

Mademoiselle Nguyêt Tiên HUA

MEMOIRE :
LE REGIME DES PRIX DE REVENTE
IMPOSES

MASTER 2 PROFESSIONNEL DROIT EUROPEEN DES AFFAIRES
SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR LOUIS VOGEL



Université Panthéon-Assas
Paris II

Année universitaire 2009-2010

TABLE DES MATIERES

RESUME	3
INTRODUCTION	4
I. Le champ d’application de l’interdiction : les hypothèses de prix de revente imposés	8
a. L’imposition d’un prix de revente, au-delà du droit de la distribution ?	8
b. L’exclusion du prix maximum et du prix conseillé de l’interdiction en cause	10
c. L’interdiction tarifaire : la fourchette de prix et le prix minimum.....	14
II. Le caractère <i>per se</i> de l’interdiction des prix de revente minimum versus la règle de raison	18
a. Le délit <i>per se</i> de l’interdiction en cause.....	18
b. L’influence du droit américain et de l’arrêt Leegin : la <i>rule of reason</i>	20
c. La réponse européenne : le nouveau règlement numéro 330/2010 du 20 avril 2010	23
III. Les sanctions encourues : l’adaptation de la peine	27
a. La sanction pénale : une amende, son montant et sa prédictibilité	27
b. Quid d’autres sanctions pénales telles que l’emprisonnement ?	29
c. Les remèdes envisageables : les sanctions civiles ou la suppression de l’article L.442-5 du Code de commerce	33
CONCLUSION	36
BIBLIOGRAPHIE	38

RESUME

Les pratiques de prix minimum imposés peuvent être appréhendées tant sous l'angle des prohibitions des articles 101 et 102 TFUE que celles des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, en plus de la pratique restrictive spécifique de l'article L.442-5 du même code. Relevant de la qualification d'infraction concurrentielle *per se*, les prix de revente imposés dans une relation verticale en tant que prix minimum ou prix fixe doivent être sanctionnés du fait qu'ils limitent la liberté de fixation des prix des revendeurs. Cette pratique est ainsi un délit dont la peine encourue est une amende d'un montant maximum de 15.000 euros.

Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence s'est continuellement attachée à la protection de la liberté d'action des divers acteurs économiques, en tentant de sécuriser leur indépendance afin d'assurer une efficience au jeu de la concurrence. Tout obstacle à la libre fixation des prix est alors prohibé. Le prix de revente imposé est sanctionné dès lors que trois conditions sont réunies : l'existence de plusieurs parties, une coordination volontaire de leurs comportements et une efficacité constatée sur le marché en tant que restriction de concurrence. Ainsi, le respect strict de prix conseillés par les revendeurs peut constituer une entente illicite notamment lorsque le fournisseur intervient pour les inciter à se conformer à sa politique commerciale. La méthode du faisceau d'indices permet de relever la connaissance des distributeurs des prix de revente fixés par le fournisseur, la mise en œuvre de la police des prix.

Cette pratique est d'ailleurs classée parmi les clauses noires du nouveau règlement d'exemption catégorielle numéro 330/2010 du 20 avril 2010. Néanmoins, le droit de la concurrence requiert parfois que les règles soient modifiées en fonction de nouvelles données économiques. C'est pourquoi, l'analyse économique des effets pro-concurrentiels a été retenue dans le nouveau texte. En effet, une imposition des prix peut permettre au fournisseur de garantir une marge à ses distributeurs, s'il fixe le prix au niveau d'un prix de monopole. Le réseau de distribution fournit alors un service de qualité, dans la mesure où il est rémunéré.

Dans ces circonstances, la sanction automatique des prix de revente imposés n'est pas satisfaisante économiquement. Une possibilité de rachat doit être offerte à de telles pratiques, qui peuvent être bénéfiques aux consommateurs. La question de la suppression de l'interdiction automatique de l'article L.442-5 du Code de commerce se pose alors.

INTRODUCTION

La liberté des prix est un des fondements du droit de la concurrence. Et pourtant, aucune règle particulière relative à l'imposition des prix n'existe dans le droit européen. Un prix imposé n'est appréhendé que sous l'angle des dispositions relatives aux ententes ou aux abus de position dominante, soit respectivement les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹. Au contraire, le droit français érige une sanction pénale spéciale contre ces pratiques en plus de l'interdiction des ententes de l'article L.420-1 du Code de commerce².

En droit français, est prohibé de manière *per se* par l'article L.442-5 du Code de commerce le fait pour toute personne d'imposer un prix minimal de vente d'un produit ou d'une prestation de services. Cette interdiction de caractère minimum s'applique tant au prix qu'à la marge commerciale.

En effet, l'article prévoit qu'*« est puni d'une amende de 15.000 euros 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'ancien article 37-4 de l'ordonnance du 30 juin 1945, complété par la loi du 30 décembre 1985, prévoyait initialement qu'était assimilé à une pratique de prix illicite le fait : *« par toute personne de conférer, maintenir ou imposer un caractère minimum aux prix des produits et prestations de services ou aux marges commerciales, soit au moyen de tarifs ou barèmes, soit*

¹ Journal officiel de l'Union Européenne du 9 mai 2008 numéro C115/47.

² *« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, 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 actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

en vertu d'ententes, quelle qu'en soit la nature ou la forme, soit par un relèvement discriminatoire du prix pratiqué à l'égard d'un revendeur, soit par tout autre moyen ». L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986³ institue à cet égard une liberté des prix en tant que liberté de détermination des prix de vente par le revendeur. Le champ d'application de cette disposition vise tant les fournisseurs que les grossistes ou importateurs et l'Etat de leurs relations contractuelles de vente ou de prestations de services.

L'interdiction en cause permet alors d'assurer l'indépendance des commerçants vis-à-vis de leurs fournisseurs. D'autant qu'elle est renforcée d'une part, par l'interdiction du refus de vente visant à prévenir toute tentative d'exclusion des distributeurs qui ne pratiquent pas le prix de revente imposé par leurs fournisseurs et d'autre part, par celle des pratiques discriminatoires tendant à réduire les moyens de coercition mis en œuvre par les fournisseurs afin de maintenir une discipline tarifaire dans le réseau de distribution.

Après la suppression de l'interdiction du refus de vente par la loi du 1^{er} juillet 1996, la réglementation tend à prohiber des pratiques encore plus subtiles que la discrimination tarifaire, telles que la revente à perte instrumentalisée comme un frein aux réductions de prix par les distributeurs par le biais d'un report de certains avantages tarifaires différés dans le temps qui obligerait les distributeurs à revendre à un niveau de prix au moins égal à leur prix d'achat.

Cette règle ayant un caractère pénal, le principe d'interprétation stricte de la loi trouve à s'appliquer. Il faut ainsi exclure de l'interdiction les pratiques de prix ou marges maximum ou les prix conseillés dans la mesure où ces dernières respectent la marge de manœuvre du revendeur. Au contraire, les prix prétendument conseillés accompagnés de menace de rétorsion d'ordre commercial tels que le refus de vente sont condamnés au titre des prix de revente imposés. Dans ce cas, ils conduisent à une restriction de la concurrence intramarque.

L'interdiction faite à tout commerçant d'imposer des prix de revente en ce qu'ils sont des prix fixes, des prix minimum voire des fourchettes de prix est un solide obstacle à toute pratique restrictive de concurrence sur les prix. D'autant qu'il s'agit d'un délit *per se*

³ Ordonnance numéro 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, Journal officiel du 9 décembre 1986 page 14773.

embrassant un large éventail de comportements illicites. Dans ce contexte, les pouvoirs publics ont régulièrement dénoncé les accords professionnels susceptibles de porter atteinte au droit pour le distributeur de fixer librement le niveau des prix de revente des produits livrés par ses fournisseurs.

La liberté de fixer les prix de vente appartient alors tant aux commerçants qu'aux fabricants. Néanmoins, les revendeurs sont libres de pratiquer des abaissements sélectifs de leurs prix dépendamment des circonstances et notamment en ayant la possibilité de faire des ventes promotionnelles, qui sont bénéfiques aux consommateurs en tant qu'elles contribuent à maintenir une concurrence active entre les entreprises de la distribution et font obstacle à l'inflation des prix de détail.

En droit européen, l'article 101§1 TFUE⁴ prévoit une incompatibilité entre le marché intérieur et tout accord entre entreprises qui menacerait de fausser la concurrence et affecterait le commerce entre les Etats membres. Dans ce contexte, les clauses de prix imposés figurent parmi la liste des « *restrictions caractérisées* » et ne peuvent alors recevoir en principe le bénéfice d'une exemption, qu'elle soit par catégorie ou individuelle.

⁴ « 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

Toutefois, le nouveau règlement 330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux accords verticaux⁵ offre la possibilité de prendre en considération les éléments économiquement pro-concurrentiels d'un tel accord afin de bénéficier d'une exemption à titre individuel. La « *rule of reason* » semble avoir inspirée les rédacteurs européens, qui proposent une porte de sortie aux entreprises contrevenantes.

Toutefois, toute clause ou pratique ayant pour effet ou pour objet de fixer le prix de revente, de manière directe ou indirecte, ou d'imposer un prix minimum de revente doit d'abord être vue comme irrémédiablement illicite. Ce principe s'applique tant aux dispositions écrites explicites de fixation des prix qu'aux techniques indirectes telles que l'existence d'un rabais inconditionnel.

Au regard d'une approche économique, l'imposition d'un prix constitue un comportement néfaste en ce qu'un fournisseur peut empêcher ses revendeurs de proposer des prix plus bas, adapté aux circonstances. Ces derniers sont alors privés d'un avantage concurrentiel dans la mesure où les prix imposés étant généralement supérieurs au niveau de prix qui résulterait d'un fonctionnement classique du marché, il en résulte que la demande a tendance à se détourner vers des produits substituables. Dans l'attente de cette sanction du marché, c'est le consommateur qui en subit les conséquences en payant un prix anormalement élevé.

Paradoxalement, l'imposition d'un prix de revente peut être utile à la préservation de l'image d'un produit, notamment pour les gammes de luxe. La vente d'un tel produit à un prix bas pourrait nuire et menacer la notoriété du produit. C'est dans ce cadre qu'un fournisseur peut être amené à fixer des prix afin de protéger son réseau de distribution.

Eu égard ces considérations, le régime des prix de revente imposés mène à étudier tout d'abord le champ d'application des prix de revente imposés (I), puis le caractère *per se* de l'interdiction (II) et enfin, les sanctions encourues par l'usage d'une telle pratique (III).

⁵ Règlement UE numéro 330/2010 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, Journal officiel de l'Union européenne du 23 avril 2010 numéro L102/1.

LE REGIME DES PRIX DE REVENTE IMPOSES

I. Le champ d'application de l'interdiction : les hypothèses de prix de revente imposés

a. L'imposition d'un prix de revente, au-delà du droit de la distribution ?

Afin de protéger les consommateurs et empêcher certaines pratiques de faire obstacle au jeu de la concurrence, l'ordonnance du 30 juin 1945 prohibait déjà l'imposition d'un prix de revente minimal. Ce principe n'a fait qu'être repris par l'article L.442-5 du Code de commerce.

L'interdiction prévue par cet article génère un faible nombre de contentieux autonome puisque l'imposition d'un prix de revente existe rarement de façon isolée, mais plus généralement dans une relation ponctuelle entre un fournisseur et un distributeur.

La pratique est souvent constatée dans le cadre du droit de la distribution entre un fournisseur à la tête d'un réseau et ses revendeurs. Compte tenu des opérateurs économiques concernés, elle est alors sanctionnée au titre d'une entente illicite ou d'un abus de position dominante.

Se pose toutefois la question de savoir si la relation fournisseur et distributeur est la seule configuration factuelle propice à l'imposition de prix de revente. La pratique de prix imposé existe-t-elle de manière autonome et indépendamment des relations de la distribution ? L'imposition d'un prix est, dans la plupart des cas, constatée de l'amont vers l'aval, mais l'inverse est-il possible ?

Prenons comme point de départ de notre raisonnement les coffrets cadeaux à thème tels que *Wonderbox* ou *Smartbox*, qui proposent une multitude de produits ou de services pour un prix déterminé. A titre exemple, le coffret week-end donne la possibilité de bénéficier d'une nuit dans l'hôtel du choix du client. Il serait logique de penser que toutes les chambres sont

d'un prix similaire et ainsi répertoriées dans un coffret de cette somme. En réalité, les chambres mentionnées dans le coffret sont proposées individuellement à un prix nettement supérieur que celui du coffret cadeau.

En effet, la *Smartbox* « grand hôtel » est vendue à 189,90 euros et donne droit à une nuit dans un hôtel quatre étoiles notamment à l'hôtel Majestic Lucien Barrière de Cannes. Or, le prix de vente sur leur propre site internet de réservation s'élève à 255,00 euros pour une chambre similaire et dans les mêmes conditions. L'hôtel accepte ainsi de louer une chambre à un prix inférieur à celui qu'il fixe normalement.

L'imposition du prix de revente provient dans cette hypothèse de l'aval vers l'amont, c'est-à-dire du revendeur de produit vers le fournisseur du bien. Paradoxalement, le revendeur exerce une pression sur le fournisseur, qui est contraint de se plier au prix fixé par le revendeur en contrepartie de sa présence dans le coffret cadeau.

Ce montage pourrait alors relever de l'interdiction de l'article L.442-5 du Code de commerce en ce que le revendeur impose directement un caractère fixe au prix de revente du coffret cadeau. Dans ce cadre, le fournisseur n'a que le choix de se soumettre aux contraintes de prix exercées par le revendeur à son égard, s'il veut augmenter ses chances de vente.

En tout état de cause, bien que d'autres hypothèses d'imposition de prix puissent être envisagées, la pratique incriminée est le plus généralement observée dans les relations entre fournisseurs et revendeurs et d'amont en aval. Ainsi, les fournisseurs qui imposent des prix de revente peuvent être sanctionnés en droit français sur le fondement des articles L.420-1 et L.442-5 du Code de commerce. De l'autre côté, les distributeurs ayant accepté une telle clause dans leur contrat cadre sont considérés comme des participants à une entente sur les prix et ne peuvent alléguer être victimes d'une politique tarifaire coercitive lorsqu'ils n'ont pas dénoncé les pratiques.

b. L'exclusion du prix maximum et du prix conseillé de l'interdiction en cause

A la différence du droit français pour lequel les prix maximum ne sont pas interdits, le droit européen prohibe en principe ces pratiques, qui peuvent cependant, bénéficier d'une exemption. En effet, le règlement numéro 2790/1999 du 22 décembre 1999⁶ en son article 4 et de la même manière, le nouveau règlement UE numéro 330/2010 du 20 avril 2010⁷ exemptent de manière catégorielle les prix maximum. L'application de ces règlements est soumise à ce que l'entreprise en cause ne détienne pas plus de 30% des parts du marché pertinent. Le point 226 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales du 19 mai 2010⁸ prévoient d'ailleurs expressément que les prix maximum sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie.

Néanmoins, les effets anticoncurrentiels de cette pratique doivent être analysés eu égard le pouvoir de marché du fournisseur en cause. Une position forte peut inciter les revendeurs d'un réseau de distribution vers un point de convergence de leur prix voire à s'aligner de manière uniforme. L'exemption peut alors être supprimée lorsque le fort pouvoir de marché individuel mène à un niveau uniforme des prix ou qu'une entente entre fournisseurs peut être qualifiée d'oligopole.

En droit français, l'imposition d'un prix maximum de revente est en principe licite selon une décision du Conseil de la concurrence du 28 juin 1991 relative à la société Honda. Il est en effet indiqué que : « *les prix conseillés constituent une limite maximum fixée par le constructeur et que les contrats laissent toute liberté aux revendeurs de pratiquer des prix*

⁶ Règlement CE numéro 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel des Communautés européennes du 29 décembre 1999 numéro L 336/21.

⁷ Règlement UE numéro 330/2010 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, Journal officiel de l'Union européenne du 23 avril 2010 numéro L102/1.

⁸ Journal officiel de l'Union européenne du 19 mai 2010 numéro C130/13.

inférieurs ; [...]. »⁹

La diffusion de prix maximum ne s'assimile pas une pratique prohibée par l'article L.420-1 du Code de commerce. Ainsi, un fournisseur peut communiquer à ses revendeurs, même situés dans une zone de chalandise identique, des barèmes de prix maximum s'ils sont des indications sans ambiguïté et s'ils n'endossent pas le caractère d'un prix imposé¹⁰.

L'article L.420-1 du Code de commerce n'est applicable que si la concurrence est affectée sensiblement par de telles pratiques. Dans l'affaire Benetton précédemment citée, cette condition n'était pas remplie dans la mesure où les parts de marchés du groupe sur le marché du prêt-à-porter étaient insuffisantes pour avoir un effet sur la concurrence. En l'espèce, le groupe détenait 2,38 % de parts de marché.

Toutefois, dans certaines circonstances, la pratique du prix maximum imposé présente l'intérêt de protéger la marge du fournisseur puisqu'une fixation du prix à un niveau trop élevé par le distributeur pourrait engendrer une baisse de la demande. Cette garantie bénéficie incontestablement aux consommateurs finals.

En revanche, un prix maximum fixé très bas par une entreprise en position dominante est illicite parce qu'il risque d'évincer tous les autres concurrents de produits substituables et ainsi d'avoir un effet anticoncurrentiel. De la même manière, un prix maximum simulant un prix minimal en ce qu'il provoque un alignement des prix des distributeurs constitue une pratique anticoncurrentielle.

Quant aux prix conseillés, ils sont également tolérés par le droit européen puisque malgré l'interdiction d'un accord vertical anticoncurrentiel, ils bénéficient de l'exemption par catégorie du règlement numéro 2790/1999 en son article 4. Le principe a été auparavant posé

⁹ Décision du Conseil de la concurrence numéro 91-D-31 du 18 juin 1991 relative aux pratiques de la société Honda France et de la société Japauto sur le marché des véhicules à moteur à deux roues. Accessible à l'adresse : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/91d31.pdf>

¹⁰ Décision du Conseil de la concurrence numéro 01-D-58 du 24 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe Benetton sur le marché de la distribution du vêtement du prêt-à-porter et de la maille.

par la Cour de justice des Communautés européennes dans sa décision du 28 janvier 1986 relative au domaine des franchises¹¹. En effet, elle considérait que le fait, pour un franchiseur, de communiquer à son franchisé des prix indicatifs n'était pas restrictif de concurrence, à condition qu'il n'y ait pas entre ces derniers des pratiques concertées en vue de l'application effective de ces prix.

Au regard du droit positif, le nouveau règlement UE numéro 330/2010 du 20 avril 2010¹² reprend la formule de l'ancien règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999¹³ et admet en son article 4 la légalité des prix conseillés en ce qu'il pose que : « *l'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, [...], ont pour objet : de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur [...] de recommander un prix de vente [...];* »

L'existence de prix inférieurs aux prix de revente conseillés démontre que la politique du fournisseur peut influencer le comportement des distributeurs sans que cela conduise à une fixation des prix ou un encadrement rigide des prix de vente au détail.

En revanche, lorsque la liberté du distributeur est affectée, soit par l'existence de mesure de contrainte, soit par des mesures de dissuasion à des fins de respect du barème tarifaire, la pratique entre dans la catégorie des restrictions interdites.

A ce stade, une remarque doit être faite : pourquoi le fournisseur donnerait-il un conseil qui ne serait pas suivi ? Il faut savoir que le conseil donné sur le niveau des prix résulte d'un ensemble de facteurs, tels que le positionnement du produit du marché, l'image du produit, le coût des services rendus aux consommateurs. Un écart trop important entre le prix conseillé et le prix effectif est souvent la preuve que l'intégralité des services ne sont pas rendus aux consommateurs finals. Une vente d'un produit avec des prestations de service partielles peut alors nuire au réseau.

¹¹ Cour de justice des Communautés européennes, 28 janvier 1986, Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgall, affaire 161/84.

¹² Précité.

¹³ Précité.

Au contraire en droit français, les prix conseillés ne relèvent pas de la prohibition des prix imposés puisque l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁴ a mis fin à la faculté du Ministre de l'Economie de prendre des décisions d'interdiction de mentionner des prix conseillés. Afin de déterminer si un prix présenté est indicatif, le contexte contractuel doit être examiné. Un prix indicatif a un caractère de prix imposé lorsqu'une disposition contractuelle prive le revendeur de sa faculté de procéder à des remises promotionnelles.

Cependant, le respect strict de ces prix conseillés par les revendeurs peut constituer une entente illicite notamment lorsque le fournisseur intervient pour les inciter à se conformer à sa politique commerciale. La méthode du faisceau d'indices permet de relever que les distributeurs connaissaient les prix de vente souhaités par le fournisseur, qu'une police des prix était mise en œuvre et que les prix étaient significativement appliqués. Ainsi, un acquiescement même tacite à une invitation d'accord sur les prix constitue un des critères du faisceau d'indices permettant à l'Autorité de la concurrence de retenir une qualification d'entente¹⁵. Les mesures de rétorsion afin d'imposer ce prix peuvent prendre de multiples formes : une surveillance régulière, un rappel à l'ordre ou une suspension des livraisons. Dans ce cas, l'application majoritaire du prix permet de qualifier l'existence d'une entente, sévèrement sanctionnée par les autorités de concurrence.

Cette rigueur se reflète également par l'interdiction systématique des prix conseillés par les organisations professionnelles. En effet, une organisation professionnelle dévie de sa mission lorsqu'elle introduit un barème de prix forfaitaires.

La licéité des prix conseillés est par conséquent soumise à trois conditions : l'indication de ces prix ne doit pas être concertée, le caractère indicatif doit être réel et le revendeur doit effectivement conserver sa liberté de fixation des prix de revente. Le constat de l'inexistence d'une police de prix représente un critère déterminant de la qualification de la pratique restrictive de concurrence.

Il en résulte que la simple communication de tarifs minimum ou conseillés entre dans le

¹⁴ Précité.

¹⁵ Cour d'appel de Paris, première Chambre, section H, 26 juin 2007 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

champ des pouvoirs du chef de réseau et ne sera donc pas sanctionnée. La différence tient à une subtile distinction entre le caractère incitatif, qui est autorisé, et le caractère directif, qui est prohibé.

c. L'interdiction tarifaire : la fourchette de prix et le prix minimum

L'imposition d'un prix minimum de vente et celle d'une fourchette de prix de vente, en tant que prix maximum accompagné d'un prix minimum, sont prohibées dans la mesure où ces pratiques réduisent la marge de manœuvre du distributeur.

Relevant de la qualification d'infraction concurrentielle *per se*, les prix de revente imposés comme les prix fixes dans une relation verticale sont sanctionnés, en droit européen, sur le fondement d'une entente ou d'un abus de position dominante par application respective des articles 101 et 102 TFUE. Ces pratiques sont classées comme étant des clauses noires dans les règlements d'exemption du 22 décembre 1999 et du 20 avril 2010¹⁶ et ne peuvent faire l'objet d'une exemption par catégorie, quelle que soit la part de marché. La qualification d'entente sur les prix au sens européen se définit alors comme la coordination volontaire de comportements d'au moins deux entreprises à des fins de restrictions de la concurrence sur un marché donné.

Dans ces circonstances, le prix de revente imposé est sanctionné dès lors que trois conditions sont réunies : des parties, une coordination volontaire de leurs comportements et une efficacité constatée sur le marché en tant que restriction de concurrence. La jurisprudence européenne considère une entreprise comme étant toute personne ou tout organisme poursuivant une activité économique pour son compte et doté du pouvoir de déterminer de façon autonome son comportement sur le marché. La coordination volontaire des comportements des parties peut prendre des formes diverses telles qu'un accord, une pratique concertée voire une décision d'association d'entreprises. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101 TFUE, il est nécessaire que les parties expriment leur intention commune de se

¹⁶ Précités.

comporter d'une manière précise sur le marché¹⁷. Enfin, la restriction de concurrence s'analyse comme étant une limitation actuelle ou potentielle de l'autonomie du distributeur dans la détermination de ses propres prix de revente.

Bien que la condamnation de telles pratiques soit *per se*, l'analyse jurisprudentielle montre un certain assouplissement de ce principe. En effet, dans deux affaires de 2006¹⁸, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a décidé que lorsqu'aucune clause contractuelle ne révélait l'objet anticoncurrentiel de l'accord de distribution, il était nécessaire de regarder les effets de cet accord et « *de prouver, à suffisance de droit, qu'il empêche, restreint ou fausse, actuellement ou potentiellement, la concurrence* ».

En droit français, le prix de revente imposé relève tant des pratiques anticoncurrentielles des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce que de la pratique restrictive de l'article L.442-5 du même code. La démonstration d'une entente sur les prix se fait soit par la signature de clauses contractuelles illicite, soit par un faisceau d'indices précis, graves et concordants. Dans les deux cas, les conditions de l'interdiction des pratiques de prix imposés sont peu contraignantes dans la mesure où le champ d'application de la réglementation est vaste.

Au-delà de la démonstration d'une évocation des prix de revente au public, d'une surveillance et d'un constat d'une application effective, il est indifférent que la pratique ait produit des effets sur le marché ou que le distributeur ait donné son consentement à la pratique. La preuve indirecte de l'acceptation se fait par un faisceau d'indices graves, précis et concordants, ce qui permet une plus grande latitude à l'appréciation du consentement. De même, la preuve de l'élément intentionnel constitue rarement un obstacle aux poursuites. Dans l'affaire Ivoclar, les pratiques des quatre distributeurs ont été sanctionnées sans même qu'un accord de volontés soit établi. Ils alléguaient plus précisément avoir fait l'objet de

¹⁷ Tribunal de première instance des Communautés européennes, affaire T-41-96, 26 octobre 2000, Bayer AG contre Commission européenne.

¹⁸ Tribunal de première instance des Communautés européennes, affaire T-328/03, O2 GmbH contre Commission et Tribunal de première instance des Communautés européennes, affaire T-168/01, GlaxoSmithKline Services Unlimited.

pressions du fournisseur, sans que cela soit retenu comme justification par la Cour d'appel de Paris¹⁹.

On peut se poser la question de savoir si l'application exclusive des articles 101 et 102 TFUE, en cas d'affectation du commerce intra-communautaire, s'opposerait à l'application de l'article L.442-5 du Code de commerce. La pratique a montré que rare ont été les cas où l'affectation substantielle du commerce intra-communautaire résultait uniquement d'une pratique de prix imposés. De plus, la règle de l'application exclusive semble recouvrir des règles nationales analogues ou similaires aux dispositions 101 et 102 TFUE, c'est-à-dire les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, à l'exclusion de l'article L.442-5 du même code dans la mesure où ce dernier n'exige pas de prouver une affectation du marché.

En tout état de cause, la jurisprudence nationale a évolué à de nombreuses reprises s'agissant de l'appréciation de la notion d'entente. Autrefois très sévère à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence retient aujourd'hui une analyse large de la notion d'accord sur les prix. En effet, la simple intention du fournisseur de contrôler les prix de son réseau ou une intervention en vue de faire respecter les prix conseillés sont des comportements démontrant l'existence de prix imposés. L'Autorité de la concurrence sanctionne ainsi toutes les actions concertées ayant pour objet de faire obstacle à la fixation des prix par un libre jeu de la concurrence sur le marché.

D'ailleurs, dans l'affaire récente dite « jouets »²⁰, le Conseil de la concurrence a sanctionné rigoureusement une entente de prix en tentant d'utiliser l'interdiction des prix de revente imposés pour combattre une fausse coopération commerciale.

Il en suit que toutes les pratiques d'échanges d'informations ou d'entente sur le montant des coûts ou des prix nets ou bruts sur le niveau des marges, des remises ou des rabais peuvent potentiellement entrer dans le champ d'application de l'article L.420-1 du Code de commerce et par la suite, être sanctionnées. En effet, l'attribution de ristournes différées n'est

¹⁹ Cour d'appel de Paris, 28 novembre 2000, Société Cap contre Société Ivoclar Division France.

²⁰ Décision du Conseil de la concurrence numéro 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets.

pas considérée comme étant de nature à conférer un caractère minimum aux prix de revente lorsque la réduction de prix est accordée de manière objective et non discriminatoire.

Au contraire, l'établissement artificiel de seuils de revente à perte grâce à des ristournes faussement conditionnelles représente un prix minimum de revente²¹. L'attribution de ristournes conditionnelles vues comme un principe acquis constitue en réalité des ristournes inconditionnelles violant l'interdiction de prix minimum de revente par une utilisation de la législation relative à l'interdiction de revente à perte, dans la mesure où le distributeur ne déduisait pas les ristournes conditionnelles du seuil de revente à perte²². Ce mécanisme avait pour objet de garantir une marge minimale au distributeur et ce, au frais du consommateur.

Il faut alors envisager le cas où un fournisseur fixerait son prix en fonction d'une spéculation sur la marge commerciale de ses revendeurs. Le fournisseur, qui souhaite établir un certain niveau de prix, pourrait fixer son propre prix de vente eu égard à l'ajout de la marge commerciale prévisionnelle qu'appliquerait le revendeur. Cette pratique permettrait indirectement de fixer un prix de revente mais dépendrait tout de même d'un facteur aléatoire. Relève-t-elle alors de l'interdiction des prix minimum ? Il semblerait que la réponse soit négative dans la mesure où la liberté de fixation de prix des revendeurs est respectée. Le fournisseur ne fait qu'une prévision de la marge commerciale du revendeur, sans lui imposer un quelconque prix.

En tout état de cause, l'analyse de l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier par rapport à la nature et l'importance de contrats sur le marché en cause, de la possibilité pour un nouveau concurrent d'entrer sur le marché et des conditions du jeu de la concurrence, notamment le degré de saturation du marché ou la fidélité des consommateurs.

²¹ Décision du Conseil de la concurrence numéro 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire. Note de Pierre Arhel, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, numéro 3, 15 janvier 2004, page 83.

²² Cour d'appel de Paris, première Chambre, section H, 20 novembre 2007, Carrefour Hypermarchés France SAS, RG 2006/21159. Note de Marie Malaurie-Vignal, *Contrats Concurrence Consommation*, janvier 2008, page 30.

L'Autorité de la concurrence n'a eu de cesse de s'attacher à la protection de la liberté d'action et de comportement des divers acteurs économiques. Elle tente de sécuriser leur indépendance afin d'assurer une efficacité au jeu de la concurrence. Tout obstacle à la libre fixation des prix est alors prohibé.

En revanche, il faut préciser que le pré-étiquetage des prix n'est pas constitutif d'un prix imposé à condition qu'il soit matériellement praticable et économiquement rationnel²³. Bien que cette pratique renforce le caractère incitatif de prix de vente conseillés, elle n'est pas interdite *per se*.

La fixation de prix ne devient prohibée que si elle conduit à une homogénéisation parfaite des prix en cas d'absence de politique de prix maxima. La preuve directe peut résulter d'une demande du fournisseur de faire respecter un prix par l'ensemble des distributeurs.

II. Le caractère *per se* de l'interdiction des prix de revente minimum versus la règle de raison

a. Le délit *per se* de l'interdiction en cause

En droit communautaire, le règlement numéro 2790/99 du 22 décembre 1999 ainsi que le nouveau règlement 330/2010 du 20 avril 2010 retiennent que les prix imposés constituent des restrictions caractérisées auxquelles le bénéfice d'une exemption par catégorie n'est pas possible. Cette pratique est vue comme ayant des effets restrictifs de concurrence graves²⁴, ce qui fait peser sur elle une présomption négative forte d'incompatibilité avec l'article 101 TFUE.

Cette restriction de concurrence *per se* ne rend pas impossible le bénéfice d'une exemption individuelle. Cependant, en l'état du droit positif, ce type d'exemption est presque

²³ Décision du Conseil de la concurrence numéro 01-D-58 du 24 septembre 2001, Benetton, précité.

²⁴ Cf : Considérant numéro 10 du Règlement UE numéro 330/2010 du 20 avril 2010.

improbable de sorte qu'on parle d'interdiction « *quasi per se* ». En effet, parmi les décisions publiées, il n'existe aucun cas où la pratique du prix minimum a été exemptée de manière individuelle au titre de l'article 101§3 TFUE.

Par ailleurs, les prix de revente minimum, font l'objet, en droit français, d'une interdiction spécifique visée par l'article L.442-5 du Code de commerce, qui s'applique aux produits, aux biens dont les biens immobiliers ainsi que les prestations de services. Ainsi, toute personne est interdite de procéder à l'imposition directe ou indirecte de prix de revente, ce qui est le cas lorsque le fournisseur fixe un seuil de revente à perte artificiellement élevé sans mentionner sur les factures les ristournes déductibles du prix d'achat effectif.

Toute action dont l'objet est d'unifier les prix d'un produit donné au niveau de la revente se fait nécessairement au détriment de l'acheteur final et par suite, de l'efficacité économique. La pratique des prix de revente imposés facilite une collusion entre producteurs puisque la transparence des prix permet de détecter les potentielles déviations et de fixer plus uniformément les prix de détails. Le caractère automatique de l'infraction semble être un rempart puissant pour protéger les consommateurs.

Cette interdiction vise ainsi tous les opérateurs économiques, y compris les franchiseurs. Les autorités de concurrence considèrent que la protection de l'homogénéité et de l'image du réseau de franchise ne passe pas nécessairement par une pratique de prix imposés. Une exception est faite pour le secteur du livre dans lequel tout éditeur ou importateur est tenu de fixer un prix de vente au public, qui contraint les distributeurs²⁵. Leur unique marge de manœuvre consiste à accorder une remise de 5%. Au contraire, un dépassement des 100% du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur entraîne l'illicéité de la vente des livres.

La pratique du prix minimum imposé est un délit dont la peine encourue est une amende d'un montant maximum de 15.000 euros. La juridiction saisie peut ordonner que sa décision soit affichée ou diffusée, conformément à l'article 131-10 du Code pénal.

²⁵ Loi numéro 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre, Journal officiel du 11 août 1981 page 2198.

L'amende permet d'inciter les entreprises à respecter les lois et les règlements et contribue à ce qu'ils adoptent des comportements conformes à la réglementation légale²⁶. Cet objectif requiert alors une politique de dissuasion effective. Cependant, en pratique les amendes moyennes sont inférieures au montant optimal de dissuasion. En outre, les lignes directrices permettent une prédictibilité des sanctions, ce qui pourrait avoir un effet contre-productif puisque les entreprises sont en mesure d'anticiper approximativement les coûts des sanctions pécuniaires.

Les prix minimum imposés sont interdits de manière automatique et rigoureuse. Par opposition, l'imposition de prix minimum par un accord de distribution est sanctionnée sur le fondement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, lorsqu'il engendre une restriction de concurrence. D'ailleurs, les autorités de concurrence sont très sévères envers ces formes contractuelles d'intégration verticale que sont les accords de distribution sélective ou exclusive, dans la mesure où les marchés en cause sont très concentrés.

b. L'influence du droit américain et de l'arrêt Leegin : la *rule of reason*

Depuis l'arrêt du 28 juin 2007 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* sous l'empire de la loi fédérale des Etats-Unis, les prix de revente imposés sont admis lorsque des avantages pro-concurrentiels sont démontrés. La Cour Suprême des Etats-Unis décide qu'il n'y a pas d'interdiction *per se* des prix minimums imposés et qu'il faut analyser au cas par cas, compte tenu des circonstances et du contexte économique, selon la règle de raison, les justifications possibles.

En effet, la Cour Suprême des Etats-Unis revient sur une jurisprudence ancienne de 1911 dite « *Dr. Miles* »²⁷ dont la portée était de considérer comme une infraction *per se* aux lois fédérales de la concurrence, un accord d'imposition de prix. Huit ans après l'affaire, les juges

²⁶ V.J. Schwartz, Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement numéro 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit, *RTD Eur.* Numéro 43(1), janvier-mars 2007, pages 1 à 9.

²⁷ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Parke & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

avaient, dans l'affaire Colgate, admis que le fournisseur refusant d'approvisionner un revendeur, qui bradait les produits par un politique de discount, ne violait pas la section 1 du Sherman Act²⁸.

Cependant, les difficultés de l'application du principe d'infraction *per se* proviennent de la démonstration du caractère unilatéral de la pratique. Malgré que les effets d'un comportement unilatéral soient similaires aux effets d'un accord de parties. C'est pourquoi, dans une décision de 1977²⁹, la Cour Suprême américaine avait établi les prémices de son revirement en admettant que les effets potentiellement anticoncurrentiels pouvaient être compensés par des avantages pro-concurrentiels notamment la capacité pour un produit d'être concurrentiel de produits rivaux.

Dans l'affaire Leegin, la décision est rendue dans le cadre d'une procédure contre un fabricant d'accessoires en cuir, Leegin, qui imposait à ses revendeurs des prix de revente. En effet, suite à la vente par PSKS de produits à un prix inférieur au prix conseillé, Leegin suspendait les livraisons. PSKS l'assigne alors en justice pour pratique de restrictions verticales. Devant les juges du fond, Leegin ne s'est pas vu offert la possibilité de justifier sa stratégie commerciale puisque l'infraction est qualifiée de *per se*. La Cour Suprême avait alors la possibilité de renverser sa jurisprudence ancienne pour admettre la règle de raison.

Par cet arrêt, il faut comprendre qu'une entente sur le prix minimum de revente n'est donc illégale que lorsqu'une analyse pragmatique conclut à un caractère anticoncurrentiel dans les circonstances spécifiques de l'affaire, selon la « *rule of reason* ». Il revient alors au demandeur de démontrer l'existence de l'entente mais également son caractère anticoncurrentiel.

Dans le raisonnement de la Cour Suprême américaine, un prix de revente imposé permet de promouvoir la concurrence intermarque entre fabricants par l'élimination de la concurrence et la concurrence intramarque entre distributeurs. Notamment cette pratique permet de faire obstacle à des prix abusivement bas, qui pourraient nuire à l'image de la marque. La Cour Suprême des Etats-Unis ne fait que suivre l'analyse d'experts tels que le

²⁸ Sherman Act, 2 juillet 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §1-7.

²⁹ Sate Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 10 (1977).

« *Department of Justice* », la « *Federal Trade Commission* » et l'ordre des avocats, qui avaient déjà déposé des conclusions dans l'affaire de 1911 afin que la Cour rejette l'affaire.

La Cour Suprême des Etats-Unis relève que l'objectif de Leegin était d'assurer à ses distributeurs une marge suffisante afin qu'ils fournissent l'intégralité des services inclus dans la stratégie de distribution de l'entreprise. Afin de préserver une vente de produits accompagnée par une multitude de services de qualité, Leegin s'est soucié de rémunérer ses revendeurs en leur imposant un prix de revente.

Il faut toutefois vérifier que la mise en œuvre de la politique de prix imposés ne restreint pas les distributeurs dans leur choix de vendre des produits de nouveaux entrants ou de concurrents des producteurs dominants. A défaut de quoi, l'analyse économique ne reflèterait pas la réalité du marché.

L'interdiction *per se* est désormais confinée aux restrictions, qui « *toujours, ou presque toujours tendent à restreindre la concurrence, et réduisent la production* »³⁰. Cela concerne notamment les ententes horizontales sur les prix ou les accords de répartition de marché.

Plus qu'un changement d'interprétation pouvant remettre en cause la sécurité juridique des parties, la majorité des juges du dernier ressort se sont attachés à l'analyse économique. Le droit de la concurrence requiert parfois que les règles soient modifiées en fonction de nouvelles données économiques. L'ancienne règle n'ayant plus de raison d'exister, il faut alors revenir dessus.

Dans cette analyse économique, une imposition des prix permet au fournisseur de garantir une marge à ses distributeurs, s'il fixe le prix au niveau d'un prix de monopole. L'intégralité du réseau sera alors enclin à fournir le meilleur service, dans la mesure où la prestation est rémunérée. Ces prix de revente imposés créent, dans ce cadre, des externalités positives en ce qu'ils conduisent les revendeurs à offrir une prestation de qualité aux consommateurs finals, tant au niveau de l'information des produits que du service après-vente. Par ailleurs, des prix de revente imposés aident le fournisseur à maintenir un prix élevé en cas de faibles demandes et par la suite, à encourager les revendeurs à se fournir auprès de lui.

³⁰ Sharp Electronic Corp, 485 US 717 (1988).

Dans ces circonstances, le maintien d'un prix à un niveau suffisamment élevé permet à la fois de réaliser des services de qualité offerts par la marque et également de préserver le réseau contre certains effets d'agence tels que l'asymétrie d'informations ou les passagers clandestins du système de distribution. La concurrence est stimulée par les efforts fournis au stade de la distribution, prenant notamment la forme de conseils avisés, de mise en valeur des produits ou d'aménagement du point de vente. Les prix de revente imposés représentent alors un critère de distribution d'un produit mais également une préservation du savoir-faire.

Suite à l'affaire Leegin, la Cour Suprême a eu l'occasion de préciser les facteurs susceptibles de contribuer à des situations favorables à des pratiques anticoncurrentielles de politiques de prix de revente imposés. Elle retient tout d'abord le nombre de producteurs recourant à cette pratique dans un secteur donné, afin de repérer les potentiels cartels, puis l'origine de la pratique restrictive verticale et enfin l'analyse du pouvoir de marché, au niveau des producteurs ainsi qu'à celui des distributeurs.

En tout état de cause, il ne faut pas conclure que cette nouvelle jurisprudence consacre la liberté des entreprises en matière de stratégie tarifaire. En effet, des abus dans la politique de prix risquent d'attirer des nouveaux concurrents, ce qui conduit à une potentielle perte de parts de marché. De même, dans les secteurs à fortes barrières à l'entrée, les entreprises devraient refuser de recourir à des prix imposés car ceux-ci pourraient encourir la qualification de pratique anticoncurrentielle.

c. La réponse européenne : le nouveau règlement numéro 330/2010 du 20 avril 2010

L'application en droit européen et en droit français de la règle de raison engendre des coûts de procédure importants afin d'apprécier concrètement la situation de chaque entreprise. Contrairement au droit américain où le *private enforcement* représente 90% des litiges et fait ainsi peser sur les parties au procès la charge et le coût de la preuve, le droit européen impose aux autorités de poursuites de se soumettre au principe *actori probatio*. Ainsi, dans les cas de restrictions par les effets, l'autorité de concurrence doit prouver que la pratique affecte ou est

susceptible d'affecter la concurrence à un point tel qu'il est possible d'anticiper la probabilité de ses effets négatifs sur les prix, la production ou la qualité des produits et services³¹.

Le règlement numéro 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées indiquait la catégorie d'accords, qui remplissaient les conditions de l'exemption individuelle de cet article. Il résultait de sa lecture ainsi que des Lignes directrices de la Commission européenne³², que seuls les prix de vente maximum ou conseillés étaient couverts par l'exemption, à l'exclusion des impositions de prix de revente. L'exemption par catégorie ne concernait alors pas les pratiques de prix de revente imposés ou les prix fixes.

Cependant, son application expirant au 31 mai 2010, le règlement numéro 330/2010 est adopté par la Commission européenne le 20 avril pour le succéder. Ce nouveau règlement a vocation à s'appliquer du 1^{er} juin de cette année au 31 mai 2022. Son approche des accords verticaux reprend l'armature de l'ancien règlement, mais s'inspire également des solutions américaines et des analyses économiques pour être désormais moins rigide.

L'impact du nouveau texte est essentiel pour tous les fournisseurs et distributeurs en ce qu'il définit les conditions d'exemption de plein droit de l'application du droit européen des ententes aux différents types d'accords restrictifs de concurrence. En outre, bien qu'il ne trouve pas à s'appliquer en cas de non affectation du commerce intra-communautaire, l'Autorité de la concurrence a tendance à se référer aux textes européens en tant que guide d'analyse.

Il faut préciser à titre liminaire que l'article 9 prévoit une période de transition d'un an bénéficiant aux accords en vigueur au 31 mai 2010, remplissant les conditions d'exemption prévues par l'ancien règlement 2790/1999 mais n'entrant pas dans les cas d'exemption du nouveau règlement. Ces mesures facilitent l'adaptation des entreprises à la nouvelle réglementation en vigueur.

³¹ Etude thématique « REF » du Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, page 63.

³² Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne, publiée au Journal officiel des Communautés européennes 13 octobre 2000 numéro C291/1.

Tout d'abord, selon la Commission, les accords répondant aux conditions de l'article 101§3 du TFUE correspondent aux accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsqu'ils sont conclus par des entreprises non concurrentes. Selon les considérants 6 et 7 du règlement numéro 330/2010, certains accords verticaux peuvent contribuer à des gains d'efficacité économique, qui compensent alors les éventuels effets restrictifs de certaines pratiques anticoncurrentielles. Cette amélioration de l'efficacité économique dépend du pouvoir de marché des parties et du degré de concurrence.

Ainsi, lorsque les entreprises en cause détiennent chacune des parts de marché respectives de moins de 30%, il est présumé que les accords verticaux ne contiennent pas de restrictions graves de concurrence. Le nouveau règlement vise tant les parts de l'acheteur que celles du vendeur, contrairement au règlement 2790/1999 du 22 avril 1999, qui ne tenait compte que des parts de marché de l'acheteur. Il s'agit d'un double seuil de parts de marché, qui profite aux petites et moyennes entreprises. C'est dans ce cadre que l'article 2 pose une condition de seuil de marché et prévoit que l'exemption catégorielle s'applique lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30% des parts du marché en cause.

A l'inverse, un dépassement de ce seuil ne rend pas possible la présomption de gains objectifs d'efficacité : l'exemption automatique n'est plus possible. A défaut de présomption d'application des articles 101§1 et 101§3 du TFUE, il faut alors procéder à une analyse individuelle dans le cadre du premier article et en cas de pratiques anticoncurrentielles, il peut être procédé à un examen sur le fondement du second article cité.

Plus particulièrement concernant le prix minimum, le considérant 10 du règlement du 20 avril 2010 indique que l'imposition d'un prix minimum de vente ou d'un prix fixe constitue une restriction grave de la concurrence, ne pouvant faire l'objet d'une application de l'exemption par catégorie dudit règlement. L'article 4 qualifie d'ailleurs cette pratique de « *restrictions caractérisées* ». En effet, il est prévu que l'exemption par catégorie de l'article 2 du règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet « *de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente* ».

L'imposition d'un prix minimum peut constituer une restriction flagrante. Tel est le cas du fournisseur qui soumet des ristournes à un respect des prix conseillés ou qui met en place un système de surveillance des prix. De même, des mesures de dissuasion des consommateurs de

diminuer le prix de vente lorsque le fournisseur indique le prix de vente conseillé sur le produit entre dans le champ d'application de l'interdiction. En outre, des moyens indirects donnant à un prix maximum le caractère de prix de vente imposé relèvent également de l'interdiction.

Les Lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne³³ indique, à son point 47, que la liste des restrictions caractérisées engendre une exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application du règlement 330/2010. Il est, en effet, présumé que la présence d'une telle clause dans un accord relève de l'article 101§1 TFUE. Il est par ailleurs présumé que l'article 101§3 ne s'appliquera pas en raison des faibles probabilités de gains d'efficacité.

Néanmoins, les entreprises peuvent prouver des justifications à leur pratique et notamment des effets pro-concurrentiels, permettant alors de répondre aux conditions de l'article 101§3 TFUE. L'application de la règle de raison, en tant que sont évalués les effets positifs sur la concurrence, peut mener à une exemption à titre individuel par la Commission européenne. Pour cela, des gains d'efficacité économique probables doivent être démontrés. L'analyse économique prend désormais une place cruciale dans le raisonnement adopté par la Commission européenne. La présomption d'illégalité devient alors réfragable et accepte la démonstration de preuves contraires.

En effet, de telles pratiques sont susceptibles d'encourager la concurrence sur d'autres plans : les prix incitent, par exemple, à une meilleure qualité des services. Conformément au point 106 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, ces pratiques de nature anticoncurrentielle se révèlent parfois utiles à la maximisation des bénéfices par une optimisation des processus de fabrication et de distribution. Paradoxalement, les conditions de la concurrence dans les relations entre fournisseur et distributeurs peuvent mener à un niveau d'investissement et à un volume de ventes trop faibles.

Il en résulte que la réglementation européenne récente s'inscrit dans un mouvement d'évolution prenant en compte plus amplement les considérations économiques. La pratique de prix de vente imposés constitue une restriction caractérisée, ne pouvant faire l'objet d'une

³³ Précité.

exemption automatique par catégorie. Toutefois, l'analyse casuistique des effets positifs sur la concurrence, telle que le préconise la règle de raison américaine, peut mener à une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101§3 TFUE. Néanmoins, en pratique ce cas paraît être très rare eu égard les difficultés liées à la preuve.

Il faut alors se demander si l'ouverture de la Commission à l'égard des prix de vente imposés n'est qu'apparente puisque ces derniers constituent toujours une restriction caractérisée dans le nouveau règlement. Par ailleurs, la grille d'analyse permettant l'exemption individuelle est si sévère qu'elle paraît difficilement applicable en pratique. La Commission européenne envisage seulement quelques exemples d'exemption individuelle, tels que l'imposition des prix pour assurer la promotion d'une nouvelle marque ou d'un nouvel entrant. La règle de raison existe dorénavant en théorie, mais ne semble pas trouver d'effectivité dans la jurisprudence européenne.

III. Les sanctions encourues : l'adaptation de la peine

a. La sanction pénale : une amende, son montant et sa prédictibilité

Le fournisseur incriminé sous l'angle de l'article L.442-5 du Code de commerce, encourt une amende de 15.000 euros mais sa participation à une entente verticale sur les prix peut mener à une sanction pécuniaire pouvant atteindre 10% du chiffre d'affaires, qui peut être plafonnée à un montant de 750.000 euros dans le cadre d'une procédure simplifiée devant l'Autorité de la concurrence³⁴. Aussi, les distributeurs acceptant une clause illicite dans leur contrat cadre sont vus comme participant à l'entente verticale sur les prix. Ils ne peuvent alléguer être victimes d'une politique tarifaire coercitive afin de s'exempter de leurs comportements.

L'amende dans les ententes verticales de prix fait l'objet d'un traitement formaliste par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris puisque notre autorité de concurrence

³⁴ Article L.464-5 du Code de commerce.

applique, conformément aux standards de droit européen, une interdiction *per se*. Les gains d'efficacité et les justifications objectives sont uniquement pris en compte au stade de la sanction. En effet, les entreprises ont souvent allégué en vain des justifications aux pratiques anticoncurrentielles pour relativiser leur effet restrictif.

L'amende pénale conduit les acteurs économiques à respecter les dispositions législatives et à se comporter conformément à ces réglementations par son caractère dissuasif. Le montant de la sanction pécuniaire a une valeur punitive en ce qu'elle réprime un comportement anticoncurrentiel mais également une valeur préventive en décourageant à la récidive. Les amendes pénales élevées obligent les entreprises à adapter leur stratégie au cadre légal.

Dans les pays voisins de l'Union, l'amende est également la sanction privilégiée pour ce type de pratiques sur les prix. En effet, l'Allemagne, qui interdit même les prix conseillés, a sanctionné à hauteur de 1.750.000 DM la société Benetton par une décision de novembre 1998. De même, le tribunal espagnol a prononcé une amende de 2.5 millions de pesetas dans l'affaire Mastac³⁵. D'après l'expérience, un montant élevé d'une amende a un effet dissuasif sur l'entreprise contrevenante en l'empêchant de récidiver et sur les autres entreprises en donnant au montant de l'amende un caractère exemplaire.

Cependant, des lignes directrices comme celles de la Commission européenne assurent aux entreprises un certain degré de prédictibilité, ce qui peut engendrer des effets contre-productifs. Les entreprises sont alors capables de calculer précisément le montant des sanctions pécuniaires et de le contre-balancer en fonction des bénéfices d'un cartel. Une trop forte prédictibilité mène les entreprises à faire un choix rationnel entre le coût d'une amende et le gain d'une pratique anticoncurrentielle.

Toutefois, les autorités de concurrence utilisent une méthode d'individualisation de la sanction en retenant régulièrement le chiffre d'affaires global de l'entreprise sanctionnée au lieu du chiffre d'affaires réalisé dans le seul secteur concerné par la pratique restrictive. La réitération des pratiques, la volonté d'opposition aux pratiques, le niveau du pouvoir de marché de l'entreprise, la notoriété de la marque sont également des critères d'individualisation mis en œuvre par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de

³⁵ TDC, résolution numéro 420/97, Resopa / Mastac, 13 mai 1998.

Paris³⁶. La personnalisation de ces amendes les rend plus efficaces et tend à remettre en cause leur prévisibilité.

En tout état de cause, la piste de sanctions alternatives pourrait être étudiée. Une bonne sanction doit avoir comme qualités de dissuader effectivement les pratiques anticoncurrentielles, de générer plus d'effets vertueux collatéraux notamment concernant la réparation des victimes, de limiter les coûts sociaux d'une amende optimale et d'éviter le risque de « distorsions bureaucratiques »³⁷.

b. Quid d'autres sanctions pénales telles que l'emprisonnement ?

Dans le système américain, les atteintes au droit de la concurrence sont neutralisées par les actions publiques et les actions privées. Le *public enforcement* s'exerce tant au niveau fédéral qu'au niveau étatique, par le biais, d'une part, de la Division Concurrence du Ministère de la justice (*Justice Department's Antitrust Division*) et la *Federal Trade Commission* (FTC) et d'autre part, des bureaux étatiques de la concurrence³⁸.

La Division Concurrence veille au respect de la réglementation antitrust, c'est-à-dire le Sherman Act³⁹ et le Clayton Act⁴⁰. Son intervention passe par des actions civiles et pénales. Les poursuites civiles permettent d'obtenir une réparation en nature grâce à des injonctions ou une compensation monétaire dites *treble damages* en ce le montant des dommages-intérêts sont plus trois fois plus élevés que le dommage effectivement subi.

³⁶ Cour d'appel de Paris, première Chambre, section H, 28 janvier 2009, Société coopérative de commerçants-détaillants. Note Georges Decocq, *Contrats Concurrence Consommation*, mars 2009, page 29.

³⁷ Note Nicolas Petit, L'actualité du droit des ententes en 2007, *Petites affiches*, 3 juillet 2008 numéro 133 page 5.

³⁸ *Antitrust Law and Economics*, de Ernest Gellhorn, William E. Kovacic et Stephen Calkins, 5^{ème} édition, 2007.

³⁹ Précité.

⁴⁰ Clayton Act, 14 octobre 1914, Pub.L. 63-212, 38 Stat. 730, 15 U.S.C. §12-27.

S'agissant des peines pénales, les Lignes directrices de sanctions américaines dites *Sentencing Guidelines* prévoient une méthode de détermination d'une sanction appropriée en fonction du niveau de l'infraction anticoncurrentielle. Ainsi, pour chaque niveau d'infraction, les Lignes directrices indiquent une échelle d'amende et de peine d'emprisonnement.

En 2004 avec la réforme tendant à l'amélioration des peines pénales des infractions en droit de la concurrence⁴¹, le Congrès a alourdi les sanctions pécuniaires et d'emprisonnement dans un barème fédéral. Par la suite, les Lignes directrices ont été synchronisées à cette nouvelle échelle de sanctions le 1^{er} novembre 2005. L'application de ces nouveaux niveaux de sanctions ne vaut que pour les infractions postérieures à cette date⁴².

La détermination des peines passe par l'établissement d'un niveau de base des sanctions, qui est de douze pour les infractions au droit de la concurrence et de quatorze pour les atteintes graves. La sanction est ensuite augmentée ou diminuée par rapport à ce niveau de base en fonction du volume du commerce affecté. L'aggravation de la sanction ne peut excéder un niveau seize, lorsque l'atteinte au commerce se chiffre à 1,5 milliards de dollars.

Plusieurs types de circonstances aggravantes peuvent être pris en compte dans la fixation de la peine tels que le rôle de l'entreprise incriminée dans la pratique : la variation dépendra alors de la mise en place, l'organisation ou la simple adoption de la pratique anticoncurrentielle par l'entreprise. Dans ce cadre, le niveau de sanction supplémentaire varie de deux à quatre. En revanche, la reconnaissance de culpabilité peut permettre un abaissement de deux à trois niveaux de sanctions.

Avant le nouveau barème de 2004, les cours fédérales étaient tenues de suivre les Lignes directrices de sanctions, mais disposaient du pouvoir de s'en écarter lorsque la pratique en cause n'entraînait pas dans le cœur des Lignes directrices. Après la réforme, au-delà de l'obligation d'appliquer les Lignes directrices, les cours fédérales ne peuvent s'en détourner que dans les cas prévus par le texte. Certaines cours ont d'ailleurs considéré que seuls les cas

⁴¹ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, §215(a), 118 Stat. 661, 668 (2004).

⁴² *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments*, Volume I, de Jonathan M. Jacobson, 6^{ème} édition, 2007.

de diminutions de la sanction garantis par la réforme pouvaient être pris en compte dans la fixation de la sanction. Ainsi, à titre d'exemple, la coopération avec le gouvernement dans la recherche des auteurs des infractions ou dans leurs substances permet à une entreprise de voir sa peine réduite par la pertinence de son assistance. En tout état de cause, une partie incriminée ne peut être condamnée qu'une fois pour une même pratique, conformément au principe *non bis in idem*, même si elle est poursuivie à plusieurs titres pour la pratique commise.

Quant au montant des sanctions pécuniaires, le Sherman Act pose un plafond d'amende de 10 millions de dollars par entreprise incriminée et de 350.000 dollars par personne poursuivie. A l'inverse, un plancher d'amende de 100.000 dollars est prévu par le texte pour les entreprises et de 20.000 dollars pour les particuliers.

Au-delà de cette méthode particulière de fixation de la sanction, les Lignes directrices de sanctions américaines sont en faveur des peines d'emprisonnement contre les personnes dans la mesure où le niveau de base d'une infraction anticoncurrentielle étant de douze, il serait rare de voir une partie défenderesse être exemptée de la peine de prison. L'exception est faite à l'égard de l'entreprise qui fournirait une assistance substantielle au gouvernement dans l'incrimination des pratiques.

D'ailleurs, la Commission des sentences juge efficaces les peines de prison d'un certain temps. En général, les Lignes directrices ne donnent pas la possibilité d'une alternative à la peine d'emprisonnement lorsque le niveau de sanction est supérieur à neuf. En effet, le commentaire des Lignes directrices souligne que la Commission des sentences n'entend pas s'écarter de la peine d'emprisonnement par des alternatives telles que l'interdiction d'exercice de la profession de commerçant durant 5 ans, qui est qualifiée de peine pénale autonome.

En effet, les chiffres démontrent que les Etats-Unis sont très sévères contre les pratiques anticoncurrentielles afin de dissuader la récidive. De 1997 à 2003, la Division Concurrence a recouvré 2 milliards de dollars d'amendes pénales dont 90% proviennent d'entreprises internationales. Dans la même période, 30 personnes ont été condamnées à une peine de prison supérieure à un an⁴³.

⁴³ *Antitrust Law and Economics*, précité.

En droit français, l'article L.420-6 du Code de commerce prévoit pour toute participation par une personne physique à une pratique ou un accord anticoncurrentiel visés par les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, une peine d'emprisonnement de quatre ans et une amende de 750.000 euros. Dans le droit positif, la peine pénale d'emprisonnement existe effectivement à l'encontre des personnes physiques contribuant à une restriction de concurrence. Cependant, dans la culture juridique française, ce type de peine pénale est rarement mis en pratique et lorsqu'il est prononcé, l'emprisonnement est soumis à un sursis. Surtout, l'article ne concerne que les personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales. Or, en pratique, ce sont plus souvent les entreprises qui mettent en œuvre des pratiques de prix minimum par le biais de leurs représentants légaux et leurs salariés.

L'efficacité notoire des politiques de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et cartels aux Etats-Unis semble provenir des multiples sanctions que leur réglementation impose. Des triples dommages-intérêts à l'amende en passant par la peine de prison, l'arsenal américain constitue une arme de dissuasion des atteintes à la concurrence. Bien que le principe de réparation intégrale du préjudice régit le droit de la responsabilité civile et que l'unique peine pénale soit l'amende, le système juridique européen devrait s'inspirer des solutions outre-Atlantique pour renforcer ses outils de sanctions des atteintes au droit de la concurrence.

L'idée d'une transposition de la règle des triples dommages-intérêts a fait son chemin en doctrine européenne⁴⁴, mais s'est traditionnellement heurtée à la règle de la réparation de l'intégralité du préjudice subi et limité à ce préjudice ressenti. Au contraire, la peine d'emprisonnement est discutée au regard de sa force de dissuasion des comportements anticoncurrentiels.

⁴⁴ Livre vert de la Commission européenne du 19 décembre 2005, intitulé «*Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*».

c. Les remèdes envisageables : les sanctions civiles ou la suppression de l'article L.442-5 du Code de commerce

Bien que la fixation du prix de revente semble résulter d'une addition du prix payé par un fournisseur et de la marge du distributeur, le prix de revente peut être vu, dans les faits, comme une combinaison de coûts et d'un bénéfice net partagé entre les parties. Les coûts partagés sont ceux qui sont inhérents au contrat de vente alors que le bénéfice net recherché dépend de critères tels que le jeu de la concurrence. C'est dans ce cadre que certaines parties ont transféré la totalité de la marge du distributeur dans le prix du fournisseur pour échapper aux interdictions de discrimination et de revente à perte. Cette technique mène à faire coïncider le prix de revente avec le seuil de revente à perte, de telle sorte que la répartition des coûts et des bénéfices en était cloisonnée, surtout sur le marché de la grande consommation alimentaire. Depuis les lois Dutreil du 2 août 2005 et Chatel du 3 janvier 2008, la définition du seuil de revente à perte inclut la marge facturée par le distributeur au fournisseur.

En droit positif, aucun mécanisme correcteur ne contribue à la fixation des prix de vente sur un marché. Un tel mécanisme anticoncurrentiel pourrait, dans un contexte économique difficile, garantir un meilleur pouvoir d'achat des consommateurs en imposant un prix aux opérateurs du marché. Tel est le cas des prix de marchés, qui sont prévus par des recommandations nationales. A ce sujet, l'actualité dans le secteur du lait en est la preuve : le Centre National de l'Economie du Lait (CNIEL) émet des recommandations nationales sur le prix fixé par les producteurs et son évolution. Dans ce contexte, les prix de vente sont uniformisés, ce qui impacte nécessairement le prix de revente.

Dans une analyse « avantage - inconvénient », les effets négatifs mis en avant sont une réduction de la concurrence intramarque par les prix mais également un renforcement de la transparence des prix, qui facilitent la collusion horizontale entre fabricants ou entre distributeurs lorsque le marché est fortement concentré. Paradoxalement, ces prix peuvent être utiles afin de lutter contre des manifestations d'un parasitisme ou contre le phénomène de la « double marginalisation »⁴⁵.

⁴⁵ Spengler J.J., 1950, « Vertical Integration and Antitrust policy », *Journal of Political Economy*, numéro 58 pages 347 à 352.

Dans ces circonstances, la sanction automatique des prix de revente imposés n'est pas satisfaisante économiquement. Une possibilité de rachat doit être offerte à de telles pratiques, qui peuvent être bénéfiques aux consommateurs. La volonté de punir des pratiques vues comme dangereuses a conduit à faire abstraction de tout autre élément susceptible de remettre en cause l'analyse anticoncurrentielle.

Certains économistes spécialisés dans les situations de concurrence estiment qu'une incrimination *per se* de la fixation des prix de revente ne se justifie pas car lorsque la concurrence intermarque est forte, la concurrence intramarque n'a pas autant besoin de l'être. Il faut alors procéder à un bilan économique *in concreto* afin de déterminer s'il y a ou non une infraction à la concurrence⁴⁶.

D'autres considèrent qu'aucun contrôle au niveau de la distribution peut avoir des effets néfastes sur l'image des produits ainsi que sur l'efficacité du réseau de distribution. En effet, une maîtrise de la concurrence dans le domaine de la distribution contribue à une cohérence des politiques commerciales du réseau⁴⁷. Du côté des fournisseurs, leur liberté tarifaire est pleine et les formes de distribution dépendante leur permettent de dicter une certaine politique commerciale. L'appréciation du principe de libre concurrence est alors faite à leur niveau. En revanche, les distributeurs établissent une relation avec les consommateurs finals, qui sont leur clientèle. A cet échelon, une intervention des fournisseurs dans la fixation de conditions générales est mal venue.

Néanmoins, des prix de revente imposés suppriment tout jeu de concurrence en aval et par conséquent ne sont pas en mesure de garantir un niveau optimal du prix pour les consommateurs. Les victimes directes de telles pratiques anticoncurrentielles sont ainsi les consommateurs finals. L'imposition de prix de revente réduit la volatilité des prix et facilite la collusion des fournisseurs. Les caractères dommageable à l'économie et anticoncurrentiel

⁴⁶ D. Spector, The French NCA fines producers and retailers for vertical price-fixing agreements in the luxury perfume sector, *e-Competitions*, numéro 517, 13 mars 2006.

⁴⁷ B. Jullien et P. Rey, Resale price maintenance and collusion, *Rand Journal of Economics*, numéro 38(4), 2007.

sont alors indéniables. Est alors préconisé que chaque fournisseur établisse le prix de son produit à un niveau supérieur au coût marginal afin de prévenir toute collusion horizontale.

La question se pose alors de savoir s'il ne serait pas pertinent d'introduire la règle de raison dans le système français et par là, supprimer l'interdiction automatique de l'article L.442-5 du Code de commerce. La transposition de la solution américaine pourrait être souhaitable pour valider certaines pratiques de prix ayant des effets pro-concurrentiels.

L'analyse des effets économiques de telles pratiques pourrait mener à un meilleur reflet de la réalité du commerce, d'autant que la protection du consommateur final demeure un point central de réflexion. Une étude casuistique autoriserait les entreprises à racheter leurs comportements sans encourir une sanction automatique.

Toutefois, dans un pays de droit écrit où l'innovation prétorienne est limitée, le renversement d'un principe aussi important que celui de l'interdiction des prix de revente imposés ne saurait provenir que d'une intervention législative et non d'un revirement de la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence. La sécurité juridique des parties est un point essentiel à préserver.

CONCLUSION

En droit européen, les prix de revente imposés sont sanctionnés en tant que prix minimum ou prix fixes sous l'angle des dispositions générales relatives à la prohibition des ententes et abus de position dominante. En cas d'affectation du commerce intra-communautaire, l'application exclusive des articles 101 et 102 TFUE fait obstacle aux articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, mais ne s'oppose cependant pas à l'application de l'article L.442-5 du Code de commerce dans la mesure où ce dernier n'exige pas de prouver une affectation du marché.

Cette pratique souvent constatée dans le cadre du droit de la distribution entre un fournisseur à la tête d'un réseau de distribution et ses revendeurs constitue une infraction anticoncurrentielle *per se*, qui se justifie au regard de la nécessaire protection de la liberté d'action des acteurs économiques sur un marché concerné.

La prohibition couvre tant les prix de revente minimum que les prix fixes, à l'exclusion des prix maximum et les prix conseillés, sous réserve qu'ils ne cachent pas faussement un caractère minimum. Un fournisseur peut alors communiquer un barème de prix, à moins qu'il l'accompagne de mesures de rétorsion en cas de non respect ou d'une surveillance accrue. Cette approche est adoptée en droit européen au sein de l'article 4 du règlement UE numéro 330/2010 du 20 avril 2010 et en droit français par la jurisprudence de notre autorité de concurrence.

Au contraire, une imposition tarifaire du prix de revente aux distributeurs par le biais d'une coordination volontaire des comportements des membres du réseau de distribution pour restreindre efficacement la concurrence sur un marché en cause est une pratique rigoureusement sanctionnée. Toute action dont l'objet est d'unifier les prix d'un produit donné est préjudiciable aux consommateurs finals et facilite la collusion entre les fournisseurs. L'article L.442-5 du Code de commerce prévoit alors que l'imposition de prix de revente constitue un délit pénal dont l'amende peut atteindre 15.000 euros. Par ailleurs, l'article L.420-4 du même code ajoute que toute personne physique participant aux pratiques incriminées aux articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce peut faire l'objet d'une amende de 75.000 euros et de quatre ans d'emprisonnement. La sanction encourue pour une

telle pratique d'imposition de prix de revente revêt un caractère dissuasif et préventif contre toute récidive.

Toutefois, malgré la nocivité d'une telle pratique sur la concurrence et bien que les prix de revente minimum fassent partie des clauses noires du règlement UE numéro 330/2010 du 20 avril 2010, le nouveau texte d'exemption par catégorie retient une démarche économique, qui prend en compte les effets pro-concurrentiels des prix de revente imposés. Une exemption individuelle peut alors être accordée au regard des différents éléments favorables au progrès économique. La pratique du prix de revente minimum garantit aux revendeurs une marge commerciale suffisante pour assurer une prestation de qualité. La règle de raison, tirée de la jurisprudence américaine posée par l'arrêt du 28 juin 2007 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc*, semble avoir inspirée les rédacteurs européens. Cette avancée doit être saluée dans la mesure où l'imposition de prix de revente permet de contribuer à une efficacité d'un réseau de distribution en ce que la marque est protégée contre toute dévaluation tarifaire.

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES NATIONAUX ET EUROPEENS

- Règlement CE numéro 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, Journal officiel des Communautés européennes du 29 décembre 1999 numéro L 336/21.
- Règlement UE numéro 330/2010 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, Journal officiel de l'Union européenne du 23 avril 2010 numéro L102/1.
- Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, Journal officiel de l'Union européenne du 19 mai 2010 numéro C130/1.
- Code de commerce

MANUELS

- *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Dominique Brault, 2004.
- *Mémento Droit de l'Union européenne*, Edition Francis Lefebvre, 2009-2010.
- *Antitrust Law and Economics*, de Ernest Gellhorn, William E. Kovacic et Stephen Calkins, 5^{ème} édition, 2007.
- *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Volume I*, de Jonathan M. Jacobson, 6^{ème} édition, 2007.
- *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Marie Malaurie-Vignal, 4^{ème} édition, 2008.
- *Droit français de la concurrence*, Louis Vogel, 2009.

REVUES JURIDIQUES

- Le contrôle des prix de revente : un sujet d'actualité et qui va le demeurer (longtemps ?), Juliette Goyer et Jean-Paul Tran Thiet, *Concurrences, Tendances*, numéro 3, 2008.

- The recent economic debate on the welfare effects of resale price maintenance, Marie-Laure Allain et Claire Chambolle, *Concurrences*, Tendances, numéro 3, 2008.
- Resale price maintenance agreements after Leegin, Peter J. Carney et Kristen McAhren, *Concurrences*, Tendances, numéro 3, 2008.
- Le prix de revente : un libre espace de jeux, Jérôme Dubruille et Hervé Fargues, *Concurrences*, Tendances, numéro 3, 2008.
- Le contrôle des prix de revente : un cadeau empoisonné, Dominique de Gramont, *Concurrences*, Tendances, numéro 3, 2008.

- Un prix maximal imposé de revente sanctionné au titre des ententes par les autorités de concurrence, Marie Malaurie-Vignal, *Contrats Concurrence Consommation*, janvier 2008, page 30.
- Entente verticale sur des prix de revente minimum, Georges Decocq, *Contrats Concurrence Consommation*, mars 2009, page 29.

- Un an de droit des contrats de distribution, Muriel Chagny, *Journal des sociétés*, numéro 51, février 2008, page 60.

- Lutte contre les pratiques de prix minimum imposés en Europe (2000 et 2001), Pierre Arhel, *Petites affiches*, 16 novembre 2001, numéro 229, page 4.
- L'actualité du droit des ententes en 2007, Nicolas Petit, *Petites affiches*, 3 juillet 2008, numéro 133, page 5.
- Pratiques du droit des réseaux de distribution chronique numéro III (première partie), Prix minimum imposés / Ententes. L'infraction de « prix minimum imposés » sanctionnée sous l'angle des ententes, *Petites affiches*, 15 mai 2006, numéro 96, page 3.

- Etats-Unis : revirement de jurisprudence sur les prix minima de revente imposés, Véronique Sélinisky et Christian Monet, *Revue Lamy de la concurrence*, numéro 13, octobre-décembre 2007, page 14.
- Le prix minimum de revente aux USA : qui a le droit de faire le droit ?, John S. Martin et Nicolas Herbatschek, *Revue Lamy de la concurrence*, numéro 14, janvier-mars 2008, page 184.

- Lutte contre les pratiques de prix imposés en Europe, Pierre Arhel, *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, numéro 46, 16 novembre 2000, page 1799.
- Utilisation de l'interdiction de la revente à perte pour imposer un prix minimum de revente et application de l'article L.464-2, II du Code de commerce permettant de réduire la sanction pécuniaire en cas de non-contestation de l'infraction, Pierre Arhel, *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, numéro 3, 15 janvier 2004, page 83.
- Distribution et concurrence, Daniel Mainguy, *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, numéro 21, 22 mai 2008, page 28.

