formuler un tel constat ?

Les données du problème (Partie 1) sont multiples et n'amènent pas à un traitement évident de la question. Par une approche factuelle, il est constaté dans la vie des affaires que les relations verticales évoluent dans un cadre contractuel existant et sont souvent marquées par une divergence des intérêts et un déséquilibre des rapports de force. Autant d'éléments qui rendent complexe et spécifique la question du constat d'un accord. D'un point de vue juridique, cela se traduit par la délicate, et non de moindre importance, démarcation à réaliser entre mesure unilatérale et accord. Et surtout, les questions de savoir comment un distributeur peut acquiescer *en amont*, c'est-à-dire par avance dès la signature du contrat-cadre, à une mesure ultérieurement mise en œuvre par le fabricant, ou bien *en aval* de manière tacite suite à une initiative du fabricant, ne sont pas à détacher de certaines exigences liées à la nature quasi répressive du droit de la concurrence (prévisibilité, charge de la preuve,...). Et les données économiques ne sont pas pour simplifier la tâche des autorités, amenées à traiter de la même manière les cas de prix imposés, de restrictions de commerce parallèle en tout genre, souhaitant parfois durement sanctionner et parfois laisser faire dans le cadre d'une économie mondialisée où les systèmes juridiques sont en concurrence.

Le cadre et les difficultés dressés, vient l'examen des solutions existantes. Au niveau communautaire (Partie 2), les évolutions majeures dans la notion et la preuve de l'accord apportées des affaires *Bayer* et *Volkswagen II* rehaussant significativement les exigences et la consistance de la rencontre des volontés, condition de l'accord, ont précédé la période actuelle d'incertitudes et d'hésitations constantes où autorités et juges jouent au ni chaud ni froid, ne sachant choisir entre protection efficace de la concurrence et sécurité juridique. Ainsi, on n'est pas certain de comment sont –et comment devraient- être appréciés des éléments importants, tels que les pressions et contraintes, rébellion et protestation, dans le constat de l'accord. Au niveau interne, la solution, en particulier en matière de prix imposés, paraît plus satisfaisante en termes de prévisibilité par la méthodologie de la décision *Parfums*. Mais il suffit de tester le degré d'exigence réel et factuel du triptyque (évocation des prix, police des prix, application significative) pour s'apercevoir que là aussi, les autorités de la concurrence ont bien des difficultés à maintenir face à toutes les situations un standard de conditions de constat d'accord rigoureusement appliqué, et donc qu'exigence et prévisibilité ne sont parfois que d'apparence. Enfin, la question de la prise en compte de la contrainte, au travers de la police des prix, ressort de manière plus manifeste encore au niveau interne.

Imparfaites, les solutions existantes appellent des améliorations, qui pourront s'inspirer des différentes alternatives envisageables (Partie 4). Au sein du droit de la concurrence tout d'abord, le point d'équilibre poursuivi par les conditions de constat de l'accord pourrait être atteint par divers mécanismes. La comparaison avec les modèles du droit civil et du droit pénal, ensuite, se révèle comme une riche source de débats et d'idées. Enfin, on ne saurait se passer d'un bref aperçu du droit canadien, pour son récent changement de cap, et du droit américain, pour son modèle si éloigné et pourtant si proche. Car on en conclura que si les conditions de constat de l'accord ne sont pas partagées dans le monde, il en va différemment de la question de leur détermination et de son traitement, toujours hésitant et en constante recherche d'une perfection illusoire.

# Table des matières

---

PARTIE 1 .....	7
Données du problème .....	7
I. Approche factuelle.....	7
II. Approche juridique.....	9
III. Approche économique .....	13
PARTIE 2 .....	19
Solutions au niveau communautaire.....	19
I. Evolution .....	19
II. Tentative de systématisation.....	30
III. Analyse critique .....	31
PARTIE 3 .....	33
Solutions au niveau interne .....	33
I. Acceptation en amont .....	34
II. Acceptation en aval en matière de prix .....	36
PARTIE 4 .....	44
Alternatives envisageables .....	44
I. Inspirations par le droit de la concurrence.....	44
II. Inspirations par les autres branches du droit .....	47
III. Inspirations par le droit comparé.....	51
Annexes .....	54

## Eléments de compréhension

---

**Relations verticales** : relations entre non-concurrents, chaque entreprise agit à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution<sup>1</sup>. Schématiquement, ceci correspond à la relation producteur – distributeur. La Commission cite comme exemple une entreprise produisant une matière première que l'autre entreprise utilise comme bien intermédiaire, ou la première est un fabricant, la deuxième un grossiste et la troisième un détaillant<sup>2</sup>.

**Accord** : la notion d'accord est centrale en matière d'entente. C'est une des formes de manifestation de l'élément subjectif de l'entente (accord, pratique concertée et l'association d'entreprises aux termes de l'article 101 TFUE<sup>3</sup>). L'accord, entendu comme la rencontre de volontés distinctes émanant de deux ou plusieurs personnes, est nécessaire à la constatation d'une entente. En son absence, la mesure est de nature unilatérale et sauf abus de position dominante, ne peut être sanctionnée par le droit de la concurrence. Il faut noter que si l'accord n'est pas établi, la qualification d'entente demeure possible par la constatation d'une pratique concertée. Toutefois, ce type de pratique est rarement observé dans le domaine des relations verticales et elle tend à se confondre avec la notion d'accord<sup>4</sup>. Selon une jurisprudence communautaire constante, l'accord se définit comme « *la volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »<sup>5</sup>.

**Autorités de la concurrence** : Ce terme désigne en droit interne l'Autorité de la concurrence (l' « ADLC ») qui a succédé en 2008 au Conseil de la concurrence. En droit communautaire, l'autorité de la concurrence centrale est la Commission européenne et le rôle des autorités nationales de concurrence (« ANC ») est reconnu<sup>6</sup>. Ces autorités ne produisent pas de la « jurisprudence » mais de la pratique décisionnelle. Toutefois, le terme « jurisprudence » sera utilisé au cours de ce document afin de se référer de manière indifférenciée à la pratique décisionnelle de l'autorité de la concurrence en question et à la jurisprudence rendue par les organes juridictionnels de contrôle (cour d'appel de Paris et Cour de cassation au niveau interne ; Tribunal ou Cour de Justice de l'Union européenne au niveau communautaire).

→ La question de savoir à quelles conditions les autorités de la concurrence devraient-elles constater un accord dans le domaine des relations verticales amène en conséquent à trois thématiques :

---

<sup>1</sup> Voir par exemple : Art. 1<sup>er</sup> 1. A) du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : « *accord vertical* », un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services »

<sup>2</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final

<sup>3</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

<sup>4</sup> C. Momège, « *Accords verticaux et accords horizontaux : les limites de la distinction au regard de l'article 81 CE – Le point de vue d'un avocat français* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008, p. 28, pt. 7

<sup>5</sup> CJCE, 15 juill. 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma c/ Commission, pt 112 : Rec. CJCE 1970, p. 661 ; voir aussi CJCE, 8 juillet 1999, Anic, aff. C-49/92 P, Rec., p. I-4125

<sup>6</sup> Voir Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

1. *Quelles sont les difficultés ici ? Dans quel cadre global s'inscrit la question du constat d'un accord ? Les caractéristiques propres des relations verticales impliquent-elles des difficultés particulières dans la définition et le constat d'un accord ?*

Il sera donc analysé les données du problème d'un point de vue factuel, juridique et économique afin de saisir toute la complexité de la question (Partie 1).

2. *Quelles sont les réponses actuellement existantes ? Comment traduisent-elles la difficulté de la question ? Les solutions adoptées par les autorités de la concurrence sont-elles satisfaisantes ?*

Il convient alors naturellement d'étudier les solutions en vigueur au niveau communautaire (partie 2) et au niveau interne (partie 3) en tentant de les exposer de la manière la plus claire possible et d'en dresser une analyse critique.

3. *Quelles sont les autres solutions ou améliorations envisageables ? Où chercher de telles solutions ? Leur transposition par les autorités de la concurrence est-elle souhaitable ou irréaliste ?*

Les alternatives envisageables inspirées du droit de la concurrence même, des autres branches du droit telles que le droit civil et le droit pénal, et de droits nationaux seront passées en revue (partie 4).

---

# PARTIE 1

## Données du problème

---

Une appréhension complète de la question des conditions de constat d'un accord dans les relations verticales implique de s'essayer à une approche factuelle (I), juridique (II) et économique (III).

### I. Approche factuelle

Certaines caractéristiques récurrentes des relations verticales sont sources de difficultés dans l'appréhension de la notion et la preuve de l'accord. En conséquence, la question de la détermination des conditions dont la satisfaction est nécessaire pour constater un accord se pose avec une certaine acuité dans le domaine des relations verticales.

En premier lieu, **les acteurs d'une relation verticale sont naturellement liés avec plus d'intensité ou de solennité entre eux que les acteurs d'une relation horizontale**. En effet, deux non-concurrents amenés à « s'entendre » développent fréquemment leur relation dans le cadre d'un contrat-cadre (de distribution, concession, franchise ...). Et même en l'absence de tels contrats-cadres (ou « accord général préétabli » selon le vocabulaire communautaire), les non-concurrents mis en cause sont l'un envers l'autre dans une relation commerciale continue, caractérisée par la fréquence, la durée ou l'intensité des relations. Par exemple, un revendeur peut depuis de nombreuses années passer des commandes à un fabricant, devenu son principal fournisseur, par la conclusion répétée de contrats de vente. Ces deux situations (contrat cadre ou relation commerciale continue) n'ont en principe pas lieu d'être dans les relations entre concurrents, et se rencontrent de manière fréquente uniquement dans les relations verticales.

Ainsi, les relations verticales sont souvent caractérisées par l'existence d'une **relation contractuelle assez intense**. Cette caractéristique implique dans le traitement des ententes deux conséquences. (a) Il est aisé de concevoir que cette relation contractuelle existante peut favoriser l'émergence d'un accord entre les non-concurrents. Les acteurs de la relation verticale sont souvent en contact, communiquent, et disposent d'un cadre contractuel. Le passage, conscient ou non, d'un comportement respectif parfaitement concurrentiel à la conclusion d'un accord anticoncurrentiel semble dans ce contexte assez probable. C'est ainsi que l'immense majorité des affaires portées devant les autorités de concurrence concernent des cas où les parties sont liées par un contrat-cadre ou sont engagées dans une relation commerciale continue. (b) Il est alors envisageable que la relation contractuelle existante contienne par elle-même des éléments d'un accord anticoncurrentiel, d'une entente prohibée ; ou du moins des éléments contractuels pouvant être utilisés à cette fin. En effet, des clauses du contrat-cadre, des conditions générales de vente des commandes, peuvent être des outils propices à la formation d'un accord. Les autorités de la concurrence doivent donc, dans le domaine des relations verticales, déterminer de quelle manière elles prennent en compte ces éléments tenant à une relation contractuelle existante lorsqu'elles procèdent, ou non, au constat d'un accord. Et cette question se pose avec

d'autant plus d'importance ici puisque toutes les affaires ou presque impliquent des acteurs liés par un contrat-cadre ou une relation commerciale continue.

En second lieu, les relations verticales sont souvent caractérisées par un **déséquilibre des rapports de force** entre producteur et distributeurs. Deux situations peuvent se présenter. Dans la première, la plus commune, le fabricant est en position de force face aux distributeurs. Ces derniers sont en position de faiblesse vis-à-vis de leur fournisseur, en particulier si celui-ci est leur principal fournisseur ou s'il dispose de produits incontournables. La seconde situation est certes moins fréquente mais toutefois existante<sup>7</sup>, et correspond au cas dans lequel les distributeurs sont en position de force et sont en mesure d'inciter voire de forcer le fabricant à adopter des comportements anticoncurrentiels<sup>8</sup>. Par exemple, un distributeur représentant une part importante du chiffre d'affaires d'un producteur se voit concurrencer par les prix par un autre distributeur plus petit, et se tourne alors vers le producteur pour que celui-ci impose des prix à l'ensemble des distributeurs sous peine de déférencement<sup>9</sup>. Toutefois, que la mesure en cause soit de l'initiative des distributeurs ou du fabricant, elle ne peut en général s'étendre à l'ensemble des distributeurs que par le biais du fabricant. Cette dissymétrie de puissance peut concrètement amener à deux questions. (1) Dans la mesure où un des acteurs est en position de force, il est envisageable qu'il exploite sa position afin d'imposer de manière unilatérale des mesures à ses partenaires ou bien qu'il soit en mesure de prendre des mesures anticoncurrentielles seul puisqu'il peut se passer de l'accord ou du recours de ses partenaires commerciaux. Dès lors, quelle est la frontière entre acte unilatéral et accord anticoncurrentiel ? (2) Peut-on considérer que la partie faible soumise à la puissance de son partenaire donne pleinement son consentement à une mesure qui se présente comme imposée par la partie forte, et qu'un accord soit ainsi formé ? Selon C. Prieto, « *la frontière entre mesure imposée et mesure acceptée est donc ténue* »<sup>10</sup>.

Enfin, les relations verticales demeurent à première vue peu propices à la constitution d'entente<sup>11</sup>. En effet, la **divergence des intérêts** entre producteur et distributeur rend *a priori* peu probable, ou moins probable que dans le cas de concurrents, la conclusion d'entente. Par exemple, pour la revente d'un produit, schématiquement, le fabricant va chercher à obtenir un prix bas, permettant de vendre au plus grand nombre, tandis que le revendeur favorisera un prix plus élevé afin de s'assurer des marges plus confortables. Toutefois, il faut dès à présent constater que la réalité économique ne s'enferme pas dans ce schéma un peu simpliste et que les faits présentent une grande variété de situation. Par exemple, les distributeurs vont être favorables à un prix unique imposé par le fabricant si cela leur assure de ne pas être concurrencés sur les prix et ainsi de maintenir un statut quo confortable. De plus, les deux premières caractéristiques étudiées (relation contractuelle existante et dissymétrie des rapports de force) sont des éléments plutôt favorables à l'émergence d'une entente, et contrebalancent donc cette troisième caractéristique. En effet, que penser de la supposée antinomie des intérêts si de toutes façons un acteur est en mesure d'imposer sa volonté à l'autre ?

---

<sup>7</sup> Voir par exemple les faits dans CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. H, 29 janvier 2008, Sté Le Goff Confort

<sup>8</sup> I. Lianos, « *Some reflections on the 'vertical restraints' antitrust category* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>9</sup> C. Momège, « *Accords verticaux et accords horizontaux : les limites de la distinction au regard de l'article 81 CE – Le point de vue d'un avocat français* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>10</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>11</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6 ; Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* », p. 43

→ Les accords dans le domaine des relations verticales sont loin d'être inenvisageables et sont susceptibles d'intervenir dans un cadre assez particulier. En effet, en matière de relations verticales, l'existence d'une relation contractuelle (contrat-cadre ou relation commerciale continue) et de divergences dans les rapports de force sont des éléments fréquents qui amènent à un traitement spécifique de l'accord par les autorités de la concurrence.

## II. Approche juridique

### **Accord, concours de volonté et mesure unilatérale : démarcation entre l'article 101 et 102 TFUE**

Il a été vu que fréquemment, un acteur de la relation verticale (en général le producteur) était en position de force vis-à-vis de son partenaire (en général le distributeur). En conséquence, cela laisse présager que la partie forte a parfois la possibilité d'imposer ses vues et ses objectifs à la partie faible. Pour ce faire, le recours à des mesures anticoncurrentielles, et éventuellement aux éléments contractuels existants, est envisageable. Admettons qu'un producteur décide de fixer un prix unique de son bien, et n'accepte de vendre aux revendeurs qu'à cette condition. Le fait que ces derniers ne sortent pas du contrat-cadre ou continuent de passer commande équivaut-il à une acceptation de leur part ? Y-a-t-il alors accord et entente ? Ou encore, si un producteur utilise une clause générale du contrat-cadre afin d'imposer des mesures de politique commerciale anticoncurrentielle à ses distributeurs, est-ce un acte unilatéral du producteur ou y a-t-il matière à entente ? On le comprend, la particularité des relations verticales fait que la détermination de la ligne de partage entre mesure unilatérale et accord est délicate.

Or, les incidences juridiques de cette opération de qualification (mesure unilatérale ou accord) sont de première importance. Ce qui est une simple mesure unilatérale d'une des parties exclut l'existence d'un accord, et donc d'une entente. En conséquence, bien qu'ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel, la mesure ne pourra pas être sanctionnée par le droit de la concurrence puisqu'un accord, élément subjectif de l'entente, fait défaut. La seule réserve consiste en la sanction de la mesure par le biais du droit des abus de position dominante (article 102 TFUE). Mais encore faut-il dans ce cas que la partie forte soit en position dominante, condition qui naturellement fait en sorte que l'article 102 n'apparaît pas ici comme une alternative équivalente au recours à l'article 101. Ainsi, si la mesure en cause est qualifiée d'unilatérale, elle ne sera dans la majorité des cas tout simplement pas sanctionnée. C'est pourquoi il ne faut pas s'étonner que dans de nombreuses affaires, les fabricants puissants soutiennent que la mesure anticoncurrentielle en cause trouve son origine dans leur seule volonté. Si leurs confessions sont accueillies, ils seront ainsi certes blâmables, mais nullement condamnables à la réserve près de la position dominante. La distinction entre mesure unilatérale et accord est donc plus que sérieuse<sup>12</sup>.

Toutefois, ce n'est pas tant que la définition des mesures unilatérales qu'il faut chercher la solution mais plutôt dans la définition même de l'accord. En effet, les autorités de la concurrence, plutôt que de donner une définition et ses conditions de la mesure unilatérale, qui permettraient d'échapper à la

<sup>12</sup> Voir notamment : L. Idot, « Retour sur la distinction entre l'accord et le comportement unilatéral », Revue des contrats, 01 avril 2004 n° 2, P. 289 ; Fasc. 262 : Droit français des ententes. « - Article L. 420-1 du Code de commerce > III. - Ententes prohibées > A. - Accords > 2° Accords verticaux », JCL Commercial, Cote : 03,2008 ; Lamy Droit Économique - 2011 PARTIE 2, 1397 "Accord et comportement unilatéral"

sanction, ont préféré se porter sur la notion, voire la preuve, de l'accord. Cela peut se comprendre par le souhait des autorités de ne pas « officialiser » une porte de sortie des mis en cause. En d'autres termes, on ne voudrait pas favoriser « *un espace d'immunité que les entreprises ont cherché à exploiter* »<sup>13</sup>. De plus, cette réticence à développer la notion d'unilatéralité peut s'expliquer par le recours à la notion même d'accord. La notion d'accord, entendu communément comme la rencontre de deux volontés, contient en-soi la distinction avec la mesure unilatérale. C'est donc davantage par l'étude de la notion d'accord que la ligne de démarcation entre mesure unilatérale et accord va se dessiner. En conséquence, si l'exigence relative aux conditions nécessaires au constat d'un accord est faible, les comportements en cause seront relativement facilement sanctionnés par le droit de la concurrence. En revanche, plus le degré d'exigence augmente, plus la qualification de mesure unilatérale sera fréquente. Dans ce cas, sauf abus de position dominante, le comportement ne sera pas sanctionné. Mais au-delà de ces incidences pratiques, c'est la notion même de l'accord que l'on touche. Pour l'évoquer, un extrait des conclusions présentées par l'Avocat général Tizzano, personne clé en la matière, semble tout à fait adapté :

*« En d'autres termes, l'application de l'article 81 CE ne saurait se passer de la vérification de l'existence d'une volonté commune des opérateurs économiques intéressés d'adopter un comportement ou une mesure donnés. Cette rencontre des volontés des parties, en effet, ne marque pas seulement la frontière entre les champs d'application des articles 81 CE et 82 CE, c'est-à-dire entre le régime applicable en matière d'ententes et celui relatif à des mesures unilatérales, mais caractérise la notion même d'accord »*<sup>14</sup>.

## **L'accord, élément constitutif d'une infraction**

Il ne faut pas perdre de vue que le droit de la concurrence a une nature (quasi) répressive, et que les sanctions pécuniaires peuvent être de grande importance. En conséquence, **la prévisibilité de la sanction est loin d'être négligeable en la matière. Et cette prévisibilité passe, on vient de le voir, par la notion d'accord.** Ainsi, « *l'accord, en tant que premier élément constitutif de l'infraction, appelle le plus grand soin dans la qualification* »<sup>15</sup>.

Or, force est de constater que les textes tant internes que communautaires ne définissent pas la notion d'accord. En effet, l'accord apparaît comme une des formes possibles d'entente, et ne fait l'objet d'aucune définition<sup>16</sup>. Ainsi, il est curieux de noter que la notion de *concours de volonté*<sup>17</sup> (ou encore *rencontre, concordance...* des volontés) très présente en doctrine et en jurisprudence sur la matière n'apparaît nulle part dans les textes. Cela tient peut être au fait que selon le sens commun, la rencontre de volontés est inhérente à la notion d'accord. Or, loin d'être évidente en matière de relations verticales, la question de la définition de la notion d'accord s'est posée de manière vive. Et en dehors de toute définition légale, c'est donc en premier lieu aux autorités de la concurrence, sous le contrôle

<sup>13</sup> R. Kovar, « *Droit européen de la concurrence* », Cours au collège d'Europe 1985/1986, p. 23

<sup>14</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 17 novembre 2005 dans l'affaire C-74/04 P, Commission contre Volkswagen AG, pt. 48

<sup>15</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>16</sup> Article 101 TFUE : « *...Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées...* » ; Article L420-1 du code de commerce : « *Sont prohibées ..., les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions...* »

<sup>17</sup> Voir par exemple l'étude du Conseil de la concurrence qui se réfère naturellement au terme générique de « *concours de volonté* », Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* »

de leurs organes juridictionnels, qu'il est revenu de réaliser cette opération de qualification somme toute délicate, et non sans conséquences (*cf. supra*). Et ne serait-ce qu'en raison de la nature répressive du droit de la concurrence, la vigilance quant aux conditions de constat de l'accord par les autorités de la concurrence doit demeurer constante. En raison de son importance, ce point, bref, méritait d'être rappelé.

La nature répressive du droit de la concurrence implique une seconde exigence quant aux conditions nécessaires au constat d'un accord. Un tel constat doit se faire dans le **respect de la charge de la preuve de l'existence d'une infraction** aux règles de concurrence qui incombe aux autorités de concurrence et dans le respect du principe de la présomption d'innocence<sup>18</sup>. En conséquent, les éléments de la notion de l'accord, en plus d'être définis de manière suffisamment claire pour permettre la prévisibilité de la sanction, devraient être dûment établis par les autorités de la concurrence.

### **Acquiescement en amont et acquiescement en aval**

---

Très concrètement, l'exigence de la rencontre des volontés et les caractéristiques des relations verticales vont amener à la question du traitement juridique, par les autorités de la concurrence, de deux situations particulières. On résumera ici ces situations d'*acquiescement en amont* et d'*acquiescement en aval*. Revenons aux conclusions de l'Avocat général Tizzano pour quelques éclaircissements :

*« Contrairement à ce que prétend la Commission, il ne ressort donc pas des arrêts que nous venons d'examiner qu'il est suffisant, afin d'établir l'existence d'un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, de constater simplement qu'une mesure a été adoptée par un producteur dans le cadre de relations commerciales continues entretenues avec ses revendeurs et/ou que ces derniers font partie d'un système de distribution déterminé. **Ce qui importe, en revanche, c'est que les distributeurs aient donné leur acquiescement à la mesure spécifique en question, que ce soit en amont, dans des clauses contractuelles (première hypothèse), ou en aval, par des formes d'acquiescement plus ou moins explicites (seconde hypothèse)** »<sup>19</sup>.*

L'avocat général distingue donc, dans les cas de figure que nous avons évoqué (*cf. approche factuelle*) et face à un argument que nous reverrons, deux catégories d'acquiescement. Nous nous permettons ici de généraliser la terminologie utilisée afin de mieux cerner les deux questions qui se posent de façon récurrente dans les relations verticales.

**Acquiescement (ou acceptation) en amont.** La problématique consiste à se poser les questions suivantes : le signataire d'un contrat-cadre a-t-il par là même accepté par avance toutes les mesures ultérieures adoptées par son partenaire ? Le consentement donné au moment de la signature d'un contrat-cadre vaut-il consentement aux mesures mises en œuvre ultérieurement par l'autre partie sur la base de ce contrat ? S'engager globalement à une clause générale de respect de la politique commerciale revient-il à s'engager par avance au respect d'une utilisation anticoncurrentielle de cette clause ?

---

<sup>18</sup> Voir CJCE, 13 juillet 2006, Commission c/ Volkswagen, aff. C-74/04 P (dit Volkswagen II), pt. 37 et 38

<sup>19</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 17 novembre 2005 dans l'affaire C-74/04 P, 13 juillet 2006, Commission contre Volkswagen AG, pt. 47

Toutes ces questions se rattachent à la présence fréquente, dans les relations verticales, d'éléments contractuels et visent une mise en situation particulière. En effet, leur traitement implique de considérer qu'il est possible que l'on accepte par avance une proposition. En bref, si l'on s'inspire du modèle civiliste de la rencontre des consentements, il faudrait considérer que l'acceptation précède l'offre. Le schéma temporel classique est ici inversé, ce qui nous fait opter pour le terme d'acquiescement *en amont*, c'est-à-dire avant l'offre.

**Acquiescement (ou acceptation) en aval.** Les questions sont ici les suivantes : postérieurement à la prise d'une mesure par son partenaire commercial, lesquelles des attitudes de l'autre partie vont valoir acquiescement à cette mesure ? L'attitude passive d'un distributeur face à l'adoption par son producteur d'une mesure anticoncurrentielle équivaut-elle à l'acceptation de cette dernière conformément à l'adage *qui ne dit mot consent* ? Ou bien est-il nécessaire que le distributeur prenne des actes marquant plus fermement sa volonté de se ranger à la mesure anticoncurrentielle initiée par son partenaire ?

C'est ici tous les comportements de l'autre partie, suite à la formulation d'une *offre*, qui seront examinés afin de déterminer si oui ou non ils sont synonymes d'acceptation. La notion d'accord est donc plus ou moins ample selon la facilité avec laquelle les autorités de la concurrence vont prêter un « *oui* » aux attitudes des partenaires commerciaux d'un acteur ayant eu l'initiative d'une mesure anticoncurrentielle.

### **Question de preuve ou question de fond ?**

---

Les questions relatives à l'acceptation en amont ou en aval peuvent comporter deux aspects : une approche *notion* et une approche *preuve*. En effet, les éléments à rapporter pour permettre le constat d'un accord par les autorités de la concurrence se rattachent-ils à la preuve ou à la notion même d'accord ? Il ne semble pas exister de réponse satisfaisante à cette question, tant les deux approches se complètent et s'imbriquent. Ni la doctrine et ni la jurisprudence ne paraissent unanimes sur ce point. Ainsi, certains favorisent l'approche *preuve*<sup>20</sup>, et d'autres l'approche *notion*<sup>21</sup>. Dans certains cas, les deux approches sont adoptées, comme dans l'affaire *Bayer*<sup>22</sup> dans laquelle le Tribunal traitera uniquement de la notion d'accord alors que la Cour distinguera quant à elle entre la notion d'accord et la preuve de l'existence d'un accord<sup>23</sup>. Dans l'autre affaire célèbre, l'affaire *Volkswagen II*<sup>24</sup>, la Cour oscille de la même manière entre question de notion, et question de preuve.

Cette dualité d'approche se comprend toutefois aisément. Si des éléments de la notion d'accord sont donnés, ceux-ci peuvent être rapportés, établis et donc prouvés de différentes manières. Ou alors on considère que la notion d'accord contient des éléments de qualification alternatifs. La problématique

---

<sup>20</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* » ; C. Vilmart, « *Importations parallèles. La Commission désavouée par la CJCE (6 janv. 2004) qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE* », JCP E n° 19, 6 Mai 2004, 691

<sup>21</sup> Fasc. 545 : Ententes. – Principe d'incompatibilité. – Article 101, paragraphes 1 et 2 du TFUE, JCL Concurrence – Consommation, Cote : 01,2011

<sup>22</sup> TPICE, 26 oct. 2000, Bayer Ag c/ Commission, aff. T-41/96, Rec. CJCE 2000, II, p. 3383 ; CJCE, 6 janv. 2004, Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV c/ Bayer, aff. jtes C-2/01 P et C-3/01 P : Rec. CJCE 2004, I, p. 23

<sup>23</sup> Dans l'affaire Bayer il faut cependant noter qu'une partie (la Commission) se plaçait sur le terrain de la notion tandis que l'autre (BAI) se plaçait sur le terrain de la preuve.

<sup>24</sup> TPICE, 3 déc. 2003, Volkswagen AG c/ Commission, aff. T-208/01, Rec. CJCE 2003, II, p. 5141 ; CJCE, 13 juill. 2006, Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P, Rec. CJCE 2006, I, p. 6585

de la nature de la question ne nous paraît pas de grande importance ni de grande incidence<sup>25</sup>, mais nécessitait à notre sens d'être posée.

### III. Approche économique

La détermination du niveau d'exigence relatif à la notion et/ou à la preuve de l'accord dans le domaine des relations verticales ne va pas rester sans conséquences économiques. Par exemple, plus la notion de l'accord est large et plus le niveau de preuve est bas, plus il y a de chances qu'une restriction aux importations parallèles ayant cours dans une relation producteur-distributeur soit sanctionnée. Étendue à l'ensemble du territoire de l'Union européenne et des relations verticales, une jurisprudence communautaire stricte ou souple est donc susceptible d'impliquer des conséquences économiques loin d'être négligeables. Le législateur tant interne que communautaire n'ayant pas œuvré<sup>26</sup>, c'est donc aux autorités de la concurrence et *in fine* aux juridictions de contrôle qu'il reviendra de répondre à des questions telles que : doit-on réprimer sévèrement les interdictions de commerce parallèle ? Dans quelle mesure les prix *imposés* sont-ils néfastes et doit-on les condamner ? Jusqu'à quel point peut-on mettre en péril les distributeurs pour le respect du droit de la concurrence ?

Il est nécessaire d'examiner ces questions dans la mesure où d'une part, il est évident que les autorités de la concurrence les prennent en compte lorsqu'elles interviennent en la matière. On ne sera pas dupes, il est parfois constaté que la fin justifie les moyens. Ainsi, les solutions adoptées peuvent être sous-tendue d'une analyse concrète des effets économiques de cette solution et des solutions alternatives, bien que le contraire soit officiellement soutenu<sup>27</sup>. D'autre part si en effet, les incidences économiques des solutions juridiques ne devraient pas en théorie guider la recherche de la solution, il nous paraîtrait absurde de l'écarter en la matière. En effet, le droit de la concurrence est caractérisé par son aspect très concret et son analyse économique poussée, et ne pourrait en conséquent se passer d'une étude économique de la problématique. C'est la nature même du droit de la concurrence qui invite à une approche économique. De plus, eu égard à l'importance des effets économiques<sup>28</sup>, il semblerait assez « irresponsable » de ne pas s'intéresser, même rapidement, aux enjeux économiques de la problématique.

---

<sup>25</sup> Sauf à considérer que seule l'approche *preuve* permet d'imposer le respect de grands principes ; voir sur ce point l'arrêt CJCE, 13 juill. 2006, Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P, Rec. CJCE 2006, I, p. 6585, pt. 37 et 38 « Il y a lieu de constater que le Tribunal a relevé à bon droit, aux points 30 à 34 de l'arrêt attaqué, que, pour constituer un accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, il suffit qu'un acte ou un comportement apparemment unilatéral soit l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même » « Ainsi que le précise Volkswagen au point 29 de son mémoire en réponse à la communication du pourvoi, la solution inverse aurait pour conséquence de renverser la charge de la preuve de l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence et de violer le principe de la présomption d'innocence. »

<sup>26</sup> Certes, le règlement d'exemption répond aussi à ses questions. Toutefois, eu égard à la zone de sécurité, le règlement n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les situations. La solution de *droit commun* relève donc de la jurisprudence. Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

<sup>27</sup> Voir notamment T. Dahan, in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>28</sup> Notamment par le biais du montant des sanctions pécuniaires infligées, mais aussi si l'on imaginait un chiffrage économique de décisions qui *in fine* favorisent ou restreignent les importations parallèles ou les prix imposés

## **Restriction et interdiction de commerce parallèle : ferme condamnation ou tolérance limitée ?**

Le **cas de figure classique** est le suivant : un producteur distribue ses produits dans plusieurs Etats en passant par des distributeurs implantés sur ces différents Etats. Le prix du produit n'est pas homogène sur l'ensemble des territoires, les différences de prix constatées pouvant être dues à des facteurs internes (volonté du producteur<sup>29</sup>) ou externes (réglementation comme pour les médicaments) au réseau de distribution. En conséquence, il est plus intéressant, pour un agent situé dans l'Etat A, de se fournir non auprès du distributeur officiel présent dans l'Etat A, mais auprès du distributeur dans l'Etat B si dans ce dernier les prix sont inférieurs à ceux de l'Etat A. Le producteur aura une réaction *a priori* compréhensible : vouloir interdire ou du moins apporter des restrictions à ses distributeurs de vendre hors de leur territoire national, et donc de mettre fin ou limiter le commerce parallèle.

Et cela en raison **de deux motifs** : (i) la perte éventuelle de chiffre d'affaires, puisqu'un « transfert de vente » aura lieu de l'Etat A vers l'Etat B, et en conséquence le producteur vendra plus de produits à un prix inférieur, et moins à un prix supérieur ; et (ii) le risque de désorganisation du réseau de distribution, notamment eu égard à la mise en péril potentielle des distributeurs de l'Etat A qui verraient leur situation se dégrader fortement par une concurrence par les prix qu'ils ne peuvent pas équilibrer<sup>30</sup>. (i) Le premier motif (perte de chiffre d'affaires) ne devrait pas interpellier dans une grande mesure les autorités de la concurrence puisque les effets ne sont ressentis *a priori* que par le producteur et ne sont que de nature commerciale et financière. De plus, il n'est pas établi dans tous les cas que cet effet serait réel. En fait, si l'on en croit la courbe de l'offre et de la demande schématique, la demande et les ventes du produit devraient augmenter dans l'Etat A du fait de la diminution du prix, compensant ainsi la perte du chiffre d'affaire réalisé directement dans l'Etat A. (ii) Le second motif, en revanche, se révèle davantage problématique. Si l'on examine les effets du commerce parallèle non sur le producteur, mais sur les acteurs de son réseau de distribution, il existe certaines conséquences possibles que l'on ne peut clairement laisser de côté. Les distributeurs de l'Etat A pourraient être fortement déstabilisés par la vive concurrence des importateurs. Or leur mise en péril pourrait nuire, au-delà de leur seule situation, au consommateur voire à la société même. Par exemple, la qualité du service exigée des distributeurs pourrait à terme disparaître avec eux. De l'autre côté, les distributeurs des pays à bas prix préféreront exporter dans les pays à haut prix, favorisant leur marge à la sécurité et à la qualité de l'approvisionnement. Le risque de désorganisation du réseau est donc réel, et non négligeable en particulier lorsque des biens indispensables ou nécessitant un service de qualité sont en jeu.

Pour ce faire, **le producteur pourra utiliser différents moyens pour limiter ou interdire le commerce parallèle** : contingenter, limiter la fourniture de son bien à la seule consommation nationale ; pratiquer le système du double prix (un pour la consommation nationale, un pour l'exportation) ; interdire ou restreindre clairement les exportations<sup>31</sup>. **Le producteur va dans la plupart des cas se reposer au moins en partie sur ses distributeurs, qui a priori ne seront pas favorables à de telles restrictions de leur liberté commerciale.** Par exemple, le contingentement impliquera une communication par ces derniers de leurs prévisions de vente, le double prix nécessitera une application effective par les distributeurs pour être efficace, l'interdiction devra être acceptée par

<sup>29</sup> En règle générale, le prix sera alors plus élevé dans les pays où la demande est la plus forte ; ou bien dans le pays de rattachement de la marque, la *nationalité* garantissant souvent une élasticité prix faible (exemple topique : les voitures Volkswagen en Allemagne ; Peugeot en France). Des prix élevés peuvent aussi s'expliquer à raison de différences de coûts.

<sup>30</sup> Ce qui semble particulièrement vrai en matière de médicaments par exemple

<sup>31</sup> Par exemple, la mention « exportation interdite » des factures dans l'affaire Sandoz ; CJCE, 11 janv. 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici S.p.a. c/ Commission, aff. 277/87 : Rec. CJCE 1990, p.45

les distributeurs ou leur être imposée d'une manière ou d'une autre. **La distinction entre mesure unilatérale et accord, et la question de la définition de l'accord refait alors surface.** Dans cette *zone grise*, où ni l'existence d'un accord ni son absence est manifeste, les enjeux tirés de la réalité économique ressortent avec d'autant plus d'évidence ainsi que le rôle majeur des autorités de la concurrence.

Face à ces tentatives de restriction du commerce parallèle, les **données économiques qui se présenteront aux autorités de concurrence** sont :

- dans une mesure moindre mais existante, *les effets sur le réseau de distribution* ;

- *les effets du commerce parallèle sur la situation du consommateur*, ou mieux, des consommateurs. Schématiquement, le commerce parallèle devrait à terme unifier les prix autour d'une moyenne des différents prix des différents Etats. Les consommateurs des pays à prix élevés seront donc gagnants, et les perdants seront les consommateurs des pays à prix bas. Les effets concrets du commerce parallèle sont en général présentés comme favorables au consommateur, approche qui est cependant fortement discutée et débattue<sup>32</sup>. En matière de médicaments par exemple, il est constaté que seuls les importateurs profitent des différences de prix ;

- *les effets du commerce parallèle sur la concurrence* même. Globalement, les importations parallèles favorisent tant la concurrence intra-marque que la concurrence inter-marque ;

- *les effets du commerce parallèle sur les sociétés et les Etats*. Est ici visé de manière particulière le cas des médicaments. Certains Etats décident de permettre un prix élevé afin de développer la Recherche & Développement des laboratoires, tandis que d'autres imposent des prix bas afin de garantir une plus grande accessibilité. Or, les importations parallèles vont faire en sorte que le choix politique de l'Etat à haut prix pourrait être réduit à néant puisque le médicament pourra être vendu à un prix élevé<sup>33</sup> mais sans aucun bénéfice sur la R&D (la marge demeurant dans la poche de l'importateur) ni même en terme de réduction des dépenses publiques. Un alignement forcé sur le choix politique des Etats à bas prix est alors en perspective<sup>34</sup>. Il est à noter toutefois, que comme toujours en matière économique, la réalité de ces conséquences est très discutée<sup>35</sup>. Mais en résumé, il semble unanimement reconnu ici que « *le commerce parallèle ne profite qu'aux importateurs parallèles, sans apporter de bénéfice tangible aux patients ou aux gouvernements* »<sup>36</sup> ;

- *la réalisation du marché intérieur*. L'intégration des marchés nationaux est l'un des objectifs fondamentaux de l'Union européenne, et passe par la libre circulation des biens, et donc le commerce parallèle. Les restrictions au commerce parallèle imputables aux Etats sont ainsi, sauf exceptions, fermement condamnées au niveau communautaire comme étant une entrave à la libre circulation. On conçoit dès lors qu'au niveau européen, les autorités soient tentées de condamner avec la même fermeté les restrictions d'origine privée, imputables aux entreprises par le recours à l'article

---

<sup>32</sup> Voir « *Importations parallèles : Comment concilier l'intérêt du consommateur et l'intégration du marché communautaire ?* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>33</sup> En général, les importateurs parallèles fixent un prix égal ou très sensiblement inférieur au prix fixé du pays d'importation.

<sup>34</sup> Pour plus de développements sur les liens entre R&D et commerce parallèle, voir P. Rey, in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>35</sup> Voir J. L. Buendía, in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>36</sup> A. Komninos et P. Berghe, in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

101TFUE<sup>37</sup>. On évoquera d'ailleurs l'activisme de la Commission en matière de restrictions des importations parallèles.

→ L'ensemble de ces enjeux économiques doivent, à notre sens, être pris en compte dans la recherche d'une solution « la plus juste possible », ou dans une vision pessimiste, de « *la moins mauvaise solution* »<sup>38</sup>. De plus, on comprend que les autorités de la concurrence, lorsqu'elles font varier le curseur d'exigences de la notion ou de la preuve de l'accord, elles ne peuvent le faire que pour l'ensemble des situations économiques, de la plus critique à la plus saine. Amenées à traiter en droit de la même manière le commerce parallèle de médicaments ou d'automobiles, les autorités de concurrence sont chargées d'une tâche délicate. On notera toutefois que la définition et la preuve de l'accord n'est, en la matière, qu'un outil minime de régulation ou de libéralisation du commerce parallèle<sup>39</sup>.

### **Prix de revente imposés**

---

Le second type de pratique au cœur du contentieux impliquant les conditions de constat d'un accord est relatif aux prix de revente imposés (« RPM » pour « *resale price maintenance* » ; prix unique, prix plafond, prix plancher) par le producteur aux distributeurs. La question est de savoir comment un prix *conseillé* devient un prix *imposé* objet d'un accord. Les similitudes avec le cas du commerce parallèle sont liées à l'ambiguïté courante entre unilatéralité et accord. En effet, dans la plupart des cas, la fixation d'un RPM sera souhaitée par le producteur et non par les distributeurs puisqu'ils ne pourront ni augmenter le prix (et donc leur marge) ni le diminuer (pour se faire une place par la concurrence par les prix ou faire face à une mauvaise gestion de stock par exemple). Mais si la volonté apparaîtra comme unilatérale, venant du seul producteur, l'implication plus ou moins directe des distributeurs sera recherchée. Les moyens que le producteur déploiera afin de tendre vers ou d'atteindre un RPM sont nombreux et pourront laisser un plus ou moins grand rôle aux distributeurs<sup>40</sup>. On se situe donc le plus souvent, ici aussi, dans la *zone grise* où ni l'accord ni l'unilatéralité n'est évidente. Cette *zone grise* explique le nombre important de contentieux. De plus, les autorités de concurrence disposent donc d'une marge de manœuvre pour condamner avec plus ou moins de fermeté des pratiques s'apparentant à des prix de revente imposés. Les effets économiques de la pratique de RPM entrent alors en jeu.

Les effets sur la concurrence ou sur le consommateur apparaissent ici *a priori* globalement néfastes, et amèneront idéalement à un traitement plus strict que certaines restrictions au commerce parallèle. Déjà, tout va dépendre du niveau du RPM et du contexte dans lequel il intervient. Prenons par

---

<sup>37</sup> A relever notamment que pour la Commission, « *le premier objectif fondamental [de la politique communautaire de concurrence] est de contribuer à maintenir l'ouverture et l'unité du Marché commun.* » XXVIIème rapport sur la politique de concurrence, p. 3.

<sup>38</sup> Terme utilisé par le Conseil de la concurrence, considérant 100, acceptant les engagements proposés par quatre laboratoires pharmaceutiques assouplissant le système de contingentement des médicaments à destination des grossistes répartiteurs, décision 07D22 Décision du 5 juillet 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits pharmaceutiques.

<sup>39</sup> En effet, le débat se porte essentiellement sur la question des effets restrictifs de la concurrence / des échanges intracommunautaires par exemple, ou de l'exemption de l'étanchéité des réseaux de distributions et restrictions de vente. Mais il ne faut pas oublier que l'opération de constat d'un accord est une étape nécessairement antérieure du raisonnement et ne doit pas à ce titre être négligée.

<sup>40</sup> Par exemple : ne vendre qu'à la condition de revendre au prix imposé, cesser de vendre si le prix « conseillé » n'est pas respecté, obtenir l'accord informel durant les négociations commerciales que le prix conseillé est en réalité obligatoire, mettre en place un système de contrôle et de « délation » des prix, vendre à un prix que les contraintes réglementaires font devenir un prix imposé,...

exemple un RPM sous la forme de prix plafond. *A priori*, du point de vue du consommateur, il n'y a rien à redire et la mesure lui est bénéfique. Il faut toutefois noter qu'un prix maxima très bas, excluant toute réduction, peut produire les mêmes effets qu'un prix minima<sup>41</sup>. Le distributeur ne pourra lui pas disposer de plus de la marge que le producteur a désiré lui laisser. Tous les autres distributeurs étant soumis à la même contrainte, un distributeur ne pourra se démarquer fortement par ses prix. A moins de jouer sur les services attachés au bien, le statut quo des distributeurs est donc très probable. Un prix minima en revanche fait apparaître clairement des effets néfastes pour le consommateur. Et un distributeur voulant percer sur le marché ne pourra faire de la concurrence par les prix, ni se débarrasser d'un surplus coûteux de stock. Mais il ne pourra pas non plus mettre en œuvre des pratiques d'éviction court-termistes ou pratiquer le *free riding* ou *resquillage*. A l'inverse, un distributeur déjà bien installé trouvera plus facilement cette situation confortable. A l'exception de petits distributeurs nouveaux ou en difficulté, chacun trouvera a priori dans la généralisation du RPM une garantie de préserver sa situation, ce qui est loin de favoriser la concurrence intra-marque. Par ailleurs, c'est cette garantie du statut quo qui explique que les distributeurs soient parfois, même souvent à l'origine du souhait de la fixation d'un RPM. En conséquent, il est concevable que les autorités de concurrence soient ici enclines à une condamnation sévère des RPM, même lorsqu'un accord n'est pas manifeste<sup>42</sup>. La grande sévérité à l'égard des RPM a cependant été récemment nuancée (*cf. infra*).

### **Efficacité des réseaux de distribution et viabilité des acteurs des relations verticales**

Dans une économie mondialisée<sup>43</sup>, la compétitivité de l'Europe passe, même de manière indirecte et accessoire, par les garanties d'un *bon droit* accordée aux entreprises établies dans l'Union. Des réseaux de distribution efficaces par exemple, favorisent l'économie générale dans l'Union. On devrait dès lors faire preuve de vigilance afin de ne pas déstabiliser de manière excessive les relations verticales par une sanction trop stricte par exemple de pratiques initiées mais qui, au final, ne reçoivent pas application. Ou encore il ne faudrait pas que les solutions juridiques de constat des accords verticaux rendent les opérateurs trop frileux pour s'engager dans un système de distribution impliquant une collaboration étroite, au bénéfice du consommateur, de peur de tomber sous le coup de l'article 101TFUE. En outre, il n'est dans l'intérêt de personne de fragiliser à l'excès nos entreprises, en réduisant leur liberté commerciale et en leur infligeant des sanctions pécuniaires, pour le respect d'un droit de la concurrence devenu alors dogmatique, outrageusement sévère dans une situation de *zone grise* non manifestement constitutive d'un accord. Idéalement, le droit de la concurrence devrait prendre en compte la réalité économique sans pour autant se corrompre et présenter toutes les garanties d'un *bon droit* afin de bénéficier d'une réception optimale dans la vie des affaires (prévisible, clair, simple)<sup>44</sup>. Les conditions de définition et de preuve de l'accord devront donc se fixer à un juste milieu entre une sévérité excessive et un laxisme autodestructeur vis-à-vis des pratiques non

<sup>41</sup> Fasc. 287 : Transparence tarifaire et pratiques relatives aux prix, JCL Concurrence – Consommation, Cote : 05,2009, pt. 68

<sup>42</sup> Pour davantage de développement sur les effets des RPM, voir les Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final, pt 223 à 229 ; David Spector, Minimum resale prices : Is a ban justified ?, Concurrences, N° 3-2007, n°13801, pp. 28-32

<sup>43</sup> Sur les liens délicats entre Europe, concurrence et compétitivité : Neelie Kroes, La libre concurrence n'est pas une fin en soi..., Concurrences, N° 3-2007, n°13832, pp. 1-2

<sup>44</sup> Sans vouloir entrer dans de longs développements sur les atouts de la sécurité juridique, rappelons simplement qu'une règle de droit trop complexe et illisible incitera l'opérateur économique à prendre deux choix : ne rien faire (et donc ne pas évoluer et éventuellement engranger des effets économiques positifs) ou faire de toutes façons (la règle de droit est alors inefficace et plus insidieusement, est désacralisée, ce qui peut nuire par une généralisation du raisonnement à l'effectivité de l'ensemble des règles de droit).

manifestement sanctionnables mises en œuvre dans le domaine des relations verticales. L'opération est, à l'évidence, loin d'être aisée.

→ Les autorités de concurrence seront donc amenées à adopter la meilleure des solutions dans la définition et la preuve de l'accord lorsque l'on se situe dans la *zone grise*. Cette même *zone grise* leur assure une marge de manœuvre et ainsi de prendre en compte la réalité et les enjeux économiques impactés par ces solutions. Mais la tâche se révèle délicate, tant il est difficile face à la grande variété de situations de fait, tantôt à blâmer, tantôt à préserver, de n'apporter qu'une seule réponse juridique.

Tous ces éléments en main, il est maintenant tant d'examiner quelles solutions ont été adoptées au niveau communautaire (Partie 2) et au niveau interne (Partie 3), et dans quelle mesure elles se révèlent satisfaisantes au regard des différents enjeux évoqués.

---

# PARTIE 2

## Solutions au niveau communautaire

---

Il sera très simplement présenté ici l'évolution des solutions adoptées au niveau communautaire (I), au terme duquel une tentative de systématisation de celles-ci sera réalisée (II). Enfin, un bilan critique en sera esquissé (III).

### I. Evolution

Il est possible de résumer l'évolution de la jurisprudence et de la pratique contentieuse en trois temps. Le premier mouvement est celui d'une sanction lourde des pratiques mises en œuvre dans le cadre de relations verticales par le recours à une notion large de l'accord et à des exigences de preuve faibles (temps 1). Les juges communautaires vont donner un sérieux coup d'arrêt à cette tendance en rehaussant le niveau des exigences (temps 2). Depuis, les décisions oscillent entre rigorisme et compréhension, marquant une certaine incertitude (temps 3).

#### Temps 1: Définition large de l'accord

---

##### **La pratique discutée de la Commission**

---

La Commission a été particulièrement active en raison de la défense du marché unique par une vigilance particulière portée sur les affaires de restriction ou d'interdiction d'importations parallèles. Parfois accusée d'agir en droit selon des motifs politiques<sup>45</sup>, la Commission a reconnu avec une certaine facilité l'existence d'accord dans les relations verticales. En effet, dès lors qu'une mesure s'insérait, de manière plus ou moins immédiate, dans le cadre contractuel existant, l'accord était constaté. En d'autres termes, le consentement à la poursuite du contrat cadre ou de relations commerciales continues valait consentement à la mesure anticoncurrentielle mise en œuvre dans ce cadre. L'accord, de ce seul fait, était donc formé. Ainsi, la pratique contentieuse de la Commission tendait à établir une présomption du consentement. La sanction était donc redoutablement efficace. Par

---

<sup>45</sup> Voir par exemple les arguments développés par Bayer dans l'arrêt du Tribunal du même nom ; TPICE, 26 oct. 2000, Bayer Ag c/ Commission, aff. T-41/96, Rec. CJCE 2000, II, p. 3383

exemple, dans sa décision Peugeot du 4 décembre 1991<sup>46</sup>, la Commission avait estimé qu'une circulaire adressée par le constructeur automobile à son réseau, invitant les distributeurs à cesser toutes ventes à un acheteur, n'était non pas une mesure unilatérale, mais était constitutive d'un accord puisque la pratique venait s'insérer « *automatiquement* » dans les relations commerciales entre Peugeot et ses distributeurs, régies par un contrat type.

Cela n'a pas été sans amener de vives critiques de la part de la doctrine<sup>47</sup>. Même si le droit de la concurrence admet une définition autonome du droit civil, il est étonnant voire outrageant que les organes communautaires retiennent une conception du consentement si détachée de la conception civiliste, et quelque peu du bon sens. En outre, la preuve en matière répressive incombe au demandeur (la Commission) et est particulièrement réticente à l'établissement de présomptions défavorables à l'« accusé ». La position de la Commission aboutissait en effet souvent à un renversement de la charge de la preuve<sup>48</sup>. On le comprendra, la largesse de la définition retenue au niveau communautaire se heurtait ainsi à des arguments sérieux.

### Exemple de jurisprudences

---

#### ◇ **L'affaire Sandoz<sup>49</sup> : acquiescement tacite par le renouvellement éclairé des commandes**

Cette affaire était relative à la sanction par la Commission d'une filiale d'une entreprise pharmaceutique, Sandoz, qui avait inséré dans les factures qu'elle envoyait à ses clients (grossistes, pharmacies et hôpitaux) la mention expresse « exportation interdite ». La Cour a confirmé la condamnation en considérant que l'envoi des factures avec ladite mention ne relevait pas d'un comportement unilatéral mais s'insérait, au contraire, dans le cadre général des relations commerciales que l'entreprise entretenait avec ses clients. Sur la question de l'acquiescement des partenaires commerciaux à l'interdiction d'exporter, mentionnée dans la facture, la Cour releva que « *les commandes répétées de produits et les acquittements successifs sans protestation par le client des prix indiqués sur les factures, comportant la mention 'exportation interdite', constituaient de la part de celui-ci un acquiescement tacite aux clauses stipulées dans la facture et au type de relations commerciales sous-jacentes aux rapports d'affaires entre Sandoz PF et sa clientèle* ».

#### ◇ **L'affaire AEG/Commission<sup>50</sup> : acceptation en aval**

La Cour a estimé que, dans le cadre d'un système de distribution sélective, une pratique en vertu de laquelle le fabricant, en vue de maintenir un niveau de prix élevé ou d'exclure certaines voies de commercialisation, refuse d'agréer des distributeurs qui répondent aux critères qualitatifs du système « *ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui, comme le soutient AEG, échapperait à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations* ».

---

<sup>46</sup> 92/154/CEE: Décision de la Commission, du 4 décembre 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.157 - ECO System contre Peugeot)

<sup>47</sup> Voir en particulier : E. Claudel, Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse, Paris-X, 1994, « *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice* », RTD com. 1999, p. 291

<sup>48</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* »

<sup>49</sup> CJCE, 11 janv. 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici S.p.a. c/ Commission, aff. 277/87 : Rec. CJCE 1990, p.45

<sup>50</sup> CJCE, 25 oct. 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c/ Commission, Rec. CJCE 1983, p. 3151

*contractuelles que l'entreprise entretient avec les revendeurs*». Ensuite, la Cour a tout de même voulu constater l'existence de l'acquiescement des distributeurs en précisant que « *dans le cas d'admission d'un distributeur, l'agrément se fonde sur l'acceptation, expresse ou tacite, de la part des contractants, de la politique poursuivie par AEG exigeant, entre autres, l'exclusion du réseau de distributeurs ayant les qualités pour y être admis, mais n'étant pas disposés à adhérer à cette politique* ».

→ La Cour ne semblait pas contrecarrer radicalement la position de la Commission puisqu'elle reconnaissait elle-même avec une certaine facilité l'existence d'un accord, et en particulier l'acquiescement des distributeurs. Les juges communautaires vont cependant adopter des décisions exigeant d'établir de manière plus directe le concours de volonté.

## Temps 2 : coup d'arrêt(s)

---

Deux arrêts du Tribunal puis de la Cour vont venir chambouler la pratique décisionnelle établie, dans un sens d'une plus grande exigence quant à l'établissement du concours de volonté. Il s'agit de l'affaire « Bayer » et de l'affaire « Volkswagen II » (ou « *VW II* »), intervenant respectivement dans le cas de l'acceptation en aval et de l'acceptation en amont des distributeurs. Eu égard à leur importance et à la diversité possible de leur interprétation, il est choisi de consacrer des développements assez conséquents sur ces deux affaires.

### **L'affaire Bayer : la notion d'accord et l'acceptation en aval**

---

*96/478/CE: Décision de la Commission du 10 janvier 1996 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/34.279/F3 - ADALAT)*

*TPICE, 26 oct. 2000, Bayer Ag c/ Commission, aff. T-41/96, Rec. CJCE 2000, II, p. 3383*

*CJCE, 6 janv. 2004, Bundesverband der Arzneimittell Importeure eV c/ Bayer, aff. jtes C-2/01 P et C-3/01 P : Rec. CJCE 2004, I, p. 23*

**Les faits : restriction à l'importation parallèle de médicaments dans le cadre de relations commerciales continues hors contrat cadre.** Bayer produit et commercialise, sous la marque «Adalat», une gamme de médicaments. Des différences de prix importantes existent entre différents Etats en raison des réglementations nationales. En conséquence, des grossistes établis en Espagne et en France ont entrepris l'exportation d'Adalat vers le Royaume-Uni. Face à cette situation, Bayer a changé sa politique de livraison et a commencé à ne plus honorer l'intégralité des commandes passées par les grossistes établis en Espagne et en France. En réalité, Bayer a eu recours au système de contingentement afin d'interdire le commerce parallèle (*cf. supra*).

**La Commission.** Il faut noter que c'est à la suite des plaintes déposées par certains des grossistes concernés que la Commission a engagé une procédure administrative d'enquête. Bayer soutenait que la mesure était unilatérale et en assumait clairement l'initiative. Il était constant que les grossistes s'étaient plaints de la politique restrictive mise en place et avaient modifié leur mode de commande afin de tromper Bayer sur l'étendue réelle de leurs besoins afin de continuer les exportations parallèles. La Commission constate cependant un accord en se fondant sur le fait que l'interdiction d'exporter s'insère dans le cadre des relations commerciales de Bayer avec les grossistes, que ces derniers connaissaient les motivations réelles de Bayer, et qu'ils ont aligné leur comportement sur les

exigences de Bayer. En somme, la seule poursuite « éclairée » des relations commerciales de la part des grossistes vaut « acquiescement » à la mesure.

**Le Tribunal.** Le Tribunal va dans un premier temps accorder des développements pédagogiques sur la notion d'accord en jurisprudence (rappelons que les textes sont sur ce point silencieux) et en déduire « *que la notion d'accord au sens de l'article 85 [devenu 101], paragraphe 1, du traité, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci* ».

En conséquence, le Tribunal invite à la distinction des mesures véritablement unilatérales (et donc sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise) de celles où le caractère unilatéral est uniquement apparent. Le Tribunal va déduire que la Commission ne peut estimer qu'un comportement apparemment unilatéral de la part d'un fabricant, adopté dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs, est en réalité à l'origine d'un accord entre entreprises « *si elle n'établit pas l'existence d'un acquiescement, exprès ou tacite, de la part des autres partenaires, à l'attitude adoptée par le fabricant* ».

Le Tribunal va ensuite chercher à savoir si la Commission avait suffisamment établi en l'espèce deux éléments. (1) La Commission ayant sanctionné un accord sur une « interdiction » d'exporter, il fallait établir si Bayer, en premier chef, avait tenté même d'imposer une telle interdiction. Premier blâme, aucun indice n'établissait une telle volonté de la part de Bayer. (2) Mais Bayer reconnaissait néanmoins avoir adopté unilatéralement une nouvelle politique de « restriction » des livraisons (et *in fine* des exportations parallèles). Il restait donc une porte de sortie noble pour la Commission, à condition toutefois que cette volonté de Bayer ait rencontré l'acquiescement, exprès ou tacite, des grossistes. C'est ce que le Tribunal a cherché dans la décision de la Commission... en vain, second blâme. La volonté des grossistes d'adhérer à la politique de restriction de Bayer est, selon le Tribunal, loin d'être établie. Et au contraire, les grossistes avaient adopté un comportement visant à détourner la nouvelle politique de Bayer et certains ont adopté un comportement démontrant une volonté ferme et persistante de réaction contre une politique foncièrement contraire à leurs intérêts.

Puis, le Tribunal écarte en l'espèce l'application de la jurisprudence *Sandoz* en raison de deux différences factuelles. Dans l'affaire *Sandoz*, une clause restrictive de la concurrence (« *Exportation interdite* ») formait, par sa réitération, partie intégrante des relations contractuelles. Et les grossistes avaient respecté de facto la clause et ne l'avaient pas discutée. Deux traces d'acquiescement donc, que l'on ne retrouvait pas en l'espèce.

Enfin, « *la preuve d'un accord (...) doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord (voir, en ce sens, notamment, arrêts ACF Chemiefarma/Commission, précité, point 112, et Van Landewyck e.a./Commission, précité, point 86). La Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement de facto est clairement contraire à ladite politique.* » (pt 173)

**Interprétation et portée de l'arrêt.** Une première question pouvait surgir à la lecture de la dernière phrase citée : Qu'est-ce qu'un comportement clairement contraire ? Un comportement contraire, certes, mais non clairement contraire pouvait-il suffire à établir un acquiescement ? Un cas de comportement non contraire permet-il en-soi de constater un accord alors même que d'autres facteurs indiquent une absence d'acquiescement ?

De plus, la portée de cet arrêt a été débattue et discutée<sup>51</sup>. D'une part, l'arrêt pouvait clairement apparaître comme un arrêt d'espèce. En particulier, l'arrêt Bayer est intervenu dans le domaine bien délicat, on l'a vu, du commerce parallèle des médicaments. De plus, il existait certaines circonstances de fait (absence de réseau ; manifestations assez nettes des grossistes de « tourner » la politique de Bayer, etc.) qui pouvait laisser croire à une volonté seulement ponctuelle du Tribunal de rehausser les exigences. D'autre part, il pouvait être présagé que le Tribunal, en dépit des éléments particuliers, opérait ici un revirement, ou du moins une rectification, de la jurisprudence établie<sup>52</sup>. Ainsi, selon un E. Claudel, « cette référence à la volonté réelle, [...] est évidemment troublante et exprime bien la nouvelle importance attachée par les juridictions communautaires à la volonté »<sup>53</sup>. En outre, il aurait été assez délicat de ne cantonner clairement la solution qu'au secteur des médicaments par exemple, ce que le Tribunal ne fait pas expressément.

Le Tribunal a donc rehaussé d'un cran les exigences et a mis un frein à la présomption de la Commission par un diptyque : Oui, la concordance de volontés est centrale dans la notion d'accord et doit être clairement établie. Non, la simple poursuite des relations commerciales ne suffit pas à établir l'acquiescement des grossistes (contestataires ?). Malgré des interrogations sur la portée de l'arrêt<sup>54</sup>, c'était du moins la position de la majorité de la doctrine. La position de la Cour était donc très attendue.

**La Cour.** Grand soulagement pour la plupart, la Cour va confirmer en tout point le Tribunal, guidée notamment par les conclusions de l'Avocat Général Tizzano<sup>55</sup>. Deux considérants en particulier ont été l'objet de l'intérêt et des doutes de la doctrine :

*« Pour qu'un accord au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une **acceptation tacite**, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une **invitation** à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la **réalisation commune d'un tel but**, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes. »* (pt. 102)

---

<sup>51</sup> Voir notamment L. Idot, « Champ d'application des articles 82 et 82 CE. 1er avril 2003 - 30 septembre 2004 » Chronique de droit communautaire de la concurrence, Revue trimestrielle de droit européen 2004 p. 669 ; L. Idot, « Retour sur la distinction entre l'accord et le comportement unilatéral », Revue des contrats, 01 avril 2004 n° 2, P. 289 ; C. Vilmart, « Importations parallèles. La Commission désavouée par la CJCE (6 janv. 2004) qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE », JCP E n° 19, 6 Mai 2004, 691

<sup>52</sup> Voir J.-B. Blaise, chron. « Concurrence », RTD eur. 2002, p. 339, spéc. nos 142 et s.

<sup>53</sup> E. Claudel, « Entente et concours de volonté. De la dénaturation à l'harmonie », Recueil Dalloz 2004 p. 1970

<sup>54</sup> L. Idot, « Retour sur la distinction entre l'accord et le comportement unilatéral », Revue des contrats, 01 avril 2004 n° 2, P. 289

<sup>55</sup> « Si déjà l'arrêt Sandoz prodotti farmaceutici/Commission, précité, a interprété de manière très large la notion d'accord, nous ne croyons pas qu'on puisse aller encore plus loin, jusqu'à considérer qu'un accord portant sur une interdiction d'exportation a été conclu du seul fait que les grossistes continuent à se fournir auprès d'un fabricant qui tente de leur ôter la possibilité d'exporter sans toutefois leur demander quoi que ce soit. Ce faisant, on parviendrait à la conclusion absurde qu'un tel accord peut être conclu également à travers l'acceptation tacite d'une proposition qui n'a jamais été formulée ! » Conclusions de l'Avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 22 mai 2003 dans l'affaire Bundesverband der Arzneimittel Importeure eV c/ Bayer, aff. jtes C-2/01 P et C-3/01 P

*« Le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de la concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit par ladite disposition. Partant, le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un tel accord » (pt. 141)*

## **L'affaire Volkswagen II : précisions sur l'acceptation en amont**

---

*2001/711/CE: Décision de la Commission du 29 juin 2001 dans une procédure prévue par l'article 81 du traité CE (Affaire COMP/F-2/36.693 — Volkswagen)*

*TPICE, 3 déc. 2003, Volkswagen AG c/ Commission, aff. T-208/01, Rec. CJCE 2003, II, p. 5141*

*CJCE, 13 juill. 2006, Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P, Rec. CJCE 2006, I, p. 6585*

**Les faits : circulaires de prix de revente dans le cadre de contrat de concession automobile.** Les véhicules automobiles produits par Volkswagen sont vendus dans la Communauté européenne, dans le cadre d'un système de distribution sélective et exclusive, par des concessionnaires avec lesquels Volkswagen AG a conclu un contrat de concession type. Certaines clauses du contrat de concession étaient des clauses de défense générale des intérêts de VW, de respect de toutes les exigences propres à l'exécution du contrat en ce qui concerne la distribution d'automobiles Volkswagen, ... voire de recommandations de prix non contraignantes. Ces clauses ne présentaient aucun problème vis-à-vis du droit de la concurrence et étaient en conséquence licites. Volkswagen avait adressé des circulaires et des lettres aux concessionnaires dans lesquelles le constructeur d'automobiles intimait à ses revendeurs de ne pas consentir de remises ou de n'en consentir que de façon très limitée sur les ventes de Passat, en les menaçant de conséquences. Les invitations n'avaient cependant pas été mises en œuvre par les concessionnaires.

**La Commission.** La Commission avait néanmoins conclu à la conclusion d'un accord entre VW et les concessionnaires. La Commission avait recherché l'acceptation des concessionnaires non dans leur réaction vis-à-vis des circulaires, mais dans leur acceptation antérieure des clauses du contrat de concession. En effet, selon la Commission, les concessionnaires avaient lors de la signature du contrat de concession accepté tacitement la politique de distribution déployée ultérieurement par VW. Et ce bien que les clauses soient parfaitement licites et qu'une évolution en sens illégal du contrat ait été imprévisible lors de la signature du contrat de concession.

**Le Tribunal.** Le Tribunal a repris certains de ses développements de l'arrêt Bayer, et notamment la définition de l'accord comme étant axée sur *« l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celles-ci »*. Puis, il a condamné assez sévèrement la thèse de la Commission qui reviendrait à prétendre qu'un concessionnaire qui a signé un contrat de concession licite est censé en avoir accepté d'avance une évolution ultérieure illégale de ce contrat. Le Tribunal a en effet considéré qu'il ne saurait être admis qu'une évolution contractuelle illégale puisse être considérée comme ayant été acceptée d'avance, lors de la signature d'un contrat de distribution légal et en raison de cette signature.

Le Tribunal avait donc adopté une position qui condamnait tout raisonnement d'acceptation par avance dès lors que les clauses étaient licites. Une clause illicite étant en principe sanctionnée en-soi,

sans que des mesures ultérieures viennent nécessairement la mettre en œuvre, ce que le Tribunal opérait là était une condamnation de toute forme d'acceptation par avance déduite d'un contrat licite.

**La Cour.** La Cour confirme la distinction auparavant opérée par l'avocat général Tizzano<sup>56</sup> pour identifier l'existence de l'accord dans les réseaux de distribution. Deux situations peuvent se présenter (pt. 39) : (i) la volonté des parties résulte des clauses du contrat de concession, et donc l'adhésion du distributeur à la mesure anticoncurrentielle découle des termes mêmes du contrat-cadre, ou (ii) la volonté des parties résulte de leur comportement, et, notamment, de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des concessionnaires à l'invitation du constructeur.

(i) Pour vérifier si la Commission pouvait se placer dans le premier cas (acceptation en amont), le Tribunal devait s'attacher à examiner « *si les invitations litigieuses sont explicitement contenues dans le contrat de concession ou, à tout le moins, si les clauses de celui-ci autorisent le constructeur d'automobiles à faire usage de telles invitations* » (pt 40).

Si la Cour constate que le Tribunal a opéré cet examen, elle va en revanche refuser la position de ce dernier selon laquelle aucune acceptation en amont ne peut être déduite de clauses contractuelles licites (pt 43). L'examen de la prévisibilité des invitations anticoncurrentielles à partir du contrat-cadre s'affranchit d'une analyse de sa licéité au regard du droit de la concurrence. En conséquence, « *il ne saurait d'emblée être exclu qu'une invitation, qui serait contraire aux règles de la concurrence, puisse être considérée comme autorisée par des clauses apparemment neutres d'un contrat de concession* » (pt 44). Autre précision concernant cet examen des clauses du contrat, il doit être selon les termes de la Cour réalisé au cas par cas « *en tenant compte, le cas échéant, de tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu* » (pt 45).

(ii) En l'absence de dispositions contractuelles pertinentes la Cour relève que l'existence d'un accord suppose l'acquiescement, explicite ou tacite, de la part des concessionnaires à la mesure adoptée par le constructeur d'automobiles (pt 46). La Commission ne s'étant pas placée sur ce terrain, la Cour demeure brève sur ce second cas de figure tout en prenant soin d'entériner la distinction entre les deux hypothèses et d'en préciser les exigences.

→ Le rehaussement -modéré- des exigences est ici aussi, en matière d'acquiescement en amont, évident. De la même manière, l'application concrète de cette jurisprudence aux situations de faits a pu laisser dubitatif. Comment interpréter le potentiel prévisible anticoncurrentiel de clauses ? Comment traduire et intégrer le contexte téléologique, économique et juridique du contrat ? Si l'intention de l'arrêt est claire, vers un renforcement des exigences de constat de l'accord, sa réception dans la vie des affaires est délicate.

## Temps 3 : incertitudes

Suite à ces deux affaires majeures, les décisions et arrêts d'importance au niveau communautaire ont été assez rares et ne permettent donc toujours pas d'établir clairement et avec une grande précision les conditions de constat d'un accord. Seules quelques affaires éclairantes, oscillant entre rigorisme d'antan et nouvelle mansuétude, seront donc ici exposées.

---

<sup>56</sup> Conclusions de l'Avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 17 novembre 2005 dans l'affaire C-74/04 P, 13 juillet 2006, Commission contre Volkswagen AG

## **L'affaire GlaxoSmithKline (2006) : précisions sur la distanciation**

---

*TPICE, 27 sept. 2006, GlaxoSmithKline Services Unlimited c/ Commission, aff. T-168/01, Rec. CJCE 2006, II, p. 2969*

*CJCE, 6 octobre 2009, Glaxosmithkline Services c/ Commission, aff. jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C515/06 P et C-519/06 P*

Glaxo avait adopté des conditions générales de vente (« *CGV* ») prévoyant un système de prix différenciés pour freiner le commerce parallèle. Glaxo (ou « *GW* » ici) les avait transmis à ses grossistes en Espagne (pays à bas prix, et donc exportateur en médicament) en leur demandant alors de lui en retourner une copie signée, « *pour preuve [de leur] acceptation* ».

Selon le Tribunal, ces éléments révélaient la volonté exprimée par Glaxo de faire une offre aux grossistes. Et la signature et le renvoi dans le délai des *CGV* par 75 des 89 grossistes révélaient la volonté exprimée par ces grossistes d'accepter cette offre, et donc de nouer un accord. En conséquence, la Commission s'étant appuyée ici sur un échange d'écrits démontrant l'offre et l'acceptation, sur des preuves directes écrites de l'accord, la Commission pouvait, selon le Tribunal, s'abstenir de rechercher d'autres éléments, tels que ceux relatifs aux comportements de *GW* et de ces grossistes.

Le Tribunal reconnaît alors qu'il incombait à l'entreprise ayant pris part à l'accord établi de rapporter la preuve qu'elle s'en était **distanciée, par une volonté** claire, et portée à la connaissance des autres entreprises participantes, **de se soustraire à cet accord**. Ici, la mise en doute de la légalité des *CGV* par quelques grossistes n'équivalait pas à une distanciation. Par ailleurs, des plaintes à la Commission et au service de défense de la concurrence présentées par des associations comprenant certains des grossistes, ne sauraient suffire à prouver que l'ensemble des grossistes n'avait pas réellement voulu, ou n'avait plus voulu à compter de ces plaintes, s'entendre avec Glaxo. Dès lors, il ne pouvait être retenu que Glaxo et les grossistes ayant souscrit aux *CGV* n'avaient pas manifesté une volonté concordante, et donc il n'apparaissait pas que « *la Commission ait conclu à tort à l'existence d'un accord* ».

→ Il ressort de cet arrêt deux difficultés. La première tient à la différence à opérer entre preuve directe et preuve comportementale. En l'espèce, on pouvait s'interroger, c'est d'ailleurs dans cette brèche que Glaxo s'était engagé, si le renvoi signé des *CGV* était à attribuer à une preuve écrite directe ou seulement comportementale. Et puisque cette dernière repose sur un faisceau d'indices, elle permet plus aisément d'invoquer des éléments de fait en faveur de l'absence d'accord. La seconde difficulté consiste dans le rôle de la distanciation. Invoquée par le Tribunal comme une sorte d'exception postérieure à la constatation d'un accord, la distanciation apparaît ensuite comme un élément excluant l'existence même d'un accord. L'importance et le rôle de la rébellion, exclusif ou excuse d'un accord, ne sont donc pas clairement définis.

## **L'affaire Peugeot (2009) : acceptation en aval forcée**

---

2006/431/CE: Décision de la Commission du 5 octobre 2005 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE à l'encontre d'Automobiles Peugeot SA et de Peugeot Nederland NV (Affaires COMP/E2/36623 36820 37275 — SEP et autres/Automobiles Peugeot SA) [notifiée sous le numéro C(2005) 3683]

**Les faits : restriction des exportations parallèles dans le cadre de concession automobile.** Peugeot avait mis en place, au profit des concessionnaires néerlandais un système de bonus, qui avait pour effet de freiner les ventes à l'exportation. Le système de rémunération, mis en œuvre par voie de circulaires, prévoyait en effet le versement aux concessionnaires qui approchaient, voire dépassaient, leur objectif de vente, d'un bonus pour chaque vente de véhicule immatriculé aux Pays-Bas, à l'exclusion donc des ventes à l'exportation. De plus, Peugeot avait exercé des pressions sur certains concessionnaires néerlandais pour limiter les exportations, par le biais de sensibilisation, pressions directes et menaces de réduction des livraisons sur les modèles les plus exportés.

**La Commission.** La Commission constate en l'espèce l'existence d'une entente entre Peugeot et les concessionnaires aux Pays-Bas. Sur l'existence du concours de volontés, la Commission a considéré que ces mesures s'étaient insérées dans les relations contractuelles avec les concessionnaires. S'agissant du système de rémunération, la Commission a considéré que la preuve de l'acquiescement des concessionnaires découlait du fait qu'ils avaient continué d'acheter des véhicules à Peugeot dans le cadre de ce système. La Commission a notamment relevé comme indices l'existence d'un système de contrôle et de sanction *a posteriori* et le fait que le système de rémunération était le résultat de longues discussions visant à obtenir l'adhésion des membres du réseau. S'agissant des pressions, la Commission a considéré que l'invitation adressée par Peugeot aux concessionnaires avait obtenu une adhésion de principe de tous les membres du réseau, sous réserve d'interventions ponctuelles du constructeur pour maintenir la discipline. Les pressions sur les concessionnaires pour empêcher les exportations parallèles avaient donc, selon la Commission, fait partie intégrante des accords de distribution conclus entre les requérantes et les membres du réseau aux Pays-Bas.

**Le Tribunal.** Bien entendu, Peugeot argua du caractère uniquement unilatéral des mesures en cause (système de bonus et pressions). Le débat fut porté sur l'acceptation en aval, cas de l'affaire Bayer, pour la simple raison que la Commission s'était placée sur ce terrain et n'avait pas cherché à établir l'acquiescement en amont par la signature du contrat de concession.

Le Tribunal en premier lieu cite sa propre jurisprudence sur la notion d'accord, notamment fondé sur des pratiques en apparence unilatérale, avalisée par la Cour. Ceci rappelé, le Tribunal va s'attacher à examiner si la Commission avait suffisamment établi l'existence d'un acquiescement tacite des concessionnaires. S'agissant du système de rémunération, le Tribunal conforte l'analyse de la Commission selon laquelle l'acquiescement des concessionnaires à ce système se déduisait de la circonstance qu'ils avaient continué de passer des commandes de véhicules dans le cadre et aux conditions financières de ce système « *compte tenu de ce que la restriction de concurrence résultait du système de rémunération lui-même et de ce que ce système déterminait, en définitive, le prix d'achat par les concessionnaires des véhicules à Peugeot* » (pt 183) Les concessionnaires n'auraient, en effet, pas continué d'acheter, « *sans contestation de leur part* », des véhicules aux conditions fixées dans le système de rémunération s'ils n'avaient pas été d'accord avec ces conditions (pt 184). Le renouvellement paisible des commandes, réitérant de manière indirecte le consentement au système de bonus indissociable de ces dernières, valait donc acquiescement. Cela ne manque pas de faire penser à la jurisprudence Sandoz, que l'on aurait pu penser au moins en partie abolie. Enfin, s'agissant des pressions, le Tribunal valide aussi l'existence de l'acquiescement des concessionnaires à celles-ci, notamment en relavant que « *le fait que la VPDN [association de concessionnaires] ait, ainsi, encouragé les concessionnaires à limiter leurs exportations, sans qu'aucune objection ou*

*distanciation des concessionnaires à cet égard n'ait été actée, est de nature à manifester l'acquiescement des concessionnaires à la politique restrictive poursuivie par [Peugeot] ».*

A la différence du cas Bayer, l'absence de contestation de la part des concessionnaires et l'efficacité du système semble avoir ici été suffisamment évidents ici pour aboutir à la constatation d'un accord. Certains ont pu déduire de cet arrêt un simple ralliement « *formel* »<sup>57</sup> du Tribunal à sa jurisprudence Bayer, en ce que le juge demeure malgré sa jurisprudence antérieure peu exigeant quant à la preuve d'un acquiescement tacite. En effet, les preuves soutenant cet acquiescement sont ambiguës. D'une part, la similitude à la jurisprudence antérieure Sandoz, que l'on aurait pu croire enterrée, est esquissée. D'autre part, acquiescer aux pressions dont on fait l'objet, tout d'abord, paraît étrange. Ensuite, acquiescer à une mesure résultant directement de pressions (auxquelles on aurait donc acquiescé...) dont on fait l'objet semble naturellement contradictoire. Au final, c'est vraiment l'absence de contestation qui semble ici sanctionnée... « *Mais était-ce adhésion volontaire ou soumission au pouvoir du fabricant ?* »<sup>58</sup>.

### **L'affaire Nintendo (2009 et 2011) : précisions sur le standard de preuve en acceptation en aval**

*2003/675/CE: Décision de la Commission, du 30 octobre 2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega — Nintendo)*

*TPICE, 30 avril 2009, CD-Contact Data GmbH c/ Commission, aff. T-18/03, Rec. CJCE 2009, II, p. 1021*

*CJUE, 10 févr. 2011, no C-260/09 P, Activision Blizzard Germany GmbH*

**Les faits : restriction aux exportations parallèles sanctionnée par la Commission.** Sur certains territoires de vente en Europe, Nintendo avait désigné des distributeurs exclusifs indépendants, dont CD-Contact Data pour la Belgique et le Luxembourg. La Commission avait sanctionné tant Nintendo que son distributeur pour la participation à un ensemble d'accords et de pratiques concertées, sur les marchés des consoles de jeux spécialisées et des cartouches de jeux compatibles, ayant pour objet et pour effet de restreindre les exportations parallèles des consoles et des cartouches de jeux Nintendo. Pour ce faire, la Commission se fondait principalement sur l'existence d'une correspondance.

**Le Tribunal.** Le Tribunal a constaté que la Commission, pour conclure à l'existence d'un accord, ne s'était pas référée aux termes de l'accord de distribution qui ne contenait aucune clause illicite. Le Tribunal a donc cherché si, eu égard à la teneur d'un échange de courriers exprimant le comportement du distributeur, la Commission avait suffisamment établi l'existence d'un concours de volontés en vue de limiter le commerce parallèle. Et l'échange de correspondance, pris dans son ensemble, (télécopie et courriers) établissait suffisamment, selon le Tribunal, la connaissance par le distributeur de la volonté de Nintendo de remédier aux « *problèmes* » des exportations parallèles, et la participation du distributeur à un système d'échange d'information sur le commerce parallèle. En d'autres termes, l'invitation comme son acquiescement par le comportement étant établis, l'accord était formé. Enfin, le Tribunal a jugé que la circonstance que CD-Contact Data ait participé au commerce parallèle n'était pas de nature à remettre en cause cette conclusion.

<sup>57</sup> J-B. Blaise et L. Idot, Pratiques anticoncurrentielles. 1er janvier 2009 - 30 juin 2010, Revue trimestrielle de droit européen 2010 p. 647

<sup>58</sup> J-B. Blaise et L. Idot, Pratiques anticoncurrentielles. 1<sup>er</sup> janvier 2009 - 30 juin 2010, Revue trimestrielle de droit européen 2010 p. 647

**La Cour.** L'arrêt de la Cour est l'occasion de poser clairement des standards de preuve. A commencer par une affirmation « *le niveau de preuve requis pour établir l'existence d'un accord anticoncurrentiel dans le cadre d'une relation verticale n'est pas, par principe, plus élevé que celui qui est requis dans le cadre d'une relation horizontale* » (pt 71). La doctrine la mieux placée s'accordait parfois pour affirmer le contraire<sup>59</sup>.

Et selon la Cour, l'existence d'un accord illégal doit être appréciée « *eu égard à l'ensemble des facteurs pertinents ainsi qu'au contexte économique et juridique propre à chaque cas d'espèce* ». En conséquence, « *la question de savoir si un élément de preuve permet ou non d'établir la conclusion d'un accord contraire à l'article 81, paragraphe 1, CE ne peut donc pas être tranchée de manière abstraite selon qu'il s'agit d'une relation verticale ou d'une relation horizontale, en isolant cet élément du contexte et des autres facteurs caractérisant le cas d'espèce* » (pt 72).

Contrôlant l'examen mené par le Tribunal, la Cour constate que celui-ci a régulièrement contrôlé l'existence :

(i) d'une invitation de Nintendo, déduite nécessairement de l'intégration du système d'échange d'information attestée par les correspondances (pt 75) de participer à un accord visant à restreindre le commerce parallèle. On en remarquera ici que les termes « *déduite nécessairement* » peuvent laisser penser à une présomption ; et

(ii) de l'acquiescement de CD-Contact Data « *à tout le moins tacitement* ». Ces derniers termes semblent exprimer le doute de la Cour sur le caractère exprès ou tacite de l'acquiescement du distributeur. Et on l'a vu, ce qui relève de la preuve directe et de la preuve comportementale n'appelle pas le même traitement probatoire (cf. l'affaire Glaxo). Il est donc embarrassant de constater que même chez la Cour, la distinction ne semble pas aisée à réaliser. Cette acquiescement est, selon la Cour, déduit « **non pas de l'absence de protestation** de CD-Contact Data à l'encontre de la politique anticoncurrentielle de Nintendo, mais de la correspondance invoquée par la Commission et notamment du fait que les télécopies [...] avaient pour objet de **dénoncer** des importations parallèles réalisées en Belgique, territoire concédé à CD-Contact Data » (pt 80) On s'interrogera ici sur la portée de cette dernière affirmation. La Cour semble affirmer que la simple absence de protestation n'est pas synonyme d'acquiescement. Qui ne dit mot de consent pas ? Alors seule seront sanctionnée la délation ou la participation active ? Il n'en est pas certain si l'on considère que la Cour se focalisant sur les télécopies, elle ne se place pas plutôt sur l'existence d'une preuve écrite directe, rendant non nécessaire l'examen des comportements (délation, passivité, application ou non...) (cf. affaire Glaxo).

Enfin, la Cour valide la position du Tribunal sur le fait que la participation de CD-Contact Data au commerce parallèle passif n'était pas de nature à remettre en cause l'existence d'un concours de volontés (pt 81). En effet, si cette circonstance constitue certes l'un des facteurs pertinents à prendre en considération pour apprécier l'acquiescement éventuel, il n'en demeure pas moins qu'« *elle n'est pas, à elle seule, décisive et qu'elle ne saurait d'emblée exclure l'existence d'un tel acquiescement* ». Ainsi, un distributeur exclusif peut avoir un intérêt non seulement à s'accorder avec le fabricant pour

---

<sup>59</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* » : « *La jurisprudence relative aux pratiques verticales est plus exigeante sur le standard des preuves que celle relative aux pratiques horizontales. Cette différence s'explique aisément : en effet, les opérateurs situés à des niveaux* » différents de la chaîne économique peuvent avoir des intérêts divergents et les rapports verticaux sont le plus souvent entachés d'inégalité dans les rapports de force. Dès lors, la recevabilité des preuves d'acquiescement tacite sera plus étroite que pour les pratiques horizontales. »

limiter le commerce parallèle dans le but de protéger davantage son propre territoire de distribution, mais également à se livrer secrètement à des ventes contraires à cet accord pour tenter d'utiliser celui-ci à son profit exclusif (pt 83).

On se reportera alors aux difficultés soulevées par l'arrêt Glaxo, qui sont ici de même nature. En outre, on peut s'interroger sur le rôle joué ici de la malignité du distributeur et de l'absence de protestation visible, qui ont pu encourager la Cour à faire preuve de davantage de sévérité. En comparaison avec les faits et la solution de l'arrêt Bayer par exemple, on peut avoir des doutes sur, disons, l'impartialité de la jurisprudence qui bien que se présentant très formelle et uniforme, ne se révèle pas moins casuistique.

## II. Tentative de systématisation

### Les lignes directrices de la Commission

Dans la version datant de 2000 des lignes directrices sur les restrictions verticales<sup>60</sup>, la Commission définissait les accords verticaux (pt 23 et svts) par la réunion de trois éléments principaux: (i) il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée entre deux ou plus de deux entreprises ; (ii) chacune des entreprises participant à l'accord ou à la pratique concertée opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution ; (iii) les accords et pratiques concertées concernent les conditions dans lesquelles les parties à l'accord, à savoir le fournisseur et l'acheteur, peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services pour répondre au fin du règlement d'exemption. Désormais, les nouvelles lignes directrices de 2010<sup>61</sup> font état de quatre éléments principaux de définition de l'accord vertical dont le premier est innovant (pt 24 et svts) :

(a) « *le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords et aux pratiques concertées. Il ne s'applique pas à un comportement unilatéral des entreprises concernées. Ce comportement unilatéral peut relever de l'article 102, qui interdit les abus de position dominante. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101, il suffit que les parties aient exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché. La forme sous laquelle cette intention est exprimée n'est pas importante, pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci. En l'absence d'accord explicite exprimant la volonté concordante des parties, la Commission devra prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. Dans le cas d'accords verticaux, cet acquiescement à une stratégie unilatérale particulière peut être établi de deux manières. **Premièrement**, il peut être déduit des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général établi préalablement. Si les clauses de l'accord préétabli prévoient ou permettent qu'une partie adopte ultérieurement une stratégie unilatérale particulière qui sera contraignante pour l'autre partie, l'acquiescement à cette stratégie par l'autre partie peut être établi sur cette base* [Arrêt de la Cour de justice du 13 juillet 2006, *Commission/Volkswagen AG*, (C-74/04 P, Recueil 2006, p. I-6585)]. **Deuxièmement**, en l'absence d'acquiescement explicite, la Commission peut démontrer l'existence d'un acquiescement tacite. Pour ce faire, il convient de montrer, premièrement, qu'une

60 Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, (2000/C 291/01), JO C du 13 octobre 2000

<sup>61</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final

*partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et, deuxièmement, que l'autre partie se plie à cette exigence en mettant cette stratégie unilatérale en œuvre<sup>14</sup> [Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, Bayer AG/Commission (T-41/96, Recueil 2000, p. II-3383)]. À titre d'exemple, si après l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons afin d'empêcher tout commerce parallèle, les distributeurs réduisent immédiatement leurs commandes et cessent de pratiquer un commerce parallèle, il y a acquiescement tacite de leur part à la stratégie unilatérale du fournisseur. Ce n'est toutefois pas le cas si les distributeurs continuent de pratiquer un commerce parallèle ou s'efforcent de trouver de nouveaux moyens d'y parvenir.*

*De même, dans le cas d'accords verticaux, l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre ou aux autres parties à l'accord, en liaison avec le nombre de distributeurs qui mettent effectivement en œuvre la stratégie unilatérale du fournisseur dans la pratique. Par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique. Les deux manières d'établir l'existence d'un acquiescement décrites au présent point peuvent être utilisées conjointement »*

## Schéma synthétique

---

# III. Analyse critique

## Sur la sécurité juridique

---

On l'a vu, l'exigence de sécurité juridique, c'est-à-dire la possibilité ici pour un opérateur de prévoir à l'avance si son comportement est sanctionnable, est de grande importance tant d'un point de vue juridique qu'économique. Or, force est de constater qu'en la matière, la lisibilité des solutions en droit communautaire laisse beaucoup à désirer. A force de perfectionnement et d'hésitations jurisprudentielles permanentes, il est difficile de dresser une synthèse exacte de la solution retenue au niveau communautaire. Plus grave encore, on serait bien embarrassé aujourd'hui d'affirmer ou de réfuter à un distributeur dans une *zone grise* l'existence ou non d'un acquiescement de sa part. Et on serait plus embarrassé encore de lui expliquer que même contraint et forcé, il n'est pas moins acquiescé.

## Sur les pressions et contraintes

---

Dans l'affaire portant son nom, Peugeot invoquait l'argument selon lequel la simple existence de pressions ou de sanctions démontrerait le désaccord des concessionnaires et donc l'absence

d'acquiescement de leur part à une hypothétique invitation. Le constructeur sera bien déçu par la lecture des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales. On peut être étonné, en effet, à sa lecture, que « *l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre* »<sup>62</sup>. La poursuite de la lecture de la communication de la Commission se révélera plus effrayante encore pour certains opérateurs économiques : « *par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique.* ». En bref, l'interprétation de l'arrêt Peugeot par la Commission laisse pensif : un distributeur soumis à un système de contrôle efficace est réputé avoir acquiescé à la finalité de ce système ? C'est l'efficacité du système, donnée objective, qui semble ici établir un élément subjectif, le consentement. Toutefois, on nuancera nos propos par la considération que l'efficacité du système passe, il semblerait, par l'application effective de la mesure par les distributeurs. Toutefois, le choix des termes par la Commission a de quoi donner quelques sueurs froides à producteurs et distributeurs. Si, pour notre part, il nous semble normal de sanctionner à partir du moment où les distributeurs appliquent, il nous paraît en revanche opportun de réserver le cas où les distributeurs ne pouvaient raisonnablement agir autrement.

## Sur le rôle de la rébellion et protestation

---

Il est encore bien difficile de savoir à quoi et comment sert la rébellion et la protestation des distributeurs dans le raisonnement juridique des juges communautaires. Pris en compte dans l'affaire Bayer, il ne semble pas depuis que cela ait ouvert une porte de sortie efficace. Plus récemment, c'est après le constat d'un accord, au moment de l'examen de la distanciation que ces comportements semblent intervenir. Or, les conditions de la distanciation sont exigeantes et difficilement réunies. Dans la mesure où l'application même contrainte vaut acquiescement, il ne nous paraît pas absurde que désormais les juges aient décidé de cantonner la protestation à ce rôle là, du moins tant que l'application dans les faits de la mesure est constatée. Alors, le simple fait de protester, même de manière forte et visible, sans avoir le courage ou la possibilité économique de ne pas appliquer la mesure, ne fait pas obstacle au constat d'un accord. Si l'on peut douter de la réalité du consentement d'un acteur qui a affirmé vouloir le contraire, on conçoit tout de même que la simple protestation exclusive d'un accord serait offrir aux opérateurs un moyen confortable d'éviter toute sanction du droit de la concurrence. On comprend dès lors beaucoup mieux l'attention portée par la Commission et les juges à l'existence ou non d'une application dans la pratique. L'application apparaît comme la donnée la plus fiable et viable d'un acquiescement.

---

<sup>62</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final, pt. 23

---

# PARTIE 3

## Solutions au niveau interne

---

Les exigences relatives au constat d'un accord dans les relations verticales sont sensiblement identiques en droit interne et en droit communautaire. En effet, il est clairement posé que « *le comportement unilatéral d'un opérateur économique n'entre pas dans les prévisions [de l'article L. 420-1] lequel implique que soit constatée l'expression de la volonté commune des entreprises en cause de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* »<sup>63</sup>.

Par ailleurs, la nécessité du couple invitation+acquiescement tacite est tout autant présente. Ainsi, « *la preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volonté des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en œuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation* »<sup>64</sup> selon la cour d'appel de Paris. Cela se retrouve aussi directement dans les décisions de l'Autorité de la concurrence qui peut faire référence d'une part, à une invitation du fabricant à se comporter d'une façon contraire à la concurrence<sup>65</sup> ; et d'autre part, à l'acquiescement exprès ou tacite de l'autre partie<sup>66</sup>. Et ici aussi, il faut noter que la forme donnée pour l'acquiescement est indifférente. En conséquence, on s'attachera davantage aux spécificités existantes au niveau interne relatives aux deux formes d'acquiescement, en amont (I) ou en aval (II).

On notera toutefois qu'une différence certaine tient au contentieux traité au niveau interne, qui ne se concentre non pas sur le commerce parallèle, mais sur les prix de revente imposés. Non pour des raisons économique-politiques ici, mais pour des raisons historiques<sup>67</sup>, l'Autorité de la concurrence veille strictement au respect de l'interdiction des prix imposés<sup>68</sup>. En conséquent, c'est sur ce point que la pratique de l'ADLC est la plus sophistiquée.

---

<sup>63</sup> Cour d'appel de Paris, 2 juillet 2003, Gan Eurocourtage

<sup>64</sup> Arrêt du 28 janvier 2009 2008/00255 de la cour d'appel de Paris sur 07-D-50 Décision du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets

<sup>65</sup> 06-D-22 Décision du 21 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société NGK Spark Plugs France sur le marché des bougies pour deux roues, § 59 et 60 ; 06-D-04 Décision du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, § 460 et s.

<sup>66</sup> 07-D-06 Décision du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo, § 101

<sup>67</sup> L. Idot, « *Les pratiques de prix imposés toujours sous haute surveillance* », Revue des contrats, 01 juillet 2007 n° 3, P. 770

<sup>68</sup> 06-D-04 Décision du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe « *L'ingérence du fournisseur dans la politique de prix du distributeur contrevient à l'article L.410-2 du code de commerce qui énonce : "Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence". L'alignement volontaire des prix au détail s'oppose donc à la libre détermination de ces prix par la concurrence. L'article L. 442-5 du code de commerce fait d'ailleurs de la pratique de prix imposé une infraction pénale, définie indépendamment du pouvoir de marché détenu par le producteur, réprimant « le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* ». L'article L. 420-1 du même code tire la

# I. Acceptation en amont

## L'affaire des cycles

L'affaire des cycles<sup>69</sup> a été l'occasion de préciser les exigences en matière d'acceptation en amont et de marquer l'alignement du Conseil aux solutions communautaires. En bref, il est question de répondre à une question simple : la signature d'un contrat-cadre par les distributeurs emporte-il acquiescement par avance à toutes les pratiques mises en œuvre par le fabricant ? Le Conseil va apporter une réponse similaire à celle de droit communautaire, citant notamment les arrêts Bayer et Volkswagen. En particulier, le Conseil va s'attacher à distinguer avec pédagogie le cas où les relations fournisseurs/distributeurs s'insèrent dans le cadre de relations contractuelles suivies et habituelles (pt 311) du cas où les relations sont ponctuelles et hors de tout contrat de distribution ou de concession (pt 312). Il ne nous semble pas opportun de consacrer de longs développements ici à la réponse du Conseil, qui est toutefois présente pour mémoire en annexe.

## 05D66 L'affaire produits d'électronique grand public

A l'occasion de cette affaire<sup>70</sup> mettant en cause certains grands noms de fabricants de produits électroniques grand public, le Conseil a souligné que « *une entente entre un fabricant et ses distributeurs peut également être démontrée s'il existe entre eux un contrat prévoyant que le distributeur s'engage à respecter la politique commerciale de son cocontractant en matière de politique tarifaire ou permettant au fabricant de contrôler la publicité sur les prix faite par le distributeur (cf. la décision du Conseil n° 05-D-32 du 24 février 2005)* » (pt 252).

Plus loin, il précise qu'en présence d'une invitation d'un fabricant à respecter des prix « conseillés », « *l'accord de volonté des distributeurs peut être démontré par une concentration anormale des prix pratiqués par les revendeurs mais aussi par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs* » (pt 255).

Les éléments accablants étaient nombreux dans l'affaire en cause. Néanmoins, le Conseil s'est appuyé sur l'existence d'une annexe à une Charte « *partenaire qualité Phillips* » qui n'imposait aucune obligation tarifaire aux revendeurs Philips, mais qui permettait à Philips de contrôler les campagnes

---

*conséquence du principe de la libre fixation des prix en prohibant de manière expresse, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché les ententes qui tendent "à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse". »*

<sup>69</sup> 06-D-37 Décision du 7 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles et produits pour cyclistes

<sup>70</sup> 05-D-66 Décision du 5 décembre 2005 relative à la saisine de la SARL AVANTAGE à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public

publicitaires de ses revendeurs, « *et par là même, les prix de revente indiqués par ces derniers dans ces publicités* » (pt 290).

Ainsi, selon le Conseil, chaque revendeur ayant signé cette charte et ses annexes, devait respecter la politique de communication de Philips à travers ses annonces de prix dans des publicités. Et donc, chaque distributeur lié par le contrat de coopération Philips, lorsque ce dernier comprend la charte partenaire qualité Philips et ses annexes, était d'accord pour se conformer aux prix conseillés oralement par Philips (pt 295).

Cette décision a fait l'objet de vives critiques, notamment en ce que les contours d'un contrat qui « *implique le respect de la politique commerciale* » sont délicats à tracer<sup>71</sup>. D'autre part, il semblait que la sanction de clause générale de respect de politique commerciale avait été condamnée (*cf.* affaire communautaire Volkswagen II). Toutefois, bien plus qu'un simple respect général de politique commerciale, c'était dans l'esprit du producteur comme du revendeur bien une politique tarifaire qui devait être respectée, et contrôlée. Il n'est pas certain du tout qu'en l'absence de nombreux éléments accablants la solution du Conseil ait été la même. On conseillera dans ce cas d'être vigilant dans l'analyse de la portée de cette décision.

## 07D06 L'affaire Sony

---

Le Conseil<sup>72</sup> a infligé 800 000 euros d'amende à Sony Computer Entertainment France pour avoir convenu avec l'ensemble de ses distributeurs de communiquer sur un prix unique de vente lors de la campagne de lancement de la console Play Station 2 (PS2), de ses jeux et de ses accessoires. La société avait organisé une pré-réservation via une liste de distributeurs en France et lors de la pré-réservation, un prix maximum était communiqué au consommateur. Une charte d'engagement proposée par Sony et signée par les distributeurs leur interdisait de communiquer sur un autre prix de vente au détail que ce prix maximum.

L'ensemble des distributeurs ont communiqué exclusivement sur la base de ce prix maximum conseillé lors de la campagne de pré-réservation et de fait, les consoles PS2 pré-réservées ont été vendues par tous les détaillants au même prix. Le Conseil de la concurrence a qualifié cette pratique d'entente sur un prix de vente imposé. Le Conseil n'a pas poursuivi les distributeurs qui ont participé à l'entente compte tenu du caractère parcellaire et ponctuel de leur contribution individuelle à l'entente, et du rôle prépondérant joué par Sony Computer Entertainment France.

→ Aucune différence notable avec le droit communautaire n'est relevée ici. Les mêmes hésitations, les mêmes questions, les mêmes critiques sont constatées. Les solutions similaires appellent donc des remarques similaires. En revanche, les solutions en matière de prix imposés sont beaucoup plus spécifiques.

---

<sup>71</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>72</sup> 07-D-06 Décision du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo

## II. Acceptation en aval en matière de prix

En l'absence de preuve directe, la preuve comportementale peut être rapportée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants. En matière de prix, cela implique l'établissement d'un triptyque déjà classique exposé dans la décision « Parfums ». Les trois éléments du faisceau d'indices avaient été déjà théorisés dans une décision 02-D-42 *Akai*<sup>73</sup>, mais sont présentés de manière claire et pédagogique dans la décision 06D04 *Parfums*. Attention toutefois, il faut noter qu'aucun de ces éléments n'est absolument requis dans tous les cas, lorsque certaines preuves directes viennent aider à démontrer l'accord de volontés<sup>74</sup>.

### 06D04 L'affaire Parfums

#### Présentation de la méthode

De manière très pédagogique, la longue décision de l'Autorité de la Concurrence<sup>75</sup> effectue un « rappels de principe » sur deux points : les règles de la distribution sélective et la problématique des ententes verticales sur les prix. C'est ce dernier point, développé à la page 77, qui retiendra notre attention.

Selon une jurisprudence constante, rappelée dans les décisions n° 04-D-33 et n° 05-D-06, **l'Autorité considère qu'un alignement des prix peut résulter de trois circonstances :**

1. une entente horizontale directe sur les prix entre distributeurs : en principe prohibée ;
2. une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur : en principe prohibée ;
3. un parallélisme de comportements résultant d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de "*prix conseillés*" ou de "*martingales*" par le fournisseur, uniquement guidé par la concurrence qui règnerait dans le secteur et qui ferait converger les prix vers des niveaux identiques : non prohibé.

L'Autorité expose ensuite sa **méthode pour faire la distinction entre le cas 2 (entente verticale) et le cas 3 (équilibre concurrentiel)**. Primo, il est rappelé, entre deux virgules, que l'entente verticale suppose un accord de volonté entre entreprises. Deuxio, l'Autorité a recours pour rapporter la preuve de l'accord à la méthode du faisceau d'indices "*graves, précis et concordants*" qui doit converger pour établir les trois points suivants: (i) les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont **connus** des distributeurs ; (ii) une **police des prix** a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente ; (iii) ces prix souhaités par le fournisseur et connus des distributeurs, sont **significativement appliqués** par ces derniers.

<sup>73</sup> 02-D-42 Décision du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public

<sup>74</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* »

<sup>75</sup> 06-D-04 Décision du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe

Dans son analyse au cas d'espèces des indices, l'Autorité est amenée à préciser davantage ces éléments.

(i) Evocation des prix (pt 488)

L'évocation des prix avec les distributeurs peut être démontrée à partir de « *tout procédé par lequel un fabricant fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il entend que ses produits soient vendus au public* ». La notion d'évocation n'implique pas que les prix aient été négociés avec les distributeurs, ni même discutés oralement.

Exemples : élaboration et diffusion d'un document général décrivant les prix de base, les prix de vente conseillés au détail, et la date présente ou future de la disponibilité des produits, par exemple sous la forme d'un catalogue des tarifs.

Ainsi, ce premier élément peut être de nature purement unilatérale, relevant de la seule volonté du fabricant. Il suppose en soi deux sous-éléments : l'existence de politique de prix par le fabricant et sa diffusion aux distributeurs. Cela ne va pas sans rappeler l'affaire communautaire Opel dans laquelle le Tribunal a exigé la preuve de la communication de la mesure en cause pour qu'il y ait accord<sup>76</sup>. En bref, on ne peut consentir à ce que l'on ignore. Cette exigence tient au fait, selon l'Autorité, qu'en l'absence d'extériorisation du comportement, il ne peut y avoir accord de volontés<sup>77</sup>.

(ii) Police des prix (pt 496)

L'Autorité rappelle qu'il est seulement exigé la preuve de la mise en place d'une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur. En conséquence, les représailles ne constituent qu'une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large éventail allant des simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives. La preuve de représailles n'est donc pas nécessaire.

(iii) Application significative des prix conseillés (pt 505)

La preuve de cet élément peut être apportée par les déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application. En l'absence de ces éléments, l'observation directe de prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des prix conseillés apportent la preuve recherchée. Très concrètement, cela se traduit par le recours aux contestés relevés de prix.

## Exemples d'application

---

◇ **L'affaire Jeff de Bruges**

Dans cette affaire, le Conseil<sup>78</sup> ne va pour l'essentiel ne pas conclure à l'existence d'un accord en raison de l'absence de police des prix mis en place, de sanction contractuelle du non respect des prix

---

<sup>76</sup> TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission, T-368/00, Rec. p. II-4491: «dans la décision attaquée, ne figure aucune preuve directe de la communication de la mesure en cause aux concessionnaires» et «les autres pièces du dossier ne permettent pas non plus de conclure que la mesure en question a été effectivement appliquée ou mise en œuvre» (21)

<sup>77</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique «La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente»

<sup>78</sup> Cons. conc., 07-D-04 24 janv. 2007, déc. relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges

conseillés. Les prix conseillés n'ont donc pas été transformés en prix imposés constitutifs d'accord, à l'exception des ventes aux comités d'entreprise par l'existence d'un code bonne conduite.

#### ◇ L'affaires des jouets

La Cour<sup>79</sup> va examiner si le Conseil<sup>80</sup> a suffisamment rapporté la preuve en l'espèce des trois éléments.

### Evocation des prix

#### *Les grandes surfaces alimentaires*

Il faut ici prendre en compte deux éléments :

- (i) la législation en vigueur à l'époque des faits interdisait aux distributeurs de revendre à un prix inférieur au Prix d'achat déduction faite des seules remises sur factures ; et donc en l'absence systématique de telles remises déductibles, le prix d'achat, augmenté de la TVA, équivalait nécessairement au prix de revente minimum ;
- (i) la renonciation générale des grandes surfaces alimentaires à réaliser des marges avant (déductible pour le calcul du seuil de revente à perte) était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans la réalisation de marges arrières (non déductibles pour le calcul du seuil de revente à perte)

Cette fonction réelle des marges arrière, selon la Cour, « conduit nécessairement à la conclusion que les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte » ; et donc « les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les unes et acceptés par les autres ». En conséquence, le Conseil en a exactement déduit qu'il permettait que le prix de vente minimum aux consommateurs souhaité par les fournisseurs soit connu de distributeurs.

Si l'on résume, on pourra être étonné de ce que la Cour semble admettre à titre d'évocation des prix. Les prix de revente souhaités sont, au final, les prix d'achat des distributeurs au fournisseur. On voit très difficilement comment ces derniers pourraient ignorer à quel prix ils achètent ! Ici, c'est le contexte particulier (loi de revente à perte et absence de marges avant) qui permet de parler d' « évocation ». On en reste pas moins perplexe.

#### *Les grandes surfaces spécialisées*

A la différence des premières, des remises déductibles étaient ici consenties. Cependant, le constat de l'alignement des prix sur ceux des grandes surfaces alimentaires confirme selon la cour d'appel que les distributeurs spécialisés avaient été mis en mesure de connaître le prix de revente souhaité. On s'étonnera ici du raisonnement déductif de la Cour, qui part de la troisième condition (application) pour en déduire la première (évocation). Le mécanisme *puisque vous appliquez les prix, vous les connaissez* amène en effet à évacuer une des trois conditions.

### Police des prix

La Cour valide la position du Conseil considérant que l'opération « Carrefour rembourse 10 fois la différence » permettait au distributeur de se renseigner sur les pratiques de la concurrence, et au besoin d'agir auprès du fournisseur afin d'obtenir un nouveau prix d'achat ou pour que celui-ci intervienne

---

<sup>79</sup> Arrêt 2008/00255 du 28 janvier 2009 de la cour d'appel de Paris

<sup>80</sup> 07-D-50 Décision du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets

auprès du concurrent pour que ce dernier relève ses prix, et ainsi s'analysait comme une police des prix sur les concurrents. De plus, des fournisseurs affirmaient dans certains éléments pratiquer une police des prix à la demande de Carrefour. D'autres distributeurs avaient respecté les demandes d'alignement de prix, ou encore avaient dénoncé les concurrents non alignés. La Cour considère donc la seconde condition suffisamment établie.

### **Application significative**

Selon la Cour, l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs (relevés de prix, sur catalogues notamment faisant apparaître un taux de respect de plus 80%<sup>81</sup>), mais aussi par des éléments qualitatifs (déclaration de distributeur). En l'espèce, la cour d'appel relève, notamment, que les prix des jouets figurant sur les catalogues diffusés par les distributeurs aux consommateurs sont significativement identiques, et ce quel que soit le distributeur, aux prix de revente minimum évoqués par le fabricant. La dernière condition est donc établie.

## Analyse critique

---

### **Evocation des prix**

---

Il a été relevé en doctrine que « *imaginer que les fournisseurs et les revendeurs n'évoquent pas les conditions du marché et les prix de revente est illogique* », notamment en ce que « *tout producteur a besoin d'apprécier la pertinence de son « positionnement » de prix, puisque c'est par là que joue la concurrence horizontale avec les autres producteurs et les autres réseaux de distribution* »<sup>82</sup>. De plus, la pratique des prix conseillés est en-soi parfaitement licite. En conséquence, on peut s'interroger sur la pertinence du critère, ou du moins sur son niveau d'exigence réelle puisque la condition ne semble pas difficile à satisfaire. Toutefois, à l'instar de la jurisprudence Opel<sup>83</sup>, on notera que cette première condition est incontournable puisque l'on ne saurait se mettre d'accord sur ce que l'on ignore.

### **Police des prix**

---

#### ◇ **Une exigence paradoxale ?**

L'argument est simple : en cas de police des prix exercée par le fabricant, la contrainte en résultant fait obstacle à la constatation de la volonté des distributeurs, et donc à l'existence d'un accord. Dans la décision Parfums, le Conseil a répondu à cet argument de manière assez indirecte, pour ne pas dire à côté, par l'argument suivant : « *L'accord de volonté entre le producteur et ses distributeurs porte sur le partage de la rente unitaire que le prix final, élevé, permet d'extraire du consommateur : en s'accordant sur le prix de gros et le prix de détail, producteur et distributeurs fixent en commun leurs parts respectives du profit unitaire réalisé sur chaque vente. Mais le profit total dépend du nombre des ventes : la répartition convenue est mise en défaut si les ventes sont réalisées par un distributeur*

---

<sup>81</sup> « *Considérant qu'il n'est pas contesté qu'une étude de cette sorte est jugée démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués* »

<sup>82</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>83</sup> TPICE, 21 octobre 2003, General Motors Nederland et Opel Nederland/Commission, T-368/00, Rec. p. II-4491

*concurrent n'appliquant pas l'accord. La police des prix n'est donc, en rien, antinomique de l'accord des volontés ; elle est son nécessaire complément pour garantir que quelques déviants ne viennent pas compromettre le fonctionnement de l'entente.*" (pt 494). Le Conseil répond donc uniquement sur l'aspect « efficacité » de l'accord, que l'on notera, se situe à un niveau ultérieur de la question de la rencontre de volonté. En effet, la réponse du Conseil sous-entend que l'accord est déjà formé, et que la police des prix est un soutien nécessaire à son effectivité. Or, une réponse à la question délicate implique de se situer à un moment antérieur de la conclusion de l'accord, lors de la rencontre des volontés devant former accord. Le silence du Conseil sur ce point peut, à notre sens, être un signe de la difficulté de la question posée.

Selon certains auteurs, la troisième condition énoncée par le Conseil conduit à une « *incohérence de raisonnement* » car « *si le revendeur ne dispose pas du pouvoir de se rebeller, cela n'exclut-il pas, par définition, tout « accord de volontés » entre entreprises autonomes, pourtant caractéristique de la notion d'entente ?* »<sup>84</sup>. Nous ne partageons pas tout à fait ce raisonnement dans la mesure où le revendeur dispose en tout état de cause du pouvoir de se rebeller. Cependant, il s'expose alors sciemment à l'éventuelle répression du fabricant, qui peut être économiquement très lourde, et même dans des cas extrême lui coûter son business. Ainsi, si à tout le moins, la position du Conseil peut paraître « *fondée en droit* », « *il faut ici remarquer que, dans une perspective économique, la qualification d'accord retenue dans les affaires de la distribution de jouets de Noël ou dans l'affaire des parfums paraît incompatible, à première vue, avec la réalisation d'« activités de police » et de « contrôle » par le fournisseur* »<sup>85</sup>. On s'interrogera pour notre part sur la réalité du consentement donné sous la contrainte économique (*cf. supra*).

Si certains pardonnent la solution du Conseil puisqu'elle serait « *la seule qui, une perspective finaliste, assure un résultat satisfaisant* »<sup>86</sup>, d'autres la condamnent avec moins de mansuétude tout en reconnaissant le fait que les revendeurs ne sont pas toujours attirés dans la procédure, ce qui confirmerait l'existence d'un vrai problème quant à la réalité de l'accord anticoncurrentiel<sup>87</sup>. On ne se ralliera que partiellement à cette toute dernière affirmation. Il semble en effet certain que ce rectificatif par la procédure témoigne d'un problème d'un point de vue économique et concret. Sanctionner des distributeurs pour ne pas s'être rebellés, clairement distanciés au risque de lourdes sanctions, n'apparaît en effet pas viable. En caricaturant, on pourrait affirmer que le seul choix des distributeurs réside dans celui de l'origine de la sanction pécuniaire : leur producteur ou les autorités de la concurrence. Et lorsque l'on prend en compte la probabilité de l'un et l'autre, on serait bien étonné qu'un choix économiquement rationnel se fasse en faveur du droit de la concurrence. La sanction du partenaire commercial sera en effet immédiate, certaine. La sanction par les autorités de la concurrence pourra être déjouée avec un peu de chance, de bons avocats, des arguments procéduraux, un manque de preuves... Et ainsi, si cette dernière sanction, à considérer déjà que le distributeur y pense et ait conscience<sup>88</sup> de participer à une entente sanctionnée par le droit de la concurrence, est envisagée, ses perspectives de probabilité et d'immédiateté sont bien lointaines. A moins de faire preuve d'un respect fidèle et total de la loi, on ne saurait très concrètement savoir quoi conseiller à un distributeur dépendant économiquement et franchement menacé. Bien évidemment, l'on n'invite pas à

<sup>84</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>85</sup> N. Petit, "L'actualité du droit des ententes en 2007", dossier AFEC

<sup>86</sup> N. Petit, "L'actualité du droit des ententes en 2007", dossier AFEC

<sup>87</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>88</sup> Qu'en est-il en effet du staff juridique d'un petit distributeur indépendant quand on sait que même dans les multinationales les plus armées, le manque de communication interne n'empêche pas les opérationnels de conclure de toute bonne foi des accords on ne peut plus anticoncurrentiels ? Le débat certes, ne doit pas être porté à celui de la réalité de « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Mais on retiendra toutefois que profondément factuel et économique, une appréhension du droit de la concurrence ne peut ignorer ces données.

s'affranchir du respect du droit ; nous invitons seulement à prendre en compte la réception concrète, dans la vie des affaires, de l'énoncé d'une règle de droit. Exercice dont les autorités de la concurrence ne paraissent pas, heureusement, s'affranchir, et qui se traduit par le rectificatif procédural.

#### ◇ Degré d'exigence réel

Ici aussi, ce qui mérite d'être relevé par certains auteurs est le caractère normal ou habituel de certains faits pris en compte par l'ADLC au titre du contrôle des prix, tels que des remontées d'informations<sup>89</sup>. En effet, certains biens en particulier peuvent impliquer, par exemple en raison d'une concurrence vive sur les prix, de bien connaître son positionnement tarifaire ; ou encore en raison de services et encadrement au consommateur suivant ou précédant la vente du bien, de s'informer que les conditions de vente par les distributeurs. Dans ce cas, « *connaître les prix de revente est indispensable pour vérifier que le positionnement de prix (par rapport à la concurrence) est correct, et que les revendeurs rendent les services indispensables à la satisfaction des consommateurs* » et « *l'intérêt du fournisseur pour les prix de revente est profitable à la concurrence inter-marques* »<sup>90</sup>. Ainsi, il se peut que constitue un élément défavorable au fournisseur une pratique somme toute normale et banale de surveillance des prix par ses distributeurs.

### Application significative

---

#### ◇ Les relevés de prix

Dans l'affaire Parfums<sup>91</sup>, les parties contestaient devant la cour d'appel l'utilisation faite par le Conseil des relevés de prix, en ce qu'il ne serait pas possible de déduire de ces derniers que les distributeurs respecteraient un prix conseillé. Selon la Cour, les parties se trompaient alors sur la nature de la preuve apportée par ces relevés. Il ne s'agissait pas de démontrer, statistiquement, l'existence d'un prix unique au voisinage ou au dessus duquel la distribution des prix serait concentrée anormalement, par rapport à une répartition concurrentielle plus dispersée. Une telle preuve suffirait *per se* et rendrait inutiles les autres éléments du dossier. Mais puisque la méthode est ici celle du faisceau d'indices, les exigences sont plus souples tant que les relevés sont sérieux. Ici, le nombre des relevés est significatif ; ils portaient sur toutes les zones de chalandise ; le panel de produits retenu tenait compte des parts de marché de chaque marque et l'échantillon de points de vente reflétait la répartition de la distribution. C'est donc à raison que ces relevés sont introduits, comme un élément utile, dans le faisceau d'indices rassemblés. On notera qu'en tant qu'élément relatif à la condition, au final, la plus consistante, c'est-à-dire *l'application significative*, l'utilisation de ces relevés est d'une certaine importance concrète.

#### ◇ Degré d'exigence réel

Il faut rappeler que cet élément peut n'impliquer aucun accord, mais une bonne connaissance du marché par le fournisseur, comme a pu le relever la doctrine : « *Or, tout d'abord, faut-il s'étonner que des prix conseillés soient fidèlement appliqués par les revendeurs et qu'il existe une 'concentration remarquable des prix' ? C'est l'inverse qui serait étonnant : le positionnement du prix conseillé* »

---

<sup>89</sup>V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>90</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>91</sup> 06-D-04 Décision du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe

*résulte d'une stratégie du fournisseur en réponse à ce qu'il connaît du marché quant au niveau des prix demandés pour des produits concurrents »<sup>92</sup>.*

On pourra objecter qu'il serait étonnant que même un prix conseillé extrêmement bien conçu reçoive une application aussi uniforme et que personne ne s'en écarte sans mise en œuvre d'une entente. Certes, mais notons toutefois qu'il n'est pas exigé ici de rapporter la preuve de l'acquiescement de chaque distributeur à la pratique nationale de prix imposés du fabricant. En effet, c'est l'acquiescement d'une « *part importante* » de distributeurs, « *d'un nombre de points de vente suffisant* », ou encore d'un nombre « *suffisant* », « *significatif* » de distributeurs, qui est recherché<sup>93</sup>. La cour d'appel de Paris a confirmé ce niveau d'exigences<sup>94</sup>. De plus, « *la rébellion de certains distributeurs contre la discipline imposée par l'entente apportent seulement la preuve que la concurrence était possible et souhaitée par certains distributeurs et non la démonstration de l'absence d'entente* »<sup>95</sup>. Dès lors, il est envisageable qu'un prix réellement conseillé parfaitement bien conçu non appliqué de façon totalement homogène en raison de stratégies indépendantes et concurrentielles de certains distributeurs, soit considéré comme un prix imposé sanctionné. Il y a ainsi parfois le risque d'une certaine cécité dans la sanction de comportements normaux et concurrentiels.

## **Pertinence du triptyque**

**Logique.** Le triptyque se présente, au regard de la jurisprudence même, comme une forme de manifestation en matière de prix du couple invitation+acquiescement tacite. A cet égard, il suffit de citer la cour d'appel de Paris : « *l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut d'interpréter comme une invitation des premiers aux seconds à s'entendre sur les prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardée comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en œuvre d'une police des prix* »<sup>96</sup>.

**Exigence réelle factuelle.** On se contentera d'évoquer ce qui a été précédemment vu, on peut envisager que soient retenues dans certains cas à titre d'éléments constitutifs de l'accord des pratiques commerciales tout à fait normales et inoffensives d'un point de vue de la concurrence, voire tout à fait banales dans la vie des affaires. Il suffit pour cela de prendre l'exemple d'un prix conseillé par un fournisseur connaissant très bien le marché de son produit, notamment en se tenant informé des prix pratiqués par ses distributeurs. Dans l'hypothèse extrême, on peut arriver à la situation du serpent se mordant la queue : suite aux remontées de prix uniformes, le fournisseur diffuse un prix conseillé qui se contente de reproduire une tendance tarifaire spontanée homogène constatée, prix conseillé qui naturellement sera « *appliqué* » par la suite. Il faut donc être vigilant à ne pas sanctionner des comportements dont seule l'apparence n'est pas celle d'un comportement normal et concurrentiel de

<sup>92</sup> V. Sélinsky, « *Sévérité renforcée à l'égard des accords verticaux* », Revue Lamy de la Concurrence 2006 n° 6

<sup>93</sup> Sur les différents termes, voir le Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente »

<sup>94</sup> Voir notamment Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente* » « *Le Conseil est en cela parfaitement en accord avec la jurisprudence de la cour d'appel qui n'a jamais exigé, pour retenir des pratiques d'entente verticale entre fournisseurs et distributeurs, que soit rapportée la preuve que tous les distributeurs avaient donné leur accord : dans l'arrêt du 22 novembre 2005 (Dexxon Data Media), la cour d'appel a ainsi confirmé la condamnation des pratiques des sociétés Noblet et Texas Instruments pour entente verticale sur les prix des calculatrices, sans avoir exigé une telle preuve ; de même, la cour d'appel a-t-elle confirmé la condamnation de la société Royal Canin pour avoir mis en place une entente sur les prix de détail des croquettes haut de gamme, sans exiger la preuve de l'acquiescement de chaque distributeur (4 avril 2006, Truffaut)* »

<sup>95</sup> 06-D-04 Décision du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, pt. 503

<sup>96</sup> Arrêt 2008/00255 du 28 janvier 2009 de la cour d'appel de Paris

marché. Mais en-deçà de cet extrême, qui démontre le potentiel de cécité du triptyque, on peut douter sur le point de savoir s'il sera vraiment difficile et exigeant dans certaines situations de réunir les trois éléments.

**Exigence réelle juridique.** Bien que recevant la flexibilité permise du faisceau d'indices et n'étant exigé totalement qu'en l'absence de preuves directes, on peut se demander si l'ADLC ne risque pas ici de s'enfermer dans des exigences non à même de s'adapter à des situations d'entente ne correspondant pas à ce triptyque. Il est en effet envisageable qu'un accord se forme, transformant des prix conseillés en des prix imposés, sans qu'un contrôle des prix soit mis en place par exemple. Dans ce cas, la solution consiste ou à entendre largement la notion de contrôle des prix (ce qui, il nous semble, a été fait dans une certaine mesure) ou bien admettre que même en l'absence d'un tel contrôle et de preuves directes, l'accord est formé. On s'interrogera donc sur la pertinence de la réunion des trois éléments et de leur niveau d'exigence réelle si, lorsqu'elle est confrontée à une difficulté évidente, l'Autorité de la concurrence donne une consistance souple à un ou plusieurs de ces éléments. En particulier, on l'a vu, c'est l'élément *police des prix* dont l'exigence ne semble pas toujours viable, qui pâtit le plus d'un assouplissement rendu nécessaire. A ce titre, on relèvera la formule de la cour d'appel qui exige désormais « *la mise en œuvre d'une police des prix ou au moins d'une surveillance des prix* »<sup>97</sup>.

Ceci nous permet de penser que la solution retenue par l'ADLC en matière de prix, à supposer qu'elle soit la moins mauvaise des solutions, n'en demeure pas moins perfectionnable. Le problème selon nous, se pose d'un point de vue de la sécurité juridique, dont seule l'illusion persiste. Il suffit en effet de donner une consistance souple à un élément et quelques arguments d'apparence sérieuse pour que les autorités de la concurrence sanctionnent ce qu'elles veulent sanctionner. On n'émettra pas d'opinion sur le bien-fondé de cette finalité, mais on relèvera que l'appréhension par les entreprises des conséquences de leurs actes est hasardeuse. Citons à cet égard C. Prieto « *assurément, la réalité est complexe et se laisse mal enfermée dans des catégories juridiques si celles-ci sont trop étanches ou rigides. C'est là tout le dilemme entre les exigences de la sécurité juridique et celles de l'efficacité de la politique de concurrence* »<sup>98</sup>. On en conclura que les autorités de la concurrence ont un choix, non de moindre importance à faire : la sécurité juridique ou l'efficacité de la politique de concurrence.

---

<sup>97</sup> Arrêt 2008/00255 du 28 janvier 2009 de la cour d'appel de Paris rendu à la suite de la décision 07D50

<sup>98</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

---

# PARTIE 4

## Alternatives envisageables

---

Le perfectionnement des solutions existantes nous semble pouvoir trouver son inspiration dans différentes sources :

- le droit de la concurrence même, dont le recours aux divers mécanismes et outils peut permettre de contrebalancer une notion de l'accord trop souple (I) ;
- les autres branches du droit, en particulier le recours à la conception civiliste du consentement et aux exigences du droit pénal liées à sa nature répressive (II) ;
- les autres droits nationaux, en particulier le droit en vigueur au Canada et aux Etats-Unis (III).

### I. Inspirations par le droit de la concurrence

#### Rééquilibrage par la contrainte

---

En droit interne, la contrainte intervient après le constat de l'accord et de l'entente, à titre de circonstance exonératoire de responsabilité<sup>99</sup>. Dans l'affaire des jouets, la requérante *Puériculture de France* soutenait devant la Cour de cassation que la contrainte exercée à son encontre par Carrefour, son plus gros acheteur, empêchait la constitution d'une entente, ou du moins l'exonérait de responsabilité.

*“Mais attendu qu'après avoir relevé que la preuve d'une entente entre la société Puériculture, fournisseur de jouets, et ses distributeurs était rapportée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants [...], l'arrêt retient que la société Puériculture, qui compte parmi les acteurs importants du jouet en France, ne démontre pas que la puissance d'achat des distributeurs l'aurait mise dans l'impossibilité de s'opposer aux modalités de rémunération décidées par ces derniers, ne serait-ce qu'en dénonçant ces pratiques aux autorités compétentes ; qu'en l'état de ces énonciations faisant*

---

<sup>99</sup> Fasc. 262 : Droit français des ententes. - Article L. 420-1 du Code de commerce > III. - Ententes prohibées > A. - Accords > 2° Accords verticaux, JCL Commercial, Cote : 03,2008 ; G. Decocq, « Coauteur ou délateur : telle est la question », Contrats Concurrence Consommation n° 6, Juin 2010, comm. 163

*ressortir l'absence de toute pression irrésistible subie par la société Puériculture, la cour d'appel n'a pas méconnu les textes invoqués*<sup>100</sup>.

Le degré d'exigence est donc particulièrement élevé puisque la pression irrésistible est nécessaire, et les caractéristiques de la force majeure sont requises. Ceci fait que la contrainte n'est que rarement, voire jamais, admise.

En droit communautaire, la contrainte économique intervient à un stade amont du raisonnement, pour empêcher le constat d'un accord. Mais ici aussi, le degré d'exigence particulièrement élevé<sup>101</sup> fait que l'argument est rejeté. Et de la même manière qu'en droit interne, l'entreprise étant libre de s'en plaindre auprès des autorités de la concurrence, la contrainte sera très difficilement acceptée<sup>102</sup>. Ainsi, « *tout au plus, cela pourra-t-il avoir une incidence sur le montant de l'amende prononcée* »<sup>103</sup>.

Il nous semble que redonner de la réalité à l'argument de la contrainte, en n'en faisant pas qu'une chimère juridique, peut être un moyen utile de rééquilibrer une situation par exemple d'application forcée (contrôle des prix extrêmement contraignant par exemple, ou cas d'application forcée de l'affaire européenne Peugeot). Notons toutefois que le rééquilibrage procédural et la modération de l'amende sont les voies privilégiées par les autorités de la concurrence, mais qu'elles présentent l'inconvénient d'être hasardeuses et assez discrétionnaires.

## Le recours à la pratique concertée et à l'entente complexe

La sanction d'un comportement par le recours à la notion de pratique concertée permettrait de saisir des comportements collusifs ne réunissant pas de manière évidente les éléments d'un accord. Ainsi, la notion d'accord pourrait voir son intégrité être préservée en correspondant mieux à ce que l'on entend dans le sens commun. Toutefois, force est de constater que cette solution a des limites importantes en matière de relations verticales. En effet, il est plutôt normal ici, à l'inverse de la situation entre concurrents, que des échanges d'informations caractérisant la pratique concertée aient lieu. Néanmoins, la doctrine<sup>104</sup> a pu relever certains cas d'objet anticoncurrentiel de prises de contact verticales, telles que des réunions ayant pour objet de neutraliser les exportations parallèles<sup>105</sup>.

C. Prieto<sup>106</sup> évoque d'autre part le possible recours à l'infraction complexe, c'est-à-dire l'infraction unique et continue, qui peut comporter selon la Cour de Justice « *à la fois des éléments devant être*

<sup>100</sup> Arrêt n 428 F-D du 7 avril 2010 de la Cour de cassation, pourvoi n V 09-11.853 R de Puériculture de France,

<sup>101</sup> Ainsi dans son arrêt Cascades, le TPICE a énoncé qu'une entreprise ne pourrait échapper à l'application du traité au motif qu'elle a agi sous la contrainte que "*si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune voie légale ne permettait d'y parer*" (TPICE, 14 mai 1998, Cascades SA c/ Commission, pt 85).

<sup>102</sup> V. par ex. TPICE, 20 mars 2002, LR AF 1998 A/S c/ Commission, pt 142

<sup>103</sup> Fasc. 545 : Ententes. – Principe d'incompatibilité. – Article 101, paragraphes 1 et 2 du TFUE, JCL Concurrence – Consommation, Cote : 01,2011, pt. 64

<sup>104</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>105</sup> Voir la jurisprudence citée par C. Prieto : CJCE, 7 juin 1983, Musique diffusion française et autres, aff. 100-103/80, Rec. p. 1825. V. aussi TPICE, 7 juill. 1994, aff. T-43/92, Dunlop Slazenger, Rec. p. II-531 ; Dec. comm. 72/403/EEC, 23 nov. 1972, Pittsburgh Corning, JOCE n° L 272 du 5 déc. 1972, p. 35.

<sup>106</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

qualifiés d'« accords » et d'autres devant être qualifiés de « pratiques concertées »<sup>107</sup>. Un tel recours à la notion d'infraction complexe en matière de relations verticales dans les cas où l'existence d'un accord, concours de volonté, n'est pas clairement établie, permettrait là aussi d'éviter une trop grande extension de la notion d'accord et d'en préserver l'essence. Pour notre part, nous nous rangeons aux propos de l'auteure selon lesquels « *il serait maintenant opportun de déporter les efforts de qualification vers la notion de pratique concertée* » et « *c'est certainement dans la reconnaissance du caractère polymorphe des ententes verticales que l'on a le plus de chance d'appréhender au mieux la réalité* »<sup>108</sup>.

## Equilibre général du droit des ententes

---

On se contentera d'évoquer très brièvement ici ce qui fait et permet dans le système communautaire que les autorités de la concurrence retiennent une définition souple de la notion d'accord dans le domaine des relations verticales : le débat et les enjeux sont reportés plus loin dans le raisonnement, au stade de l'analyse de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de l'accord ou de l'exemption de l'entente<sup>109</sup>. On notera par exemple la position désormais plus ouverte de la Commission en ce qui concerne le rachat par les gains d'efficacité de prix imposés, en particulier les prix maxima, même s'ils demeurent une restriction caractérisée<sup>110</sup>. En matière de commerce parallèle de médicaments surtout, on renverra à l'affaire GSK<sup>111</sup> qui a fait couler beaucoup d'encre, témoignant de la focalisation sur ce point de débat. Ainsi, il serait bien vain de proposer une notion de l'accord sans mener une analyse complète des autres éléments de sanction d'une entente. Faute de place, il est évident que l'on ne peut ici, réaliser une telle entreprise. Mais notons que la vigilance et la complexité sont ici nécessaires.

## L'abus de dépendance économique

---

Il peut être envisagé d'adopter une conception plus stricte de la notion d'accord, et de rééquilibrer par la sanction, du moins en droit interne, des comportements blâmables non par le droit des ententes mais par le droit des pratiques restrictives de concurrence. En particulier, c'est l'abus de dépendance économique qui retiendra notre attention. On l'a vu, les relations verticales sont souvent marquées par une forte dissymétrie de la puissance économique, la plupart du temps au profit du fournisseur ou au profit d'un distributeur à forte puissance d'achat. Si l'ADLC cessait la tradition selon laquelle on

---

<sup>107</sup> CJCE, 8 juill. 1999, ANIC, aff. 49/92, affaire dite du polypropylène, Rec. p. I-4125, pt 109

<sup>108</sup> C. Prieto, « *Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord* » in « *Vertical restraints in Comparative Competition Law* », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>109</sup> Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

<sup>110</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final, pt. 223 à 229

<sup>111</sup> CJCE, 6 octobre 2009, Glaxosmithkline Services c/ Commission, aff. jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C515/06 P et C-519/06 P

laisse l'article L. 420-2, alinéa 2<sup>112</sup> du Code de commerce lettre morte et lui redonnait une ampleur suffisante, ce serait peut être l'occasion de sanctionner davantage de comportements d'apparence unilatéraux, initiés par la partie forte. En contrepartie, les acteurs faibles de la relation verticale, ayant par exemple appliqué la mesure sous de sévères menaces commerciales, seraient épargnés par le recours à une définition plus stricte du concours de volonté. Toutefois, il faut relever que cette solution serait hasardeuse dans la mesure où, même entendue plus largement, les conditions de l'abus de dépendance économique ne permettraient pas dans tous les cas de saisir des comportements qui tombent actuellement sous le coup de la notion d'accord. Il nous paraît néanmoins pertinent de considérer et de souhaiter la fin d'une utilisation sous-optimale au niveau français de cet article du Code de commerce<sup>113</sup>.

## II. Inspirations par les autres branches du droit

### Enrichissement par le droit civil

#### Un enrichissement réalisé ?

Selon de nombreux auteurs<sup>114</sup>, le droit de la concurrence a déjà été enrichi par le droit civil par un retour à une notion plus civiliste de la notion d'accord, en particulier à la suite de l'arrêt Bayer. D'autres auteurs en revanche tempèrent beaucoup plus l'influence du droit civil sur le droit de la

<sup>112</sup> « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

<sup>113</sup> Pour un souhait identique en doctrine, voir également M. Chagny, « Regards sur le droit des pratiques anticoncurrentielles : Les développements en matière de distribution », intervention prononcée à la Cour de cassation, le 8 février 2007, à l'occasion de la conférence organisée par la Cour de cassation et l'Association Française d'Etude de la Concurrence sur L'année 2006 et le droit de la concurrence

<sup>114</sup> Voir par exemple : Lamy Droit Économique - 2011 PARTIE 2, 1399 "preuve de l'accord" : « le Tribunal de première instance des Communautés européennes, par son contrôle serré de l'existence d'une rencontre des volontés, oblige désormais la Commission à utiliser le droit civil de la formation du contrat pour conclure à la qualification d'accord (voir no1397) . » ; L. Idot, « Retour sur la distinction entre l'accord et le comportement unilatéral », Revue des contrats, 01 avril 2004 n° 2, P. 289 : « L'arrêt Volkswagen II pourrait marquer le temps de la réconciliation entre le droit de la concurrence et le droit civil, ce que confirme l'arrêt Bayer de la Cour de justice » ; E. Claudel, "Entente et concours de volonté. De la dénaturation à l'harmonie", Recueil Dalloz 2004 p. 1970 « Cette analyse est sévèrement condamnée par le tribunal, qui livre une analyse strictement civiliste » « On assiste donc ici à une claire résurgence de l'analyse contractuelle dans une matière empreinte d'économie. A l'heure où l'on s'interroge sur l'application au droit des critères d'efficacité, les juridictions communautaires acceptent de sacrifier l'efficacité du contrôle à sa légitimité juridique, laquelle suppose strictement démontrées les conditions de l'incrimination, en l'occurrence le concours de volontés. A l'analyse inductive de la Commission, qui, partant du dysfonctionnement du marché (objet du contrôle), en induit, quelquefois artificiellement, une concertation, la CJCE et le TPI opposent une analyse déductive qui s'attache d'abord à la concertation, rigoureusement démontrée, pour rechercher ensuite si une perturbation du marché justifie leur intervention. Où le droit de la concurrence rejoint le droit commun, non dans ses objectifs, mais dans ses méthodes d'analyse... »

concurrence. Certains le font en raison du caractère objectif du droit de la concurrence<sup>115</sup>, d'autres en raison du choix d'une autre source d'influence, le droit pénal<sup>116</sup>. Influence réelle ou non, force est de constater que la réflexion sur les conditions de constat de l'accord ne semble pas pouvoir se passer de l'enrichissement de la comparaison à la notion civiliste du consentement<sup>117</sup>. Soulignons que la réflexion n'est pas mono-centrée au système français dans la mesure où le couple offre+acceptation existe au niveau des Principes du Droit Européen des contrats (« PEDC »)<sup>118</sup>.

### Un enrichissement à poursuivre ?

Les vices du consentement (dol, erreur, violence)<sup>119</sup> ne sont donc pas admis en droit de la concurrence. En effet, seule la contrainte, admise en la matière, s'y apparente. Toutefois, la contrainte n'est que très rarement admise en contentieux du fait des conditions très exigeantes que la jurisprudence a posé (*cf. infra*). Néanmoins, il est possible d'envisager à partir du rapprochement apparent réalisé par la jurisprudence communautaire au concept de contrat (offre + acceptation) l'introduction des vices de consentement en droit de la concurrence. A l'heure actuelle, il est invoqué que « *les vices du consentement (ou faits justificatifs) ne sont que rarement retenus par les autorités de concurrence, pour exonérer les entreprises de leur responsabilité. En effet, ceux-ci assurent, en droit civil, la protection subjective des opérateurs ; ils sont donc mal adaptés au droit de la concurrence qui tend à la protection objective du marché* »<sup>120</sup>.

En particulier, la violence ou la contrainte économique<sup>121</sup> permettrait de rendre plus doux et juste l'application du droit de la concurrence aux distributeurs en position de faiblesse évidente. Le consentement vicié ferait obstacle à la constatation d'un accord. Cependant, il faut y noter un sérieux inconvénient : en général, dans ce cas les distributeurs ne sont pas poursuivis, et cela empêcherait de poursuivre le producteur. Cette conception avait été affirmée en jurisprudence interne<sup>122</sup> mais n'est

<sup>115</sup> C. Prieto, « Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord » in « Vertical restraints in Comparative Competition Law », Conférence, Concurrences N° 4-2008 : « La notion d'accord en droit de la concurrence est détachée du concept de contrat en droit civil » et « En tout état de cause, le droit antitrust saisit un comportement objectif sur un marché. Il faut retenir que l'expression de la volonté au sens de l'article 81 CE repose sur des concepts de droit économique : le comportement d'entreprise et le marché »

<sup>116</sup> M. Behar-Touchais, Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations), Revue des contrats, 01 juillet 2004 n° 3, P. 870

<sup>117</sup> C. Prieto, « Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord » in « Vertical restraints in Comparative Competition Law », Conférence, Concurrences N° 4-2008; E. Claudel, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », RTDCom 1999, p. 291. ; C. Momège, « Accords verticaux et accords horizontaux : les limites de la distinction au regard de l'article 81 CE – Le point de vue d'un avocat français » in « Vertical restraints in Comparative Competition Law », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>118</sup> Version Commission Lando, Chapitre 2 : Formation, Section 2: Offre et acceptation

<sup>119</sup> Au niveau européen, voir les conditions de validités des PDEC : Article 4:103: Erreur fondamentale de fait ou de droit, Article 4:104: Erreur dans les communications, Article 4:107: Dol, Article 4:108: Contrainte, Article 4:109: Profit excessif ou avantage déloyal de la Version des PDEC Commission Lando

<sup>120</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente », p. 21

<sup>121</sup> Article 1109 et 1111 du Code civil ; Civ. 1ère, 30 mai 2000, Bull. civ. I, n°169 ; Civ. 1ère, 3 avril 2002, Sté Larousse Bordas, Bull. civ. I, n°108

<sup>122</sup> Dans un arrêt du 9 novembre 1989, société BP France, la cour d'appel de Paris a estimé qu'un opérateur contraint de s'aligner sur les prix résultant d'une entente ne peut avoir consenti librement à celle-ci et ne peut donc être sanctionné pour avoir participé à l'entente : « La société Esso justifie par les pièces versées aux débats, qu'elle n'a consenti à aligner ses prix que sous la pression de graves menaces ; que si elle montre le caractère illicite des comportements parallèles observés, une telle circonstance établit toutefois que cette société ne s'y est résolue que sous l'empire de contraintes individuelles lui imposant un mode de fixation de ses prix, exclusif de tout accord de volontés à une quelconque action concertée. »

désormais plus en vigueur<sup>123</sup>. Ainsi, « en général, les pressions économiques, même violentes, exercées par une partie sur une autre, ne vicient pas l'intégrité du consentement de cette partie »<sup>124</sup>. Par ailleurs, on ne manquera pas de souligner que le Conseil de la concurrence soulignait en 2006 que ne pouvaient *a fortiori* être retenues ici « des pressions exercées dans les limites des pratiques habituelles du commerce qui, par nature, et surtout dans les relations verticales, impliquent toujours l'usage de pouvoir de pression entre parties »<sup>125</sup>. Le Conseil justifiait alors le rejet des vices du consentement en invoquant le fait que « dans la plupart des cas, le Conseil prend en compte l'état de subordination des distributeurs en ne les attirant pas dans la procédure » et que « cela ne revient pas à admettre que l'accord de volontés n'est pas constitué, mais à ne sanctionner que le fabricant pour cette entente »<sup>126</sup>. Pour notre part, on se rangera du côté des propos d'E. Claudel<sup>127</sup> selon lesquels « si le Conseil entend s'appuyer sur des concepts civilistes, même pour s'en affranchir, ceux-ci doivent être mieux intégrés » et on s'accordera pour considérer que le recours au rectificatif procédural, trop discrétionnaire, ne semble pas satisfaisant. Pour notre part, on estimera que réel ou illusoire, l'enrichissement par le droit civil doit demeurer source d'inspiration. Toutefois, en raison du risque d'immunité de la partie forte en l'absence de position dominante et de l'autonomie du droit de la concurrence, une transposition pure et simple ne nous apparaît pas souhaitable. En revanche, bien plus qu'une simple similitude, le droit de la concurrence partage avec le droit pénal des caractéristiques communes.

## Enrichissement par le droit pénal

Selon certains auteurs, le rapprochement le plus pertinent à faire au regard des évolutions sur la notion et la preuve de l'accord vertical est celui avec le droit pénal<sup>128</sup>. Ainsi, il a été soulevé que l'admission de la contrainte tenait davantage du droit pénal que du droit civil<sup>129</sup>. En outre, du point de vue des parties, le Conseil de la concurrence soulignait que celles-ci invoquaient le plus souvent, sans forcément réaliser le lien, des faits justificatifs tirés du droit pénal (contrainte, légitime défense, commandement de l'autorité, état de nécessité). Pour d'autres, le rehaussement du standard de preuve exigé à la charge de la Commission s'insère dans une tendance plus générale tenant à la nature quasi répressive de la matière<sup>130</sup>. Et surtout, il a été soulevé que « les hésitations en droit de la concurrence

---

<sup>123</sup> Voir notamment G. Decocq, « Coauteur ou délateur : telle est la question », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2010, comm. 163 et le Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente »

<sup>124</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente »

<sup>125</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente »

<sup>126</sup> Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence, Etude thématique « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente »

<sup>127</sup> E. Claudel, « Rapport annuel 2006 du Conseil de la concurrence », *RTD Com.* 2007 p. 698

<sup>128</sup> Voir en particulier M. Behar-Touchais, *Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations)*, *Revue des contrats*, 01 juillet 2004 n° 3, P. 870

<sup>129</sup> M. Behar-Touchais, *Droit de la concurrence et droit des contrats (brèves observations)*, *Revue des contrats*, 01 juillet 2004 n° 3, P. 870

<sup>130</sup> L. Idot, « Retour sur la distinction entre l'accord et le comportement unilatéral », *Revue des contrats*, 01 avril 2004 n° 2, P. 289

*sur le standard de la preuve répondent à une préoccupation fondamentale : le niveau requis pour établir une infraction »<sup>131</sup>.*

Nous pensons que le droit de la concurrence ne peut prendre les aspects sévères du droit pénal sans en adopter les correctifs. Le rehaussement du standard de preuve nous apparaissait nécessaire à cet égard, eu égard à la charge de la preuve d'établir une infraction et à la présomption d'innocence<sup>132</sup>. Selon nous, la diffusion des standards liés à la matière pénale défendus au niveau de la Convention européenne des Droits de l'Homme sera l'occasion de nouveaux rehaussements des exigences de constat de l'accord. Sur ce point, l'appréciation dans certains cas, par exemple, de l'établissement du triptyque en matière de prix, peut laisser douter fortement de la charge réelle de la preuve. D'autre part, il nous semble difficile de maintenir une définition si étroite de la contrainte<sup>133</sup> alors que le droit pénal dispose de tout un panel de faits justificatifs. En droit pénal, la contrainte est une cause d'irresponsabilité<sup>134</sup> en ce que l'auteur a été privé de sa volonté. La sévérité ne saurait se passer de correctifs réels, au-delà de simples arrangements procéduraux voire artificiels.

Loin de représenter deux simples sources d'inspiration, le droit pénal et le droit civil sont deux modèles arrivés à équilibre. Le droit de la concurrence pourrait selon nous opter pour l'un, et alors adopter de manière constante une conception plus stricte de l'accord de volontés ainsi que s'inspirer davantage des vices du consentement ; ou alors se forger autour du droit pénal, sans davantage d'exigences en matière de notion de l'accord, qui pourrait être une dénaturation de la conception civiliste sans que l'on puisse y faire d'objections tant que les correctifs du droit pénal sont aussi transposés. Selon nous, le droit de la concurrence n'est lié ici que de manière artificielle au droit civil par le biais d'une même terminologie (accord, consentement, concours de volontés...). Et donc, même si cela nous semble parfois choquant, nous ne considérons pas que les autorités de la concurrence doivent s'aligner sur la notion civiliste d'accord. En revanche le droit de la concurrence partage avec le droit pénal son caractère (quasi) répressif, et donc un bloc commun d'exigences. Il nous semble donc que ce dernier rapprochement doit être favorisé. Mais nous plaignons ainsi pour une approche (davantage) rigoureuse de la charge de la preuve, et dans une certaine mesure pour la recherche de circonstances exonératoires propres au droit des ententes et qui lui soient parfaitement adaptées afin de répondre à cette même exigence d'équilibre général. Autonome certes, mais répressif, le droit de la concurrence devrait trouver à terme son propre point d'équilibre entre protection de la concurrence, sécurité juridique et justice au sens premier. De naissance récente en comparaison au droit civil ou au droit pénal, il ne faut pas s'attendre à ce que cela soit réalisé dès demain. A l'instar de Bayer et Volkswagen, cela nous semble devoir passer par quelques jurisprudences audacieuses bousculant la pratique établie.

---

<sup>131</sup> C. Prieto, « Restrictions verticales : les écueils dans la qualification de relations verticales et d'accord » in « Vertical restraints in Comparative Competition Law », Conférence, Concurrences N° 4-2008

<sup>132</sup><sup>132</sup> Voir CJCE, 13 juillet 2006, Commission c/ Volkswagen, aff. C-74/04 P (dit Volkswagen II), pt. 37 et 38

<sup>133</sup> Arrêt Cascades du TPICE du 14 mai 1998 : « Une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune autre voie légale ne permettait d'y parer » (§ 101).

<sup>134</sup> Art. 122-2 du Code pénal : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. »

# III. Inspirations par le droit comparé

## Le droit canadien

Le droit canadien a récemment opéré une révolution en matière du droit des ententes par la refonte totale du système juridique. Initialement, le même corps de règles criminelles était appliqué aux accords horizontaux et verticaux, et la notion de l'accord vertical était relativement large. Cette large définition amenait à certaines critiques et craintes, en particulier vis-à-vis des Etats-Unis qui ne constatent et donc sanctionnent que difficilement des accords verticaux. Mais la partie 12 de la Loi d'exécution du budget de 2009 est venue apporter des modifications législatives majeures à ce système de la Loi sur la concurrence<sup>135</sup>. Le régime de sanction passe d'un régime pénal à un régime mixte, relevant du droit répressif et du droit civil en fonction de la gravité et applicable aux seuls accords horizontaux. Les accords verticaux ne peuvent donc être sanctionnés que par le biais du droit commun, et en particulier du droit civil. Le Canada a donc procédé de manière radicale aux inquiétudes de nature économiques soulevées par une sanction considérée comme trop sévère des accords verticaux<sup>136</sup>. Dans le cadre d'une économie mondialisée, ce type d'exemple de rectificatifs sérieux de trop grande sévérité est à considérer lorsque les solutions communautaires ou internes de constat d'un accord vertical oscillent entre laxisme et sévérité.

## Le droit américain

**La doctrine Colgate.** En 1919, la Cour Suprême des Etats-Unis<sup>137</sup> permettait aux producteurs d'imposer un RPM minimum de manière unilatérale en refusant ou cessant de traiter avec des revendeurs ne respectant les prix, sans qu'un accord vertical ne soit reconnu<sup>138</sup>. Le distributeur, en acceptant ces conditions, ne conclut pas d'accord<sup>139</sup>. Ainsi « aucune ambiguïté n'est admise par la jurisprudence américaine », « si une pratique peut être unilatérale, l'entente n'est pas caractérisée »<sup>140</sup> en application de la *Monsanto rule*<sup>141</sup>. Pour résumer ici, « le prix conseillé n'est pas une offre pour un prix imposé et le suivi des prix conseillés ne peut donc constituer l'acceptation d'une offre d'entente »<sup>142</sup>. La différence toutefois à opérer entre l'annonce d'une politique tarifaire

<sup>135</sup> K. Diawara, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles : aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet », Bulletin de droit économique - Vol. 1, No 3 - Article 4

<sup>136</sup> Notes pour une allocution prononcée par Melanie L. Aitken, commissaire de la concurrence intérimaire, Audience sur les modifications à la Loi sur la concurrence du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, Ottawa, Ontario, Le 13 mai 2009 ; Rapport « *Foncer pour gagner* », remis le 26 juin 2008 à Ottawa par Le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, présidé par L. R. Wilson

<sup>137</sup> Cour Suprême des Etats-Unis, *United States v. Colgate & Co.*, 250 US 300 (1919)

<sup>138</sup> P. Gift, « *Price Fixing and Minimum Resale Price Restrictions Are Two Different Animals* », *Graziadio Business Review*, 2009 Volume 12 Issue 2

<sup>139</sup> Cour Suprême des Etats-Unis, *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 US 752 (1984) : « *Under Colgate, the manufacturer can announce its resale prices in advance and refuse to deal with those who fail to comply. And a distributor is free to acquiesce in order to avoid termination* »

<sup>140</sup> David Éric, « *La complexité des choses simples : la fixation du prix de revente et le droit des ententes* », *Revue internationale de droit économique*, 2005/4 t. XIX, 4, p. 389-430. DOI : 10.3917/ride.194.0389

<sup>141</sup> The *Monsanto rule* of requiring sufficient evidence to exclude the possibility of unilateral action, Cour Suprême des Etats-Unis, *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984)

<sup>142</sup> David Éric, « *La complexité des choses simples : la fixation du prix de revente et le droit des ententes* », *Revue internationale de droit économique*, 2005/4 t. XIX, 4, p. 389-430. DOI : 10.3917/ride.194.0389

assortie de la mise en œuvre de prérogatives unilatérales et la formation d'un accord n'est pas toujours évidente, et la doctrine a pu déplorer l'écart manifeste avec le droit des contrats<sup>143</sup>. Le droit américain se distingue donc du système communautaire par sa notion plus restreinte de l'accord, sa plus grande prise en compte de l'unilatéralité, et son autonomie marquée vis-à-vis du droit des contrats. En revanche, il partage avec notre système des conditions de constat de l'accord tout aussi hésitantes...et contestées.

**L'arrêt *Leegin*.** Le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt *Leegin*<sup>144</sup> de la Cour suprême, selon lequel la fixation du prix de revente minima devait être examinée au regard de la *règle de raison* qui importe de prendre en compte les possibles aspects pro-concurrentiels d'une pratique, et qui signe donc la fin d'une tradition centenaire d'une interdiction *per se*<sup>145</sup>, se retrouve sous une certaine forme par l'attitude désormais plus favorable de la Commission vis-à-vis de l'exemption des prix de revente par les gains d'efficacité<sup>146</sup>. La similarité de l'examen a d'ailleurs été soulignée devant la Cour de cassation par son premier avocat général<sup>147</sup>. Ainsi, si la règle de raison en matière de prix n'est pas admise ici en droit français<sup>148</sup>, il ne semble pas que le résultat soit différent. Il faut faire le constat d'une même tendance des deux côtés de l'Atlantique d'une analyse *in concreto* des effets des prix de revente imposés contrant un a priori négatif irréfragable traditionnel<sup>149</sup>. En outre, il faut noter que suite à l'arrêt *Leegin*, la doctrine présageait un élargissement des conditions américaines de la notion d'accord<sup>150</sup> ou encourageait au contraire la mise en place, plus sûre encore, d'une *Colgate Policy*<sup>151</sup>.

Bien que très différents, on observe que les systèmes américains et communautaires sont confrontés aux mêmes difficultés d'équilibre et de justesse. Les conditions de constat d'un accord dans les relations verticales sont donc, de parts et d'autres du globe, sujets à tâtonnements, hésitations et critiques dans la recherche d'une solution qui ne pourra être, économiquement et juridiquement, que la moins mauvaise des solutions.

---

<sup>143</sup> J. L. Harrison, « *Dr. Miles's orphans : vertical conspiracy and consignment in the wake of Leegin* », Wake Forest Law Review, 2010, Vol. 45, p. 1125

<sup>144</sup> Cour suprême des Etats Unis, dans l'arrêt *Leegin Creative Leather Products vs. PSKS, Inc.* du 28 juin 2007

<sup>145</sup> Cour suprême des Etats Unis, *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 US 373 (1911)

<sup>146</sup> Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, SEC(2010) 411 final, pt. 223 à 229

<sup>147</sup> Avis de Mme Petit, premier avocat général, Arrêt n° 587 du 7 janvier 2011 (pourvois n° 09-14.316 et 09-14.667) - Cour de cassation - Assemblée plénière ; rendu dans l'affaire *Electronique grand public* : « *Mais, outre le fait que l'arrêt Leegin n'a pas d'autorité directe en France, la Cour suprême des Etats-unis considère qu'il faut procéder à une analyse concrète des effets des prix imposés. Or, les articles L. 420-4 et L. 420-1 et suivants du code de commerce permettent bien la prise en compte des effets pro-concurrentiels d'une entente et, en l'espèce, la cour d'appel a effectué cette analyse en sorte que ce grief peut également être rejeté.* »

<sup>148</sup> Michel Debroux, *Prix minimums imposés* : La CA de Paris confirme le caractère illicite de la fixation des prix de revente minimum en écartant l'application d'une règle de raison, contrairement à l'arrêt *Leegin* de la Cour suprême (*Parfumerie de luxe*), *Concurrences*, N° 3-2007, n°13934, pp. 81-82

<sup>149</sup> Voir pour plus de développements sur la question : C. Prieto, « *Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions* », in Colloque, « *Réforme des restrictions verticales : Les enjeux de l'entrée en vigueur du nouveau règlement* », Paris, 27 mai 2010, *Concurrences* N° 3-2010

<sup>150</sup> V. Kayne, « *Resale price maintenance and the rule of reason : the liability risk increases* », *American Bar Association, Business Law Today*, July 2007 - Volume 5 - Number 12 ; J. L. Harrison, « *Dr. Miles's orphans : vertical conspiracy and consignment in the wake of Leegin* », *Wake Forest Law Review*, 2010, Vol. 45

<sup>151</sup> M. A. Lindsay, « *Resale Price Maintenance and the Word After Leegin* », *Antitrust magazine*, Vol. 22, No. 1, Fall 2007.



---

# Annexes

---

## Index

---

Résumé .....	3
Table des matières .....	4
Eléments de compréhension .....	5
PARTIE 1 .....	7
Données du problème .....	7
I. Approche factuelle.....	7
II. Approche juridique.....	9
Accord, concours de volonté et mesure unilatérale : démarcation entre l'article 101 et 102 TFUE.....	9
L'accord, élément constitutif d'une infraction .....	10
Acquiescement en amont et acquiescement en aval.....	11
Question de preuve ou question de fond ?.....	12
III. Approche économique .....	13
Restriction et interdiction de commerce parallèle : ferme condamnation ou tolérance limitée ? .....	14
Prix de revente imposés.....	16
Efficacité des réseaux de distribution et viabilité des acteurs des relations verticales.....	17
PARTIE 2 .....	19
Solutions au niveau communautaire.....	19
I. Evolution .....	19
Temps 1: Définition large de l'accord.....	19
La pratique discutée de la Commission.....	19
Exemple de jurisprudences.....	20
◇ L'affaire Sandoz : acquiescement tacite par le renouvellement éclairé des commandes	20
◇ L'affaire AEG/Commission : acceptation en aval.....	20
Temps 2 : coup d'arrêt(s).....	21
L'affaire Bayer : la notion d'accord et l'acceptation en aval .....	21

L'affaire Volkswagen II : précisions sur l'acceptation en amont.....	24
Temps 3 : incertitudes.....	25
L'affaire GlaxoSmithKline (2006) : précisions sur la distanciation.....	26
L'affaire Peugeot (2009) : acceptation en aval <i>forcée</i> .....	26
L'affaire Nintendo (2009 et 2011) : précisions sur le standard de preuve en acceptation en aval .....	28
II. Tentative de systématisation.....	30
Les lignes directrices de la Commission.....	30
Schéma synthétique .....	31
III. Analyse critique .....	31
Sur la sécurité juridique .....	31
Sur les pressions et contraintes .....	31
Sur le rôle de la rébellion et protestation .....	32
PARTIE 3 .....	33
Solutions au niveau interne .....	33
I. Acceptation en amont .....	34
L'affaire des cycles.....	34
05D66 L'affaire produits d'électronique grand public .....	34
07D06 L'affaire Sony .....	35
II. Acceptation en aval en matière de prix .....	36
06D04 L'affaire Parfums.....	36
Présentation de la méthode.....	36
Exemples d'application .....	37
◇ L'affaire Jeff de Bruges.....	37
◇ L'affaires des jouets .....	38
Analyse critique .....	39
Evocation des prix.....	39
Police des prix .....	39
◇ Une exigence paradoxale ?.....	39
◇ Degré d'exigence réel.....	41
Application significative .....	41
◇ Les relevés de prix.....	41
◇ Degré d'exigence réel.....	41
Pertinence du triptyque.....	42
PARTIE 4 .....	44
Alternatives envisageables .....	44

I. Inspirations par le droit de la concurrence.....	44
Rééquilibrage par la contrainte.....	44
Le recours à la pratique concertée et à l'entente complexe.....	45
Equilibre général du droit des ententes.....	46
L'abus de dépendance économique.....	46
II. Inspirations par les autres branches du droit.....	47
Enrichissement par le droit civil.....	47
Un enrichissement réalisé ?.....	47
Un enrichissement à poursuivre ?.....	48
Enrichissement par le droit pénal.....	49
III. Inspirations par le droit comparé.....	51
Le droit canadien.....	51
Le droit américain.....	51
Annexes.....	54
Index.....	54
L'affaire des cycles.....	57

## L'affaire des cycles

L'affaire des cycles a été l'occasion de préciser les exigences en matière d'acceptation en amont et de marquer l'alignement du Conseil aux solutions communautaires. En bref, il est question de répondre à une question simple : la signature d'un contrat cadre par les distributeurs emporte-t-elle acquiescement par avance à toutes les pratiques mises en œuvre par le fabricant ?

1. Premièrement, « *en matière d'accords verticaux, la preuve de l'entente peut résulter de la signature, par les parties, de contrats ou de conditions générales de vente comportant des clauses à objet anticoncurrentiel* » (pt 309). Cette hypothèse, la plus évidente, ne donne pas lieu à débat et ne retiendra pas notre attention.

2. Le Conseil<sup>152</sup> (pt 310) invite en l'absence de telles clauses, à procéder à une distinction en fonction de la nature des relations fournisseur/distributeur :

**(i) les relations fournisseurs/distributeurs s'insèrent dans le cadre de relations contractuelles suivies et habituelles (pt 311) :**

*« Les distributeurs ne peuvent être considérés comme ayant accepté tacitement, par avance, lors de la signature du contrat de distribution ou de concession, toute pratique voulue par le fournisseur ».*

Le Conseil s'aligne ici sur la jurisprudence Volkswagen, citée dans la décision, et adopte le même standard d'exigences donc.

En conséquence, il faut rechercher si la pratique du fournisseur se rattache à une clause du contrat *"en tenant compte, le cas échéant, de tous les autres facteurs pertinents, tels que les buts poursuivis par ce contrat à la lumière du contexte économique et juridique au regard duquel celui-ci a été conclu"*<sup>153</sup>.

En cas de réponse positive, il semble que les distributeurs ont dans ce cas accepté tacitement, par avance, l'invitation du fournisseur à commettre une pratique anticoncurrentielle.

En cas de réponse négative, les distributeurs ne peuvent être considérés comme ayant accepté par avance, l'invitation du fournisseur. Il faut alors recherché si l'invitation adressée par le fournisseur aux distributeurs *« a été effectivement acceptée par les distributeurs »*, pour que l'accord de volonté de ces derniers soit démontré.

**(ii) les relations sont ponctuelles et hors de tout contrat de distribution ou de concession (pt 312)**

Le Conseil rappelle deux choses :

- *« L'invitation du fournisseur à commettre une pratique anticoncurrentielle et l'acquiescement des distributeurs doivent être démontrés »* ;

---

<sup>152</sup> Voir aussi une décision n° 06-D-04 bis relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe

<sup>153</sup> Cour de justice des communautés européennes, 13 juillet 2006, Volkswagen, C 74/04, § 45

- et la jurisprudence Bayer "Pour qu'un accord au sens de l'article 85 [devenu 81], paragraphe 1, du traité puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas, comme en l'espèce, à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes" (§ 102 de l'arrêt).