



Université Montpellier 1  
Faculté de Droit et Science politique



***MASTER I - Droit de l'entreprise et des affaires***

---

***Année 2012-2013 – 2<sup>nd</sup> Semestre***

**Droit de la distribution**

**Travaux dirigés**

**Documents annexes**

---

**Equipe pédagogique**

**Pr. D. MAINGUY**

**M. DAVID  
A. DUFFOUR**

## SOMMAIRE

---

|   |     |
|---|-----|
| Séance 1. Information précontractuelle .....  | 4   |
| Cass. Com., 10 fév. 1998 .....  | 4   |
| Cass. Com., 4 fév. 2004 .....   | 6   |
| Cass. com., 7 juillet 2004.....   | 10  |
| Cass. Com., 19 janvier 2010 .....   | 12  |
| Cass. Com., 4 oct. 2011 .....   | 14  |
| Séance 2. Durée et exclusivité .....  | 16  |
| Cass. Com., 27 avril 1971 .....   | 16  |
| Cass. Com., 7 avril 1992 .....  | 18  |
| Cass. Com., 16 février 2010.....  | 19  |
| Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010.....                           | 22  |
| Séance 3. Approvisionnement exclusif : prix et contrepartie.....                            | 30  |
| Cass. Com., 15 janvier 2002 .....   | 30  |
| Cass. Com., 8 février 2005.....   | 33  |
| ADLC, n°10-D-12, 15 avril 2010.....   | 34  |
| Séance 4. Distribution sélective : sélection des distributeurs et protection du réseau..... | 49  |
| TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-88/92 .....   | 49  |
| CJCE, 13 janvier 1994 .....   | 63  |
| CA Paris 28 septembre 1989 (à rechercher).....  | 68  |
| Cass. Com., 1er juillet 2003.....   | 68  |
| CA Colmar, 24 juin 2008.....  | 71  |
| Cass. Com., 07 avril 2010 .....   | 74  |
| Cass. Com., 23 mars 2010 .....  | 80  |
| Séance 5. Distribution sélective et Internet .....  | 83  |
| Cons. conc., 24 juillet 2006 .....  | 83  |
| Cons. Conc. 5 oct. 2006.....  | 86  |
| Cons. Conc. 8 mars 2007 .....   | 95  |
| Cons. Conc. 29 octobre 2008 .....   | 105 |
| CA Paris, 29 octobre 2009.....  | 114 |
| ADLC, 1 <sup>er</sup> juillet 2011.....   | 126 |
| Lignes directrices du règlement 330/2010 (extraits).....                                    | 130 |
| ADLC, 12 déc. 2012 .....  | 133 |
| Cass. Com., 20 mars 2012 .....  | 153 |
| Séance 6. Concession exclusive .....  | 155 |

|  |     |
|--|-----|
| Cass. com., 12 juillet 1983.....   | 155 |
| Cass. Com., 14 mars 2006 .....   | 156 |
| CA Bordeaux, 21 janvier 2008.....  | 157 |
| CJUE 14 janvier 2012, Aff. C-158/11 .....  | 161 |
| Com. 15 janv. 2013.....  | 166 |
| Séance 7. Franchise.....   | 168 |
| Cass. civ. 3 <sup>ème</sup> , 27 mars 2002 .....   | 168 |
| Cass. com., 7 janvier 2004.....  | 169 |
| Cass. com., 17 janvier 2006.....   | 170 |
| Cass. com., 9 octobre 2007 .....   | 172 |
| CA Paris, 23 septembre 2009 .....  | 175 |
| Cass. Com., 28 sept. 2010 .....  | 179 |
| Cass. Com., 23 octobre 2012 .....  | 181 |
| Séance 9. Groupements.....   | 182 |
| Cass. com., 4 juillet 2006.....  | 182 |
| Cass. com., 11 juillet 2006.....   | 186 |
| Cass. com., 19 déc. 2006.....  | 187 |
| ADLC, avis n°10-A-26, 7 décembre 2010 (à rechercher).....  | 189 |
| Com. 30 mai 2012 .....   | 189 |
| Mainguy, AUTOPSIE D'UN PUZZLE JURIDIQUE (Les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente), Mélanges Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 655..... | 191 |

**Cass. Com., 10 fév. 1998**

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, le 6 juin 1989, la société ED Le Maraîcher SA, filiale de la société Erteco, a été constituée afin de regrouper l'activité de distribution de fruits et légumes de cette dernière ; qu'ensuite, la société Erteco a proposé à plusieurs de ses salariés d'exploiter des fonds de commerce de fruits et légumes dans des emplacements situés à l'intérieur de ses surfaces commerciales, par le biais d'une location-gérance ; que sept contrats furent ainsi conclus courant 1989, 1990 et 1991, entre elle-même et sept sociétés anonymes créées pour la circonstance et dans lesquelles elle détenait une action : les sociétés ED Le Maraîcher Malmaison, ED Le Maraîcher Moquet, ED Le Maraîcher Colombes, ED Le Maraîcher La Courneuve, ED Le Maraîcher Saint-Mandé, ED Le Maraîcher Francoeur et ED Le Maraîcher Faubourg-Saint-Antoine ; que ces contrats, conclus pour une durée de 15 ans, à l'exception des deux derniers, prévoyaient le paiement par les locataires-gérants d'un loyer mensuel de 6 000 francs et d'une redevance de 3 % du chiffre d'affaires ainsi que l'exclusivité de l'approvisionnement des locataires-gérants auprès de la " plate-forme " de la société ED Le Maraîcher SA ; que des différends étant survenus, les locataires-gérants ont assigné les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA pour obtenir l'annulation des contrats de location-gérance et de société conclus pour cette opération, ainsi que des dommages-intérêts ; que, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a prononcé la nullité des contrats de location-gérance et de société et ordonné une expertise pour évaluer le préjudice ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que les sociétés Erteco et ED Le Maraîcher SA font grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité de six contrats de location-gérance pour défaut d'information précontractuelle alors, d'une part, que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'étant applicable qu'aux conventions dont l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, la cour d'appel a violé ce texte en l'appliquant à des contrats de location-gérance de fonds de commerce ; alors, d'autre part, qu'à tout le moins, en ne recherchant pas si les contrats de location-gérance avaient pour objet de mettre à la disposition des sociétés locataires-gérantes un nom commercial ou une enseigne, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Mais attendu que c'est à bon droit que l'arrêt retient, justifiant par là même sa décision, que les contrats en cause entrent dans le champ d'application de la loi du 31 décembre 1989, dès lors que, pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée, l'obligation d'information s'imposant avant la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des parties ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche ;

Vu l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

Attendu que pour annuler six contrats de location-gérance, la cour d'appel se borne à énoncer que

les avant-projets de contrat n'ont pas été communiqués avant la signature ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le défaut d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires-gérants, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'est limitée à dix ans la durée maximale de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu qu'ayant constaté que certains des contrats de location-gérance étaient assortis d'une clause d'exclusivité supérieure à 10 ans, la cour d'appel en a prononcé l'annulation ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les contrats étaient valides jusqu'à l'échéance du terme de dix ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil ;

Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ;

Attendu que, pour annuler les sept contrats de location-gérance, l'arrêt retient que les dispositions relatives à l'approvisionnement exclusif ne comportent pas de mention relative à la détermination du prix, les documents produits établissant au demeurant que le fournisseur le fixait unilatéralement ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le quatrième moyen :

Vu l'article 1832 du Code civil ;

Attendu que pour annuler les contrats de société, l'arrêt retient que les parties n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité car les contrats n'avaient été conclus que pour permettre l'établissement des contrats de location-gérance, la société ED Le Maraîcher SA cherchant à maintenir son contrôle sur le marché et son associé cherchant à accéder à l'activité de commerçant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs relatifs aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce qu'il a annulé les contrats de location-gérance et de société, l'arrêt rendu le 7 juillet 1995, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

**Cass. Com., 4 fév. 2004**

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Fina France que sur le pourvoi incident relevé par les époux X... ;

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 29 septembre 2000), que la société Fina France, aux droits de laquelle se trouve la société Total raffinage distribution (société Total), a consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service, situé à Carcassonne et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 220 000 francs correspondant à la fourniture de produits pétroliers ; que les époux Y... se sont portés cautions solidaires des engagements des époux X... ; que la société Fina France a aussi consenti aux époux X... la location-gérance d'un fonds de commerce de station-service situé à Albi et qu'elle leur a consenti un crédit fournisseur de 300 000 francs, avec la caution solidaire des époux Y... pour cette somme ; qu'à l'issue des relations entre les parties, les époux X... restant débiteurs de diverses sommes, la société Fina France les a assignés, ainsi que les cautions, en paiement du solde débiteur ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses cinq branches :

Attendu que la société Total reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à obtenir la condamnation des époux X... à lui payer une somme de 500 000 francs et, en conséquence celle formée à l'encontre des époux Y..., alors, selon le moyen :

1 / que le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans les débats; que pour retenir la responsabilité de la société Fina France, la cour d'appel considère qu'elle n'a pas informé les époux X... sur le fait technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et sur ses conséquences financières ; qu'en statuant ainsi, en l'état des écritures d'appel des époux X... qui ne faisaient pas le reproche à la société Fina France de ne pas les avoir informés du phénomène précédemment énoncé et de ses conséquences financières, la cour d'appel, qui fonde sa décision sur une situation de fait qui n'est pas dans les débats, méconnaît l'article 7, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile, ensemble excède ses pouvoirs ;

2 / que le juge ne peut fonder sa décision sur un moyen qu'il soulève d'office sans, au préalable, inviter les parties à s'en expliquer ;  
qu'en relevant d'office le moyen tiré de la responsabilité de la société Fina France pour n'avoir pas informé les époux X... du phénomène technique de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures et de ses conséquences financières, sans, au préalable, avoir invité les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que ni l'article L. 330-3 du Code de commerce ni l'article 1er du décret du 4 avril 1991 n'obligent la personne qui met à la disposition d'une autre un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi exigibilité pour l'exercice

de son activité, à fournir, préalablement à la signature du contrat, une information d'ordre technique sur les caractéristiques précises du produit distribué ; qu'en décidant que la société Fina France devait, préalablement à la signature du contrat, fournir aux époux X... une information sur le phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, la cour d'appel a violé les articles L. 330-3 du Code de commerce et 1er du décret du 4 avril 1991 ;

4 / que c'est à celui qui soutient que son consentement a été vicié en raison de l'inexécution d'une obligation d'information de rapporter la preuve de ce vice ; qu'en énonçant pour retenir la responsabilité de la société Fina France, d'une part, qu'il lui appartenait d'établir la parfaite connaissance exclusive de tout vice du consentement qu'avaient les époux X... lorsqu'ils se sont engagés, et, d'autre part, que cette preuve n'était pas rapportée, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve en violation de l'article 1315 du Code civil ;

5 / que n'engage pas sa responsabilité le débiteur de l'obligation d'information prévue à l'article 330-3 du Code de commerce qui omet de fournir au créancier de cette obligation un document donnant des informations sincères lui permettant de s'engager en connaissance de cause, lorsque ce dernier est un professionnel de l'activité pour laquelle est mis à sa disposition un nom commercial, une marque ou une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ; que la société Fina France faisait valoir, ce que les époux X... avaient expressément reconnu, qu'avant de s'engager à exploiter les stations-service de Carcassonne et d'Albi, ils s'étaient déjà vu confier l'exploitation d'une autre station-service, située à Toulouse, ce dont il résultait qu'ils étaient des professionnels de la distribution des carburants au moment où ils ont contracté les 4 juin 1993 et 30 juin 1994 ;

qu'en retenant la responsabilité de la société Fina France dans de telles circonstances, la cour d'appel a violé l'article L. 330-3 du Code de commerce et l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que, loin de limiter l'absence d'information au phénomène technique avéré de la dilatation et de la contraction des hydrocarbures, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté qu'aucun document n'a été remis aux locataires-gérants préalablement à la signature du contrat ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant retenu qu'en l'absence de remise du document précité, les époux X... ont été privés de précisions et d'informations essentielles qu'il leur était difficile, voire impossible de se procurer, l'arrêt constate, sans inverser la charge de la preuve, que la société Fina France n'établit pas la parfaite connaissance, exclusive de tout vice du consentement, qu'ils avaient lorsqu'ils se sont engagés ;

Attendu, enfin, que l'arrêt retient souverainement que l'exercice de la location-gérance dans trois stations-service en moins de trois ans ne peut donner aux époux X... la qualité de professionnels avertis et que certaines informations, spécifiques à chaque contrat, se rapportent à des stations-service distinctes ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Total fait encore le même reproche à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que, dans leurs écritures d'appel signifiées le 9 novembre 1998, les consorts Z... ne sollicitaient nullement la condamnation de la société Fina France à indemniser les premiers de leurs pertes d'exploitation en raison de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de

commerce ; qu'en se prononçant comme elle a fait, la cour d'appel méconnaît les termes du litige, en violation de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

2 / que le juge ne peut se fonder sur un moyen qu'il soulève d'office sans inviter préalablement les parties à s'en expliquer ; qu'en relevant d'office le moyen tiré de ce que la méconnaissance par la société Fina France de son obligation d'information devait la conduire à indemniser les "pertes normales d'exploitation subies à l'occasion" des contrats d'exploitation de stations-service, sans inviter préalablement les parties à s'expliquer sur ce point, la cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / que, dans ses conclusions régulièrement signifiées la société Fina France faisant valoir au titre des accords interprofessionnels pour l'année 1995 dont le paiement était sollicité par les époux X... que "le montant de 265 918 francs avancé par les époux X... au titre du complément de revenus qui devrait être versé par la société Fina France est ainsi dénué de fondement" et que "par conséquent, la demande des appelants sera écartée" ; qu'en énonçant que la société Fina France ne discutait pas la somme réclamée par les époux X... en application des AIP pour l'année 1995, la cour d'appel a dénaturé les conclusions précitées en méconnaissance de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que les époux X... lui ayant demandé de juger que la société Fina France avait engagé sa responsabilité et de rejeter toutes ses demandes, la cour d'appel, qui a accueilli leur demande, n'a méconnu ni les termes du litige, ni les dispositions de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, en second lieu, que la cour d'appel ayant rejeté la demande du chef du complément de revenus, la troisième branche du moyen est dénuée d'intérêt ;

D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le troisième moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société Total fait encore le même reproche à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que la responsabilité suppose toujours un préjudice ; qu'en retenant la responsabilité de la société Fina France après avoir constaté, d'une part, "que le préjudice résultant de cette faute ne peut qu'être l'indemnisation des pertes normales d'exploitation subies à l'occasion de ces contrats", et, d'autre part, que les époux X... n'avaient subi aucune perte d'exploitation pour les années 1993 et 1995, les comptes arrêtés pour ces deux années traduisant des résultats positifs, ce dont il résultait qu'en l'absence de tout préjudice, la responsabilité de la société Fina France ne pouvait être retenue, la cour d'appel ne tire pas les conséquences légales de ses constatations et méconnaît l'article 1382 du Code civil ;

2 / que pour être réparable, le préjudice doit être direct, actuel et certain ; qu'en condamnant en définitive la société Fina France à indemniser les époux X... à hauteur des dettes d'exploitation, dont elle sollicitait le paiement, sans constater que l'inexécution de l'obligation était bien la cause directe et exclusive de ces dettes d'exploitation, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

3 / qu'en toute hypothèse, l'inexécution de son obligation d'information par le débiteur prive le créancier de celle-ci de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé ; que, dans

une telle hypothèse, il est dès lors de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération toutes les circonstances de l'espèce, les effets qu'aurait pu avoir l'information quant au consentement ou au refus du créancier de l'obligation ; que la cour d'appel a relevé, de manière générale, que si les époux X... avaient reçu l'information de l'article L. 330-3 du Code de commerce, ils auraient pu soit ne pas conclure, soit limiter leurs engagements financiers pour parvenir à une gestion équilibrée ; qu'en statuant comme elle a fait, sans constater, au regard des circonstances propres à l'espèce, que, s'ils avaient reçu l'information omise, les époux X... auraient effectivement refusé de conclure ou limité leurs engagements financiers, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

4 / qu'en toute hypothèse, l'élément du préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la probabilité d'un élément favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine ; que l'indemnité accordée pour réparer la perte d'une chance ne peut être égale à la totalité du préjudice distinct résultant de la réalisation de l'événement affecté d'un aléa ; qu'en statuant comme elle a fait, sans se prononcer sur le point pertinent de savoir à quelle fraction des dettes d'exploitation devait être évaluée la perte de chance résultant pour les époux X... de ce qu'ils n'avaient pu donner un consentement éclairé, la cour d'appel ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé la faute commise par la société pétrolière lors de la période qui a précédé la conclusion du contrat, l'arrêt constate que le préjudice résultant de cette faute est constitué pour le locataire-gérant par la privation de la possibilité soit de ne pas contracter, soit de limiter ses engagements financiers pour parvenir à une gestion équilibrée ; qu'il retient que l'indemnisation de ce préjudice ne peut qu'être celle des pertes normales d'exploitation subies à l'occasion de ce contrat, sans qu'il y ait faute du locataire-gérant ; qu'il retient encore qu'il n'est pas contesté que les sommes réclamées par la société Fina France se rapportent à des dettes normales d'exploitation générées principalement par les crédits fournisseurs initiaux, et qu'hors ces dettes, les époux X... n'ont pas subi d'autres pertes d'exploitation ; qu'ayant ainsi retenu qu'il est résulté de la faute de la société Fina France un préjudice constitué par la dette née du contrat et subsistant à son terme, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le pourvoi incident des époux X... :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande en paiement d'une somme de 345 094 francs au titre des rémunérations minimales prévues par les accords interprofessionnels formée par les époux X..., l'arrêt constate qu'ils réclament une somme de 105 426 francs en vertu des accords interprofessionnels que ne discute pas la société Fina France et dont il n'est pas contesté qu'elle n'a pas été payée aux époux X..., mais retient que compte tenu de la nature du préjudice subi du fait "du non-respect de la loi Doubin" et eu égard à l'exonération des époux X... du paiement des pertes normales d'exploitation, il n'y a pas lieu de condamner la société Fina France à payer cette somme ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi l'exonération des époux X... du paiement de leurs dettes d'exploitation, prononcée en réparation du préjudice subi par eux en suite du défaut d'information fautif de la société Fina France, excluait qu'ils puissent prétendre, indépendamment de la responsabilité encourue par le pétrolier, au paiement des minima garantis par la convention, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande des époux X... au titre des rémunérations minimales prévues par les accords interprofessionnels, l'arrêt rendu le 29 septembre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société Total raffinage distribution aux dépens ; Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne la société Total raffinage distribution à payer aux époux X... la somme de 3 000 euros ; Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

### **Cass. com., 7 juillet 2004**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 mars 2002), qu'ayant successivement exploité comme locataires gérants et mandataires de la société Esso trois stations-services selon contrats du 23 mars 1987, 28 septembre 1992 et 18 mai 1993, les époux X... et la société X... dont ils étaient cogérants, ont assigné la société Esso en remboursement des pertes d'exploitation et paiement d'une prime de fin de gérance au titre de l'exploitation de deux de ces trois stations-services et en paiement de dommages-intérêts pour manquement aux dispositions de la loi du 31 décembre 1989 devenue l'article L. 330-3 du Code de commerce , en ce qui concerne le contrat conclu pour l'exploitation de la station service située à la Chaussée Saint-Victor ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les époux X... et la société X... font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande de la société X... tendant à ce que soit prononcée la nullité du contrat d'exploitation de la station-service de la Chaussée-Saint-Victor en date du 18 mai 1993, alors, selon le moyen, qu'aux termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce "toute personne qui met à disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause" ; qu'il n'était pas contesté en l'espèce que le contrat d'exploitation avait été conclu dans l'intérêt commun des parties et que la société Esso avait mis à la disposition de la société X... un nom commercial, une marque et une enseigne en vertu d'un contrat d'exclusivité ; qu'en mettant à la charge de la société X... une obligation de se renseigner bien qu'en vertu de l'article L. 330-3 du Code de commerce , c'est sur la société Esso que pesait une telle obligation, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

Mais attendu que l'arrêt énonce que la méconnaissance par une partie des dispositions de l'article L. 330-3 du Commerce, qu'elle a constatée, ne peut entraîner la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement ; que l'arrêt constate qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société X... avait exploité depuis plus de six années des stations-services Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation ; que l'arrêt relève qu'elle a pu en particulier constater que l'exploitation de ces stations-services avait été déficitaire et qu'à supposer que l'exploitation de la station-service -"moyenne" soit déficitaire, la société X... aurait

eu tout le loisir de s'en rendre compte ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, dont elle a déduit que la preuve du vice du consentement n'était pas rapportée, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait, abstraction faite des motifs inopérants mais surabondants critiqués par le moyen, qui n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande en remboursement des pertes subies pour l'exploitation de la station-service de La Chaussée Saint-Victor, alors, selon le moyen, que les pertes que le mandataire a essuyées à l'occasion de sa gestion et dont les parties peuvent décider qu'elles seront couvertes par un forfait sont exclusives de celles qui ont pour origine un fait imputable au mandant, que la société X... faisait valoir dans ses conclusions que la société Esso fixait unilatéralement le prix de vente de ses carburants, déterminant le litrage et la commission versée à la société X..., dont le caractère insuffisant était à l'origine des pertes essuyées par cette dernière ; qu'en écartant toutefois ce moyen dès lors que les pertes pouvaient être couvertes par le forfait prévu et valablement mises à la charge de la société X... au motif que la société Esso n'exerçait pas de contrôle total de la rémunération versée à cette dernière bien qu'une simple maîtrise suffisait, la cour d'appel qui a imposé une condition qui n'est pas exigée par la jurisprudence, a violé l'article 2000 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt relève que les parties sont libres de déroger aux dispositions des articles 1999 et 2000 du Code civil , qui ne sont pas d'ordre public, prévoyant le remboursement au mandataire et l'indemnisation des pertes essuyées par le mandataire à l'occasion de sa gestion ; que l'arrêt constate que c'est ce qu'ont fait en l'espèce la société Esso et la société X..., en convenant que le mandataire percevrait une commission composée d'une partie fixe et d'une partie variable calculée en fonction du volume vendu dont le montant couvre forfaitairement la rémunération et l'ensemble des frais et pertes de la société ; que l'arrêt estime que les dispositions contractuelles en cause sont claires, dépourvues d'ambiguïté et ne nécessitent aucune interprétation ; que l'arrêt observe que la société X... n'est pas fondée à soutenir que la rémunération versée dépendait de la seule volonté de la société Esso, dès lors qu'une partie fixe était prévue et que le volume des carburants distribués dépend de bien des facteurs autres que le prix fixé, tels que le dynamisme commercial du distributeur ou la qualité de l'accueil et du service dans la station ; qu'en l'état de ces constatations et observations dont elle a souverainement déduit que la société Esso n'avait pas conservé la maîtrise des conditions de distribution du carburant, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les époux X... et la société X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne les époux X... et la société X... à payer à la société Esso la somme globale de 1 800 euros.

## Cass. Com., 19 janvier 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 27 novembre 2008), que la Banque régionale de l'Ouest (la BRO), aux droits de laquelle se trouve le Crédit industriel de l'Ouest, a consenti à la société LCEC, avec le cautionnement solidaire des époux X... et de la société HCCL, société holding appartenant à ceux-ci, un prêt ayant pour objet le financement de travaux d'aménagement et des besoins en fonds de roulement d'un magasin de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, créé sous l'enseigne Expert, laquelle est exploitée par un groupement coopératif de commerçants indépendants qui, par l'adhésion au réseau, bénéficient d'une centrale de référencement ; que la société LCEC ayant été mise en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit a déclaré sa créance et assigné les cautions en exécution de leurs engagements ; que les époux X... ont alors appelé en garantie les sociétés Groupe Expert et Expert France, devenue la société EX & CO (les sociétés Expert), en leur reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC ; que M. Z..., mandataire liquidateur de la société LCEC, et la société Langlois, maison mère de cette société, sont intervenus volontairement à l'instance ;

Attendu que les sociétés Expert font grief à l'arrêt de les avoir condamnées solidairement à garantir les époux X... au titre des sommes dues à la BRO ainsi qu'à payer à M. X... la somme de 73 700 euros et à M. A..., liquidateur des sociétés Langlois et HCCL, la somme de 76 300 euros à titre de dommages-intérêts, alors selon le moyen :

1°/ que "Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause » ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur ; qu'en relevant que les sociétés Langlois et LCEC avaient la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et donc n'étaient pas tenues à l'égard des sociétés Expert d'une exclusivité d'activité, et en appliquant néanmoins les dispositions de l'article L. 330-3 du code de commerce relatives à l'information préalable, la cour d'appel a violé, par fausse interprétation, l'article L. 330-3 du code de commerce ;

2°/ que la pièce n° 10 intitulée «Etude de marché» indiquait dans la rubrique «Estimation du marché potentiel» un simple «CA (chiffre d'affaires) théorique objectif» (Etude de marché, p. 38) pour trois années et non de véritables «comptes prévisionnels» ; qu'en considérant néanmoins que les sociétés Expert avaient établi des «comptes prévisionnels», et, partant, commis une faute à l'origine des préjudices subis par les époux X... et les sociétés LCEC et Langlois, la cour d'appel a dénaturé l'«Etude de marché» et violé l'article 1134 du code civil ;

3°/ que l'article L. 330-3 du code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché local ou un état des comptes prévisionnels ; que si de tels documents sont néanmoins établis et communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition ; qu'en considérant néanmoins que, dans le cas où de telles informations sont données, l'article L. 330-3 du code de commerce impose à l'animateur du réseau une présentation sincère du marché local ainsi que l'établissement de budgets raisonnables sur la base de chiffres non contestables, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 330-3 du code de commerce ainsi que l'article 1382 du code civil ;

4°/ que la bonne foi est toujours présumée et que c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver ; qu'en considérant que les sociétés Expert avaient méconnu leur obligation de contracter de bonne foi en délivrant une étude de marché local ainsi que des comptes prévisionnels trop optimistes, sans pour autant caractériser leur mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2274 du code civil ;

5°/ que seul le dommage directement causé par une faute est réparable ; que la cour d'appel n'a pas recherché si la faute reprochée consistant dans la réalisation d'une étude du marché local insuffisante ainsi que dans l'établissement de comptes prévisionnels trop optimistes, était à l'origine du préjudice et n'a pas vérifié si les époux X... n'auraient pas conclu, en toute hypothèse, le contrat ; qu'en mettant néanmoins à la charge des sociétés Expert la réparation de l'entier dommage découlant de la conclusion du contrat avec les époux X..., sans vérifier si les fautes reprochées aux sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent avaient directement causé la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc la mise en œuvre des cautionnements par la BRO, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que s'il existe pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce s'imposait aux sociétés Expert ;

Attendu, en deuxième lieu, que si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt précise que la charte de partenariat Expert est donnée avec calcul d'un chiffre d'affaires prévisionnel figurant dans une étude de marché de quarante huit pages dont il détaille le contenu et les défauts de méthode ; qu'il relève que le chiffre d'affaires réalisé par la société LCEC a été inférieur de plus de 36 % au chiffre d'affaires prévisionnel et retient que l'ampleur des différences entre prévisions et résultats traduit la légèreté avec laquelle cette étude a été entreprise alors qu'aucune faute de gestion expliquant les déboires du fonds de commerce n'est démontrée ; que la cour d'appel qui n'a pas dénaturé l'«Etude de marché» et n'avait pas à procéder à la recherche invoquée par la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que l'arrêt relève que les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ; qu'ayant ainsi procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;  
PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Groupe Expert et Ex & Co aux dépens ; Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à M. et Mme X..., M. Z..., ès qualités et M. A..., ès qualités, la somme globale de 2 500 euros et rejette leur demande ;

**Cass. Com., 4 oct. 2011**

Non publié au bulletin

LA COUR (...)

Sur le moyen unique, pris en sa cinquième branche :

Vu l'article 1110 du code civil ;

Attendu selon l'arrêt attaqué, que la société Equip'buro 59 a conclu avec la société Sodecob un contrat de franchise pour l'exploitation de son fonds de commerce sous l'enseigne "Bureau center", impliquant l'adhésion à une coopérative de commerçants détaillants indépendants, constituée par la société Majuscule ; que les résultats obtenus, très inférieurs aux prévisions transmises par le franchiseur, ont conduit rapidement à la mise en liquidation judiciaire de la société Equip'buro 59, M. X... étant désigné liquidateur ; que ce dernier, agissant ès qualités, a demandé la nullité du contrat de franchise et la condamnation solidaire des sociétés Sodecob et Majuscule au paiement de dommages-intérêts, en invoquant, notamment, l'insuffisance de l'information précontractuelle fournie au franchisé ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation fondée sur l'erreur commise par le franchisé lors de la conclusion du contrat, l'arrêt retient que les insuffisances ponctuelles dans la documentation fournie ne peuvent être regardées, à les supposer établies, comme un élément essentiel dont la révélation eût été susceptible de conduire la société Equip Buro 59 à ne pas conclure le contrat, qu'en sa qualité de professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution, son dirigeant se devait d'apprécier la valeur et la faisabilité des promesses de rentabilité qui lui avaient été faites dans la mesure où celles-ci ne pouvaient comporter de la part du promettant aucune obligation de résultat, que le seul fait qu'un écart soit effectivement apparu entre les prévisions de chiffre d'affaires telles qu'indiquées par le franchiseur et les résultats concrets nés de l'exploitation poursuivie par la société Equip'buro 59 ne saurait être démonstratif, à lui seul, de l'insincérité ou du manque de crédibilité des chiffres et documents fournis par le franchiseur, lequel n'avait pas à garantir la réalisation de quelconques prévisions comptables et qu'il s'ensuit que M. X..., ès qualités, ne rapporte la preuve d'aucun dol ni d'aucune erreur de nature à justifier sa demande ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, **après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes de nullité et d'octroi de dommages-intérêts formées par M. X..., ès qualités, l'arrêt rendu le 19 mai 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans

l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

**Cass. Com., 27 avril 1971**

Sur le premier moyen : vu les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que, par convention du 21 mars 1963, la société Esso standard a consenti à la société socomanut un prêt d'argent pour l'aménagement du garage exploité par celle-ci et un prêt de matériel pour la vente au détail de carburants ;

Qu'en contrepartie la société socomanut s'est engagée à s'approvisionner en carburants, exclusivement pendant dix-huit ans, auprès de la société Esso standard ;

Que cette convention, qui ne contenait aucune indication de prix, a été exécutée d'abord sous le régime d'un arrêté du 28 octobre 1952 qui fixait les marges respectives maximum de bénéfice de la compagnie distributrice et du pompiste" détaillant ;

Que si Esso standard et la société socomanut avaient ainsi chacun leur marge propre, avec la possibilité pour chacun de la diminuer, ils avaient, en l'espèce, toujours été d'accord, jusqu'à l'intervention de l'arrête du 27 mai 1963, applicable à partir du 1er octobre de la même année, pour que le prix de vente des carburants par Esso-standard fut fixe au maximum ;

Que le nouvel arrête ne fixant plus que le prix limite de vente aux consommateurs et réalisant ainsi une fusion des deux marges, la société socomanut, par lettre du 6 mai 1966 demeurée sans réponse, manifesta son désaccord à la société Esso standard au sujet des prix que celle-ci appliquait et, le 28 juin 1966, elle l'assigna en vue de faire déclarer la caducité de la convention ;

Attendu que l'arrêt attaqué, pour décider qu'avant de statuer, il y a lieu d'ordonner une expertise en vue de rechercher à quelles conditions de prix ont été vendus les carburants en 1966 par Esso standard aux pompistes de sa marque liés à elle par des conventions d'exclusivité, retient essentiellement que si le contrat cadre ne contient aucune indication de prix de vente ou de détermination de ce prix, la société scorum a, conformément à un usage qui s'était instauré dans la profession, sous le régime de l'arrête du 28 octobre 1952, toujours accepté de payer les carburants au prix fixe par les tarifs pompistes Esso qui n'étaient que la reproduction des prix limites autorisés par cet arrête, mais que ce régime ayant disparu à partir du 1er octobre 1963 sous l'empire du nouvel arrête qui avait réalisé la fusion des marges, et avec lui, la garantie que représentait l'arbitrage de l'administration il n'était pas possible, sans trahir la commune intention des parties, d'estimer que s'imposent encore à celles-ci les dernières marges et les derniers prix en vigueur lors du changement de système, que, néanmoins, s'il n'y avait pas de prix de marché et si Esso standard ne peut justifier ses prétentions, quant au maintien du prix, en soutenant que son tarif est conforme au barème du comité professionnel du pétrole, qui ne peut être considéré comme un tiers au sens de l'article 1592 du code civil, il s'établissait lors des discussions instituées chaque jour à l'occasion de la passation de nouveaux contrats de concession entre Esso et des pompistes de marque, une "sorte de cours moyen" dont est inspiré le tarif particulier de ladite société, auquel celle-ci se réfère pour la facturation de ses fournitures, et qui n'est pas arbitraire puisqu'il est la traduction, au moment considéré, du niveau maximum du prix des fournitures de la marque ;

Que, des lors, les contrats cadres demeurent applicables sous l'empire de l'arrête ministériel de 1963, sous réserve toutefois que Esso standard n'impose pas à ses pompistes de marque des prix discriminatoires ;

Attendu qu'en admettant ainsi que, faute d'accord entre les parties sur le prix pour la période postérieure à l'arrête du 1er octobre 1963, les prix fixes par Esso standard pouvaient être retenus, alors qu'elle estime que ces prix ne constituaient pas des prix de marche sans établir que leurs éléments ne dépendaient pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le second moyen : vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte est limitée à dix ans la durée maximum de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage, vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu que pour décider que la limitation prévue par ce texte n'était pas applicable à l'engagement pris par socomanut, d'acheter, exclusivement pendant dix-huit ans, les carburants à Esso standard, l'arrête déclare que la convention-cadre ne constituait ni une vente, ni une promesse de vente, mais une obligation de faire consistant à pratiquer des opérations commerciales selon certaines règles, que l'application de la loi susvisée, qui n'intéresse que les contrats de vente, de cession ou de louage ne peut être étendue à la convention en cause dans laquelle l'exclusivité promise, objet principal du contrat, est la contrepartie d'avantages financiers précisément calculés, quant à leur importance et leur amortissement, sur la durée de l'engagement souscrit par le pompiste ;

Attendu qu'en refusant ainsi d'admettre que l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 était applicable, alors qu'elle constatait que la clause d'exclusivité de vente du carburant était l'objet principal du contrat la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : casse et annule l'arrête rendu entre les parties, le 22 avril 1969, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrête, et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen.

## **Cass. Com., 7 avril 1992**

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le 20 mars 1962, la société Pepsi-Cola, devenue Pepsico (société Pepsico) et la Compagnie française de boissons gazeuses aux droits de laquelle sont venues la société Source Perrier et la Société générale de grandes sources d'eaux minérales françaises (société Perrier) ont conclu un contrat aux termes duquel la société Perrier s'engageait pour une durée de 60 ans, à mettre en bouteille, à partir d'un concentré fourni exclusivement par la société Pepsico et selon un conditionnement fixé par celle-ci, une boisson gazeuse destinée à être distribuée sur le territoire français et en Principauté de Monaco, la société Perrier s'interdisant de mettre en bouteille et de commercialiser aucune autre boisson semblable à une boisson au cola, ou comportant dans sa dénomination le mot cola ou imitant la boisson produite à partir du concentré de la société Pepsico ; qu'à partir de 1988, des difficultés résultant de ce que la société Perrier, devenue concessionnaire d'autres sociétés, commercialisait d'autres boissons gazeuses que celle prévue par le contrat, ont surgi entre ces deux sociétés, que le 31 octobre 1989, la société Pepsico a résilié unilatéralement le contrat, puis, le 6 décembre 1989, assigné la société Perrier en caducité de la clause d'exclusivité et en nullité de la totalité du contrat ; que la cour d'appel a considéré que les dispositions de l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 n'étaient pas applicables en la cause ;

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943 ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, est limitée à 10 ans la durée maximum de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis du vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ;

Attendu qu'après avoir retenu que l'engagement unilatéral pris par la société Perrier de s'approvisionner exclusivement auprès de la société Pepsico en concentré servant à la fabrication de la boisson gazeuse s'analysait en un accord de distribution exclusive, l'arrêt retient pour écarter l'application au contrat de l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943, que l'obligation mise à la charge de la société Perrier de n'acheter qu'à la société Pepsico les produits visés au contrat ne modifiait pas l'économie de la convention qui avait pour objet la fabrication et la commercialisation de ces produits à partir du concentré fourni par la société Pepsico ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'elle se trouvait en présence d'une clause d'exclusivité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur la troisième branche du moyen :

Vu l'article 1er de la loi du 14 octobre 1943, ensemble l'article 1338 du Code civil ;

Attendu que les actes dont la nullité est absolue étant dépourvue d'existence légale ne sont pas susceptibles de confirmation ;

Attendu que la cour d'appel retient encore que l'exécution sans réserve par la société Pepsico de l'accord d'exclusivité jusqu'au 5 octobre 1989 et la conclusion de contrats annuels de publicité traduisaient la volonté de renoncer à se prévaloir de la nullité de la clause d'exclusivité ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que les relations contractuelles des parties entraînent dans les prévisions de la loi du 14 octobre 1943, dont l'application peut être demandée par toute personne y ayant intérêt, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, quatrième et cinquième branches du moyen : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 septembre 1990, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties

dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

**Cass. Com., 16 février 2010**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Joint les pourvois n° V 09-11.968 formé par la société France Télécom et la société Orange et n° S 09-65.440 formé par la société Apple Sales International et la société Apple Inc, qui attaquent le même arrêt ;

Statuant sur le pourvoi n° S 09-65.440 formé par les sociétés Apple Sales International et Apple Inc (les sociétés Apple) ;

Donne acte aux sociétés Apple de leur désistement ;

Statuant sur le pourvoi n° V 09-11.968 formé par la société France Télécom et la société Orange ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, se plaignant d'avoir été exclue de la commercialisation du terminal mobile vendu sous la dénomination iPhone, la société Bouygues Télécom (Bouygues) a, le 18 septembre 2008, saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, (le Conseil) de pratiques mises en oeuvre dans le cadre de la distribution de l'iPhone sur le marché français et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ; que, par décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008, le Conseil, après avoir sollicité l'avis de l'ARCEP, et avoir retenu l'existence d'une atteinte grave et immédiate portée à l'économie du secteur des services de téléphonie mobile et à l'intérêt des consommateurs en raison d'accords d'exclusivités liant les sociétés Apple aux sociétés France Télécom et Orange relativement au terminal iPhone fabriqué par Apple, exclusivités susceptibles de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, a prononcé des mesures conservatoires consistant notamment en la suspension de clauses contractuelles faisant d'Orange l'opérateur mobile exclusif pour les terminaux iPhone et de celles désignant Orange en qualité de grossiste habilité à titre exclusif à acheter des produits iPhone à des fins de distribution ;

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu que la recevabilité du pourvoi immédiat est contestée par la société Bouygues au motif que les dispositions du code de procédure civile ne cédant que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil, la recevabilité du pourvoi en cassation est, en matière de mesures conservatoires, régie par les dispositions des articles 606 et 608 du code de procédure civile ;

Mais attendu que les arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur recours formés contre des décisions du Conseil prises au titre de l'article L. 464-1 du code de commerce, peuvent, par application des dispositions des articles L. 464-7 et L. 464-8 du même code, être frappées d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois à compter de leur notification ; qu'il s'ensuit que le

pourvoi est recevable ;

Attendu que le premier moyen, le deuxième moyen, pris en sa neuvième branche et le troisième moyen, pris en ses quatrième, cinquième, huitième, neuvième et dixième branches, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 81 du traité CE, L. 420-1 et L. 464-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour dire les exclusivités accordées par Apple à Orange susceptibles d'être contraires aux dispositions de l'article 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, l'arrêt, statuant par motifs propres et adoptés, constate qu'en vertu du partenariat liant ces sociétés, Orange est, en France, l'opérateur mobile exclusif pour les terminaux iPhone, qu'Orange est également le grossiste exclusif de ces produits et que l'exclusivité qui lui est consentie en qualité d'opérateur de réseau est renforcée dans les contrats de distribution sélective proposés par Apple à ses distributeurs agréés, qui prévoient que ceux-ci doivent offrir à la vente la gamme complète des services de téléphonie mobile d'Orange pour l'iPhone et que, s'ils peuvent vendre les terminaux "nus", c'est à la condition que ces derniers soient bloqués pour n'accepter que des cartes SIM du réseau Orange, étant précisé que le consommateur demandant le déverrouillage de l'appareil pour l'utiliser sur un autre réseau avant un délai de six mois, doit acquitter une somme de 100 euros ; qu'il relève que ces exclusivités, qui conduisent à ce que l'iPhone soit commercialisé uniquement avec un abonnement Orange, excluent toute commercialisation de ce terminal dans les réseaux monomarchés des opérateurs de réseau concurrents d'Orange et imposent à un consommateur désireux d'acquérir un iPhone de souscrire simultanément un contrat chez Orange, ou d'acquitter des frais de "désimlockage" injustifiés, augmentant ainsi le coût de changement d'opérateur et rendant donc le contournement du monopole plus difficile et de fait des plus limité ; qu'il rappelle que l'ARCEP a souligné dans son avis la durée exceptionnelle de l'exclusivité ainsi consentie à Orange, soit 5 ans pour tous les produits de la gamme iPhone au lieu de, habituellement, 3 à 6 mois et pour un modèle de terminal donné et relève que la durée de l'exclusivité, serait-elle réduite à trois ans par la volonté d'Apple qui s'en est contractuellement réservé la possibilité, est disproportionnée au regard des investissements spécifiques consentis par Orange ; qu'il précise que l'iPhone, qui se distingue d'autres smartphones par son ergonomie d'usage, a vocation à bénéficier de l'effet de levier résultant de la position largement prééminente d'Apple, sur le marché des baladeurs numériques grâce à l'iPod, et sur celui du téléchargement payant de musique en ligne ; qu'il relève que le champ et la durée de l'exclusivité consentie à Orange, jointe à l'attractivité particulière de l'iPhone est de nature à conférer à Orange un avantage concurrentiel majeur ; qu'il retient que, compte tenu de la faible intensité compétitive qui règne d'ores et déjà sur le marché des services de téléphonie mobile, dont celui de l'internet mobile est un nouveau segment, tenant aux circonstances que les opérateurs sont peu nombreux (3 licences et quelques MVNO), qu'ils ont pour habitude de coupler la vente de terminaux avec des engagements de durée et que les coûts de changement d'opérateurs sont élevés, cet avantage est susceptible de renforcer la position d'Orange, leader sur le marché des services de téléphonie mobile avec 43,8 % du parc d'abonnés en septembre 2008, devant SFR, 33,7 % et Bouygues, 17,3 % et d'affaiblir un peu plus la concurrence que peuvent se faire les opérateurs mobiles sur ce marché ; qu'il ajoute qu'un risque de cloisonnement vertical du marché pourrait résulter des effets cumulatifs de tels partenariats si d'autres opérateurs choisissaient de se faire concéder des exclusivités similaires, telle l'exclusivité d'un an consentie à SFR sur le Blackberry Storm de RIM ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu les articles 81 § 3 du traité CE, L. 420-4 et L. 464-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour écarter l'argumentation des sociétés France Télécom et Orange selon lesquelles l'exclusivité accordée à Orange était justifiée par la nécessité d'amortir les investissements consentis par celle-ci pour le lancement de l'iPhone, l'arrêt, après avoir déterminé le montant des investissements spécifiques à prendre en compte, retient que le bénéfice net réalisé par Orange en commercialisant des services de téléphonie mobile associés à l'iPhone montre que la durée de l'exclusivité était disproportionnée au regard des investissements spécifiques consentis par Orange

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhones, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrit à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 4 février 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Fait masse des dépens et les met pour moitié, d'une part à la charge de la société Bouygues Télécom et, d'autre part à la charge de la société Française de radiotéléphonie ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à chacune des sociétés France Télécom et Orange la somme globale de 2 500 euros et rejette les autres demandes ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'Economie ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du seize février deux mille dix.

### **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

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement no 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [1], et notamment son article 1er,

après publication d'un projet du présent règlement,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

(1) En vertu du règlement no 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer, par voie de règlement, l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [\*\*] à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées correspondantes relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité.

(2) Le règlement (CE) no 2790/1999 de la Commission 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 [3] définit une catégorie d'accords verticaux dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité. Eu égard aux résultats globalement positifs de l'application de ce règlement, qui expire le 31 mai 2010, et à l'expérience supplémentaire acquise depuis son adoption, il y a lieu d'adopter un nouveau règlement d'exemption par catégorie.

(3) La catégorie d'accords dont la Commission a considéré qu'ils remplissaient normalement les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de services lorsque ces accords sont conclus entre entreprises non concurrentes, entre certaines entreprises concurrentes ou par certaines associations de détaillants de biens. Elle inclut aussi des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle. Le terme "accords verticaux" doit inclure les pratiques concertées correspondantes.

(4) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité par voie de règlement, de définir les accords verticaux susceptibles de relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité. L'évaluation individuelle d'accords au regard de l'article 101, paragraphe 1, du traité exige la prise en compte de plusieurs facteurs, notamment la structure de marché du côté de l'offre et de la demande.

(5) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(6) Certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes.

(7) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence que celles-ci doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens et de services que les clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

(8) On peut présumer, lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent.

(9) Au-dessus du seuil de part de marché de 30 %, il n'est pas possible de présumer que les accords verticaux relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité entraînent généralement des avantages objectifs de nature et de taille à compenser les inconvénients que ces accords produisent sur la concurrence. En même temps, ces accords verticaux ne sont pas présumés relever de l'article 101, paragraphe 1, du traité ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(10) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficacité. En particulier, les accords verticaux contenant certains types de restrictions graves de concurrence, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certains types de protection territoriale, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées.

(11) Afin de garantir l'accès au marché en cause ou de prévenir toute collusion sur ce marché, l'exemption par catégorie doit être subordonnée à certaines conditions. À cette fin, l'exemption des obligations de non-concurrence doit être limitée à celles qui ne dépassent pas une certaine durée. Pour les mêmes raisons, toute obligation directe ou indirecte imposant aux membres d'un système de distribution sélective l'obligation de ne pas vendre les marques de certains fournisseurs concurrents doit être exclue du bénéfice du présent règlement.

(12) Le seuil de part de marché, l'exclusion de certains accords verticaux de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption font normalement en sorte que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donnent pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

(13) Conformément à l'article 29, paragraphe 1, du règlement (CE) no 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 [4], la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si

elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité.

(14) L'autorité de concurrence d'un État membre peut, en vertu de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) no 1/2003, retirer le bénéfice de l'application du présent règlement pour l'ensemble ou pour une partie du territoire d'un État membre, si dans un cas déterminé, un accord exempté en vertu du présent règlement produit néanmoins des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité sur l'ensemble ou sur une partie du territoire de cet État membre et lorsque ce territoire présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct.

(15) Pour déterminer si le bénéfice de l'application du présent règlement doit être retiré en vertu de l'article 29 du règlement (CE) no 1/2003, les effets anti-concurrentiels qui peuvent résulter de l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux ayant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès à un marché en cause ou la concurrence à l'intérieur de celui-ci, sont particulièrement importants. Ces effets cumulatifs peuvent, par exemple, se produire dans le cas de la distribution sélective ou des obligations de non concurrence.

(16) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords verticaux qui ont des effets anti-concurrentiels similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut, par voie de règlement, déclarer le présent règlement inapplicable à des accords verticaux contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché en cause, restaurant ainsi la pleine application de l'article 101 du traité à l'égard de ces accords,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

Article premier

Définitions

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

a) "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;

b) "restriction verticale", une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité;

c) "entreprise concurrente", un concurrent actuel ou potentiel; "concurrent actuel", une entreprise présente sur le même marché en cause; "concurrent potentiel", une entreprise qui, en l'absence de l'accord vertical, pourrait entreprendre, de façon réaliste et non selon une possibilité purement théorique, les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause rapidement en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs;

d) "obligation de non-concurrence", toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente;

e) "système de distribution sélective", un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;

f) "droits de propriété intellectuelle", les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins;

g) "savoir-faire", un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci; dans ce contexte, "secret" signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible; "substantiel" se réfère au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels; "identifié" signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

h) "acheteur", entre autres, une entreprise qui, en vertu d'un accord relevant de l'article 101, paragraphe 1, du traité, vend des biens ou des services pour le compte d'une autre entreprise;

i) "client de l'acheteur", une entreprise non partie à l'accord qui achète les biens ou services contractuels à un acheteur partie à l'accord.

2. Aux fins du présent règlement, les termes "entreprise", "fournisseur" et "acheteur" comprennent leurs entreprises liées respectives.

Sont considérées comme "entreprises liées":

a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose, directement ou indirectement:

i) de plus de la moitié des droits de vote, ou

ii) du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise, ou

iii) du droit de gérer les affaires de l'entreprise;

b) les entreprises qui, dans une entreprise partie à l'accord, disposent, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose, directement ou indirectement, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou dans lesquelles deux ou plus de deux de ces dernières entreprises disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:

i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d), ou

ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs des entreprises qui leur sont liées visées aux points a) à d) et un ou plusieurs tiers.

## Article 2

### Exemption

1. Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales.

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique qu'aux accords verticaux conclus entre une association d'entreprises et ses membres, ou entre une telle association et ses fournisseurs, si tous ses membres sont détaillants de biens et sous réserve qu'aucun des membres individuels de cette association, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros. Les accords verticaux conclus par ces associations sont couverts par le présent règlement sans préjudice de l'application de l'article 101 du traité aux accords horizontaux conclus par les membres de l'association et aux décisions adoptées par l'association.

3. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. L'exemption s'applique sous réserve qu'en relation avec les biens ou les services contractuels, ces dispositions ne comportent pas de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du présent règlement.

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. Toutefois, l'exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que:

a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents; ou que

b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels.

5. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit.

### Article 3

#### Seuil de part de marché

1. L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

2. Aux fins du paragraphe 1, lorsque, aux termes d'un accord multipartite, une entreprise achète les biens ou services contractuels à une entreprise partie à l'accord et vend les biens ou services contractuels à une autre entreprise partie à l'accord, la part de marché de la première entreprise doit respecter le seuil de part de marché prévu dans ce paragraphe, en tant qu'acheteur et fournisseur, pour que l'exemption prévue à l'article 2 s'applique.

### Article 4

#### Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie — restrictions caractérisées

L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet:

- a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties;
- b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement, sauf s'il s'agit de:
- i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur,
  - ii) restreindre les ventes aux utilisateurs finals par un acheteur agissant en tant que grossiste sur le marché,
  - iii) restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, et
  - iv) restreindre la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur;
- c) de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;
- d) de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents;
- e) de restreindre, dans le cadre d'un accord entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants, la capacité du fournisseur de vendre ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens.

## Article 5

### Restrictions exclues

1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux:

- a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans;
- b) toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.

Aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée.

2. Par dérogation au paragraphe 1, point a), la limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de

locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur, à condition que la durée de l'obligation de non-concurrence ne dépasse pas la période d'occupation des locaux et des terrains par l'acheteur.

3. Par dérogation au paragraphe 1, point b), l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services, lorsque les conditions suivantes sont remplies:

a) l'obligation concerne des biens ou des services en concurrence avec les biens ou services contractuels;

b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat;

c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur;

d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord.

Le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public.

## Article 6

### Non-application du présent règlement

Conformément à l'article 1 bis du règlement no 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

## Article 7

### Application du seuil de part de marché

Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 3, les règles suivantes s'appliquent:

a) la part de marché du fournisseur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché. À défaut, la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci;

b) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente;

c) la part de marché du fournisseur inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs verticalement intégrés aux fins de la vente;

d) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 %, mais franchit ensuite ce seuil sans dépasser 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois;

e) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 % mais dépasse ensuite 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil de 35 % a été dépassé pour la première fois;

f) le bénéfice des points d) et e) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles;

g) la part de marché détenue par les entreprises visées à l'article 1er, paragraphe 2, second alinéa, point e), doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés à l'article 1er, paragraphe 2, second alinéa, point a).

## Article 8

### Application du seuil de chiffre d'affaires

1. Le chiffre d'affaires annuel total au sens de l'article 2, paragraphe 2, résulte de l'addition du chiffre d'affaires, hors taxes et autres redevances, réalisé au cours de l'exercice précédent par la partie à l'accord vertical concernée et du chiffre d'affaires réalisé par ses entreprises liées, en ce qui concerne tous les biens et services. À cette fin, il n'est pas tenu compte des transactions intervenues entre la partie à l'accord vertical et ses entreprises liées ni de celles intervenues entre ces dernières entreprises.

2. L'exemption prévue à l'article 2 reste applicable si, pendant une période de deux exercices annuels consécutifs, le seuil du chiffre d'affaires annuel total n'est pas dépassé de plus de 10 %.

## Article 9

### Période de transition

L'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1er juin 2010 au 31 mai 2011, aux accords qui, au 31 mai 2010, sont déjà en vigueur et ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) no 2790/1999.

## Article 10

### Période de validité

Le présent règlement entre en vigueur le 1er juin 2010.

Il expire le 31 mai 2022.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

**Cass. Com., 15 janvier 2002**

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (Paris, 23 septembre 1999) que la société d'Exploitation du garage Schouwer (le Garage Schouwer) était concessionnaire exclusif de véhicules de la marque Mazda sur le territoire de Sarrebourg et Sarreguemines depuis 1991 ; que, reprochant à la société France Motors, importateur exclusif de la marque, d'avoir, à partir de 1993, abusé de son droit de fixation unilatérale des conditions de vente et d'avoir abusivement refusé de déroger à la clause d'exclusivité en lui interdisant de représenter la marque Daewoo, et d'être ainsi responsable des difficultés financières qu'il connaissait, le Garage Schouwer l'a assignée en paiement de dommages-et-intérêts ; qu'il a été mis en liquidation judiciaire le 11 octobre 1995 et que son liquidateur, M. Nodée, a repris l'instance ;

Sur le premier moyen, pris en ses six branches :

Attendu que la société France Motors fait grief à l'arrêt de sa condamnation alors, selon le moyen :  
1 / que ne justifie pas légalement sa solution, au regard de l'article 1382 du Code civil, l'arrêt attaqué qui retient que France Motors aurait imposé à ses concessionnaires et en particulier au Garage Schouwer des conditions financières abusives en l'état de la crise générale du marché et de l'appréciation du yen, sans s'expliquer sur le moyen déterminant des conclusions de France Motors faisant pertinemment valoir que, dépendant entièrement de son réseau de concessionnaire pour la distribution des véhicules Mazda, l'intérêt du concédant était manifestement de disposer d'un réseau de concessionnaires performants, objectif qui a été atteint puisque les immatriculations de véhicules Mazda ont connu une évolution favorable à la suite des diverses mesures commerciales et publicitaires critiquées par l'adversaire et appliquées à l'ensemble du réseau (par exemple, les opérations initiées par France Motors ont permis d'augmenter les ventes des modèles 323 de 82 % de février à mars 1994) ;

2 / que méconnaît les termes du litige, en violation des articles 4 et 5 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt attaqué qui considère que le liquidateur judiciaire du Garage Schouwer dénonce "sans être contredit la réduction d'un point et demi de la marge brute ainsi qu'une dizaine de campagnes promotionnelles comportant des obligations abusives", bien que France Motors ait fait valoir dans ses conclusions notamment 1 ) que cela n'avait été que pendant six mois, du 1er juillet au 31 décembre 1993, que les remises consenties aux concessionnaires avaient été baissées, en parfait respect des dispositions contractuelles, que pendant cette même période avait été lancée une opération promotionnelle sur le modèle 323 Kyoto qui avait permis aux concessionnaires sans sacrifice sur leurs marges d'enregistrer de nouvelles commandes, France Motors ayant supporté seule l'effet de promotion, 2 ) que les campagnes nationales de publicité télévisuelles avaient coûté à France Motors les sommes de 6 118 790 francs en 1993 et 14 834 952 francs en 1994, sur lesquelles France Motors n'avait répercuté que les montants de 2 939 400 francs en 1993 et 3 839 000 francs en 1994 sur les concessionnaires, lesquels étaient pourtant les premiers bénéficiaires de ces campagnes ;

3 / que ne justifie pas légalement sa solution, au regard de l'article 1382 du Code civil, l'arrêt attaqué qui retient que France Motors aurait imposé en 1993 et 1994 à ses concessionnaires et en particulier au Garage Schouwer des conditions financières abusives en l'état de la crise générale du marché et de l'appréciation du yen, sans s'expliquer sur les moyens des conclusions de la société France Motors faisant valoir qu'en 1992, pendant près d'un an, elle avait seule subi l'évolution du taux de change du yen, sans en faire partager les effets néfastes aux concessionnaires, que l'examen des diverses circulaires adressées aux concessionnaires faisait apparaître que France Motors avait ensuite pris à sa charge l'essentiel des coûts générés par les mesures promotionnelles, qu'ainsi par deux circulaires du 5 mars 1993, France Motors avait informé ses

concessionnaires de ce que les modèles MX3 et MX5 se verraient crédités par elle d'aides à la vente allant de 5 000 à 10 000 francs hors taxes par véhicule pendant le premier quadrimestre et de ce qu'elle proposait un crédit à un taux préférentiel à sa seule charge pour les modèles 626 Berline, que, par circulaire du 7 octobre 1993, France Motors avait procédé à un abattement de 7 000 francs toutes taxes comprises sur les prix du modèle 121 pour dynamiser la vente, que par circulaire du 5 novembre 1993, France Motors avait annoncé l'attribution de primes spéciales pour un certain nombre de modèles, que par circulaire du 14 mars 1994, France Motors avait indiqué à propos du lancement de l'opération "Mazda 626 climatiseur + CD" qu'elle prenait en charge le coût de l'offre, soit 2 665 francs hors taxes par véhicule et qu'en définitive, les résultats de France Motors étaient passés de + 46 millions de francs en 1991 à - 116 millions de francs en 1994 ;

4 / que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui, fondant sa solution par référence au rapport de M. Augendre désigné par jugement du 12 janvier 1995 pour faire un rapport sur les possibilités de parvenir à un accord transactionnel entre France Motors et un nombre important de ses concessionnaires, omet de tenir compte de la circonstance, invoquée par France Motors dans ses conclusions, que M. Augendre avait constaté dans ledit rapport : "Il est non moins incontestable que France Motors apporte la preuve que la dégradation de ses marges dans des proportions considérables pour des raisons extrinsèques l'a valablement conduit à en faire supporter une part par ses concessionnaires" ;

5 / que viole l'article 1134 du Code civil l'arrêt attaqué qui considère que France Motors aurait dû consacrer en "aides" aux concessionnaires les sommes distribuées aux actionnaires sous formes de dividendes ;

6 / qu'en fondant sa décision de condamnation au paiement de dommages-intérêts sur une telle considération, l'arrêt attaqué n'a de plus pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant, par une décision motivée, relevé que la société France Motors, qui s'était trouvée confrontée à un effondrement général du marché de l'automobile, aggravé par une hausse du yen, avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité, l'arrêt retient que le concédant ne s'est pas imposé la même rigueur bien qu'il disposât des moyens lui permettant d'assumer lui-même une part plus importante des aménagements requis par la détérioration du marché, puisque, dans le même temps, il a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations déduites de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, la cour d'appel, qui a légalement justifié sa décision sans méconnaître l'objet du litige et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu estimer que la société France Motors avait abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente et qu'elle devait réparation au Garage Schouwer du préjudice qui en était résulté pour lui ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses diverses branches ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société France Motors fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen, que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt attaqué qui omet de s'expliquer sur le moyen des conclusions de France Motors faisant valoir que, par lettre du 30 mars 1995 faisant référence à un entretien du même jour, France Motors avait fait connaître au Garage Schouwer sa volonté de renoncer à la clause d'exclusivité figurant à leur convention ;

Mais attendu qu'il ne résulte pas des conclusions déposées par la société France Motors en cause

d'appel que celle-ci ait invoqué l'argument visé au moyen ; que celui-ci manque en fait ;

Et sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société France Motors fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1 / que viole l'article 1351 du Code civil l'arrêt attaqué qui refuse d'admettre que la cessation des paiements du Garage Schouwer remontait à 18 mois avant le jugement d'ouverture de la procédure collective du 11 octobre 1995, ainsi que jugé par cette décision judiciaire, au motif inopérant que la fixation à cette date de la cessation des paiements de cette société aurait été de "pure commodité" ;

2 / que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile l'arrêt attaqué qui détermine le préjudice indemnisable du Garage Schouwer, sans s'expliquer sur le moyen des conclusions de France Motors faisant valoir qu'il résultait de l'examen des bilans communiqués de cette société que, dès 1992, soit avant les mesures critiquées par le liquidateur judiciaire, le Garage Schouwer avait enregistré une perte de 221 812 francs, que ces bilans faisaient apparaître des charges de personnel très importantes constituant par rapport au chiffre d'affaires un ratio supérieur à ce qui est généralement admis, et que ladite société était structurellement déficitaire ;

Mais attendu, d'une part, que l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui ont été présentes ou représentées au litige et qui, dans la nouvelle instance, procèdent en la même qualité, et que s'il y a entre les deux litiges identité de cause et d'objet ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu que, saisie d'une action en responsabilité engagée par un concessionnaire à l'encontre du concédant, elle n'était pas tenue par la date de cessation des paiements fixée par le tribunal de commerce qui a mis le concessionnaire en liquidation judiciaire ; Attendu, d'autre part, qu'après avoir relevé que jusqu'en 1993, le Garage Schouwer dégageait un bénéfice, même modeste, que ce n'est que lorsque la société France Motors lui a imposé les mesures reprochées qu'il a connu des pertes importantes, la cour d'appel a estimé, répondant par là-même aux conclusions invoquées, qu'il n'était pas établi que le Garage Schouwer se soit trouvé dans une situation le mettant en péril avant que la société France Motors lui impose des modifications substantielles compromettant sa survie ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société France Motors aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne la société France Motors à payer à M. Nodée, ès qualités, la somme de 2 200 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quinze janvier deux mille deux.

## Cass. Com., 8 février 2005

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Versailles, 8 novembre 2002), que M. et Mme X... se sont portés cautions solidaires de M. et Mme Y... pour l'exécution d'un contrat de fourniture que ces derniers avaient conclu avec la société Brasserie de Saint-Omer en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce, et qui stipulait notamment l'engagement de caution de ce fournisseur dans le cadre d'un prêt ; que les exploitants ayant cédé leur fonds, et l'acquéreur n'ayant pas repris ce contrat, le fournisseur a actionné les cautions en paiement d'une indemnité contractuelle de rupture ;

Attendu que la société Brasserie de Saint-Omer fait grief à l'arrêt d'avoir annulé le contrat d'approvisionnement exclusif pour défaut de cause, alors, selon le moyen :

1 / qu'il incombe à la partie qui, à la faveur d'une exception de nullité, prétend que son obligation est dépourvue de cause, faute de contrepartie réelle et sérieuse, d'établir le caractère dérisoire de la contre-prestation ; qu'en déduisant la nullité de la convention litigieuse de ce que la société Brasserie de Saint-Omer ne rapportait pas la preuve que son engagement de caution était une condition nécessaire à l'obtention du prêt, ni du risque financier qu'elle avait pris en se portant caution, la cour d'appel a statué au prix d'une inversion de la charge de la preuve, et donc en violation de l'article 1315 du Code civil ;

2 / qu'à le supposer avéré, le caractère disproportionné de la clause pénale assortissant le contrat d'approvisionnement exclusif justifiait seulement la réduction judiciaire du quantum des pénalités, mais non point l'annulation, pour défaut de contrepartie réelle et sérieuse, de l'engagement lui-même ; qu'en statuant comme ils ont fait, les juges du fond ont violé les articles 1108, 1131 et 1152 du Code civil ;

3 / que l'existence de la cause d'une obligation s'apprécie à la date où elle est souscrite ; qu'il s'ensuit que les juges du fond ne pouvaient fonder leur décision sur la circonstance, relative à l'exécution de la convention, que le cautionnement donné par la Brasserie de Saint-Omer n'avait pas eu à être mis en oeuvre, en l'absence de défaillance du débiteur principal ; qu'à cet égard, les juges du fond ont de nouveau violé l'article 1131 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'engagement consistait à s'approvisionner exclusivement auprès de la Brasserie de Saint-Omer et avait pour contrepartie l'engagement de caution simple de cette dernière à concurrence de 20% du prêt consenti aux distributeurs, que la Brasserie était elle-même garantie par M. et Mme X..., qui s'étaient portés cautions, et qu'elle ne démontrait pas avoir pris un risque réel, la cour d'appel, qui a ainsi apprécié les contreparties au jour de la formation du contrat, a souverainement estimé, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche du moyen, que l'engagement pris par le brasseur était dérisoire, et en a justement déduit que le contrat litigieux était nul pour absence de cause ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Brasserie de Saint-Omer aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, la condamne à payer aux époux X... la somme de 2 000 euros, et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit février deux mille cinq.

## ADLC, n°10-D-12, 15 avril 2010

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu la lettre enregistrée le 1er juillet 2005, sous le numéro 05/0044 F, par laquelle le Groupement Européen des Professionnels du Lavage Automobile Franchisés a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par la société Hypromat SAS dans le secteur du lavage automobile par haute pression ;

Vu les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et notamment son article 5 ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 06-DSA-12 du 3 mai, 2006 et 07-DSA-104 du 10 mai 2007 ;

Vu le rapport du conseiller auditeur n° C.A 2010-02 du 8 mars 2010 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par la société Hypromat France SAS ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, le conseiller auditeur, et les représentants du Groupement Européen des Professionnels du Lavage Automobile Franchisés et de la société Hypromat France SAS, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2010 ;

Adopte la décision suivante :

### I. Constatations

#### A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 1er juillet 2005 sous le numéro 05/0044 F, le Groupement Européen des Professionnels du Lavage Automobile Franchisés (ci après « Geplaf ») a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre dans le secteur du lavage automobile à haute pression par la société Hypromat France SAS (ci-après « Hypromat » ou le « franchiseur »), qui exploite un réseau de franchise à l'enseigne Eléphant Bleu sur le territoire français.

2. Le Geplaf reproche à Hypromat d'avoir mis en oeuvre des pratiques qualifiées de discriminatoires :

- en permettant à certains franchisés d'installer un système de lavage alternatif, le portique automatique à brosses, qui est, selon les termes des contrats de franchise, subordonné à l'accord préalable du fournisseur, alors qu'elle résiliait le contrat d'autres franchisés ayant installé un portique ;

- en autorisant certains franchisés et ses salariés à acquérir, créer ou exploiter des centres de lavage automobile concurrents, en méconnaissance des obligations de non concurrence figurant aux contrats de franchise, alors qu'elle résiliait le contrat d'autres franchisés dans la même situation ;

- en ouvrant à l'ensemble des professionnels du lavage automobile l'utilisation de la centrale d'achat réservée aux franchisés « Eléphant Bleu » au moyen d'un catalogue de fournitures édité par le département « Hybis ».

3. Le Geplaf reproche à Hypromat d'avoir mis en oeuvre des pratiques qualifiées d'abus de position dominante :

- en refusant aux franchisés la communication des codes d'accès aux matériels afin que leur maintenance puisse être effectuée directement par le constructeur d'automates et en refusant de réparer ou de vendre aux anciens franchisés certains éléments nécessaires au fonctionnement des appareils ;
- en imposant à ses franchisés un savon de mauvaise qualité ;
- en ayant mis en place un jeton de lavage universel qui restreindrait la liberté commerciale des franchisés.

4. Le saisissant rappelle par ailleurs qu'Hypromat a été sanctionnée par une décision du Conseil n° 97-D-51 en date du 24 juin 1997 pour avoir notamment imposé à ses franchisés des obligations d'approvisionnement exclusif.

5. Un rapport d'enquête établi par la direction générale de la concurrence, de la consommation, et de la répression des fraudes (DGCCRF) relatif aux pratiques mises en oeuvre par la société Hypromat dans le cadre de son réseau de franchise Eléphant Bleu a été transmis au Conseil de la concurrence le 11 mars 2008.

## B. LE SECTEUR CONCERNE

### 1. LE SECTEUR DU LAVAGE AUTOMOBILE

6. L'activité de nettoyage professionnel de véhicules automobiles s'opère soit à la main, soit par l'usage de portiques à rouleaux automatiques, soit par recours à un système de lavage à haute pression. A la différence du système de lavage par portiques, entièrement automatisé, le lavage par jets à haute pression fait intervenir l'automobiliste dans l'opération de nettoyage. Ce dernier mode de nettoyage a été introduit en France par la société Hypromat France.

### 2. LA SOCIETE HYPROMAT

7. La société par actions simplifiée Hypromat France, créée en 1973 et dont le siège est à Hoerdt, dans le Bas-Rhin, a acquis de la société Hypromat Suisse AG les droits de propriété sur les marques « Hypromat » et « Eléphant Bleu », pour plusieurs pays européens, dont la France. Ces marques protègent la formule spécifique d'exploitation de centres de lavage en libre service pour véhicules automobiles développée par la société.

8. A partir de 1987, Hypromat a mis en place un réseau de franchise sous l'enseigne Eléphant Bleu pour l'exploitation de son concept de centres de lavage automobile. Outre cette activité de franchiseur, Hypromat exploite en propre, via ses filiales Hypromat-Lavage et Promofan, une cinquantaine de centres de lavage Eléphant Bleu. A la date de la saisine, le réseau Eléphant Bleu comptait environ 530 centres de lavage en France dont 400 gérés par 220 franchisés et 840 centres en Europe.

9. Par ailleurs, Hypromat construit les stations de lavage et en teste la qualité en usine, elle procède à la livraison et au montage sur site des équipements nécessaires à l'exploitation des centres de lavage et elle se livre à des activités de recherche et développement dans le secteur du lavage automobile à haute pression.

### 3. LE GEPLAF

10. Le Geplaf est une association créée en 2002, qui regroupait à la date de la saisine environ 75

adhérents implantés en France, ayant la qualité de franchisés ou d'anciens franchisés du réseau de lavage automobile haute pression Eléphant Bleu. Une modification des statuts a été votée en assemblée générale, qui autorise les anciens franchisés à demeurer membres de l'association lorsque leur contrat de franchise a été résilié et qu'ils ont entamé une procédure contre Hypromat afin de pouvoir réintégrer le réseau.

### C. LES PRATIQUES RELEVÉES

11. Les contrats de franchise signés par Hypromat et les exploitants de centres de lavage automobile Eléphant Bleu en France sont conclus pour une durée de 9 ans. Ils peuvent être reconduits par périodes de 3 ans en vertu de contrats de renouvellement de franchise.

#### 1. L'INTERDICTION D'INSTALLER DES PORTIQUES A ROULEAUX

12. L'article 5 des différentes versions du contrat de franchise Eléphant Bleu stipule que : « Le franchisé ne pourra effectuer aucune modification [...] au système Hypromat sans le consentement préalable et écrit du franchiseur ». Le système Hypromat est décrit au préambule de ces contrats comme l'installation de lavage rapide en libre service à gicleurs d'eau à haute pression pour véhicules développée par le franchiseur. La clause précitée interdit donc aux franchisés l'installation sans autorisation préalable du franchiseur de systèmes de lavage alternatifs tels que les systèmes à rouleaux n'utilisant pas la technique de la haute pression.

13. Le Geplaf fait valoir que le respect de cette clause est diversement sanctionné par le franchiseur : alors que le contrat de franchise signé avec M. X... a été résilié en juillet 2003 à la suite de l'implantation, dans le centre de lavage Eléphant Bleu qu'ils exploitent, d'un portique à rouleaux en complément de la piste de lavage haute pression, l'association saisissante indique que d'autres franchisés exploitent des portiques à rouleaux sans que cette situation ne soit l'objet de contestation par le franchiseur. Plusieurs constats d'huissiers, annexés à la saisine et réalisés à la demande du Geplaf ou de franchisés, attestent de l'existence de centres de lavage de l'enseigne Eléphant Bleu exploitant simultanément les deux systèmes de lavage automobile.

14. Hypromat reconnaît cette situation. Dans le procès-verbal d'audition du 5 septembre 2007, le directeur général France-Benelux indique ainsi : « Il y avait une tolérance, une passivité historique d'Hypromat vis-à-vis du rouleau qui a conduit à ce qu'il y ait une vingtaine de rouleaux sur le parc franchisé en 2002-2003. C'était un phénomène marginal par rapport aux 500 centres en franchise. A l'occasion d'une réunion régionale, j'ai été interpellé par un franchisé qui m'a demandé s'il était autorisé aux franchisés d'exploiter un portique à rouleaux. J'ai rappelé les principes fondamentaux de l'enseigne, à savoir que l'enseigne Eléphant Bleu est une enseigne « sans contact » et que si une installation annexe vient sur un centre franchisé, de par le contrat et le sens du contrat de franchise, cette installation requiert l'approbation préalable du franchiseur. Il m'est apparu difficile de pouvoir accepter l'installation de rouleaux qui ne correspondaient pas à l'image de notre enseigne. (...) J'ai répondu lors de cette réunion que pour moi, ça ne faisait pas partie de l'enseigne ».

15. Le 15 juillet 2003, le directeur du réseau France d'Hypromat a adressé une circulaire à l'ensemble des franchisés afin de rappeler les principes de l'enseigne Eléphant Bleu, au nombre desquels figure le lavage haute pression sans contact<sup>5</sup>. La circulaire précise ainsi : « Dans le même objectif d'uniformité de la promesse Eléphant Bleu vis-à-vis du consommateur et de la cohérence de l'Enseigne, nous ferons preuve d'une vigilance accrue et veillerons au strict respect du concept « Eléphant Bleu » dans l'intérêt de tous ».

16. A la suite de cette circulaire, le franchiseur a adressé des courriers individuels aux franchisés dont il était estimé qu'ils ne respectaient pas les obligations découlant de l'article 5 du contrat de franchise précité, les invitant à retirer les rouleaux de lavage installés, et précisant que l'absence de retrait de cette installation au plus tard trois mois avant l'expiration du contrat constituerait un élément déterminant dans le choix d'Hypromat de renouveler ou non le contrat de franchise. Certains de ces courriers ont été suivis de mises en demeure de réaliser le retrait des portiques, faute duquel le franchiseur procéderait à la résiliation du contrat de franchise.

17. Par ailleurs, Hypromat a communiqué un tableau de bord intitulé « Retrait du rouleau de lavage » régulièrement mis à jour depuis le 11 août 2004, qui fait état de l'existence au 8 février 2008 de huit cas de maintien de portiques à rouleaux. Le tableau indique une date prévisionnelle pour la transmission à chaque exploitant concerné des documents contractuels relatifs au renouvellement de leur contrat de franchise, en précisant que cet envoi devra être effectué après constatation du retrait du rouleau de lavage.

18. Enfin, les centres de lavage des stations Shell, dont beaucoup exploitaient conjointement les systèmes du portique et de la haute pression, ont quitté le réseau de franchise Eléphant Bleu en 2007.

## 2. LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE FIGURANT AU CONTRAT DE FRANCHISE

19. L'article 12 des différentes versions du contrat de franchise Eléphant Bleu, intitulé « Non concurrence », stipule que : « Pendant toute la durée du présent contrat, le franchisé s'interdit de créer, participer ou s'intéresser directement ou indirectement par lui-même ou par personne interposée, à toute entreprise ou société concurrente du franchiseur et du réseau Hypromat Eléphant Bleu, dans le commerce de centres de lavage de véhicules, ou de tous produits liés à cette activité ».

20. Le Geplaf fait valoir que le respect de cette clause est diversement sanctionné par le franchiseur : alors que le contrat de franchise signé avec M. Y..., exploitant d'un centre de lavage à Nanteuil, a été résilié pour ce motif, l'association saisissante indique que plusieurs salariés et franchisés Eléphant Bleu exploitent ou détiennent une participation dans des centres de lavage automobile concurrents.

21. Hypromat reconnaît cette situation. Lors de son audition le 5 septembre 2007, le directeur général France-Benelux a indiqué, s'agissant des exploitants et salariés nommément cités par le Geplaf : « il s'agit d'exceptions anciennes et ponctuelles concernant essentiellement un nombre très limité de membres du personnel et qui n'ont pas été signataires d'un contrat de franchise français et donc non soumis à une clause de non concurrence sur la France, contrairement aux franchisés exclus pour violation de la clause de non concurrence. Et c'est vrai que ces pratiques relevaient de conflits d'intérêts. Depuis qu'Yves Z... est arrivé dans l'enseigne, une règle claire a été instaurée au sein d'Hypromat : on est salarié ou franchisé ou exploitant de station. Il existe quelques cas historiques : un dirigeant avait un centre de lavage quand il est entré chez Hypromat, aujourd'hui il a abandonné ses parts dans l'ancienne affaire ».

22. Au cours de l'instruction, Hypromat a produit divers courriers adressés à des franchisés au cours des années 2003 à 2007 les informant de la résiliation de leur contrat de franchise pour cause de violation de leurs obligations de non concurrence.

23. Par ailleurs, l'enquête a montré qu'Hypromat a fait procéder à la régularisation de la situation personnelle de certains de ses salariés ou dirigeants. Ces régularisations se sont traduites par des démissions, des licenciements, la cession des parts détenues dans des centres de lavage concurrents ou encore, pour un cas, par la signature d'un nouveau contrat de travail incluant une clause d'exclusivité et de non concurrence.

24. Il résulte de l'instruction que les personnes qui ont fait l'objet de ces mesures de régularisation ou de la résiliation de leur contrat de franchise sont identiques à celles dont l'identité avait été portée à la connaissance de la rapporteure et des services de la DGCCRF dans le cadre de l'instruction de la plainte du Geplaf.

25. Au cours des années 2007 et 2008, Hypromat a par ailleurs adressé pour signature à l'ensemble des salariés de ses établissements français et espagnols une note d'information intitulée « Rappel de la politique du Groupe Hypromat en matière d'éthique de prévention des conflits d'intérêt et de protection du savoir-faire du Groupe », qui rappelle les obligations de non concurrence s'imposant à eux, et dont la formulation est identique à celle qui s'impose aux franchisés du réseau Eléphant Bleu en vertu de l'article 12 du contrat de franchise précité.

### 3. L'EDITION D'UN CATALOGUE DE FOURNITURES A DESTINATION DES CONCURRENTS DU RESEAU ELEPHANT BLEU

26. Hypromat édite deux catalogues de fournitures à destination des professionnels du lavage automobile<sup>13</sup>. Le premier catalogue, intitulé « Eléphant Bleu », destiné aux franchisés du réseau, comprend les pièces spécifiques à l'enseigne, ainsi que des pièces génériques. Le second catalogue, intitulé « Hybis », destiné aux professionnels du lavage automobile non franchisés de l'enseigne Eléphant Bleu, propose uniquement des pièces génériques.

27. Au cours de leur audition, les représentants d'Hypromat ont expliqué la cohabitation de deux catalogues de fournitures de la façon suivante : « Sur les pièces qui concernent le concept « haute pression » il y a énormément de pièces génériques. Il y a un marché que l'on connaît bien, c'est celui des centres sous enseigne « Eléphant Bleu » et un autre marché, celui des « ex Eléphant Bleu » dont on connaît le matériel, et des stations concurrentes. En 2002, a été relancée significativement une division Hybis - qui est une marque commerciale - qui est destinée à permettre de distribuer des pièces, des prestations sur des centres autres qu'Eléphant Bleu. La différence entre les deux catalogues est extrêmement simple, dans l'un des deux (Hybis) ne figurent pas les produits spécifiques réservés à l'enseigne Eléphant Bleu et par ailleurs, autant que faire se peut, nous avons essayé de proposer des tarifs plus intéressants à nos franchisés dans le catalogue Eléphant Bleu. Mais ce n'est pas systématique. Dans le catalogue Eléphant Bleu, nous avons listé toutes les pièces dont peut avoir besoin un franchisé Eléphant Bleu y compris bien évidemment les pièces génériques ».

28. En pratique, les professionnels du lavage automobile qui n'appartiennent pas au réseau de franchise Eléphant Bleu ont accès au seul catalogue Hybis, et les factures établies par Hypromat pour ces clients portent l'en-tête du département « Hybis », à la différence des factures établies pour les franchisés.

### 4. LE REMPLACEMENT DES ELEMENTS NECESSAIRES AU FONCTIONNEMENT DES STATIONS DE LAVAGE DES ANCIENS FRANCHISES

29. Les cartes « Hyprocash » et « Hyproload » constituent des composants électroniques intégrés

dans les automates des centres de lavage. La clé de lavage Eléphant Bleu constitue un moyen de paiement rechargeable pouvant être utilisé sur les bornes de paiement installées dans les centres.

30. Dans sa saisine, le Geplaf évoque des difficultés rencontrées par les anciens franchisés du réseau Eléphant Bleu pour obtenir la maintenance ou le remplacement de ces composants, à l'occasion de la défaillance de l'un d'eux. Les représentants de l'association saisissante ont ainsi indiqué au cours de leur audition qu'Hypromat refuserait aux anciens franchisés la réparation des cartes Hyprocash défectueuses comme elle le fait pour les franchisés, et les obligerait à acheter des cartes neuves à un prix majoré d'environ 20 % par rapport au prix réservé aux franchisés.

31. La DGCCRF et les services d'instruction de l'Autorité n'ont recueilli aucune plainte, ni eu connaissance d'aucun contentieux entre Hypromat et ses anciens franchisés, à l'exception du litige plus général concernant M. Y... D'anciens franchisés entendus au cours de l'instruction ont indiqué que les contraintes liées aux cartes « Hyproload » ou « Hyprocash » n'ont pas empêché la continuité de l'exploitation de leurs centres de lavage après l'expiration de leur contrat de franchise.

32. Dans une lettre en date du 18 février 2008, le directeur général d'Hypromat indique que : « depuis 2000, 154 stations de lavage Eléphant Bleu ont quitté le réseau et sa franchise. (...) Outre les pièces génériques qui peuvent être trouvées chez n'importe quel revendeur ou fournisseur, les pièces spécifiques pour un fonctionnement normal du centre (et qui sont très peu nombreuses) continuent à être fournies par Hypromat aux ex-franchisés à un tarif différencié mais tout à fait raisonnable ».

33. Les factures communiquées par Hypromat attestent de la commercialisation de clés de configuration et de cartes interface « Hyprocash » auprès d'anciens franchisés. A titre d'exemple, une carte interface « Hyprocash V2 » a été facturée à un ancien franchisé au prix unitaire de 362,09 euros au cours de l'année 2004, cette même carte figurant dans l'édition 2007 du catalogue Eléphant Bleu au prix unitaire de 304,15 euros.

## 5. LA MISE EN SERVICE D'UN JETON DE PAIEMENT UNIVERSEL

34. Le jeton est l'un des moyens de paiement proposés aux clients des stations de lavage Eléphant Bleu. Il est vendu au consommateur 2 euros, en contrepartie d'un temps de lavage librement déterminé par le franchisé.

35. Historiquement, chaque centre de lavage Eléphant Bleu pouvait proposer son propre jeton. En 1996, Hypromat a souhaité mettre à disposition des clients de l'enseigne un jeton de paiement universel réservé aux membres du réseau et accepté dans tous les centres de lavage Eléphant Bleu. La mise en place du « jeton universel » s'est traduite par la signature d'avenants aux contrats de franchise, intitulés « Convention jeton unique ».

36. La convention « jeton unique » définit les caractéristiques du jeton et son prix. Elle prévoit les modalités de reprise des jetons existants imposées aux franchisés et prévoit par ailleurs que le franchisé peut à tout moment rendre les nouveaux « jetons universels » et en obtenir le remboursement pour leur prix d'achat.

37. L'article 5 de cette convention stipule qu'en cas de non renouvellement ou de rupture du contrat de franchise, le franchisé s'engage à restituer l'ensemble des « jetons universels » dans un délai de douze mois. Le franchiseur s'engage à rembourser lesdits jetons au franchisé. A l'issue du

délai de douze mois, le franchisé a l'obligation de reprogrammer ses monnayeurs automatiques afin qu'ils ne puissent plus recevoir le « jeton universel » Eléphant Bleu.

38. Enfin, la convention prévoit qu'il appartiendra au franchisé d'agir contre les tiers en cas de contrefaçon du jeton.

## 6. L'APPROVISIONNEMENT EN SAVON

### a) Le savon fourni par Hypromat aux franchisés Eléphant Bleu

39. Le savon représente, avec l'eau et l'électricité, l'un des principaux postes d'achat en produits consommables des centres de lavage automobile Eléphant Bleu.

40. Depuis 1987, la fabrication du savon utilisé dans les centres de lavage du réseau de franchise était confiée par Hypromat à la société Johnson Diversey. En 2002, Hypromat a demandé à son fabricant de prendre des mesures permettant de réduire le coût d'approvisionnement en savon, à la suite des réclamations des franchisés et du constat que ces derniers effectuaient de façon croissante l'acquisition de ce produit auprès de tiers, en violation des obligations contractuelles d'approvisionnement exclusif. La société Johnson Diversey a élaboré une nouvelle formule de savon pour le compte d'Hypromat, distribuée dans les centres de lavage à partir de 2004 sous la dénomination « Eléphant Lav + ». Celle-ci s'est révélée défectueuse et son utilisation a entraîné divers dommages sur les véhicules et les installations de lavage.

41. Les incidents concernant le savon « Eléphant Lav + » ne sont pas contestés par Hypromat qui a assigné la société Johnson Diversey en justice et a fait appel à un nouveau fournisseur, la société Turco. Dans une lettre en date du 12 juillet 2004, Hypromat a informé ses franchisés qu'ils étaient tenus, afin de pouvoir prétendre à l'indemnisation des dommages subis, de continuer à utiliser la formule défectueuse jusqu'à la notification des résultats d'une expertise judiciaire. A défaut, les franchisés étaient autorisés à utiliser la nouvelle formule « Eléphant Lav + » mise au point par la société Turco.

42. La fabrication et la formulation du savon obéissent à un cahier des charges en date du 27 novembre 2002, annexé au contrat de fourniture conclu entre les sociétés Turco et Hypromat le 13 février 2003. En vertu de l'article 4 de ce contrat, Hypromat bénéficie de l'exclusivité de la commercialisation du savon « Eléphant Lav + » auprès des franchisés du réseau Eléphant Bleu.

43. Le savon fabriqué par la société Turco pour le compte d'Hypromat est réservé aux franchisés du réseau Eléphant Bleu, et n'est pas proposé à la vente aux professionnels du lavage automobile concurrents via le catalogue « Hybis » édité par Hypromat.

### b) Les obligations contractuelles imposées aux franchisés

44. Selon les informations fournies par Hypromat, il existait à la date de la saisine du Geplaf le 1er juillet 2005 quatre versions différentes de la clause du contrat de franchise Eléphant Bleu relative à l'approvisionnement en pièces et matériel. Les obligations contractuelles, qui figurent à l'article 6 de ces contrats, portent notamment sur l'approvisionnement en savon utilisé pour le lavage des véhicules.

45. Les contrats de franchise signés antérieurement à 1997 comportent une clause d'approvisionnement exclusif des franchisés auprès d'Hypromat ou de ses fournisseurs référencés

pour « la totalité des produits, pièces et matériels nécessaires à la bonne marche du centre ».

46. Les contrats de franchise élaborés entre février 1997 et novembre 1997 prévoient un approvisionnement exclusif pour « les produits spécifiques référencés, agréés ou autorisés par le franchiseur », le savon faisant partie de cette catégorie.

47. Les contrats de franchise signés entre le mois de novembre 1997 et le 1er janvier 2000 comportent une clause d'approvisionnement exclusif pour les produits « indispensables au maintien de l'identité et de la réputation du réseau (...) bénéficiant d'une protection au titre de la propriété intellectuelle, ainsi que les produits élaborés par ou pour Hypromat qui ne peuvent faire l'objet de spécifications objectives de qualité, comme le savon ».

48. Enfin, les contrats de franchise signés après le 1er janvier 2000 ne prévoient pas d'obligation explicite d'approvisionnement exclusif mais subordonnent à l'accord préalable du franchiseur l'acquisition des produits, pièces et matériels directement nécessaires à la marche du centre auprès de fournisseurs autres que le franchiseur ou ses fournisseurs référencés. Cette obligation contractuelle s'applique notamment à l'approvisionnement en savon des centres de lavage.

#### D. L'INJONCTION PRONONCEE PAR LA DECISION N° 97-D-51 ET SA MISE EN OEUVRE

##### 1. LA DECISION N° 97-D-51

49. En 1997, le Conseil de la concurrence a examiné les clauses d'approvisionnement exclusif figurant dans les deux premières versions du contrat conclu entre Hypromat et ses franchisés, entre les mois de septembre 1987 et décembre 1988 d'une part, et à partir du mois de décembre 1988 d'autre part. La seconde version du contrat examinée par le Conseil correspond aux contrats mentionnés ci-dessus au paragraphe 45. Le Conseil a considéré que ces clauses, « en tant qu'elles concernent des matériels et pièces détachées susceptibles d'être acquis dans différents points de vente et pour lesquels il est possible d'appliquer des spécifications objectives de qualité », étaient contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 – devenu l'article L. 420-1 du code de commerce - dès lors qu'elles avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet « de limiter la liberté commerciale des franchisés au delà de ce qui est nécessaire au maintien de l'identité commune du réseau et de restreindre la concurrence entre les franchisés situés sur la même zone de chalandise, en limitant leurs sources d'approvisionnement et les conditions de celui-ci » et « de limiter la concurrence sur les marchés de ces matériels ». A cet égard, le Conseil a spécifiquement inclus les têtes de pompe, les électrovannes, les ampoules et les sacs poubelle parmi les produits que les franchisés pouvaient se procurer directement sans risquer de porter atteinte à l'identité ou à l'image du réseau.

50. Par ailleurs, le Conseil a examiné le contrat de franchise et le contrat de renouvellement de franchise en vigueur à la date de sa décision, qui n'étaient pas visés par la saisine. Ces documents correspondent aux contrats mentionnés ci-dessus au paragraphe 46. Le Conseil a constaté que les clauses d'approvisionnement exclusif de ces deux nouveaux contrats portaient sur les « produits « spécifiques », définis comme étant les mécanismes de jets à haute pression et leurs assemblages, les aspirateurs, le savon (...) », dont certains pouvaient faire l'objet de spécifications objectives de qualité et étaient susceptibles d'être acquis dans différents points de vente. En conséquence, le Conseil a prononcé l'injonction suivante : « Il est enjoint à la société Hypromat France de modifier les clauses d'approvisionnement exclusif figurant dans le contrat de franchise et dans le contrat de renouvellement de franchise actuellement en vigueur, en limitant la liste des produits dont le franchiseur se réserve l'approvisionnement exclusif à ceux qui sont indispensables au maintien de

l'identité et de la réputation du réseau et qui ne peuvent faire l'objet de spécifications objectives de qualité ».

## 2. LA MISE EN OEUVRE DE L'INJONCTION

51. A la suite de la décision du Conseil, Hypromat a, par courrier en date du 4 août 1997, interrogé la DGCCRF quant à l'interprétation qu'il convenait de retenir s'agissant du champ d'application de l'injonction prononcée. Elle indiquait considérer que le savon entraît au nombre des « produits dont l'acquisition auprès du franchiseur est rendue nécessaire pour protéger ses droits de propriété, ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau » au sens de la décision précitée. Il ne résulte pas de l'instruction que ce courrier ait reçu une réponse.

52. Par ailleurs, les services de la DGCCRF ont mené des investigations en 1998 afin de vérifier les suites réservées à la décision du Conseil. Le Conseil de la concurrence a été informé des résultats des investigations, et ceux-ci ont fait l'objet d'une publication à l'annexe 136 au rapport d'activité relatif à l'année 1998, aux termes de laquelle : « le Conseil a enjoint à la société Hypromat France de modifier les clauses d'approvisionnement exclusif figurant dans le contrat de franchise et dans le contrat de renouvellement de franchise actuellement en vigueur en limitant la liste des produits dont le franchiseur se réserve l'approvisionnement exclusif à ceux qui sont indispensables au maintien de l'identité et de la réputation du réseau et qui ne peuvent faire l'objet de spécification objective de qualité. Du fait d'une demande de précision de la part d'Hypromat France sur la portée de l'injonction, la modification de cette clause a pris quelque retard. Néanmoins, les investigations menées par les services de la DGCCRF ont montré qu'à la date du 12 février 1998 les clauses incriminées avaient été révisées ».

53. Hypromat indique, dans son mémoire du 26 janvier 2010 en réponse au rapport, que les contrats de franchise en vigueur à la date de la décision n° 97-D-51 précitée n'ont pas fait l'objet d'un avenant afin de modifier la clause d'approvisionnement exclusif y figurant, et qu'une clause d'approvisionnement révisée a été incluse dans les seuls nouveaux contrats et contrats de renouvellement de franchise conclus postérieurement à la décision du Conseil.

## E. LES PROPOSITIONS DU RAPPORT DU 16 NOVEMBRE 2009

54. Sur la base des constatations qui précèdent, le rapport des services d'instruction propose à l'Autorité, d'une part, de prononcer un non-lieu à poursuivre la procédure s'agissant des pratiques anticoncurrentielles dénoncées par le Geplaf en application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce, et, d'autre part, de sanctionner Hypromat pour n'avoir pas respecté l'injonction prononcée par la décision n° 97-D-51, en application des dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce.

## II. Discussion

### A. SUR LE RESPECT DE L'INJONCTION PRONONCEE PAR LA DECISION N° 97-D-51

55. L'article L. 464-3 du code de commerce, dans sa version entrée en vigueur le 15 novembre 2008, dispose que : « Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2. ». Aux termes de l'article R. 464-9 du même code, issu de l'article 47 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence : « Pour l'application de l'article L. 464-3,

l'Autorité de la concurrence [anciennement, le Conseil de la concurrence] se prononce après avoir été saisie dans les conditions prévues par l'article L. 462-5 ».

56. Il incombe à l'Autorité de la concurrence, conformément aux dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce, de vérifier que les parties se conforment aux injonctions qu'elle prononce, et, le cas échéant, de sanctionner leur méconnaissance.

57. Lorsqu'elle n'a pas été saisie d'une demande spécifique en ce sens dans les conditions prévues à l'article L. 462-5 du code de commerce, aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe jurisprudentiel, ne permettent à l'Autorité de mettre en oeuvre, sans avoir à se saisir d'office, la procédure prévue à l'article L. 464-3 du code de commerce. Il en est notamment ainsi lorsque l'Autorité est saisie par le ministre chargé de l'économie, par une entreprise, ou par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1, de pratiques anticoncurrentielles sur le seul fondement des dispositions des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce.

58. Si, aux termes d'une jurisprudence constante, « le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet » (cf. par exemple l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 janvier 2007, SA Le Foll TP), il n'en est pas de même lorsqu'une infraction révélée au cours des investigations est sanctionnée selon des règles de procédure distinctes de celles qui répriment les pratiques visées par la saisine. Tel est le cas de l'inexécution d'une injonction, réprimée par les dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce alors que la sanction des pratiques anticoncurrentielles est régie par les dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce.

59. Dans le cas d'espèce, par sa lettre en date du 1er juillet 2005, le Geplaf a saisi le Conseil de la concurrence de diverses pratiques mises en oeuvre par Hypromat dans le secteur du lavage automobile sur le fondement des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Le Geplaf n'a pas saisi le Conseil du non-respect de l'injonction prononcée à l'égard d'Hypromat par la décision n° 97-D-51 sur le fondement des dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce.

60. Il appartenait au rapporteur général de proposer à l'Autorité de se saisir d'office de l'examen du respect de l'injonction prononcée par la décision n° 97-D-51 du Conseil de la concurrence, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce.

61. Il résulte de ce qui précède que l'Autorité, qui n'a pas été saisie de l'examen du respect de l'injonction prononcée à l'égard d'Hypromat dans les conditions prévues à l'article L. 462-5 du code de commerce, ne peut statuer sur cette question dans le cadre de la présente affaire.

## B. SUR LA SAISINE DU GEPLAF

### 1. SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

62. L'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier la violation alléguée de clauses du contrat de franchise qui imposeraient au franchiseur des obligations quant à la qualité des services fournis à ses franchisés, l'existence d'un préjudice consécutif à la dégradation de la

qualité du savon fourni par Hypromat, et la responsabilité éventuelle de cette dernière, ces questions relevant de la compétence du juge judiciaire.

63. De même, l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour se prononcer sur les modalités de mise en place d'un jeton de paiement universel dénoncées par le Geplaf, s'agissant des caractéristiques du jeton et des clauses contractuelles relatives à la protection contre la contrefaçon, ces questions ne relevant pas du droit de la concurrence.

## 2. SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

64. Dans ses observations, Hypromat invite l'Autorité à faire application de l'article L. 462-8 du code de commerce qui dispose que « l'Autorité de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci [...] ». Hypromat soutient que le Geplaf n'a pas d'intérêt à agir dès lors qu'il n'exerce en propre aucune activité sur le marché de lavage automobile, qu'il n'est pas démontré qu'il constitue une organisation professionnelle au sens de l'article L. 462-1 du code de commerce, et que les pratiques dénoncées ne concernent que certains de ses membres.

65. Aux termes de l'article L. 462-5 du Code de commerce, dans sa version en vigueur à la date de la saisine : « Le Conseil de la concurrence peut être saisi (...) de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. Il peut (...) être saisi (...) pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article L. 462-1 ».

66. Le Geplaf est une association créée en 2002 sous le régime de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. Elle regroupe des adhérents implantés en France, ayant la qualité de franchisés ou d'anciens franchisés du réseau de lavage automobile Eléphant Bleu. L'article 2 de ses statuts dispose que l'association a notamment pour objet « la défense des intérêts professionnels de ses membres en général ». Le Geplaf constitue ainsi une organisation professionnelle visée à l'article L. 462-1 du code de commerce. Par ailleurs, contrairement aux allégations d'Hypromat, certaines des pratiques dénoncées, et notamment la politique commerciale du franchiseur relative à l'approvisionnement en savon des centres de lavage, concernent l'ensemble des membres de l'association. La saisine concerne donc bien les intérêts dont le Geplaf a la charge en tant qu'organisation professionnelle.

67. Il résulte de ce qui précède que la saisine du Geplaf en date du 1er juillet 2005 est recevable.

## 3. SUR L'EXAMEN AU FOND DE LA SAISINE

68. L'article L. 464-6 du code de commerce dispose que : « Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure. Cette décision est motivée ».

69. Dans son rapport en date du 16 novembre 2009, la rapporteure a proposé à l'Autorité de faire application de ces dispositions s'agissant des pratiques dénoncées par la saisine du Geplaf.

### a) Sur le marché pertinent

70. Dans sa décision n° 97-D-51 du 24 juin 1997 précitée, le Conseil de la concurrence a identifié

un marché du lavage automobile par jets à haute pression distinct du marché du lavage automobile par portiques de lavage avec rouleaux. Hypromat soutient que la délimitation du marché pertinent a évolué depuis lors, du fait de l'évolution technologique des systèmes de lavage automobile, qui permet désormais d'effectuer un lavage à haute pression dans les portiques de lavage, en complément ou à la place du lavage par rouleaux. Le marché pertinent serait ainsi celui du lavage automobile, toutes techniques confondues.

71. Dès lors que, quelle que soit la définition du marché retenue (voir infra §§ 72 et suivants), il n'est pas établi qu'Hypromat y détienne une position dominante, il n'y a pas lieu pour l'Autorité de se prononcer dans la présente affaire sur la nécessité d'élargir la définition du marché pertinent à l'ensemble des techniques de lavage automobile.

b) Sur la position d'Hypromat sur le marché en cause

72. Les juridictions communautaires et nationales définissent la position dominante comme une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. (cf. arrêt de la Cour de justice des communautés européenne du 13 février 1979, Hoffmann-Laroche, 85/76, Rec. 461). Même s'il ne s'agit pas d'un critère exclusif, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché.

73. Il n'existe pas de statistiques officielles, ni de données publiques fiables concernant les parts de marché détenues par les différents acteurs du secteur du lavage automobile.

74. Les parts de marché d'Hypromat peuvent être calculées sur le fondement des éléments communiqués par la société au cours de l'instruction, à savoir un relevé effectué par les représentants commerciaux de l'enseigne dans le cadre d'une étude de faisabilité relative à l'installation de nouveaux centres de lavage.

75. Ce relevé dénombre 3 076 centres de lavage par haute pression concurrents au réseau Eléphant Bleu sur le territoire métropolitain à la fin de l'année 2006. Ces données doivent être corrigées dès lors que figurent parmi les centres ainsi recensés 205 centres de lavage exploités par Hypromat selon des modalités identiques à celles du réseau Eléphant Bleu, bien qu'ils ne soient pas exploités sous cette enseigne. Par ailleurs, il existait au cours de la période en cause au maximum 550 centres de lavage exploités sous l'enseigne « Eléphant Bleu ». A supposer que le marché pertinent soit défini comme celui du seul lavage à haute pression, la part de marché d'Hypromat s'élevait donc à 20,82 % à la fin de l'année 2006 (Soit  $(550 + 205) / (3076 + 550) = 20,82 \%$  (nombre de centres de lavage exploités par Hypromat / nombre total de centres de lavage)).

76. Sur la période 2003-2006, les chiffres indiqués par Hypromat dans le relevé précité varient entre 2 700 et 3 000 centres concurrents, alors que le nombre de centres Eléphant Bleu était stabilisé à près de 550. Dès lors, les parts détenues par Hypromat sur le marché du lavage à haute pression seraient comprises entre 16,9 % et 23 % au cours de la période en cause. Ces chiffres correspondent aux indications données par Hypromat dans un courrier en date du 18 février 2008 adressé à la DGCCRF, qui fait état de parts de marchés inférieures à 14 % en nombre de centres, et à 17,5 % en nombre de pistes de lavage.

77. Ce niveau de parts de marché ne saurait suffire, à lui seul, à caractériser l'existence d'une position dominante d'Hypromat sur le marché du lavage automobile par haute pression (voir par exemple la décision n° 07-D-12 du 28 mars 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du chèque-cinéma, dans laquelle le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une part de marché de 23,8 % ne pouvait établir à elle seule l'existence d'une position dominante).

78. Cette conclusion est a fortiori pertinente dans l'hypothèse où il conviendrait de retenir un marché pertinent global du lavage automobile, toutes techniques de nettoyage confondues, dès lors que les parts qu'y détiendrait Hypromat seraient nécessairement inférieures aux parts qui ont été déterminées ci-dessus dans le cadre de l'hypothèse d'un marché restreint au lavage par haute pression.

79. Par ailleurs, il ne résulte d'aucune constatation effectuée au cours de l'instruction qu'Hypromat bénéficierait d'avantages concurrentiels, ou que la structure du marché du lavage automobile la placerait en situation de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises.

80. Ainsi, il n'est pas établi qu'Hypromat détienne une position dominante, et ce, quelle que soit la définition du marché pertinent retenue.

#### c) Sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles

##### Sur les pratiques alléguées d'abus de position dominante

81. Il résulte de l'analyse développée ci-dessus (§§ 72 et suivants) qu'Hypromat ne détient pas de position dominante sur le marché en cause, quelle que soit la définition de celui-ci. Dès lors, les pratiques dénoncées ne peuvent être qualifiées d'abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, ou, en cas d'affectation sensible du commerce intracommunautaire, de l'article 102 du TFUE.

Sur les différences de traitement entre les franchisés, la publication d'un catalogue de fournitures à destination des professionnels du lavage automobile, et la mise en place d'un « jeton de paiement universel »

82. Il résulte des constatations exposées ci-dessus (§§ 10 et suivants) que les différences de traitement entre franchisés dénoncées par le Geplaf, concernant l'installation de systèmes de lavage par portiques à rouleaux et la prise de participation dans des centres de lavage concurrents, constituaient, à la date de la saisine, une pratique marginale, et qu'Hypromat avait adopté diverses mesures, telles que mises en demeure et résiliation des contrats de franchise, pour y mettre fin. Dans ces conditions, les différences de traitement constatées ne sauraient caractériser l'existence d'une discrimination qui serait l'expression d'une entente anticoncurrentielle entre Hypromat et certains de ses franchisés ou salariés en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ou, en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, de l'article 101 du TFUE.

83. Par ailleurs, l'édition par Hypromat d'un catalogue de fournitures « Hybis » à destination des professionnels du lavage automobile qui n'appartiennent pas au réseau Eléphant Bleu, la détermination par le franchiseur du prix d'achat du jeton de paiement universel fourni aux franchisés, ainsi que du prix et des modalités de remplacement des éléments nécessaires au fonctionnement des centres de lavage des anciens franchisés, ne constituent pas des pratiques concertées, et, par suite, n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ou, en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, de

l'article 101 du TFUE.

Sur le cas du savon et de la clause d'approvisionnement exclusif

84. Le Geplaf critique les pratiques d'approvisionnement en savon imposées par Hypromat pour le fonctionnement des centres de lavage du réseau de franchise, et fait notamment valoir qu'il est possible d'acheter un savon identique directement auprès d'autres fournisseurs pour un coût moindre.

85. L'exclusivité d'approvisionnement en savon est prévue explicitement dans les contrats de franchise élaborés jusqu'au 1er janvier 2000. Si la version du contrat de franchise utilisée après le 1er janvier 2000 ne prévoit pas d'obligation explicite d'approvisionnement exclusif, elle subordonne à l'accord du franchiseur l'acquisition des produits, pièces et matériels directement nécessaires à la marche du centre auprès de fournisseurs autres que le franchiseur. Aucun élément du dossier n'indique qu'Hypromat ait autorisé l'un de ses franchisés à s'approvisionner en savon auprès de tiers. Ainsi, cette clause, qui interdit aux franchisés de s'approvisionner librement sur le marché, pourrait avoir des effets similaires à une obligation d'approvisionnement exclusif.

86. La Cour de justice des communautés européennes a jugé que les clauses indispensables à la mise en oeuvre d'un accord de franchise, telles que les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE (voir sur ce point l'arrêt du 28 janvier 1986, Pronuptia, 161/84, Rec. p. 353, points 14 à 27). Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (JOCE du 13 octobre 2000, C 291/29), que l'Autorité considère comme un guide d'analyse utile, précisent : « une obligation de non concurrence relative aux biens et services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 81 paragraphe 1 lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 81 paragraphe 1 pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même » (paragraphe 200).

87. De même, l'Autorité de la concurrence et les juridictions nationales considèrent que, dans le cadre d'un réseau de franchise, la sauvegarde de l'identité du réseau ainsi que la protection du savoir-faire du franchiseur justifient l'exercice par ce dernier d'un certain contrôle sur la politique commerciale des franchisés, qui ne saurait excéder ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de ces objectifs (voir par exemple l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mars 1997, Zannier SA, et l'arrêt de la Cour de cassation du 6 avril 1999, Phildar).

88. Le maintien de l'identité commune et de la réputation d'un réseau de franchise de lavage automobile suppose que le franchiseur puisse exercer un contrôle sur la formulation, la fabrication et la mise à disposition du savon auprès des centres de lavage, permettant de garantir que les clients disposent d'un produit de qualité homogène dans l'ensemble des centres de l'enseigne.

89. Il ressort de l'instruction que les fabricants Johnson Diversey, puis Turco, ont mis au point pour le compte d'Hypromat une formule de savon destinée aux centres de lavage automobile de l'enseigne Eléphant Bleu, répondant à des normes qualitatives spécifiques définies par Hypromat.

90. Dans les circonstances particulières de l'espèce, l'instruction n'a pas permis de démontrer qu'une clause d'approvisionnement exclusif n'est pas nécessaire pour assurer l'homogénéité du service fourni au sein des centres de lavage de l'enseigne Eléphant Bleu.

91. A cet égard, la circonstance que le savon fourni par Hypromat se soit révélé défectueux au cours d'une partie de la période en cause, nuisant ainsi à la réputation du réseau, ne saurait être prise en compte pour apprécier l'objet de la clause en litige au regard du droit de la concurrence, les arguments présentés par la saisissante sur ce point relevant d'un litige de droit privé.

92. Il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que la clause d'approvisionnement exclusif en savon imposée par Hypromat à ses franchisés n'est pas indispensable à la mise en oeuvre de l'accord de franchise « Eléphant Bleu ». Il n'est par suite pas établi qu'elle soit contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et, en cas d'affectation sensible du commerce intracommunautaire, de l'article 101 du TFUE.

d) Conclusion sur les pratiques dénoncées

93. Il résulte de tout ce qui précède qu'il n'est pas établi qu'Hypromat ait contrevenu aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, ou, en cas d'affectation sensible du commerce intracommunautaire, à celles des articles 101 et 102 du TFUE.

94. Il y a lieu en conséquence de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce et de prononcer un non-lieu à poursuivre la procédure.

#### DÉCISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure s'agissant des pratiques dénoncées par le Groupement Européen des Professionnels du Lavage Automobile Franchisés dans sa saisine du 1er juillet 2005, enregistrée sous le numéro 05/0044 F.

TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-88/92

(...)

3. Les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité s'il est satisfait à quatre conditions, à savoir :

- premièrement, que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à **la nature des produits** concernés, et notamment à leur **haute qualité ou technicité**, pour en préserver **la qualité et en assurer le bon usage** ;
  - deuxièmement, que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ;
  - troisièmement, que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix ; et,
  - quatrièmement, que les critères imposés n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire.
- La question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée d'une façon objective, en tenant compte de l'intérêt du consommateur.

Des systèmes de **distribution sélective** qui trouvent leur justification dans la nature spécifique des produits ou les exigences de leur distribution peuvent être mis en place dans d'autres secteurs que celui de la production de biens de consommation durables, de haute qualité ou technicité, sans enfreindre l'article 85, paragraphe 1, du traité.

Les cosmétiques de luxe, et notamment les parfums de luxe, sont des produits sophistiqués et de haute qualité, dotés d'une "image de luxe" distinctive, qui est importante aux yeux des consommateurs. Les propriétés de ces produits ne peuvent être limitées à leurs caractéristiques matérielles, mais englobent également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur "image de luxe", qui relève ainsi de leur nature même.

Il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant de tels produits que ceux-ci soient présentés dans de bonnes conditions dans les points de vente, et que soit ainsi préservée leur image de luxe. Il s'ensuit que, dans le secteur des cosmétiques de luxe, et notamment des parfums de luxe, des critères qualitatifs de sélection des détaillants qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la vente de ces produits dans de bonnes conditions de présentation ne sont pas, en principe, visés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour autant que ces critères soient objectifs, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués d'une façon non discriminatoire.

4. Le contrôle juridictionnel par le Tribunal, au titre de l'article 173 du traité, d'une décision par laquelle la Commission constate que les critères de sélection d'un système de **distribution sélective** remplissent les conditions requises pour être considérés comme licites au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, se limite à vérifier si les constatations de la Commission sont entachées d'un défaut de motivation, d'une erreur manifeste de fait ou de droit, d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un détournement de pouvoir. Il n'appartient pas au juge communautaire de se prononcer sur l'application de ces critères dans des cas concrets.

En revanche, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes, saisies du recours d'un candidat qui s'est vu refuser l'accès au réseau, de statuer à la lumière, le cas échéant, de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, sur la question de savoir si les critères en cause ont été appliqués dans un cas concret d'une manière discriminatoire ou disproportionnée, entraînant ainsi une violation de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Il leur incombe notamment de veiller à ce que les critères en cause ne soient pas utilisés pour empêcher l'accès au réseau de nouveaux opérateurs capables de distribuer les produits en cause dans des conditions qui ne sont pas dévalorisantes.

Par ailleurs, un candidat qui s'est vu refuser l'accès au réseau a la possibilité d'introduire une plainte devant la Commission au titre de l'article 3 du règlement n° 17, notamment en cas d'utilisation systématique des conditions d'admission dans un sens incompatible avec le droit communautaire.

5. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, la présence dans le point de vente d'une personne capable de donner au consommateur des conseils ou des renseignements appropriés constitue en principe une exigence légitime pour la vente desdits produits, qui fait partie intégrante d'une bonne présentation de ceux-ci.

6. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, un critère relatif à l'environnement dans lequel est situé un point de vente de ces produits n'est pas en soi visé par l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où il a pour objet d'assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés à de telles ventes.

En revanche, des conditions concernant l'aspect extérieur du point de vente, telles la façade, les vitrines et la décoration de celui-ci, se prêtent à une application discriminatoire à l'encontre d'un point de vente - tel qu'un hypermarché - qui n'a pas la même façade qu'un commerce traditionnel, notamment une façade comportant des vitrines, mais qui a aménagé un emplacement ou un espace situé à l'intérieur d'un magasin d'une façon appropriée à la vente des cosmétiques de luxe. En outre, des vitrines à l'extérieur n'apparaissent pas nécessaires pour la bonne présentation des produits dans le contexte d'un emplacement ou d'un espace aménagé à l'intérieur d'un magasin "multiproduits".

En ce qui concerne les conditions concernant l'intérieur du point de vente, telle la vente d'autres marchandises dans celui-ci, elles ne sauraient pas suffire pour exclure d'un réseau un hypermarché, en ce sens que la vente des marchandises typiquement trouvées dans un hypermarché n'est pas en soi de nature à nuire à l'"image de luxe" des produits en cause, pourvu que l'emplacement ou l'espace consacré à la vente des cosmétiques de luxe soit aménagé de façon à ce que ces produits soient présentés dans des conditions valorisantes.

En ce qui concerne les critères relatifs aux autres activités des magasins, des considérations tenant à l'importance de celles-ci sont disproportionnées dans la mesure où elles n'ont en soi aucun rapport avec l'exigence légitime de la préservation de l'image de luxe des produits concernés. Par ailleurs, elles sont discriminatoires dans la mesure où elles tendent à favoriser la candidature d'une parfumerie spécialisée au détriment de celle d'un magasin "multiproduits" disposant d'un emplacement spécialisé aménagé de manière à satisfaire aux conditions qualitative appropriées pour la vente des cosmétiques de luxe.

7. Dans le cadre d'un système de **distribution sélective** dans le secteur des cosmétiques de luxe, un critère qui a pour seul objet de veiller à ce que l'enseigne du détaillant ne soit pas de nature à dévaloriser l'image de luxe de ces produits constitue en principe une exigence légitime de la distribution de tels produits et ne relève donc pas nécessairement de l'article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, il est à craindre que, en l'absence d'un tel critère, l'image de luxe des cosmétiques de luxe, et donc leur nature même, soit atteinte par la vente de ces produits par des détaillants

dont l'enseigne est manifestement dévalorisante aux yeux des consommateurs. Le critère ne peut toutefois être appliqué de façon injustifiée ou disproportionnée.

8. Si des systèmes de **distribution sélective** dits "simples" sont susceptibles de constituer un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité, une restriction ou une élimination de la concurrence peut néanmoins se produire lorsque l'existence d'un certain nombre de tels systèmes ne laisse aucune place à d'autres formes de distribution axées sur une politique concurrentielle de nature différente ou aboutit à une rigidité dans la structure des prix qui n'est pas contrebalancée par d'autres facteurs de concurrence entre produits d'une même marque et par l'existence d'une concurrence effective entre marques différentes. Par conséquent, l'existence d'un grand nombre de tels systèmes de **distribution sélective** pour un produit déterminé ne permet pas, à elle seule, de conclure que la concurrence est restreinte ou faussée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, mais il faut encore que le marché concerné soit tellement rigide et structuré qu'il n'existe plus de concurrence efficace en matière de prix.

A cet égard, l'article 85, paragraphe 1, du traité ne saurait être automatiquement applicable du seul fait que tous les fabricants dans le secteur concerné ont fait le même choix quant à leurs méthodes de distribution. Si, pris individuellement, certains critères de sélection d'un fabricant ne relèvent pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité, l'effet cumulatif des autres réseaux n'est de nature à altérer cette conclusion que s'il est démontré, premièrement, qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché à l'encontre de nouveaux concurrents aptes à vendre les produits en question, de sorte que les systèmes de **distribution sélective** en cause ont pour effet de figer la distribution au profit de certains canaux existants, ou, deuxièmement, qu'il n'y a pas de concurrence efficace, notamment en matière de prix, compte tenu de la nature des produits en cause.

Dans l'affaire T-88/92, Groupement d'achat Edouard Leclerc, société de droit français, établie à Paris, représenté par Mes Mario Amadio et Gilbert Parléani, avocats au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Philippe Hoss, 15, Côte d'Eich, partie requérante, contre Commission des Communautés européennes, représentée initialement par M. Bernd Langeheine, puis par M. Berend Jan Drijber, membres du service juridique, en qualité d'agents, assistés de Me Hervé Lehmann, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Carlos Gomez de la Cruz, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg, partie défenderesse, soutenue par Parfums Givenchy SA, société de droit français, établie à Levallois-Perret (France), représentée par Me François Bizet, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Aloyse May, 31, Grand-rue, Fédération des industries de la parfumerie, union de syndicats régie par le droit français, ayant son siège à Paris, représentée par Me Robert Collin, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Ernest Arendt, 8-10, rue Mathias Hardt, Comité de liaison des syndicats européens de l'industrie de la parfumerie et des cosmétiques, association internationale sans but lucratif régie par le droit belge, ayant son siège à Bruxelles, représentée par M. Stephen Kon, solicitor, et Me Mélanie Thill-Tayara, avocat au barreau de Paris, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Mes Winandy et Err, 60, avenue Gaston Diderich, et Fédération européenne des parfumeurs détaillants, association de fédérations ou de syndicats nationaux régie par le droit français, ayant son siège à Paris, représentée par Me Rolland Verniau, avocat au barreau de Lyon, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de Me Nico Schaeffer, 12, avenue de la Porte-Neuve, parties intervenantes, ayant pour objet l'annulation de la décision 92/428/CEE de la Commission, du 24 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.542 - Système de **distribution sélective** de Parfums Givenchy) (JO L 236, p. 11).

## **FAITS A L'ORIGINE DU LITIGE**

### **Introduction**

- 1 La catégorie des produits cosmétiques recouvre une grande variété d'articles comprenant notamment les produits de parfumerie alcoolisés, de soins et de beauté ainsi que les produits capillaires et de toilette. Au sein de cette catégorie, il existe un segment constitué par les produits de luxe : articles de haute qualité, au prix relativement élevé, commercialisés sous une marque de prestige. En général, les produits cosmétiques de luxe ne sont vendus que par l'intermédiaire de réseaux de distribution sélective soumis à des conditions comparables. Ces réseaux sont principalement constitués par des parfumeries spécialisées ou des emplacements spécialisés situés à l'intérieur des grands magasins.
- 2 Parfums Givenchy SA (ci-après "Givenchy") est un producteur de produits cosmétiques de luxe. Elle fait partie du Groupe Louis Vuitton Moët-Hennessy, avec les sociétés Parfums Christian Dior et Parfums Christian Lacroix qui opèrent sur le même marché. Par l'intermédiaire de ces trois sociétés, le groupe Louis Vuitton Moët-Hennessy détient plus de 10 % du marché communautaire des produits parfumants de luxe.
- 3 Il ressort de la ventilation par gammes de produits, fournie par Givenchy en cours d'instance, que la vente des parfums de luxe représentait, en 1990 et en 1991, 80 à 100 % de ses ventes totales endistribution sélective, selon l'Etat membre concerné, le solde étant constitué par la vente de produits de soins de luxe et de beauté de luxe. Ces produits sont vendus par environ 10 000 points de vente agréés ainsi que par des magasins hors taxes dans lesquels est réalisée une proportion importante des ventes dans plusieurs Etats membres.
- 4 Le 19 mars 1990, Givenchy a notifié à la Commission un réseau de contrats de distribution sélective pour la commercialisation dans la Communauté de ses produits de parfumerie alcoolisés, de soins et de beauté, en demandant, à titre principal, une attestation négative au titre de l'article 2 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204, ci-après "règlement n° 17"), et, à titre subsidiaire, une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité.
- 5 Le 8 octobre 1991, conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17, la Commission a publié une communication (JO C 262, p. 2) indiquant son intention d'adopter une décision favorable à l'égard des contrats notifiés, dans leur version modifiée suite à ses observations, et invitant les tiers intéressés à lui faire parvenir leurs observations éventuelles dans un délai de trente jours.
- 6 En réponse à cette publication, le requérant, le Groupement d'achat Edouard Leclerc (ci-après "Galec"), a soumis des observations datées du 6 novembre 1991. Le Galec est un groupement d'achat, sous forme de société coopérative, desservant un réseau de points de vente au détail en France, appelés centres distributeurs Leclerc (ci-après "centres Leclerc"), dont la plupart sont des hypermarchés ou des supermarchés. Dans ses observations, le Galec s'est opposé à la décision proposée, au motif, notamment, que certains centres Leclerc adaptés à la distribution des cosmétiques de luxe en seraient exclus si elle était adoptée.
- 7 Le Galec a participé de la même façon à la procédure administrative dans l'affaire Yves Saint Laurent Parfums dans laquelle la Commission a adopté le 16 décembre 1991 la décision 92/33/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.242 - Yves Saint Laurent Parfums) (JO 1992, L 12, p. 2) et qui fait l'objet d'un recours parallèle devant le Tribunal (Galec/Commission, T-19/92).
- 8 Le 24 juillet 1992, la Commission a adopté la décision 92/428/CEE, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.542 - Système de distribution sélective de Parfums Givenchy) (JO L 236, p. 11, ci-après "Décision"). Celle-ci fait l'objet du présent arrêt.

Appréciation du Tribunal (....)

### **Sur le fond**

- 57 Le grief principal du Galec est que le cumul des critères de sélection approuvés dans la Décision a pour effet d'exclure a priori du réseau Givenchy certains hypermarchés à l'enseigne E. Leclerc, en dépit du fait qu'ils seraient aptes à la commercialisation des parfums de luxe dans des conditions loyales et valorisantes. Autour de ce grief principal, le Galec soulève dans sa requête trois séries de moyens tirés, respectivement, de défauts de motivation, d'erreurs de fait et d'erreurs de droit. Ces moyens se chevauchent et comportent, en substance, les quatre allégations principales suivantes : a) la Décision serait entachée de défauts de motivation et/ou d'erreurs manifestes de fait dans la mesure où les méthodes de valorisation propres aux grandes ou moyennes surfaces (ci-après "grande distribution") y sont considérées comme impropres à la distribution des parfums de luxe ; b) la Décision serait entachée de défauts de motivation et/ou d'erreurs manifestes de fait en ce qui concerne les besoins et les attentes des consommateurs ; c) la Décision serait entachée d'erreurs de droit et/ou de défauts de motivation dans la mesure où la Commission a décidé que les critères résumés en son point II.A.5 ne relèvent pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité ; d) la Décision serait entachée d'erreurs de droit et/ou d'erreurs manifestes de fait et/ou de défauts de motivation dans l'application qu'elle fait de l'article 85, paragraphe 3, du traité.
- 58 Il convient d'examiner, en premier lieu, le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, en regroupant tous les moyens et arguments des parties y afférents, et, en second lieu, le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 3, du traité.

### **I - Sur le bien-fondé de la Décision au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité**

(...)

#### **Appréciation du Tribunal :**

(...)

#### **A - Sur la compatibilité de principe avec l'article 85, paragraphe 1, du traité d'un système de distribution sélective fondé sur des critères qualitatifs dans le secteur des cosmétiques de luxe**

- 105 Bien que la partie requérante fasse valoir qu'elle accepte la nécessité d'un système ciblé sur le concept de "sélectivité de luxe" afin de maintenir le prestige des produits de luxe et de satisfaire les attentes des consommateurs, elle conteste néanmoins la licéité des critères de sélection retenus par Givenchy au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Dans ces circonstances, il convient d'examiner, au préalable, les principes juridiques de base qui régissent l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité dans le secteur des cosmétiques de luxe.
- 106 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les systèmes de distribution sélective constituent un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité, s'il est satisfait à quatre conditions, à savoir : premièrement, que les propriétés du produit en cause nécessitent un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage (voir l'arrêt L'Oréal, précité, point 16, interprété à la lumière de l'arrêt Metro I, points 20 et 21, de l'arrêt AEG, point 33, et de l'arrêt du Tribunal du 27 février 1992, Vichy/Commission, T-19/91, Rec. p. II-415, points 69 à 71) ; deuxièmement, que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les

revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire (voir par exemple les arrêts Metro I, point 20, L'Oréal, point 15, et AEG, point 35) ; troisièmement, que le système en cause vise à atteindre un résultat de nature à améliorer la concurrence et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective, notamment en matière de prix (voir les arrêts Metro I, points 20 à 22, AEG, points 33, 34 et 73, et Metro II, point 45), et, quatrièmement, que les critères imposés n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (voir les arrêts L'Oréal, précité, point 16, et Vichy/Commission, précité, points 69 à 71). La question de savoir si ces conditions sont remplies doit être appréciée de façon objective, en tenant compte de l'intérêt du consommateur (voir les arrêts Metro I, point 21, et Vichy/Commission, précité, points 69 à 71).

- 107 S'il est vrai que la Cour a notamment jugé que de tels systèmes de distribution sélective fondés sur des critères qualitatifs peuvent être acceptés dans le secteur de la production de biens de consommation durables, de haute qualité ou technicité, sans enfreindre l'article 85, paragraphe 1, du traité, afin notamment de maintenir un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour de tels produits (voir les arrêts Metro I, point 20, AEG, point 33, et Metro II, point 54, et l'arrêt de la Cour du 10 décembre 1985, ETA, 31/85, Rec. p. 3933, point 16), il ressort également de la jurisprudence de la Cour que des systèmes de distribution sélective qui trouvent leur justification dans la nature spécifique des produits ou les exigences de leur distribution peuvent être mis en place dans d'autres secteurs économiques sans violer l'article 85, paragraphe 1 (voir les arrêts Binon, précité, points 31 et 32, et du 16 juin 1981, Salonia, 126/80, Rec. p. 1563). De même, dans son arrêt Metro I (point 20), la Cour a jugé que la nature et l'intensité de la concurrence efficace ("workable competition") nécessaire pour atteindre les objectifs du traité peuvent varier en fonction des produits ou services en cause et de la structure économique des marchés sectoriels concernés, sans violer le principe de la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité.
- 108 S'agissant des cosmétiques de luxe, et notamment des parfums de luxe qui constituent l'essentiel des produits concernés, il est constant, premièrement, qu'il s'agit de produits sophistiqués et de haute qualité, résultant d'une recherche particulière et utilisant des matériaux d'un haut niveau qualitatif, notamment pour leur conditionnement ; deuxièmement, que ces produits sont dotés d'une "image de luxe" qui sert à les distinguer des autres produits semblables, qui sont dépourvus d'une telle image, et, troisièmement, que cette image de luxe est importante aux yeux des consommateurs, qui apprécient la possibilité d'acheter des cosmétiques de luxe et, notamment, des parfums de luxe. En effet, il n'existe, dans l'esprit du consommateur, qu'un faible degré de substituabilité entre les produits cosmétiques de luxe et les produits similaires relevant d'autres segments du secteur (voir point II.A.8 de la Décision).
- 109 Dans ces circonstances, le Tribunal estime que la notion de "propriétés" des cosmétiques de luxe, au sens de l'arrêt L'Oréal, précité, ne peut être limitée à leurs caractéristiques matérielles mais englobe également la perception spécifique qu'en ont les consommateurs, et plus particulièrement leur "aura de luxe". Il s'agit donc dans le cas d'espèce de produits qui, d'une part, sont d'une haute qualité intrinsèque et, d'autre part, possèdent un caractère de luxe qui relève de leur nature même.
- 110 Quant à la question de savoir si la distribution sélective constitue une exigence légitime dans le cas de produits qui possèdent de telles caractéristiques, le Tribunal relève que la motivation de la Décision sur ce point (point II.A) n'est pas basée sur le concept d'un commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute technicité, au sens des arrêts Metro I, Metro II et AEG, mais plutôt sur deux autres considérations principales, à savoir a) l'intérêt de Givenchy, en tant que producteur de cosmétiques de luxe, à

maintenir l'image de prestige de sa marque et à sauvegarder les fruits de ses efforts de promotion (voir le point II.A.5, deuxième et quatrième alinéas, de la Décision ; voir aussi, dans le même sens, le point II.B.2), et b) le besoin de sauvegarder, dans la perception des consommateurs, l'"aura d'exclusivité et de prestige" des produits en cause, notamment en assurant une "présentation au public apte à mettre en valeur la spécificité esthétique ou fonctionnelle" des produits (point II.A.5, deuxième alinéa) et "un cadre en harmonie avec le caractère luxueux et exclusif des produits en cause et une présentation conforme à l'image de la marque" (point II.A.5, quatrième alinéa ; voir aussi le point II.A.5, cinquième et sixième alinéas).

- 111 A cet égard, il y a lieu de préciser que, bien qu'un producteur soit libre de choisir sa politique de commercialisation, l'article 85, paragraphe 1, du traité doit être pris en considération dès lors que la mise en oeuvre de cette politique entraîne des accords qui imposent à d'autres opérateurs économiques indépendants des obligations de nature à restreindre leur liberté concurrentielle dans une mesure qui affecte sensiblement les échanges intracommunautaires. Dans ces circonstances, le seul fait qu'un producteur a consenti des efforts importants de promotion ne constitue pas, en soi, une justification objective de nature à soustraire à l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité un réseau de distribution qui limite la liberté concurrentielle des entreprises participantes et des tiers. S'il en était autrement, en effet, n'importe quel fabricant pourrait justifier l'adoption d'un système de distribution sélective sur la seule base de ses efforts de promotion, et n'importe quel critère restrictif de sélection pourrait être justifié au motif qu'il était nécessaire afin de protéger la politique de commercialisation voulue par le fabricant (voir l'arrêt Vichy/Commission, précité, point 71).
- 112 Le Tribunal estime donc qu'un système de distribution sélective ne se situe en dehors du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité que s'il est objectivement justifié, compte tenu également de l'intérêt des consommateurs (voir point 106, in fine, ci-dessus).
- 113 A cet égard, le Tribunal considère qu'il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que de tels produits soient présentés dans de bonnes conditions dans les points de vente. En effet, s'agissant de produits de haute qualité et dont l'image de luxe est appréciée par les consommateurs, des critères qui ne visent qu'à assurer leur présentation valorisante poursuivent un résultat qui est de nature à améliorer la concurrence, par la préservation de cette image de luxe, et donc à contrebalancer la limitation de la concurrence inhérente aux systèmes de distribution sélective. De tels critères constituent donc une exigence légitime au sens de la jurisprudence précitée (voir l'arrêt Metro I, point 37).
- 114 Le Tribunal estime, effectivement, qu'il est dans l'intérêt des consommateurs recherchant des cosmétiques de luxe que l'image de luxe de tels produits ne soit pas ternie, faute de quoi ils ne seraient plus considérés comme des produits de luxe. Il existe actuellement, dans le secteur des cosmétiques, une segmentation entre les cosmétiques de luxe et les cosmétiques qui ne sont pas de luxe, qui répond aux différents besoins des consommateurs et qui n'est donc pas critiquable sur le plan économique. Bien que la nature "de luxe" des cosmétiques de luxe découle également, entre autres, de leur haute qualité intrinsèque, de leur prix plus élevé et des campagnes publicitaires des fabricants, le Tribunal estime que le fait que ces produits soient vendus dans le cadre de systèmes de distribution sélective visant à assurer une présentation valorisante dans le point de vente est de nature à contribuer, lui aussi, à cette image de luxe et donc au maintien de l'une des caractéristiques principales des produits recherchés par les consommateurs. En effet, le résultat d'une distribution généralisée des produits concernés, dans le cadre de laquelle Givenchy n'aurait aucune possibilité de s'assurer que ses produits sont vendus dans des conditions appropriées, comporterait le risque d'une détérioration dans la présentation des produits dans le point de vente qui serait de nature à porter atteinte à

l'"image de luxe", et donc à la nature même des produits concernés. Par suite, les critères visant à assurer une présentation des produits dans le point de vente qui soit en adéquation avec leur nature de luxe constituent une exigence légitime de nature à améliorer la concurrence dans l'intérêt du consommateur au sens de la jurisprudence précitée.

- 115 Cette conclusion n'est pas infirmée par le fait, établi en cours d'instance, que, dans certains Etats membres, notamment aux Pays-Bas mais aussi au Royaume-Uni et en France, une part plus ou moins importante des ventes est réalisée par des détaillants non agréés qui s'approvisionnent sur le marché parallèle. En effet, il n'est pas exclu que l'intérêt des consommateurs pour de telles ventes se soit en partie formé à partir de l'image de luxe au maintien de laquelle la distribution sélective a au moins partiellement contribué. Il ne s'ensuit donc pas que cette image de luxe resterait intacte en l'absence de distribution sélective.
- 116 Toutefois, s'il est dans l'intérêt du consommateur de pouvoir se procurer des cosmétiques de luxe vendus dans de bonnes conditions de présentation et de voir ainsi préservée leur image de luxe, il est également dans son intérêt qu'un système de distribution fondé sur cette considération ne soit pas appliqué de façon excessivement restrictive et, notamment, que l'accès aux produits ne soit pas limité outre mesure, ainsi que l'ont fait valoir les quatre associations de consommateurs dans leurs observations dans l'affaire Yves Saint Laurent, produites par la Commission à la demande du Tribunal (voir point 167 ci-après). De même, il résulte de la jurisprudence de la Cour que le système de Givenchy ne peut être considéré comme poursuivant un résultat légitime, de nature à contrebalancer la limitation de la concurrence qui lui est inhérente, que si ce système est ouvert à tous les revendeurs potentiels capables d'assurer une bonne présentation à l'utilisateur, dans un cadre approprié, et de préserver l'image de luxe des produits concernés (voir point 106 ci-dessus). En effet, un système de distribution sélective qui aurait pour conséquence d'exclure certaines formes de commercialisation capables de vendre des produits dans des conditions valorisantes, par exemple dans un emplacement ou un espace adapté, aurait pour seul effet de protéger les formes de commerce existantes de la concurrence des nouveaux opérateurs et ne serait donc pas conforme à l'article 85, paragraphe 1, du traité (voir l'arrêt AEG, points 74 et 75).
- 117 Il s'ensuit que, dans le secteur des cosmétiques de luxe, des critères qualitatifs de sélection des détaillants qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la vente de ces produits dans de bonnes conditions de présentation ne sont pas, en principe, visés par l'article 85, paragraphe 1, du traité, pour autant que ces critères soient objectifs, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués d'une façon non discriminatoire.

**B - Sur la question de savoir si les critères de sélection de Givenchy visés au point II.A.5 de la Décision remplissent les conditions requises pour être considérés comme licites au regard de l'article 85, paragraphe 1**

2. Sur la licéité de principe des critères en cause au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité

a) Les critères concernant la qualification professionnelle :

125 Dans ses mémoires, le Galec n' a pas contesté les critères concernant la qualification professionnelle du personnel et le service de conseil et de démonstration visés par les points II.3 et II.5 du Contrat (voir point 26 de ses observations sur les mémoires en intervention), mais il a soutenu, à l' audience, que ces critères sont disproportionnés par rapport aux exigences de la vente des produits concernés dans des conditions adéquates.

126 Le Tribunal estime que la présence dans le point de vente d' une personne capable de donner

au consommateur des conseils ou des renseignements appropriés constitue en principe une exigence légitime pour la vente des cosmétiques de luxe, qui fait partie intégrante d'une bonne présentation de tels produits. Pour le surplus, le requérant n'a pas apporté d'éléments permettant au Tribunal de statuer sur la question de savoir si les qualifications exigées par le point II.3 du Contrat, à savoir soit un diplôme d'esthétique ou une qualification professionnelle analogue, soit une pratique de la vente en parfumerie pendant trois ans, sont disproportionnées eu égard à la nature des produits concernés.

127 En tout état de cause, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce que les stipulations du Contrat concernant la qualification professionnelle ne soient pas appliquées d'une manière discriminatoire ou disproportionnée dans des cas concrets.

#### b) Les critères concernant la localisation et l'installation du point de vente

128 Les critiques du Galec visent notamment les critères se référant à l'"environnement" du point de vente, à l'apparence extérieure du point de vente, et notamment aux vitrines, et à la vente d'autres marchandises dans le point de vente. Selon le Galec, ces critères sont trop subjectifs, disproportionnés et discriminatoires à l'égard de ses affiliés.

#### ° "L'environnement" et la localisation du point de vente

129 Le point II.4 du Contrat stipule que "le standing et l'environnement du point de vente de la parfumerie doivent correspondre au prestige de la marque". Selon cette disposition, l'environnement des magasins est apprécié en fonction de l'"environnement extérieur du magasin (magasins voisins et rue)", de la "localisation géographique (centre ville, quartier périphérique, rue commerçante, etc.)" et des "autres commerces de prestige dans le voisinage (bijouteries, magasins de cadeaux, hôtels, restaurants, etc.)". Il ressort de la rubrique "a) Qualité de l'environnement ° quartier ou rue" dans la grille de notation de la fiche d'évaluation de Givenchy qu'un commerce situé dans un quartier ou une rue de bonne renommée, ou à côté de commerces de luxe, est mieux noté qu'un commerce situé dans une banlieue ordinaire. A cette rubrique est aussi accordée la pondération maximale (30 points), soit plus que celle accordée à la qualification professionnelle (20 points).

130 Le Tribunal estime qu'un critère relatif à l'environnement dans lequel est situé un point de vente de cosmétiques de luxe n'est pas en soi visé par l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où il a pour objet d'assurer que de tels produits ne soient pas vendus en des lieux totalement inadaptés, comme l'a souligné le représentant de Givenchy à l'audience (voir point 87 ci-dessus). Le Tribunal relève, toutefois, qu'il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce qu'un tel critère ne soit pas appliqué de façon discriminatoire ou disproportionnée dans des cas concrets.

#### ° L'apparence extérieure du point de vente, et notamment "les vitrines en devanture"

131 Le Galec se plaint des dispositions du Contrat concernant la qualité de la façade ainsi que de la disposition du point II.6 du Contrat selon laquelle le magasin doit comporter "en devanture une ou plusieurs vitrines" qui doivent être présentées "d'une façon conforme aux usages qui régissent la vente de produits de luxe". Dans la fiche d'évaluation, la rubrique b) concernant l'apparence extérieure du point de vente représente un maximum de 30 points (pour une façade "exceptionnellement luxueuse") et la rubrique c) concernant les vitrines représente un maximum de 10 points.

132 Le Tribunal estime que de telles dispositions, et notamment celles concernant les vitrines, se prêtent à une application discriminatoire à l'encontre d'un point de vente ° tel qu'un hypermarché ° qui n'a pas la même façade qu'un commerce traditionnel, notamment une façade comportant des vitrines en devanture, mais qui a aménagé un emplacement ou un espace situé à l'

intérieur d' un magasin d' une façon appropriée à la vente des cosmétiques de luxe. En outre, des vitrines en devanture n' apparaissent pas nécessaires pour la bonne présentation des produits dans le contexte d' un emplacement ou d' un espace aménagé à l' intérieur d' un magasin "multiproduits".

133 Toutefois, il ressort de la fiche utilisée lors de l' évaluation de la candidature de la société Rocardis pour le centre Leclerc de Poitiers (voir points 46 et 47 ci-dessus) que les critères du Contrat concernant les vitrines peuvent être interprétés comme se référant aux "vitrines" d' un espace aménagé à l' intérieur d' un point de vente, et non aux vitrines extérieures.

134 Dans ces circonstances, il suffit de constater qu' il appartiendra aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller à ce que les critères concernant l' apparence extérieure du point de vente, y compris ceux concernant les vitrines, ne soient pas appliqués d' une manière discriminatoire ou disproportionnée.

#### **° La vente d' autres marchandises de nature à déprécier l' image de la marque Givenchy**

135 Le Galec conteste la licéité du point II.6 du Contrat selon laquelle "l' environnement des autres produits distribués dans le lieu de vente ne doit pas déprécier l' image de la marque Givenchy".

136 Il y a lieu de constater que ni le Contrat ni la fiche d' évaluation ne précisent les produits dont la vente dans le même lieu pourrait être de nature à déprécier l' image de la marque Givenchy. Dans la Décision, la Commission se borne à constater que cette disposition a pour objet de sauvegarder, dans la perception du public, l' aura de prestige et d' exclusivité inhérente aux produits en cause, "en évitant ainsi toute assimilation à des marchandises de qualité inférieure" (point II.A.5, cinquième alinéa).

137 Il convient donc de relever que le point II.6 du Contrat manque de précision et de clarté et se prête à une application subjective et éventuellement discriminatoire.

138 Toutefois, le Tribunal rappelle que la Commission considère qu' un hypermarché ne peut pas être exclu du réseau du seul fait qu' il vend d' autres marchandises (voir point II.A.5, cinquième et sixième alinéas, de la Décision et points 156 et suivants ci-après). En outre, les parties intervenantes n' ont pas identifié les produits dont la distribution serait de nature à déprécier l' "image" des produits, à l' exception des produits d' alimentation ou d' entretien.

139 Dans ces circonstances, le Tribunal considère que la Décision doit être interprétée en ce sens que la vente des autres marchandises typiquement trouvées dans un hypermarché n' est pas en soi de nature à nuire à l' "image de luxe" des produits en cause, pourvu que l' emplacement ou l' espace consacré à la vente des cosmétiques de luxe soit aménagé de façon à ce que ces produits soient présentés dans des conditions valorisantes. Un tel aménagement peut exiger que certains autres produits, tels que les produits d' alimentation ou d' entretien, ne soient pas distribués "à proximité" des cosmétiques de luxe, ou qu' il y ait une séparation adéquate entre la vente des cosmétiques de luxe et la vente d' autres produits de qualité inférieure (voir point II.A.5, cinquième alinéa, de la Décision).

140 A la lumière de ces précisions, le Tribunal estime que le contrôle qui sera exercé, en cas de difficultés, par les juridictions ou autorités nationales compétentes est de nature à contrebalancer le manque de clarté de ce critère. En effet, il leur appartient de veiller à ce que cette disposition ne soit pas appliquée d' une manière discriminatoire ou disproportionnée.

#### **° L' importance des autres activités exercées dans le point de vente**

141 A l' appui de la critique qu' il fait, dans la requête, des critères relatifs à l' installation du point de vente et à la vente des autres marchandises, le Galec a mis en cause, à l' audience, la rubrique "m) Activité du magasin" de la partie "Éléments d' appréciation intérieure" de la fiche d' évaluation

de Givenchy. Il ressort de cette rubrique, qui reçoit la pondération maximale de 30 points, que si l'activité de parfumerie du magasin est minoritaire par rapport à l'ensemble des autres activités, ou si la parfumerie occupe moins de 50 % des linéaires, le candidat concerné reçoit la note zéro. Le Galec considère que cette rubrique est discriminatoire.

142 Il est vrai que cette rubrique n'est pas mentionnée dans la Décision. Le Tribunal rappelle toutefois que celle-ci constate que les critères de Givenchy concernant l'installation du point de vente et la vente d'autres marchandises, visés au point II.6 du Contrat, ne relèvent pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité (point II.A.5, cinquième et sixième alinéas). Étant donné que la fiche d'évaluation fait partie intégrante dudit point II.6, il s'ensuit que la Décision doit être également interprétée comme décidant qu'un critère tel que celui prévu par la rubrique m) ne relève pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

143 Bien que, selon la fiche d'évaluation, un candidat ne soit éliminé que s'il obtient quatre zéros sur la totalité des quinze rubriques, la rubrique m) de la fiche d'évaluation n'en contribue pas moins à l'élimination des candidats, tels que les magasins "multiproduits", dont l'activité de parfumerie représente moins de 50 % de leurs activités, et ce même s'ils disposent d'un emplacement spécialisé pour la vente des produits en cause.

144 Dans ces circonstances, le Tribunal estime que la rubrique m) de la fiche d'évaluation doit être considérée comme disproportionnée dans la mesure où le seul fait que l'activité parfumerie d'un magasin représente moins de 50 % de ses activités totales n'a en soi aucun rapport avec l'exigence légitime de la préservation de l'image de luxe des produits concernés.

145 Par ailleurs, le Tribunal estime que la rubrique m) est discriminatoire dans la mesure où elle tend à favoriser la candidature d'une parfumerie spécialisée au détriment de celle d'un magasin "multiproduits" disposant d'un emplacement spécialisé aménagé de manière à satisfaire aux conditions qualitatives appropriées pour la vente des cosmétiques de luxe.

146 Il s'ensuit que cette rubrique est de par sa nature même susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, dans la mesure où elle a pour effet de défavoriser un candidat du seul fait que son activité parfum est minoritaire par rapport aux autres activités du magasin.

147 Bien que la fiche d'évaluation fasse partie intégrante des dispositions du point II.6 du Contrat et de la procédure d'accès au réseau Givenchy, force est de constater que le point II.A.5 de la Décision ne contient aucune motivation quant à la justification de la rubrique en cause. La Décision est donc entachée d'un défaut de motivation à cet égard.

148 Il y a ainsi lieu d'annuler la Décision dans la mesure où celle-ci décide qu'une disposition autorisant Givenchy à défavoriser la candidature de distributeurs du seul fait que leur activité de parfumerie est minoritaire n'est pas visée par l'article 85, paragraphe 1, du traité.

### c) Le critère de l'enseigne

149 Le Galec critique comme subjective, discriminatoire et disproportionnée la clause II.8 du Contrat qui dispose que "est exclue une enseigne existante ayant construit son image sur une restriction du décor ou des services. Est exclue également une nouvelle enseigne dont la perception par le public implique une restriction du décor ou des services. Il est cependant précisé que la politique de prix habituelle d'une enseigne ne saurait être considérée comme un élément dévalorisant". La Commission et les parties intervenantes considèrent que cette disposition est nécessaire pour préserver le caractère de luxe des produits et l'image de luxe de la marque Givenchy.

150 Le Tribunal estime qu'un critère qui a pour seul objet de veiller à ce que l'enseigne du détaillant ne soit pas de nature à dévaloriser l'image de luxe des cosmétiques de luxe constitue en

principe une exigence légitime de la distribution de tels produits et ne relève donc pas nécessairement de l' article 85, paragraphe 1, du traité. En effet, il est à craindre que, en l' absence d' un tel critère, l' image de luxe des cosmétiques de luxe, et donc leur nature même, soit atteinte par la vente de ces produits par des détaillants dont l' enseigne est manifestement dévalorisante aux yeux des consommateurs.

151 Toutefois, eu égard au fait que, à la différence des critères qui visent les aspects matériels d' un point de vente, le critère de l' enseigne n' est pas susceptible d' être vérifié par un reportage photographique ou une inspection sur place, il incombe aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de veiller tout particulièrement à ce que ce critère ne soit pas appliqué d' une façon injustifiée ou disproportionnée.

152 En effet, premièrement, ce critère ne peut se référer qu' à la perception actuelle de l' enseigne en cause aux yeux des consommateurs. Il s' ensuit que la première phrase de la clause II.8 du Contrat, selon laquelle "est exclue une enseigne existante ayant construit son image sur une restriction du décor ou des services", ne saurait être interprétée comme excluant des formes modernes de commerce qui se sont fondées, à leurs débuts, sur une restriction du décor ou des services, mais qui ont, depuis lors, développé de nouveaux procédés de valorisation pour la vente des produits de luxe, de sorte que leur enseigne n' est plus considérée comme dévalorisante à cet égard.

153 Deuxièmement, conformément aux principes que le Tribunal vient d' indiquer (voir points 121 et suivants ci-dessus), la perception de l' enseigne en question ne relève pas de la seule discrétion du fabricant mais doit être établie d' une façon aussi objective que possible. En cas de contestation, des éléments de preuve objectifs, tels que des sondages ou des études de marché, devraient, le cas échéant, être soumis à l' appréciation des juridictions ou des autorités nationales compétentes.

154 Troisièmement, comme la défenderesse l' a relevé elle-même, la Décision précise au point II.A.5 que l' image qui découle de la "politique habituelle de prix du distributeur" ne doit pas être considérée comme dévalorisante. En effet, le critère de l' enseigne ne saurait être utilisé à seule fin d' exclure des magasins capables d' offrir les produits à des prix réduits, mais dans des conditions valorisantes.

155 Enfin, le Tribunal estime que le critère de l' enseigne doit être appliqué d' une manière particulièrement prudente lorsqu' il ne fait aucun doute que le détaillant a fait les investissements nécessaires pour satisfaire à toutes les exigences concernant les conditions matérielles de vente (aménagement, séparation des autres articles, personnel qualifié, etc.) et a accepté les obligations de stockage, de chiffre minimal d' achats annuels, de coopération publicitaire, etc. Dans un tel cas, il appartient aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de vérifier que le critère de l' enseigne n' est pas utilisé à seule fin d' exclure du réseau un point de vente apte à vendre les produits concernés, sans qu' il existe de risque réel d' atteinte à l' image de ces derniers.

**C ° Sur les moyens et arguments du requérant portant sur la question de savoir si ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy et sur l' attitude des consommateurs à cet égard**

156 A la lumière de ce qui précède, il convient, à ce stade du raisonnement, d' aborder les moyens et arguments du Galec portant sur la question de savoir si ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy par le cumul des critères de sélection et sur l' attitude des consommateurs à cet égard.

157 Le Tribunal rappelle tout d' abord que la Commission a souligné à maintes reprises en cours d' instance que la Décision n' envisage pas l' exclusion a priori des formes modernes de commerce, telles que les hypermarchés exploités par les centres Leclerc (voir points 71 et 72 ci-dessus). Givenchy, pour sa part, a souligné qu' elle n' avait pas d' a priori à l' encontre des hypermarchés ou

d' autres formes modernes de distribution ni à l' encontre des centres Leclerc (voir points 84 et 91 ci-dessus). Les trois autres parties intervenantes, elles aussi, ont fait valoir que la Décision n' exclut pas en soi la forme de distribution opérée par les affiliés du Galec ou d' autres formes modernes de distribution. Au contraire, les parties intervenantes ont notamment fait valoir l' existence, dans plusieurs États membres, de distributeurs agréés "multiproduits" afin de démontrer la nature non restrictive du système Givenchy.

158 Il en résulte qu' aucune des parties n' a fait valoir devant le Tribunal l' inaptitude de principe des hypermarchés ou d' autres formes de distribution "multiproduits" à vendre des cosmétiques de luxe. La Commission et les parties intervenantes admettent que cette possibilité est envisagée par la Décision, pourvu que de tels points de vente soient aménagés de façon appropriée et qu' ils acceptent des obligations équivalentes à celles acceptées par d' autres distributeurs agréés. Le Tribunal estime d' ailleurs que, s' il en était autrement, le réseau Givenchy violerait l' article 85, paragraphe 1, du traité, en excluant a priori une catégorie de revendeurs potentiels du système (voir point 116 ci-dessus).

159 Même si, aux points II.A.5, sixième alinéa, et II.B.5, quatrième alinéa, de la Décision, la Commission s' est exprimée avec une certaine ambiguïté en utilisant l' expression "grands magasins", qui vise normalement une forme de commerce traditionnel, et en soulignant qu' elle "n' a pu constater" que la diffusion des systèmes de distribution sélective dans le domaine des produits cosmétiques de luxe écarte "par principe" certaines formes modernes de distribution, elle a précisé, en cours d' instance, qu' en adoptant la Décision elle n' avait pas l' intention d' exclure des formes de commerce telles que les hypermarchés des affiliés du Galec et que les termes "grands magasins" dans la Décision englobent de telles formes de commerce (voir point 72 ci-dessus).

160 Par ailleurs, le Tribunal a souligné dans le présent arrêt le rôle des juridictions ou autorités nationales compétentes dans l' application non discriminatoire et proportionnée des critères en cause (voir points 121 et suivants ci-dessus).

161 Il en résulte que le requérant n' a pas établi à suffisance de droit qu' il existe actuellement des barrières à l' entrée de la grande distribution dans la distribution des cosmétiques de luxe, pourvu que ses points de vente soient adaptés d' une façon appropriée à la vente de tels produits.

162 En effet, il appartient au Galec ou à ses affiliés de poser leur candidature et, le cas échéant, aux juridictions ou aux autorités nationales compétentes de décider si un refus d' adhésion dans un cas concret est compatible avec l' article 85, paragraphe 1, du traité, à la lumière de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal. Par ailleurs, il appartient à la Commission de veiller, notamment en cas de demande de renouvellement de la Décision, à ce que les formes modernes de distribution ne soient pas exclues du réseau Givenchy ou de réseaux semblables d' une manière injustifiée.

163 Il en résulte que l' allégation du Galec, selon laquelle ses affiliés sont exclus a priori du réseau Givenchy, doit être rejetée.

164 Il convient de rejeter également les moyens et/ou arguments du Galec selon lesquels la Commission n' a pas motivé son affirmation que les critères qualitatifs énoncés dans la Décision sont les seuls inhérents à la sélectivité des parfums de luxe et/ou que les procédés de valorisation propres à la grande distribution sont inadéquats pour leur distribution. En effet, la Décision ne peut être interprétée comme contenant une telle affirmation.

165 Pour les mêmes raisons, l' allégation du Galec selon laquelle la Commission a commis une erreur manifeste de fait quant à la prétendue exclusion de la grande distribution de la commercialisation des produits en cause doit être rejetée.

166 Pour les mêmes raisons encore, il convient de rejeter le double reproche fait par le Galec à la Commission de ne pas avoir justifié ses affirmations quant à la motivation du consommateur et d' avoir commis une erreur manifeste de fait sur ce point.

167 A cet égard, il est vrai que la Commission ne s' est pas fondée sur une expertise indépendante de nature à étayer ses affirmations relatives aux motivations du consommateur, notamment au point II.B.3 de la Décision. Il est également vrai, comme le Galec l' a affirmé à l' audience, que les quatre associations françaises de consommateurs qui ont soumis des observations pendant la procédure administrative préalable à l' adoption de la décision Yves Saint Laurent, à savoir l' Union féminine civique et sociale (UCS), l' Institut national de la consommation (INC), la Confédération syndicale du cadre de vie (CSCV) et la Confédération des familles (CSF), n' ont pas soutenu sans réserve la position adoptée par la Commission. En effet, la CSF et l' INC ont fait état de leur opposition à la décision proposée, au motif notamment que celle-ci aurait pour effet de maintenir des prix trop élevés et d' écarter de l' accès à ces produits une partie importante de la population. L' UCS, quant à elle, a fait valoir que certaines des dispositions en cause tendaient à rendre plus difficile qu' avant la venue sur le marché de nouvelles formes de distribution et que ces dispositions "ne vont pas dans le sens de l' ouverture et de l' exercice d' une meilleure concurrence dans le cadre du marché unique, ni dans le sens de l' intérêt des consommateurs". La CSCV, pour sa part, a conclu ses observations en faisant remarquer que, "sous couvert d' une technicité de leurs produits et du prestige d' une marque, la SA Yves Saint Laurent restreint par des critères de sélection discriminatoires la concurrence et maintient fictivement un prix très élevé pour ses produits".

(...)

## CJCE, 13 janvier 1994

### CJCE, 13 janvier 1994 :

#### Motifs de l'arrêt

1 Par ordonnance du 22 septembre 1992, parvenue à la Cour le 12 octobre suivant, l' Oberlandesgericht Duesseldorf a posé, en application de l' article 177 du traité CEE, une question préjudicielle relative à l' "étanchéité" d' un système de distribution sélective comme condition de sa validité au regard de l' article 85 du traité CEE.

2 Cette question a été posée dans le cadre d' une action intentée par la société Metro contre la société Cartier en vue de faire constater que cette dernière était tenue de fournir gratuitement sa garantie aux montres Cartier qu' elle mettait en vente.

3 Metro SB-Grossmaerkte GmbH (ci-après "Metro"), société établie à Duesseldorf, est la filiale du groupe Metro qui exploite, en République fédérale d' Allemagne et dans d' autres États européens, un grand nombre d' entreprises de commerce de gros en libre service organisées selon le principe "cash and carry".

4 Cartier SA (cette société et le groupe Cartier seront dénommés ci-après "Cartier"), société établie à Paris, est la filiale de distribution de la société Cartier Monde, dont le siège est à Luxembourg et qui dispose, dans de nombreux pays, d' entreprises de distribution analogues. Les produits Cartier sont généralement considérés comme des produits de luxe.

5 Cartier ne fabrique pas elle-même les montres mais se les procure auprès d' un fabricant établi en Suisse. Elle les commercialise par un réseau de distribution sélective. A l' intérieur du marché commun, ce réseau repose sur des contrats conclus, dans les différents États membres, par les filiales de Cartier ou, à défaut, par des importateurs grossistes choisis par la société mère, avec des détaillants, dénommés "concessionnaires", sélectionnés selon des critères qualitatifs. Ces contrats de distribution sont établis sur la base d' un contrat type.

6 Ce contrat type a été notifié en 1983 à la Commission, qui a examiné sa compatibilité avec l' article 85, paragraphe 1, du traité et en a critiqué certaines clauses. Cartier ayant supprimé ces clauses et transmis un contrat modifié à la Commission, celle-ci lui a fait savoir, par une lettre administrative du 21 décembre 1988, que l' affaire pouvait être classée.

7 Aux termes de ce contrat, Cartier s' engage à n' approvisionner en produits de sa marque, à l' intérieur de la Communauté, que des distributeurs agréés. En contrepartie, ces derniers s' engagent à ne vendre ces produits à l' intérieur de la Communauté qu' aux consommateurs finals, ou encore à d' autres distributeurs agréés qui y sont établis.

8 Metro n' appartient pas au réseau des concessionnaires Cartier. Elle parvient cependant, depuis plusieurs années, à se procurer des montres Cartier sur le marché d' États tiers tels que la Suisse où le système de distribution sélective de Cartier comporte certaines failles. Les montres y sont achetées par Metro auprès d' intermédiaires commerciaux indépendants qui, eux-mêmes, se fournissent, semble-t-il, auprès de concessionnaires, membres du réseau international Cartier, lesquels ne peuvent, en vertu du droit helvétique, se voir imposer de ne revendre qu' à des concessionnaires Cartier agréés. Les montres ainsi acquises sont ensuite revendues par Metro à l' intérieur du marché commun.

9 Les montres Cartier sont vendues avec une garantie du fabricant. Celle-ci se présente sous la forme d' un certificat qui doit être rempli au moment de l' achat. En exécution d' une clause figurant dans le texte de la garantie internationale accompagnant chaque montre, Cartier fait

dépendre sa promesse de garantie de l' apposition, sur le certificat, du cachet et de la signature d' un concessionnaire Cartier agréé.

10 Cartier a cependant, pendant un certain temps, exécuté des prestations de garantie pour des montres vendues par Metro. Depuis 1984, elle refuse absolument d' assurer gratuitement sa garantie aux montres qui n' ont pas été acquises auprès de ses distributeurs agréés. Metro a dès lors décidé d' organiser son propre système de garantie, ce qui constitue pour elle une charge financière considérable.

11 Estimant que la limitation de la garantie était incompatible avec l' article 85, paragraphe 1, du traité, Metro a, en 1984, porté devant le Landgericht Duesseldorf une demande visant à faire constater l' obligation, pour Cartier, d' accorder sa garantie aux montres Cartier qui sont accompagnées d' un certificat de garantie rempli et signé par Metro.

12 En première instance, le Landgericht Duesseldorf a rejeté comme non fondée l' action en constatation introduite par Metro.

13 Appel de ce jugement a été interjeté devant l' Oberlandesgericht Duesseldorf (ci-après l' "OLG") qui a confirmé ce rejet. Il a notamment considéré comme dénuée de pertinence la question de savoir si la limitation de la garantie de Cartier était contraire à l' article 85 du traité.

14 Le 10 novembre 1987, le Bundesgerichtshof (ci-après le "BGH") a cassé ce jugement, au motif que l' OLG avait procédé à une clarification insuffisante des faits. Il a notamment précisé que la question de la légalité du système de distribution sélective Cartier ne pouvait rester sans réponse. Selon le BGH, si le système de garantie Cartier n' était pas intégré dans un système licite de distribution sélective mais se présentait de façon isolée, il enfreindrait, en effet, l' article 85, paragraphe 1, du traité.

15 Lors de la deuxième procédure devant la juridiction d' appel, l' OLG a fait droit à l' action en constatation introduite par Metro. L' OLG s' est prononcé à cette occasion sur certaines clauses du contrat type de distribution qui, selon lui, feraient dépendre les livraisons croisées entre détaillants agréés, qu' elles aient lieu à l' intérieur d' un même État ou qu' elles aient un caractère transfrontalier, d' une autorisation spéciale consentie par les filiales de Cartier. Il a considéré que, en raison de ces clauses, le système de distribution sélective Cartier enfreignait l' article 85, paragraphe 1, du traité. Le système de distribution sélective Cartier étant à ses yeux illicite, l' OLG a estimé que la limitation de la garantie Cartier ne pouvait pas non plus être justifiée.

16 Dans le cadre d' un nouveau pourvoi en révision, le BGH a, le 19 décembre 1989, cassé ce deuxième arrêt de l' OLG. Il a, en effet, estimé que l' interprétation qu' il donnait des clauses relatives aux livraisons croisées entre détaillants agréés était erronée et que les clauses litigieuses ne constituaient pas une infraction à l' article 85, paragraphe 1, du traité. Le BGH a, par ailleurs, souligné que la limitation de la garantie Cartier résultait d' un engagement contractuel de Cartier à l' égard de ses revendeurs et entrainait donc dans le champ de l' article 85, paragraphe 1, du traité. Enfin et surtout, il a précisé que la limitation de la garantie n' était admissible que pour autant que le système de distribution sélective des montres Cartier dans le marché commun présente un caractère "étanche" (lueckenlos). En conséquence, le BGH a renvoyé l' affaire devant l' OLG pour que celui-ci détermine si Cartier dispose ou non d' un système "étanche" de distribution sélective dans le marché commun.

17 Lors de la troisième procédure en appel devant l' OLG, le débat a alors porté essentiellement sur le caractère "étanche" ou non du système de distribution Cartier. Dans son ordonnance de renvoi, l' OLG part de l' hypothèse que, dans les pays tiers, il n' existe pas un système de distribution sélective qui soit garanti contractuellement et que l' on fasse respecter en pratique, et que, dès lors, les montres Cartier peuvent arriver légalement en grande quantité sur le territoire

du marché commun où Metro peut les vendre librement. Selon l' OLG, si l' on conclut, ainsi qu' il paraît devoir découler de l' arrêt du BGH, que le fait que les tiers se procurent effectivement la marchandise et l' écoulent ensuite librement, et même le seul fait qu' ils puissent se livrer à pareille activité, suffit à entraîner la caducité du système, il conviendrait ou, à tout le moins, il serait possible de faire droit à la demande de Metro. En revanche, à supposer que n' aient pas d' importance décisive les importations à partir de pays tiers où le système de distribution ne présente pas un caractère "étanche" sur le plan théorique ou, tout au moins, sur le plan pratique, l' action de Metro devra être rejetée si le système contractuel de Cartier est conforme, du point de vue de la sélection des concessionnaires, aux principes formulés par la Commission et la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui ne paraît guère douteux à l' OLG.

18 Par ordonnance du 22 septembre 1992, l' OLG s' est demandé si l' "étanchéité" du système dans les pays extérieurs à la Communauté conditionnait la validité du système de distribution sélective dans la CEE et a, par conséquent, saisi la Cour de la question préjudicielle suivante:

"L' inapplicabilité de l' article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) est-elle remise en cause pour la raison que, dans les États n' appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu' un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système?"

19 Ainsi que le souligne la Commission, ce n' est qu' en prenant en considération le droit allemand que l' on peut comprendre pourquoi la juridiction de renvoi se demande si l' "étanchéité" d' un système de distribution sélective à l' échelle mondiale est une condition de validité, au regard du droit communautaire, du système de distribution sélective mis en place dans la Communauté.

20 Le concept d' "étanchéité" a été développé en République fédérale d' Allemagne dans le cadre d' actions en concurrence déloyale (actions en cessation ou en dommages et intérêts) dirigées contre des tiers qui commercialisent des produits couverts par une concession de vente exclusive, ou qui vendent à des prix inférieurs aux prix contractuellement imposés par le fabricant. Il a ensuite été étendu au cas d' actions intentées contre des tiers à un système de distribution sélective.

21 L' "étanchéité" (Lueckenlosigkeit) d' un système de distribution sélective signifie qu' un distributeur non agréé ne peut se procurer les marchandises qui sont soumises à ce système qu' en participant à la violation par un distributeur agréé de ses engagements contractuels. L' "étanchéité" doit être à la fois théorique et pratique. L' "étanchéité" théorique suppose que le fabricant ait conclu, avec les distributeurs qu' il a sélectionnés, un ensemble de contrats qui assurent que les produits soumis à distribution sélective ne parviendront aux consommateurs que par l' intermédiaire de distributeurs agréés. Quant à l' "étanchéité" pratique, elle implique que le fabricant prouve qu' il fait respecter son système en agissant contre ses partenaires infidèles ou contre les tiers qui se procureraient les marchandises auprès de distributeurs violant leurs obligations contractuelles.

22 Cette théorie a d' abord une importance sur le plan de l' administration de la preuve. Dès lors qu' il prouve l' "étanchéité" théorique et pratique de son système de distribution, le fabricant qui agit contre des tiers qu' il accuse de concurrence déloyale bénéficie d' un renversement de la charge de la preuve: les tiers sont alors présumés agir de manière déloyale puisqu' ils ne peuvent s' être procuré les marchandises litigieuses que par des voies détournées, en incitant un distributeur agréé à commettre une rupture de contrat ou en exploitant simplement une telle rupture.

23 L' "étanchéité" a ensuite une portée de nature substantielle. Elle conditionne en effet en droit

allemand la possibilité de mettre en oeuvre le système de distribution sélective à l'égard de ceux qui ont souscrit des engagements contractuels. Ce n'est que si le système est "étanche" que le fabricant peut agir contre le distributeur agréé pour le contraindre à respecter ses engagements contractuels. Si le défaut d'"étanchéité" du système entraîne, pour les distributeurs agréés, la concurrence de distributeurs libres, le fabricant ne pourra plus faire respecter les contrats par les membres de son réseau.

24 En réponse à la question préjudicielle ainsi replacée dans son contexte, il convient de souligner d'abord que le concept d'"étanchéité" a été développé dans le cadre des actions en concurrence déloyale dirigées contre des tiers à des accords de concession exclusive de vente, à des accords de prix imposés, ou à des accords mettant en place un système de distribution sélective. Dans ces procès en concurrence déloyale, la validité du contrat au regard de l'article 85 du traité se présente comme une question préalable. Un fabricant ne peut, en effet, reprocher à un tiers de s'être associé à la violation d'un engagement contractuel que si ce dernier est lui-même valide au regard de l'article 85 du traité. Cela n'implique pas qu'il faille, en sens inverse, pour porter un jugement sur la légalité d'un accord au regard de l'article 85 du traité, se soucier de savoir si les conditions sont remplies pour que cet accord puisse être opposé à des tiers par le jeu d'une action en concurrence déloyale.

25 Ensuite, l'application de l'interdiction des ententes édictée par le droit communautaire ne saurait dépendre d'une condition particulière à un système national. Or, comme la Commission l'a relevé à juste titre, la condition de l'"étanchéité" qui a été dégagée en droit allemand est inconnue des droits de presque tous les autres États membres. Par exemple, la Cour de cassation française a jugé que le fait, pour un intermédiaire non agréé, de mettre en vente des produits dont le conditionnement portait la mention "vente exclusive par des distributeurs agréés" constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale (Cour de cassation française, chambre commerciale, arrêt Rochas, 27 octobre 1992, Dalloz 1992, jurisprudence 505). Il n'est donc même pas nécessaire en droit français de prouver que le commerçant non agréé a été approvisionné par un distributeur agréé infidèle et a participé à la violation par celui-ci de ses engagements contractuels.

26 En outre, ainsi que l'a bien vu la Commission, subordonner la validité d'un système de distribution sélective au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité à son "étanchéité" aurait pour résultat paradoxal que les systèmes de distribution les plus rigides et les plus fermés seraient traités plus favorablement, au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité, que des systèmes de distribution plus souples et plus ouverts au commerce parallèle.

27 Enfin, la reconnaissance de la validité d'un réseau de distribution sélective dans le marché commun ne peut pas dépendre de la capacité qu'aurait le fabricant à réaliser partout l'"étanchéité" du réseau alors même que la législation de certains États tiers peut faire obstacle à la réalisation de cet objectif ou même empêcher de l'atteindre.

28 De ces observations, il résulte que l'"étanchéité" d'un système de distribution sélective n'est pas une condition de sa validité au regard du droit communautaire.

29 Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la juridiction de renvoi que l'inapplicabilité de l'article 85, paragraphes 1 et 2, du traité, à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) n'est pas remise en cause pour la raison que, dans les États n'appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu'un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système.

30 Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus (voir le point 17), l' OLG a, dans son ordonnance de renvoi, fait apparaître qu' une réponse sur le problème de l' "étanchéité" lui permettrait de trancher le litige pendant devant lui. Au cas où la "non-étanchéité" du système le rendrait invalide au regard de l' article 85 du traité, la limitation de la garantie serait illicite et l' action intentée par Metro devrait, selon lui, être déclarée fondée. En revanche, si la "non-étanchéité" n' avait pas cette conséquence, la limitation de la garantie serait licite et l' action intentée par Metro devrait être rejetée.

31 La réponse à la question préjudicielle ayant fait ressortir que l' "étanchéité" du système de distribution sélective n' est pas la condition de la validité du système, il convient encore d' examiner à quelles conditions la limitation de la garantie aux montres acquises auprès de distributeurs agréés peut être considérée comme licite au regard de l' article 85 du traité. Metro l' ayant invité par lettre à préciser en ce sens sa question préjudicielle, l' OLG a expliqué dans une ordonnance du 9 novembre 1992 que "cette question (constituait) déjà l' objet de l' ordonnance de renvoi". Devant la Cour, cette question a été longuement débattue par les parties tant dans leurs observations écrites que lors de la procédure orale.

32 A cet égard, il convient d' observer qu' un engagement contractuel de limiter la garantie aux commerçants du réseau et de la refuser aux marchandises écoulées par les tiers aboutit au même résultat et produit le même effet que des clauses contractuelles réservant la vente aux membres du réseau. Comme ces clauses contractuelles, la limitation de la garantie est un moyen pour le fabricant d' empêcher que les tiers au réseau ne se livrent au commerce des produits couverts par le système.

33 Dès lors que sont licites les clauses contractuelles par lesquelles le fabricant s' oblige à ne vendre que par l' intermédiaire de distributeurs agréés et par lesquelles ces commerçants agréés s' engagent eux-mêmes à ne revendre qu' à d' autres commerçants agréés ou à des consommateurs, il n' y a pas de raison de soumettre à un traitement plus sévère le régime de limitation contractuelle de la garantie aux produits vendus par l' intermédiaire des distributeurs agréés. Au regard de l' article 85 du traité, seuls comptent l' objet de cette limitation et l' effet qu' elle produit.

34 Aussi est-il nécessaire de préciser, eu égard au problème posé devant la juridiction nationale que, dès lors qu' un système de distribution sélective satisfait aux critères de validité de l' article 85 du traité, tels qu' ils ont été précisés par la jurisprudence (voir arrêt du 11 décembre 1980, L' Oréal, 31/80, Rec. p. 3775), il y a lieu de considérer comme valide également la limitation de la garantie du fabricant aux produits contractuels acquis auprès des distributeurs agréés.

### **Décisions sur les dépenses**

35 Les frais exposés par le gouvernement hellénique, le gouvernement français et la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l' objet d' un remboursement. La procédure revêtant, à l' égard des parties au principal, le caractère d' un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

### **Dispositif**

Par ces motifs, LA COUR (cinquième chambre), statuant sur la question à elle soumise par l' Oberlandesgericht Duesseldorf, par ordonnance du 22 septembre 1992, dit pour droit:

1) L' inapplicabilité de l' article 85, paragraphes 1 et 2, du traité CEE à un système de distribution sélective pour la CEE de produits de prestige (montres de la catégorie de prix supérieure et de la catégorie luxe) n' est pas remise en cause pour la raison que, dans les États n' appartenant pas à la Communauté européenne, des clauses contractuelles similaires ne prévoient pas de système de distribution sélective, ou ne prévoient qu' un système imparfait de distribution sélective, de sorte que les marchandises relevant dans la CEE de ce système peuvent y être acquises librement et

introduites légalement sur le marché commun par des tiers étrangers au système.

2) Dès lors qu' un système de distribution sélective satisfait aux critères de validité de l' article 85 du traité CEE, tels qu' ils ont été précisés par la jurisprudence de la Cour, il y a lieu de considérer comme valide également la limitation de la garantie du fabricant aux produits contractuels acquis auprès des distributeurs agréés.

### **CA Paris 28 septembre 1989(à rechercher)**

RG n° 87-020472, jurisdata n° 1989-024655

Document à rechercher dans la base de données jurisdata (JurisClasseur)

### **Cass. Com., 1er juillet 2003**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Pau, 11 mai 1999), que la société Anaïs exploite des fonds de commerce de parfumerie à Pau et à Tarbes ; que se plaignant de la concurrence déloyale qu'auraient exercée la société Marie-Jeanne Godard (MJG), qui exploite un fonds de commerce de parfumerie à cette enseigne à Tarbes, et la société MJG Béarn, qui exploite un fonds de commerce de parfumerie à cette enseigne à Pau, en ne respectant pas les clauses des contrats de distribution sélective auxquelles elles sont soumises, et en se rendant coupables de pratiques de publicité trompeuse et de dénigrement, la société Anaïs a assigné les sociétés MJG et MJG Béarn en réparation de son préjudice ;

Sur le pourvoi principal :

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société MJG et la société Beauté parfums, venant aux droits de la société MJG Béarn, font grief à l'arrêt d'avoir dit que les sociétés MJG et MJG Béarn se sont rendues coupables d'actes de concurrence déloyale à l'égard de la société Anaïs et de les avoir condamnées chacune à payer la somme de 500 000 F à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 ) qu'aux termes de l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; que l'inexécution, par un distributeur, d'obligations contractuelle stipulées dans l'intérêt du fabricant afin de préserver l'image de la marque, n'est pas en elle-même de nature à engager la responsabilité délictuelle de ce distributeur envers d'autres distributeurs, tiers au contrat, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

2 ) qu'en retenant que les sociétés MJG et MJG Béarn avaient commis des fautes délictuelles consistant en l'inexécution d'obligations contractuelles résultant de "l'ensemble des contrats de distribution sélective liant les parties à de grandes marques de cosmétiques de luxe", sans procéder à une analyse concrète des clauses de chacun des contrats invoqués et des conditions dans lesquelles ils étaient exécutés, la cour d'appel s'est déterminée par des motifs d'ordre général, violant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en énonçant que l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle, et en retenant que telle est la situation de la société Anaïs, qui fonde son action en concurrence déloyale sur le non-respect par les sociétés mises en cause, des obligations que leur imposent les contrats de distribution sélective qu'elles ont signés les unes et les autres, et sur les avantages qu'elles en

tirent, notamment en terme d'économies d'exploitation, leur permettant ainsi de réduire, de manière déloyale à son égard, leurs prix de vente des produits distribués dans le cadre de ces réseaux sélectifs, la cour d'appel, qui a motivé sa décision sur le droit pour la société Anaïs d'invoquer la violation prétendue de leurs obligations contractuelles par ses concurrentes, a statué à bon droit ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société MJG et la société Beauté parfums font encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 ) qu'en statuant ainsi, par une affirmation générale, sans préciser en quoi une forme de distribution permettant le libre accès au produit était incompatible avec l'exigence de mise à la disposition de la clientèle d'un service de conseil et de démonstration suffisant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil, de l'article 85 du Traité CEE et de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

2 ) qu'en se déterminant par un motif général sans préciser la nature et les caractéristiques des produits dont la vente était reprochée aux sociétés MJG Béarn et MJG, ni en quoi ils étaient susceptibles de déprécier l'image des produits cosmétiques de luxe, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile et de l'article 1382 du Code civil ;

3 ) que le tribunal de première instance des communautés européennes a jugé que la vente d'autres produits n'est pas en soi de nature à nuire à l'image des produits cosmétiques de luxe pourvu que l'espace consacré à la vente de ces derniers soit aménagé de façon à ce qu'ils soient présentés dans des conditions valorisantes, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, par un motif général, sans préciser en quoi la présentation des produits cosmétiques de luxe dans les magasins exploités par les sociétés MJG Béarn et MJG n'était pas valorisante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 85 du Traité CEE, de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et de l'article 1382 du Code civil ;

4 ) qu'en se déterminant par un motif général, sans préciser en quoi et dans quelle mesure le personnel des sociétés MJG Béarn et MJG ne remplissait pas les conditions posées par les contrats, ni sur quels éléments de preuve elle se fondait, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que l'examen des procès-verbaux de constat versés aux débats révèle que les sociétés MJG et MJG Béarn présentent dans leurs points de vente, à proximité immédiate et sans séparation physique des produits de luxe, des produits dits "food" relevant même pour certains des rayons "bazar" des grandes surfaces de distribution ; que l'arrêt estime que les marques de cosmétiques de prestige ne peuvent être que dépréciées par leur voisinage immédiat avec des produits disponibles dans tout magasin populaire et sans rapport avec l'image de luxe qu'elles entendent représenter et préserver ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en second lieu, qu'en l'état des conclusions des sociétés MJG et MJG Béarn ayant seulement fait valoir que la qualité de leur personnel avait été reconnue par l'attribution de récompenses professionnelles, l'arrêt qui retient qu'il ne peut qu'être constaté que ces sociétés n'ont pas respecté leurs obligations contractuelles leur imposant, dans des termes quasiment identiques, de recruter un personnel ayant une formation sanctionnée par des diplômes précisément définis ou par une expérience professionnelle d'une durée minimum, n'encourt pas le grief de la quatrième branche du moyen ;

Qu'il suit de là que non fondé en ses deuxième, troisième et quatrième branches, le moyen, qui critique en sa première branche des motifs inopérants, mais surabondants, en l'état des autres manquements établis à la charge des sociétés MJG et MJG Béarn, ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu qu'il est encore fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 ) qu'en se déterminant par de tels motifs inintelligibles, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2 ) qu'en se déterminant par de tels motifs, la cour d'appel n'a pas caractérisé les actes de concurrence déloyale engageant la responsabilité des sociétés MJG Béarn et MJG, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que la société Anaïs fait grief aux sociétés MJG et MJG Béarn de pratiquer une publicité comparative illicite et mensongère, en faisant valoir qu'elles vendent "moins cher que le moins cher", alors que la preuve est rapportée qu'elles proposent 357 références de produits dits "food", à des prix plus élevés que ceux des magasins de grande surface locaux, et en proposant, au titre d'une garantie de prix bas", de "rembourser la différence au client qui trouve le même produit moins cher chez un détaillant de la même ville" ;

que l'arrêt relève que les sociétés MJG et MJG Béarn font plaider que la part des produits dits "food" vendus par elles à un prix plus élevé que les autres commerçants locaux, est tout à fait marginale comme ne représentant que 3 et 4 % du chiffre d'affaires de leurs deux points de vente, et ne peut dès lors avoir aucune répercussion significative sur leur politique de prix des produits de luxe ; que l'arrêt en déduit que les sociétés MJG et MJG Béarn tentent bien, par une politique publicitaire simpliste, de faire admettre aux consommateurs l'idée qu'elles vendent tous leurs produits à des prix moins chers que ceux de leurs concurrents de la place, alors qu'elles développent par ailleurs, sachant que leur publicité ne peut refléter la réalité, une "garantie de prix bas", par laquelle elles font reposer, sur leurs clients, l'obligation qu'elles se sont imposées à elles-mêmes publiquement, d'assurer le prix le plus bas sur tous leurs produits ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que les sociétés MJG et MJG Béarn effectuaient une publicité trompeuse, la cour d'appel, qui a décidé que ces pratiques publicitaires sont incontestablement déloyales à l'égard des concurrents directs de ces sociétés comme ayant pour but de détourner, avec de faux arguments, la clientèle qui leur est commune, a légalement justifié sa décision qu'elle a motivée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société Anaïs fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à la réparation du préjudice résultant pour elle des faits de dénigrement commis par la société MJG, alors, selon le moyen, qu'un acte de dénigrement cause nécessairement un préjudice, au moins moral, à la personne qui en est victime ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui n'a nullement écarté la réalité des faits de dénigrement commis par la société MJG auprès des fournisseurs au moyen d'une lettre circulaire, a néanmoins affirmé que la société Anaïs ne justifiait pas du préjudice en résultant ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que la société Anaïs ne justifie pas des conséquences de la lettre circulaire constitutive de dénigrement invoquée au soutien de sa demande en réparation, et

estime qu'il aurait été utile pour la cour d'appel de connaître la teneur des courriers que ses fournisseurs ont pu lui adresser à ce sujet, afin d'apprécier le préjudice allégué à concurrence de 600 000 francs ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a seulement relevé que la société Anaïs, à laquelle incombait la charge de la preuve, ne l'avait pas mise en mesure d'apprécier l'étendue du préjudice causé par le dénigrement, a pu statuer comme elle a fait ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois principal et incident ;

Condamne les sociétés MJG et Beauté et parfums d'une part, et Anaïs d'autre part, aux dépens de leur pourvoi respectif ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne les sociétés MJG et Beauté et parfums à payer à la société Anaïs la somme de 1 800 euros ;

### **CA Colmar, 24 juin 2008**

#### **DISCUSSION :**

Vu la requête présentée le 15 octobre 2007 par la société Puma France en vue d'être autorisée à assigner la société Overstock en dehors des audiences habituelles en référé ;

Vu l'ordonnance du 16 octobre 2007 qui a fait droit à cette requête ;

Vu l'assignation délivrée le 17 octobre 2007 par la société Puma France à la société Overstock aux fins de lui faire interdire sous astreinte la commercialisation de produits Puma en violation du réseau de distribution exclusive de cette société, et aux fins d'obtenir une provision à valoir sur la réparation de son préjudice ainsi que diverses mesures de publicité ;

Vu l'ordonnance du 8 janvier 2008 du juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg, qui a fait droit généralement aux demandes de la société Puma France, au motif essentiel que le réseau de distribution exclusive de cette société était manifestement licite, et qui a condamné sous astreinte la société Overstock à cesser de commercialiser les produits Puma ainsi qu'à lui payer une provision de 15 000 €, en ordonnant diverses mesures de publicité ainsi que la communication de l'état des stocks de la société Overstock aux dates du 16 janvier 2007 et du 12 septembre 2007 ;

Vu l'appel relevé contre cette ordonnance le 7 février 2008 la société Overstock, dans des conditions de recevabilité non contestées, en l'absence de justification de sa signification ;

Vu ses conclusions d'appel du 2 mai 2008, destinées à obtenir l'infirmité de l'ordonnance entreprise, aux motifs essentiels que la licéité du réseau de distribution exclusive Puma ne serait pas établie, notamment eu égard à la part de marché de cette société et à la nécessaire étanchéité de son réseau et qu'elle justifierait d'un approvisionnement régulier auprès de diverses sociétés, elles-mêmes fournies par la société Puma Italie ;

Vu ses demandes présentées au résultat de cette argumentation, destinées à obtenir 100 000 € de dommages-intérêts au titre de l'exécution dommageable de l'ordonnance entreprise, ainsi que 5000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncpv ;

Vu les conclusions déposées le 9 mai 2008 par la société Puma France, en vue d'obtenir généralement la confirmation de l'ordonnance entreprise, sauf à retenir par voie d'appel incident un certain nombre de moyens écartés par le premier juge, relativement à la présentation dévalorisante des produits, à l'usurpation de la qualité de distributeur agréé, à l'usurpation du nom commercial Puma et à la pratique de prix illicites, et à porter à 100 000 € la provision à valoir sur la réparation de son préjudice ;

Attendu que cette cour rappelle que la société Puma France poursuit la société Overstock pour avoir violé son réseau de distribution exclusive, en procédant à des ventes sur internet constatées notamment le 16 janvier 2007 et le 12 septembre 2007 ;

Attendu que, comme la cour l'a également fait observer dans le dossier connexe Puma c/ Brandalley, l'action en référé de la société Puma France était anormalement alourdie par la production d'un nombre très important de pièces, d'une cinquantaine de centimètres d'épaisseur au total dans les deux affaires ;

Qu'une telle méthode paraît révélatrice d'une certaine difficulté à prouver, alors qu'un trouble manifestement illicite est par nature évident ;

Attendu qu'au fond, la société Overstock, qui vend des produits sur internet, n'établit pas précisément l'origine de son approvisionnement, mais établit cependant un certain nombre d'achats auprès d'une société Fymex, approvisionnée par une société Caravelle en Italie, laquelle se fournit auprès de la société Puma Italie ;

Attendu que cela est insuffisant pour établir précisément l'origine de tout l'approvisionnement en partie non critiquable, et apporte en conséquence un doute tant sur la légitimité de l'action de la société Puma France que sur l'étanchéité de son réseau ;

Attendu qu'en ce qui concerne la licéité du réseau de distribution exclusive de la société Puma France, cette cour rappelle qu'il appartient à celle-ci de l'établir conformément à l'article 2 du règlement 2003 du Conseil de l'Union Européenne du 16 décembre 2002 ;

Attendu que la licéité de ce réseau n'apparaît pas comme manifeste, notamment eu égard à la part de marché de la société Puma France, laquelle ne doit pas dépasser 30 % pour lui conserver le bénéfice de l'exemption légale accordée par ce règlement ;

Attendu que la société Puma France a invoqué une part de 4% du groupe Puma sur le marché mondial ; qu'il faut cependant connaître en 2007 la part de la société Puma France sur le marché français, ou si cette société était reconnue comme faisant partie d'une unité économique indivisible, la part du groupe Puma sur le marché européen, en dehors duquel les règles européennes n'étaient pas applicables ;

Attendu qu'une autre objection contre la licéité du réseau exclusif de la société Puma France vient de ses problèmes d'étanchéité juridique ;

Attendu en effet que l'article 4.2 des contrats de distribution exclusive passés en 2005 réservait à la société Puma France la possibilité de déstocker des produits invendus auprès de soldeurs professionnels ;

Attendu que les conditions de la société Puma France en 2007 n'ont que légèrement modifié la formulation de cette possibilité, apparemment à la seule fin de rendre moins apparent le défaut d'étanchéité juridique, sans rien modifier substantiellement pour autant ;

Attendu que l'observation de la société Puma France apparaît comme obscure et incompréhensible, lorsqu'elle indique que cette possibilité ne concerne que des produits des saisons antérieures vendus à des consommateurs directement ou indirectement, mais en aucun cas mis dans un circuit de commercialisation ;

Qu'il paraît bien y avoir là un non-sens résultant de propositions contradictoires ;

Attendu que le problème du défaut d'étanchéité juridique du réseau de la société Puma France se trouve par ailleurs posé par le fait que l'on ne connaît pas les dispositions contractuelles qui régissent ses rapports avec les grossistes, et spécialement ceux implantés dans d'autres pays de l'Union Européenne, tel que l'Italie ;

Que l'on ne sait donc pas dans quelle mesure l'approvisionnement auprès de grossistes étrangers pouvait être réglementé, étant rappelé qu'une telle réglementation ne pouvait en aucun cas rétablir des cloisonnements contraires à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Union Européenne ;

Attendu que dans deux considérations un peu ambiguës de ses conclusions, la société Puma France paraît avoir invoqué le droit des marques, sans reprendre expressément d'ailleurs un moyen de ce chef, spécialement dans le dispositif de celles-ci ;

Attendu que la cour rappelle en tant que de besoin que le droit des marques est épuisé conformément à l'article L 713-4 pour les marchandises régulièrement mises dans le commerce de l'Union Européenne ;

Que la cour de justice Européenne a jugé dans l'arrêt Van Doren du 8 avril 2003 que dans le cas où le titulaire de la marque avait recours à un système de distribution exclusive, c'était à ce dernier de prouver qu'il avait donné son consentement à la commercialisation de ses produits hors des frontières de l'espace économique européen avec interdiction d'importer à l'intérieur de cet espace ;

Attendu donc qu'à défaut d'une telle preuve, les marchandises sont considérées comme régulièrement mises sur le marché européen avec le consentement de leur producteurs ;

Attendu qu'au total, le réseau de distribution exclusive de la société Puma France n'apparaît pas comme manifestement licite ;

Attendu que par conséquent, l'atteinte à ce réseau ne peut pas être considérée comme un trouble manifestement illicite ;

Attendu que le parasitisme d'un réseau qui n'est pas manifestement licite ne pourrait pas être considéré comme un trouble manifestement illicite, et qu'il y a là une contestation sérieuse, exclusive de la compétence de la juridiction des référés ;

Attendu que pour le surplus, le premier juge a retenu à juste titre qu'il n'y avait pas de présentation dévalorisante des produits de la société Puma France sur le site internet de la société Overstock ;

Qu'il n'y avait pas non plus d'usurpation de la qualité de distributeur agréé de la société Puma France, ni d'usurpation du nom commercial Puma, alors que la société Overstock avait utilisé la dénomination Puma pour désigner les seuls produits de cette société ;

Attendu qu'il n'y a pas de prix illicites, et que la société Overstock pouvait effectivement faire référence aux prix moyens pratiqués dans le commerce ;

Qu'il n'y avait pas non plus des soldes irrégulières, et qu'à supposer même qu'il y ait eu d'éventuelles infractions à la réglementation des prix ou des soldes, celles-ci n'auraient pas pu justifier une mesure d'interdiction générale de commercialiser les produits Puma, ou une provision à valoir sur un préjudice non établi pour cette société ;

Attendu donc que réformant l'ordonnance entreprise, la cour déboute la société Puma France de l'ensemble de ses demandes ;

Attendu que cette infirmation entraîne l'obligation pour la société Puma France de rembourser

toutes les sommes payées par la société Overstock au résultat de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

Attendu que les mesures de publicité ont causé effectivement un préjudice à la société Overstock, et que la cour condamne la société Puma France à lui payer une provision de 10 000 € à valoir sur la réparation du préjudice résultant généralement de l'exécution provisoire de l'ordonnance infirmée ;

Attendu que cette cour n'estime pas cependant devoir accorder quelque compensation que ce soit à la société Overstock sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncp ;

Attendu en effet que cette société n'a pas répondu à une sommation de la société Puma France du 7 février 2007, relative notamment à l'origine de son approvisionnement, et que dans ces conditions, une solution amiable devenait impossible, et un procès inévitable ;

Que la cour ne peut donc pas compenser l'obligation de plaider de la société Overstock ;

#### **DECISION :**

Par ces motifs, la cour,

. Reçoit l'appel de la société Overstock contre l'ordonnance du 8 janvier 2008 du juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg ;

. Au fond, réforme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions, et statuant à nouveau, déboute la société Puma France de l'ensemble de ses demandes en référé ;

. Rappelle que l'infirmité de l'ordonnance entreprise entraîne l'obligation pour la société Puma France de rembourser à la société Overstock toutes les sommes payées au résultat de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

. Condamne la société Puma France à payer à la société Overstock une provision de 10 000 € à valoir sur la réparation du préjudice résultant de l'exécution provisoire de l'ordonnance entreprise ;

. Rejette toutes autres demandes plus amples, en ce particulier les demandes présentées de part et d'autre sur le fondement des dispositions de l'article 700 du ncp ;

. Condamne la société Puma France aux entiers dépens de première instance et d'appel.

#### **Cass. Com., 07 avril 2010**

Joint les pourvois n° U 09-13.163, K 09-65.940 et Z 09-12.984 qui attaquent le même arrêt ;  
Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 29 juin 2007, pourvois n° U 07-10.303, n° Z 07-10.354, n° W 07-10.397), que, s'étant saisi d'office le 28 août 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile et ayant été saisi le 22 février 2002 par l'association UFC - Que Choisir de pratiques d'ententes mises en oeuvre par les sociétés Bouygues Télécom (Bouygues), SFR et Orange France (Orange) sur le marché des services de téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence (le Conseil), devenu l'Autorité de la concurrence, a, par décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, dit que ces trois opérateurs ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, d'une part, en échangeant régulièrement, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives audit marché, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacune d'elles et ainsi à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique, et

d'autre part, en s'entendant pendant les années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun ; qu'il leur a infligé des sanctions pécuniaires allant de 16 à 41 millions d'euros pour les premiers faits et de 42 à 215 millions d'euros pour les seconds et a ordonné des mesures de publication ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange :

Attendu que la société Orange fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les recours dirigés contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en considérant d'une part qu'en l'état de la cassation partielle intervenue le 29 juin 2007 la cour de renvoi devait examiner les sanctions dans leur montant global et non seulement tel qu'individualisé dans les motifs de la décision au titre du seul grief remis en question d'échange d'informations, d'autre part que seuls devraient être examinés les moyens dirigés contre l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations en ce qu'il concourt à la sanction globale, la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que l'arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 2007 avait cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006 en ses dispositions infligeant des sanctions, sans distinguer selon les pratiques prétendument anticoncurrentielles en cause, exprimant le lien de dépendance nécessaire entre la question du caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations litigieux et l'entente de gel de parts de marché reprochée à l'exposante ; de sorte qu'en estimant que seuls devraient être examinés les moyens dirigés contre l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations, la cour d'appel a méconnu l'étendue de sa saisine en violation des articles 624, 625 et 638 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en refusant expressément de répondre à la question, procédant de l'arrêt de cassation du 29 juin 2007 et posée par l'exposante, du lien entre l'échange d'informations et de l'entente sur les parts de marché, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des articles 624 et 638 du code de procédure civile que la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire, et que lorsqu'une décision prononce une condamnation unique, mais correspondant à des chefs de demande distincts qui ne sont pas indivisément liés, et que la cassation n'intervient que sur l'un d'eux, cette décision n'est pas remise en cause des autres chefs ; que l'arrêt retient que les seuls points atteints par la cassation étaient la question du caractère anticoncurrentiel ou non des échanges d'informations qui ont eu lieu de 1997 à 2003 entre les sociétés Bouygues, SFR et Orange et les sanctions infligées contre ces sociétés, que si le dispositif de la décision du Conseil mentionne seulement, pour chaque opérateur, le montant global de la sanction prononcée, ce montant, à la lumière des motifs exposés dans la décision, apparaît comme la somme de deux éléments individualisés correspondant à chacune des pratiques qualifiées par le Conseil et qu'il ne résulte pas de l'arrêt du 29 juin 2007 que les deux pratiques ne pourraient être appréciées de manière autonome, la Cour de cassation ayant jugé que la cour d'appel, avait pu ne pas considérer comme unique le dommage causé à l'économie par les deux pratiques sanctionnées et fixer des sanctions distinctes pour chacune des infractions ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit que seuls devaient être examinés les moyens dirigés contre l'appréciation de l'élément de la sanction se rapportant à l'échange d'informations en ce qu'il concourait à la fixation de la sanction globale, la cour d'appel a fait, sans méconnaître l'étendue de sa saisine, l'exacte application des textes susvisés ; que le moyen qui critique un motif surabondant en sa première branche et manque en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° K 09-65.940 formé par la société SFR, le deuxième et le troisième moyens du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange et le moyen unique du pourvoi n° Z 09-12.984 formé par la société Bouygues, réunis :

Attendu que les sociétés SFR, Bouygues, et Orange font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se bornant, pour l'essentiel, à reprendre en guise de motivation les motifs de la décision du Conseil de la concurrence, adoptés par l'arrêt cassé du 12 décembre 2006, donc annulés par l'arrêt de cassation du 29 juin 2007, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 81 du Traité CE et, en se refusant à exercer son pouvoir juridictionnel, a entaché sa décision d'un excès de pouvoir négatif ;

2°/ que lorsque la cour d'appel de Paris rejette le recours contre une décision du conseil de la concurrence, elle en adopte nécessairement les motifs non contraires aux siens propres ; que, la cour de cassation a prononcé le 29 juin 2007 une cassation pour manque de base légale contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2006, pour n'avoir pas recherché de façon concrète si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; que cette cassation signifie nécessairement qu'étaient insuffisants non seulement les motifs propres de la cour d'appel de Paris mais encore ceux de la décision du Conseil contre laquelle était formé le recours rejeté ; que dès lors, en l'espèce, en se fondant exclusivement sur les motifs du Conseil, déjà considérés comme insuffisants par la décision de la Cour de cassation, la Cour a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 §1 du Traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;

3°/ qu'en estimant que l'hypothèse d'une concurrence par les quantités dans laquelle un échange d'informations sur les ventes passées a un effet pro-concurrentiel n'aurait reposé sur aucune démonstration et ne serait étayée par aucun élément du dossier, quand la société Orange démontrait largement cette hypothèse, fondée en outre sur l'étude d'un cabinet d'économistes, la cour d'appel a dénaturé les termes du mémoire de la société Orange, en violation de l'article 1134 du code civil ;

4°/ qu'en se bornant à estimer "qu'il ne serait pas exclu" que l'échange d'informations, dans l'hypothèse d'une concurrence par les quantités, soit anticoncurrentiel, sans pour autant l'établir positivement comme cela lui revenait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité CE, et affecté sa décision d'un excès de pouvoirs négatifs ;

5°/ qu'il résulte des articles 81 § 1 du Traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce, que l'échange régulier d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché n'est illicite, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, que s'il a eu concrètement pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et

cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; qu'en présumant à partir du seul caractère oligopolistique du marché, et de données abstraites, qu'un échange régulier d'informations est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste, sans vérifier si la concurrence s'était trouvée, du fait de ces échanges d'informations, concrètement altérée par rapport à ce qu'elle eût été en l'absence d'échange d'informations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

6°/ qu'un échange d'informations non tarifaires entre oligopoleurs n'est jamais prohibé per se ; que l'arrêt du 12 décembre 2006 ayant rejeté les recours exercés contre la décision du Conseil de la concurrence sanctionnant un échange d'informations non tarifaires entre opérateurs a été censuré pour manque de base légale, à défaut d'avoir recherché de façon concrète si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives encore confidentielles entre les trois entreprises opérant sur le marché, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné ; qu'ainsi ni l'arrêt cassé, ni la décision déferée du Conseil de la concurrence dont la motivation avait été adoptée par l'arrêt censuré n'avait mis en évidence, par une motivation circonstanciée, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel potentiel ou réel de l'échange d'informations visé ; qu'en décidant que la restriction de concurrence, condition nécessaire de l'entente, résultait suffisamment de la seule motivation de la décision du Conseil de la concurrence, la cour de renvoi a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

7°/ qu'en retenant, en guise d'appréciation de l'objet ou des effets, réels ou potentiels, de l'échange d'informations litigieux, des éléments caractérisant l'entente prétendument distincte de parts de marché, la cour d'appel a statué par motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

8°/ qu'un système d'informations non tarifaires n'est susceptible d'altérer la concurrence entre oligopoleurs en atténuant ou en supprimant le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE que s'il porte sur des données précises et individualisées ; qu'en retenant que l'attention avec laquelle les informations échangées étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs suffit à démontrer le caractère stratégique des données échangées pour anticiper les politiques commerciales des concurrents, la cour de renvoi qui a statué par des motifs impropres à établir que les informations échangées présentaient un degré de précision suffisant au sens de la jurisprudence communautaire pour produire des effets anticoncurrentiels, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

9°/ qu'un système d'informations non tarifaires n'est susceptible d'altérer la concurrence entre oligopoleurs en atténuant ou en supprimant le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et de contrevenir aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE que s'il porte sur des données précises et individualisées ; qu'en considérant que les informations échangées sur les ventes brutes, les résiliations et les ventes nettes, étaient suffisamment précises pour constituer des données stratégiques et permettre à chaque opérateur d'évaluer les politiques commerciales de ses concurrents, après avoir constaté que l'échange portait sur des données globales, non ventilées par région, par nature d'offre, pré ou post payée,

par canal de distribution ou catégorie de clientèle, la cour de renvoi qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés ;

10°/ qu'en négligeant la considération que les informations, essentielles stratégiquement, relatives à la ventilation des ventes entre forfaits et prépayés n'étaient pas échangées par les concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

11°/ qu'ayant été spécialement invité par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007 à tenir compte, pour vérifier l'existence d'une restriction de concurrence, que les informations en cause n'opéraient aucune distinction entre les forfaits et les cartes pré-payées, la cour de renvoi qui a décidé que cette circonstance importait peu, a violé de plus fort les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

12°/ qu'en négligeant la réorientation des stratégies commerciales des opérateurs, essentielle à l'appréciation du caractère stratégique des données échangées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 et 81 du Traité CE ;

Mais attendu que l'arrêt retient que si, sur un marché oligopolistique fortement concentré protégé par des barrières à l'entrée et caractérisé par une concurrence en quantité, un échange d'informations peut avoir dans certaines circonstances des effets bénéfiques pour le consommateur dans la mesure, par exemple, où il permettrait aux opérateurs d'anticiper un accroissement de la demande et finalement d'adapter en conséquence les capacités de leurs réseaux pour mieux satisfaire la clientèle, l'hypothèse selon laquelle l'échange d'informations entre les opérateurs de téléphonie mobile aurait eu un tel effet bénéfique ne repose sur aucune démonstration et n'est étayée par aucune pièce du dossier, certaines des informations confidentielles échangées mensuellement n'apportant aux opérateurs aucune information sur le volume de la consommation et la localisation des saturations éventuelles, que l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de les renseigner de façon synthétique sur "l'effort concurrentiel" fait par leurs concurrents, que, si les opérateurs ont regardé comme souhaitable l'échange d'indicateurs plus complets comportant par exemple une ventilation entre pré et post payés, celle-ci n'a pourtant jamais été mise en oeuvre, les données globales échangées présentant en elles-mêmes un intérêt stratégique suffisant par leur grande actualité et la périodicité rapprochée des communications sur une longue période de temps, et que les informations échangées ont été utilisées concrètement par les opérateurs pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en oeuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, la politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui ne s'est pas bornée à reprendre les motifs propres et adoptés de l'arrêt partiellement cassé du 12 décembre 2006, qui n'a pas présumé à partir du seul caractère oligopolistique du marché, et de données abstraites, qu'un échange régulier d'informations était de nature à altérer sensiblement la concurrence, qui ne s'est pas bornée à déduire le caractère stratégique des données échangées du seul fait qu'elles étaient analysées au plus haut niveau par les opérateurs et qui n'a pas décidé que l'absence de distinction entre les forfaits et les cartes pré-payées, importait peu, mais a vérifié que les informations échangées, en dépit de leurs imperfections, avaient été effectivement utilisées par les opérateurs pour ajuster leur stratégie, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le quatrième moyen du pourvoi n° U 09-13.163 formé par la société Orange, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que le montant de la sanction d'une pratique, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, doit être proportionné à l'importance du dommage causé par cette pratique à l'économie ; que ce dommage ne saurait être présumé ;

Attendu que pour rejeter le recours formé par la société Orange, l'arrêt retient que le Conseil a fait une exacte appréciation du dommage à l'économie provoqué par l'échange d'informations, étant observé que l'existence d'un dommage à l'économie est présumée dans le cas d'une entente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le même moyen pris en sa seconde branche :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que les éléments qui permettent de mesurer l'importance du dommage causé à l'économie sont suffisants, le Conseil ayant notamment relevé que la taille du marché était très importante et que la totalité des opérateurs intervenants sur ce marché avait participé à l'échange d'informations ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans tenir également compte de la sensibilité de la demande au prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ses seules dispositions relatives aux sanctions prononcées contre la société Orange pour avoir participé à un échange d'informations, l'arrêt n° 0719110 rendu le 11 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne les sociétés Bouygues, Orange France et SFR aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur du greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

## Cass. Com., 23 mars 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué que la société Chanel, propriétaire de diverses marques, a agi à l'encontre de la société Marm pour usage illicite de marques et concurrence déloyale après que cette société eut proposé à la vente des produits cosmétiques et de parfumerie acquis auprès de la société Futura finances, société qui les avait elle-même achetés dans le cadre d'une vente aux enchères publiques du stock d'un distributeur agréé, la société Galeries rémoises, mise en liquidation judiciaire ;

Sur le moyen unique pris en ses troisième, septième, huitième, neuvième et dixième branches :

Attendu que la société Marm fait grief à l'arrêt d'avoir dit qu'elle avait fait un usage illicite des marques dont la société Chanel est propriétaire, qu'elle avait porté atteinte à l'image et à la réputation de la société Chanel, qu'elle avait participé indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau, qu'elle avait engagé sa responsabilité délictuelle en commettant des actes de concurrence déloyale à l'encontre de la société Chanel et de l'avoir, en conséquence, condamnée à payer à celle-ci la somme de 25 000 euros toutes causes de préjudices confondues, alors, selon le moyen :

1°/ que ne saurait constituer une contrefaçon par usage la simple commercialisation de produits authentiques régulièrement acquis après avoir été initialement mis en vente avec l'accord du titulaire de la marque ; qu'en décidant en l'espèce, pour condamner la société Marm à payer à Chanel la somme de 25 000 euros, que l'exposante avait fait un usage illicite de la marque Chanel, quand il était constaté que les produits authentiques litigieux avaient été initialement commercialisés par les Galeries rémoises avec l'accord de Chanel, avant d'être acquis ensuite régulièrement à des fins commerciales par la société Marm, la cour d'appel a violé les articles L. 713-2 et L. 713-3 du code de la propriété intellectuelle ;

2°/ que lors d'une vente aux enchères, les mentions du cahier des charges et les diverses publicités légales l'accompagnant visent à informer les seuls adjudicataires des conditions de la vente et des éventuelles charges l'affectant ; qu'en décidant en l'espèce de condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros au titre d'un usage illicite de la marque prétendument ternie par les conditions mêmes de la vente, au motif inopérant que l'exposante ne pouvait ignorer les conditions particulières de vente exigées par Chanel, dès lors "que l'annonce de la vente aux enchères faite par le liquidateur précisait que les acquéreurs devaient se conformer à la législation et aux clauses accreditives de distribution des parfums et cosmétiques", quand il était bien établi que l'exposante n'était pas adjudicataire, les juges du second degré paraissant qui plus est douter de l'acquisition même des produits auprès de l'adjudicataire, la société Futura finances, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1165 du code civil ;

3°/ que l'autorisation de commercialiser, donnée en principe par le titulaire de la marque, peut également être issue d'une décision dotée de l'autorité de chose jugée ; qu'en retenant en l'espèce le contraire, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, la cour d'appel a violé les articles 480 du code de procédure civile et 1351 du code civil, ensemble les articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

4°/ que le titulaire de la marque ne peut s'opposer à une nouvelle commercialisation de produits, à laquelle il a, fût-ce tacitement, consenti, en refusant de contester judiciairement une décision ayant autorisé cette nouvelle commercialisation ; qu'en retenant en l'espèce, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, que l'exposante avait fait

usage illicite de la marque Chanel en commercialisant, sans son autorisation, des produits authentiques de cette marque à la suite de la liquidation judiciaire des Galeries rémoises, distributeur agréé Chanel, quand il était constaté que la société Chanel, parfaitement informée des opérations de liquidation, n'avait intenté aucun recours à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente aux enchères des produits litigieux, en sorte qu'elle avait, au moins tacitement, acquiescé à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel a violé les articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

5°/ qu' il appartient au juge de rechercher si une méconnaissance du contrat de distribution sélective par le titulaire de la marque, refusant de racheter les produits de sa marque aux termes dudit contrat, ne lui interdit pas de se prévaloir d'un motif légitime permettant d'interdire une nouvelle commercialisation ; qu'en se bornant en l'espèce à retenir, pour condamner la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros, "que la société Chanel justifie de motifs légitimes pour s'opposer à l'usage de sa marque notamment par l'existence d'un réseau étanche de distribution sélective, et par la mise en vente des produits dans une solderie (...) dans des conditions dévalorisantes, sans que les précautions mises en avant par l'appelante ne soient établies", sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Chanel ne s'était pas opposée de manière purement formelle à la vente aux enchères des produits litigieux, en rechignant en réalité à fournir son contrat de distribution sélective prévoyant la reprise desdits produits au prix de livraison, en préférant, autrement dit, au coût contractuel et certain d'une reprise de produits, les bénéfices éventuels d'une action en contrefaçon contre le revendeur, ce dont il se déduisait une absence de motif légitime, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu que l'arrêt relève par motifs propres et adoptés que les produits ont été mis en vente dans un hangar situé dans une zone commerciale, hors l'agglomération de Sainte-Bazille, qu'ils étaient présentés dans des bacs ou des portants, dans des conditions dévalorisantes, que des affiches dans le local de vente annonçaient que ces produits provenaient d'une vente aux enchères publiques consécutives à la liquidation judiciaire des Galeries rémoises et étaient vendus avec une remise de 30 % ; qu'il relève encore, par motifs adoptés, que la société Chanel a manifesté son opposition à la vente aux enchères prévue en proposant par courrier du 28 novembre 2003 adressé à M. X..., mandataire liquidateur de la société Galeries rémoises, de racheter les produits de cette société restant en stock, auquel celui-ci avait répondu négativement le 6 avril 2004 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont elle a déduit que la société Chanel justifiait de motifs légitimes l'autorisant à s'opposer à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel qui a procédé à la recherche prétendument omise visée par la cinquième branche et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la deuxième branche, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen pris en sa première branche :

Vu les articles 1382 du code civil, L. 442-6 I 6° du code de commerce, ensemble les articles L. 713-2 et L. 713-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu que pour fixer à la somme de 25 000 euros, toutes causes de préjudices confondues, le montant des dommages-intérêts dus par la société Marm à la société Chanel, l'arrêt retient par motifs adoptés que le fait de mettre en vente des produits commercialisés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue une faute si l'acquisition en est faite en violation des règles applicables à ce réseau et s'il constitue un acte de concurrence déloyale, que la société

Marm n'est pas distributeur agréé, qu'elle a acquis les produits de marque Chanel en violation du réseau de distribution sélective et les a mis en vente à des prix réduits de 30 % ;

Attendu qu'en prononçant une condamnation tant pour usage illicite de marque que pour concurrence déloyale et pour violation de l'interdiction de vente hors réseau alors que les faits retenus, de ces deux derniers chefs, ne constituaient pas des faits distincts de ceux retenus pour dire que la société Chanel justifiait de motifs légitimes pour s'opposer à une nouvelle commercialisation de ses produits, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Marm à payer à la société Chanel la somme de 25 000 euros toutes causes de préjudices confondues, l'arrêt rendu le 4 mars 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet en conséquence sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne la société Chanel aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois mars deux mille dix.

**Cons. conc., 24 juillet 2006**

**Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France :**

(...)

**D. SUR LE CONTENU DES ENGAGEMENTS**

79. Le Conseil n'a pas identifié dans les propositions d'engagements de Festina France de questions de concurrence liées à d'autres éléments que ceux ayant fait l'objet des observations recueillies, à savoir la volonté de ne pas intégrer dans le réseau de distribution des opérateurs qui vendent exclusivement par Internet et le contrôle par le fournisseur de la publicité non tarifaire effectuée par les membres du réseau sur leur site Internet, y compris le contrôle des liens avec d'autres sites ou des moteurs de recherche.

**1. SUR LA POSSIBILITÉ DE RÉSERVER LA VENTE PAR INTERNET AUX MEMBRES D'UN RÉSEAU DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE QUI DOIVENT DISPOSER D'UN MAGASIN**

80. Le règlement n° 2790/1999 ne contient aucune disposition spécifique à la vente par Internet. En revanche, les lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales précisent, au point 51, que « *l'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée. Quoi qu'il en soit, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur Internet* ». Elles précisent également « *que chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire la publicité ou vendre ses produits* ».

81. En l'espèce, Festina France ne pose aucune interdiction catégorique de vendre sur Internet. Elle ne se réserve pas davantage cette activité. En application des engagements proposés, chacun de ses distributeurs sera libre de recourir à Internet sous réserve de respecter certaines conditions.

82. Si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité pour l'organisateur d'un réseau de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît compatible dans un certain nombre de cas avec les règles de concurrence applicables aux restrictions verticales.

83. En effet, selon le principe même de la distribution sélective et conformément à l'article 1er, sous d), du règlement n° 2790/1999, le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés. Par ailleurs, les articles 2, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, dudit règlement exemptent de l'interdiction stipulée à l'article 81, paragraphe 1, CE, les accords de distribution sélective, sauf s'ils comportent certaines restrictions de concurrence caractérisées, dès lors que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels. Seules des circonstances particulières, notamment l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux produisant des effets similaires qui restreignent de manière significative l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché, peuvent conduire la

Commission européenne ou une autorité nationale de concurrence à retirer le bénéfice de cette exemption catégorielle. De telles circonstances ne sont à l'évidence pas réunies en l'espèce s'agissant de la fabrication et de la distribution des montres. Par conséquent, en l'absence de ces circonstances particulières, s'il ne dépasse pas une part de marché de 30 %, un fournisseur peut sélectionner ses distributeurs en retenant notamment comme critère qu'ils disposent d'un magasin pour accueillir le public et exposer les produits contractuels, c'est-à-dire en excluant de son réseau les vendeurs « exclusivement Internet ». Dès lors qu'il est couvert par le règlement d'exemption n° 2790/1999, un tel fournisseur n'a pas à justifier ses choix en démontrant que dans son cas particulier une exemption est justifiée, c'est-à-dire que les effets positifs sur le marché l'emportent sur les effets négatifs, contrairement à ce qui pouvait être le cas avant l'entrée en vigueur de ce règlement, ou comme doit le faire un fournisseur dont la part de marché dépasse 30 %.

84. Il convient à cet égard de souligner que la Commission a déjà admis implicitement dans deux affaires la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants.

85. En effet, elle a autorisé le 24 juin 2002 le système de distribution sélective de B&W Loudspeakers, fabricant britannique de haut-parleurs de qualité qui avait mis fin à des restrictions de concurrence caractérisées dans ce système, notamment à celle interdisant les ventes à distance par ses distributeurs y compris par Internet (communiqué IP/02/916 du 24 juin 2002). La Commission relève que « *les revendeurs peuvent désormais lui demander d'effectuer des ventes à distance. Elle ne peut rejeter de telles demandes que par écrit et sur la base de critères ayant trait à la nécessité de maintenir intacte son image de marque et la réputation de ses produits. Ces critères doivent être appliqués de façon non discriminatoire et être comparables à ceux qui concernent les ventes effectuées dans un point de vente* ». Ces modifications ont été jugées « satisfaisantes » par la Commission qui a envoyé une lettre dite de classement administratif indiquant que « *B&W bénéficie désormais de la « sphère de sécurité » prévue par le règlement d'exemption par catégorie de 1999 applicable aux accords de distribution et autres accords verticaux* ».

86. Dans une autre affaire, la Commission a, le 17 mai 2001, autorisé le système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums (YSLP). Le communiqué de presse relatif à de cette décision est ainsi rédigé : « *La Commission a souligné dans ses lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999. Le système YSLP satisfait aux conditions d'exemption posées par ce règlement. En effet, YSLP a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits également par Internet* ».

87. Même si ces deux affaires ont fait l'objet de simples lettres administratives de classement, l'opinion exprimée par la Commission à cette occasion constitue un élément utile pour les autorités nationales de concurrence lorsqu'elles examinent un accord. Ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes notamment dans l'arrêt du 10 juillet 1980, SA Lancôme, (99/79, Rec. p. 2511, point 11) « *l'opinion communiquée dans une telle lettre constitue néanmoins un élément de fait que les juridictions nationales peuvent prendre en compte dans leur examen de la conformité des accords en cause avec les dispositions de l'article 85* ».

## **2. SUR LA POSSIBILITÉ DE SOUMETTRE LA PUBLICITÉ NON TARIFAIRE DES MEMBRES DU RÉSEAU À AUTORISATION PRÉALABLE, NOTAMMENT LA PUBLICITÉ FAITE SUR INTERNET**

88. Google France estime que Festina France ne peut soumettre la publicité non tarifaire effectuée par ses revendeurs à son autorisation préalable. Selon elle, « *le droit de revendre un produit s'accompagne nécessairement du droit d'utiliser la marque* ». Google France se fonde sur deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes : l'arrêt du 4 novembre 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, Rec. p. 6013) et celui du 23 février 1999, BMW/Ronald Karel Deenik (C-63/97, Rec. p. 905).

89. Toutefois, ces deux arrêts, qui confirment que des revendeurs n'appartenant pas au réseau de distribution d'un fournisseur peuvent utiliser la marque attachée aux produits de celui-ci pour procéder à des ventes de ces derniers à condition de ne pas porter atteinte à la renommée de la marque (et dont l'analyse reposait sur la prémisse de la régularité de l'approvisionnement de ces revendeurs), ne visent pas la question du contrôle par le fournisseur des opérations publicitaires faites au sein de son réseau. Or en l'espèce le contrat de distribution sélective de Festina France vise à organiser les conditions de première mise sur le marché des produits du groupe Festina Lotus par ses revendeurs agréés.

90. A cet égard, le fait de soumettre, sur le fondement de l'article 5 du projet de contrat de distribution de base et de l'article 8 du projet de contrat de distribution applicable à la vente par Internet, la publicité non tarifaire des détaillants à autorisation préalable n'apparaît pas contraire aux règles de concurrence, dès lors que ce contrôle repose sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution. Le Conseil a déjà admis une règle similaire, dans l'affaire dite de la porcelaine de Limoges (décision 99-D-78 du 15 décembre 1999), « *dès lors qu'elle visait la protection de la marque et qu'il n'était pas démontré que sous couvert de la protection, elle aurait eu pour but de permettre aux fournisseurs d'empêcher les campagnes publicitaires portant sur les prix* ». Dans cette décision, le Conseil s'est référé à la décision de la Commission européenne 92/428/CEE, du 24 juillet 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE au système de distribution sélective des parfums Givenchy (JOCE L 236, p. 11).

### **3. SUR LA POSSIBILITÉ DE SOUMETTRE LA CRÉATION DE LIENS INTERNET À AUTORISATION PRÉALABLE**

91. L'article 8 du projet de contrat applicable à la vente par Internet proposé par Festina France n'interdit pas aux détaillants de créer des liens depuis et vers d'autres sites. Il impose toutefois une autorisation écrite et préalable. Cette règle a fait aussi l'objet de critiques dans les observations faites au Conseil.

92. Dès lors qu'est admis un contrôle de l'usage publicitaire de la marque sous réserve que ce contrôle soit effectué dans le souci de protéger la renommée de la marque et du réseau de distribution, doit être admis dans la même mesure un contrôle de l'établissement de liens publicitaires sur Internet vers ou depuis des sites marchands ou non marchands.

93. Cependant, ce contrôle ne saurait concerner le simple référencement par des moteurs de recherche dits "naturels", opéré de manière automatique par des robots qui sillonnent et analysent en permanence les contenus disponibles sur Internet sans qu'aucune démarche particulière soit entreprise par les auteurs de ces contenus. Ces référencements et les liens qui en découlent ne feront en effet que renvoyer vers les sites des distributeurs agréés de Festina France dont cette dernière aura déjà pu vérifier le contenu.

94. Dès lors, exercer un tel contrôle sur les référencements « naturels » excéderait ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la marque et du réseau et porterait atteinte de manière excessive à la liberté commerciale du détaillant en freinant de manière injustifiée ses possibilités de ventes passives.

95. A l'occasion de la séance du 7 juin 2006, Festina France a à cet égard modifié les stipulations figurant à l'article 8 du projet de contrat. La proposition initiale d'engagements de Festina France était ainsi rédigée : « *article 8 : Publicité non tarifaire Le titulaire du site s'engage à ne réaliser aucune forme de publicité ou promotion non tarifaire des marques du groupe Festina de sa propre initiative, sans l'accord préalable et écrit de la société Festina France, sur la forme et le contenu de cette publicité ; Toute autre publicité réalisée sur le site, faisant la promotion d'autres produits d'horlogerie que les marques du groupe Festina, ne doit pas interférer avec ces dernières, ni être associée à elles, sans l'accord de Festina France ; Tout lien opéré avec des moteurs de recherche ou d'autres sites marchands ou non marchands doit être approuvé par la société Festina France. Le nom de domaine choisi par le titulaire du site ne doit pas porter préjudice aux autres membres du réseau de distribution ni à son organisateur, la société Festina France. Le nom de domaine choisi ne doit pas comporter tout ou partie de la dénomination Festina ou Festina France, ou de l'une des marques du groupe Festina* ».

96. Le troisième alinéa de cette disposition a été remplacé par les deux alinéas suivants : « *Tout lien opéré avec des sites marchands ou non marchands doit être approuvé par la société Festina France. Tout référencement par un moteur de recherche est autorisé* ».

#### **Cons. Conc. 5 oct. 2006**

#### **Décision du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma :**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 20 février 2002, sous le numéro 02/0030 F, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma ;

Vu la décision en date du 24 janvier 2006 procédant à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux dossiers distincts, l'un sous le numéro n° 02/0030-1 F relatif à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et l'autre sous le n° 02/0030-2 F relatif aux pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur ;

Vu le traité instituant la communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application, modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 ;

Vu les engagements proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle, respectivement en date des 3 mars 2006, 31 mars 2006 et 26 octobre 2005 et les modifications ou compléments qui y ont été apportés ultérieurement ;

Vu les observations présentées par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries entendus lors de la séance du 11 juillet 2006 ;

Adopte la décision suivante :

## **I. Constatations**

### **A. LES SECTEURS CONCERNÉS**

#### **1. LES PRODUITS**

1. Les produits distribués par les systèmes de distribution sélective mis en cause sont des produits d'électronique grand public haut de gamme tels que les enceintes, les écrans, l'électronique son (tuner, ampli, lecteur CD, lecteur cassette) et l'électronique son et image (magnétoscope, lecteur DVD). Ces produits peuvent être commercialisés en éléments séparés, le cas échéant sous des marques différentes, ou en systèmes (systèmes d'enceintes, chaînes hi-fi, home cinéma).

#### **2. LES FABRICANTS**

2. Le marché des produits de l'électronique grand public en France est en forte croissance, notamment grâce à l'essor des ventes des produits home cinéma. On observe ainsi en 2000 une hausse de 27 % des ventes de téléviseurs 16/9<sup>ème</sup>, de 80 % des ventes de rétroprojecteurs et de 124 % des ventes de lecteurs DVD. Ce développement des ventes de l'électronique de l'image s'accompagne d'une hausse de 10 % des ventes en valeur des enceintes (tous types confondus) et, en particulier, des ventes d'enceintes en systèmes (+ 25%).

3. De nombreux fabricants d'électronique grand public sont présents sur le segment du haut de gamme et font distribuer leurs produits par le moyen de contrats de distribution sélective.

4. Un seul fabricant, Bang & Olufsen, a recours à un réseau de distributeurs distribuant exclusivement ses produits, les produits des autres marques étant proposés dans des points de vente multimarques.

#### **3. LES DISTRIBUTEURS**

5. Les ventes des produits hi-fi et home cinéma haut de gamme se répartissent entre les magasins traditionnels spécialisés qui assuraient, en 2000, 52 % des ventes en valeur et 40 % en volume, les « *multi-spécialistes* » ou grandes surfaces spécialisées, telles que les enseignes FNAC, Darty ou Boulanger (34 % en valeur et 38 % en volume en 2000) et les hypermarchés (11 % en valeur et 19 % en volume, en 2000). Les ventes de ces produits sont quasiment inexistantes dans le réseau des grands magasins ou dans la vente par correspondance.

### **B. LES ENTREPRISES**

#### **1. BOSE**

6. Bose SAS est une filiale de Bose European Sales Services, elle-même filiale du groupe américain Bose Corporation, chargée de la distribution des produits Bose sur le territoire national. Son siège social est situé au 12 rue de Témara à Saint Germain en Laye (78).

7. Les produits Bose sont des produits audio-électriques et acoustiques de haute technicité,

associés à une image de marque de grande notoriété, particulièrement réputés pour la miniaturisation des composants. Bose est, en outre, le créateur du premier home cinéma en 1983. La gamme vendue en France, incluant également les produits professionnels, comporte près de 200 références ; sur ce total, seules 27 sont vendues dans le cadre d'un réseau de distribution sélective (contrat « Partner 2000 ») qui comprend 176 distributeurs pour 586 points de vente. Bose SAS ne possède aucune boutique en nom propre.

8. Les prix de gros hors taxe des produits Bose vendus en distribution sélective s'échelonnent de 140 euros pour une enceinte classique à 3 140 euros pour un système home cinéma. En 2005, la société Bose France a réalisé un chiffre d'affaires de 25 millions d'euros.

## 2. FOCAL JM LAB

9. Focal JM Lab est une société anonyme, filiale du groupe familial français Focal Audio International. La gamme Focal JM Lab se compose d'une cinquantaine de références sur le marché de la hi-fi et du home cinéma caractérisées par une haute technicité et l'utilisation de matériaux nobles tel que le béryllium. Leur distribution s'effectue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective qui comprend 24 détaillants agréés, hormis les produits très haut de gamme « *Utopia* » qui ne sont distribués que par trois distributeurs.

10. Les prix de gros hors taxe des produits Focal JM Lab s'échelonnent de 70 euros l'unité à 11 000 euros. Les ventes sur le territoire national représentent 26 % du chiffre d'affaires qui s'élevait, en 2005, à 31 millions d'euros.

## 3. TRIANGLE INDUSTRIES

11. La société Triangle Industries est l'un des rares fabricants français de matériel électroacoustique dans les gammes hi-fi, audio vidéo et leurs accessoires de haute et moyenne gamme. Elle propose une quarantaine de références distribuées sur le territoire national par près de 300 revendeurs dans le cadre d'une « *Charte Européenne de Qualité des Revendeurs Agréés Triangle Electroacoustique* ». La gamme Magellan donne lieu à un contrat particulier dit « *Contrat Européen des Revendeurs Agréés Magellan* ».

12. Les prix de gros hors taxes des produits Triangle s'échelonnent, pour la gamme hi-fi, de 100 euros pour une enceinte bibliothèque à 7 200 euros pour une enceinte colonne.

13. En 2005, la société Triangle Industries a réalisé un chiffre d'affaires de 11,05 millions d'euros mais cet exercice a été exceptionnellement de 18 mois. Sur une période de douze mois, le chiffre d'affaires se situe entre 7 et 8 millions d'euros.

## C. L'ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRATIQUES ALLÉGUÉES

14. Deux pratiques mises en oeuvre par certains fabricants dans le cadre de leur réseau de distribution sélective étaient dénoncées dans le rapport d'enquête réalisé par la direction nationale des enquêtes de concurrence (DNEC), daté du 10 août 2001 : le contrôle excessif des échanges à l'intérieur du réseau, d'une part, et les restrictions de vente passive, notamment en ce qui concerne la vente sur Internet, d'autre part. Depuis 2001, plusieurs sociétés ont modifié leurs contrats de distribution sélective de sorte que ceux-ci ne suscitent plus, à ce jour, de préoccupations concurrentielles. En revanche, des préoccupations de concurrence subsistent s'agissant des contrats de distribution des sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries et ces sociétés ont proposé d'y répondre par des engagements pris devant le Conseil. Le cas de la société Bang et Olufsen a été disjoint pour faire l'objet d'une instruction séparée.

15. La rapporteure a exprimé ses préoccupations de concurrence lors des auditions des représentants des sociétés Bose, JM Lab et Triangle Industries, respectivement les 17, 14 et 13 octobre 2005. Elle a estimé que l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits Focal JM Lab et Triangle Industries par les distributeurs agréés de ces deux marques n'est pas justifiée tandis que les conditions posées par Bose à ce type de vente sont trop restrictives. La rapporteure a considéré également que l'obligation faite aux distributeurs de Triangle Industries de communiquer au fabricant la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* » est de nature à limiter de façon excessive les ventes à l'intérieur du réseau.

#### **D. LA MISE EN OEUVRE DE LA PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS**

16. Compte tenu de l'évaluation préliminaire de concurrence exposée ci-dessus et des engagements proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries, et conformément à la procédure prévue au I de l'article L. 464-2 du code de commerce, un communiqué de procédure et un résumé des engagements proposés ont été publiés le 19 mai 2006 sur le site Internet du Conseil à l'attention des tiers potentiellement intéressés, la date limite de réception des observations étant fixée au 19 juin 2006.

##### **1. LA SOCIÉTÉ BOSE**

17. La société Bose propose de modifier son contrat de distribution sélective « *Partner 2000* » aux points suivants :

- en supprimant l'interdiction de vendre les produits concernés par le contrat sur Internet ou par correspondance faite à l'article 1.3 ;
- en reformulant les obligations des distributeurs énoncées à l'article 4.3 liées à la publicité et à la présentation des produits Bose visant à ce que ceux-ci respectent l'image de marque de Bose et maintiennent un environnement de qualité compatible avec la haute technologie de ses produits ;
- en supprimant l'article 4.7, qui posait la présomption qu'un distributeur ne respectait pas ses obligations s'il vendait les produits Bose « *à des prix anormalement bas* » ;
- en insérant à l'article 5.1 un nouveau point prévoyant des obligations de qualité s'imposant au site Internet du distributeur et l'insertion d'un lien permettant au client potentiel d'accéder au site officiel de la société Bose ;
- en modifiant à l'article 5.2 les heures de disponibilité de la permanence téléphonique du distributeur proposant les produits Bose sur Internet, pour les rendre compatibles avec les horaires d'ouverture du point de vente physique, et en prévoyant l'obligation de répondre aux messages laissés dans la boîte vocale dans un délai de 24 heures ouvrées en dehors des heures de disponibilité de la permanence téléphonique ;
- en stipulant aux articles 5.3 et 5.4 que le vendeur qui effectue lui-même l'installation et l'après-vente des produits vendus via Internet n'est pas contraint par le rayon de 75 km du « *périmètre de service* » (situé autour du lieu de résidence du client) mais doit, s'il est dans l'impossibilité d'assurer ces services, s'assurer que ceux-ci seront réalisés par le distributeur Bose situé à l'intérieur de ce périmètre ;
- enfin, en prévoyant à la fin de l'article 5 l'obligation de désactiver le site Internet du vendeur

pendant les périodes de fermeture de son magasin s'il n'est pas en mesure de livrer les commandes et d'assurer la permanence téléphonique.

## 2. FOCAL JM LAB

18. La société Focal JM Lab s'engage à conclure avec ses distributeurs un contrat spécifique à la vente sur Internet « *en complément des conditions générales et des autres contrats* », c'est-à-dire du contrat de distribution sélective et du contrat de distribution exclusive Electra. Le projet de contrat prévoit, pour l'essentiel :

- que les produits et la marque Focal soient présentés conformément à son image haut de gamme, en respectant les normes et codes graphiques de Focal, sur un site de qualité comportant un lien avec le site officiel de Focal ;
- la transmission à la société Focal JM Lab d'informations non confidentielles sur les ventes du distributeur agréé réalisées via Internet ;
- l'obligation pour les distributeurs de détenir en permanence un stock de produits permettant de satisfaire à la demande dans un délai maximum ;
- l'obligation de mettre en place un service d'assistance téléphonique disponible de 10 h à 12 h 30 et de 14 h à 19 h tous les jours ouvrables ;
- l'obligation d'assurer à la demande du client l'installation des produits et le service après-vente ;
- enfin, la possibilité pour le client de se rétracter dans le délai légal et d'être remboursé.

19. Cependant, Focal se réserve le droit de limiter, dans une annexe C à ce projet de contrat, la liste des produits pouvant être vendus par Internet en excluant les produits qui nécessitent « *une association avec des électroniques et connectiques du même niveau et très haut de gamme (...)* » ainsi que « *la prise en compte de caractéristiques et particularismes acoustiques du lieu dans lequel seront installés ces produits (...)* » et qui intègrent « *des technologies électro-acoustiques de haut niveau et rares sur le marché (telles le tweeter à dôme inversé en Béryllium)* ».

20. Interrogé en séance sur la liste des produits qui pourraient être concernés par cette annexe C, le directeur administratif et financier de la société Focal JM Lab a indiqué qu'il s'agissait d'exclure de la vente sur Internet les gammes de produits « *Electra 1000 Be* » et « *Utopia Be* » qui correspondent au très haut de gamme de la marque.

## 3. TRIANGLE INDUSTRIES

21. La société Triangle industries s'engage à modifier la Charte européenne de qualité des revendeurs agréés :

- en réintroduisant la rédaction antérieure de l'article 13 de la charte applicable en 2000 qui autorisait la vente sur Internet, version qui avait ultérieurement été supprimée ; dans cette rédaction, l'article 13 prévoit, en particulier, l'approbation, par Triangle Industries, de la configuration du site Internet des distributeurs agréés, le respect par le site des normes et codes graphiques de la marque et de l'image de marque de la société Triangle Industries, un lien avec le site de la société Triangle Industries, l'interdiction de pratiquer des prix d'appel ou toutes autres offres promotionnelles susceptibles de remettre en cause la haute qualité des

produits Triangle Industries, la mise en place d'un service d'information gratuit, d'un service de livraison, de mise en service, d'échange et de remboursement, et d'un service après-vente ;

- en supprimant, à l'article 6-8, la sanction de 500 euros qui s'applique à l'encontre d'un distributeur qui n'aurait pas respecté l'obligation d'agrément, par Triangle Industries, de tout projet d'action publicitaire de son distributeur ;
- en modifiant l'article 4 qui prévoit l'obligation, pour les distributeurs agréés, de communiquer à la société Triangle Industries la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* », l'obligation de transmission de ces mêmes documents n'étant conservée que dans le seul cas où il serait nécessaire de vérifier les circuits de distribution.

22. Le Conseil n'a pas reçu d'observation de la part de tiers, à la suite de la publication des engagements proposés.

## II. Discussion

23. Selon les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 4 novembre 2004, le Conseil de la concurrence « *peut accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ».

24. S'agissant de restrictions verticales de concurrence, le Conseil se réfère au règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission européenne du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE, à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, aux lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 et à la communication de la Commission du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE (*de minimis*). Le Conseil, comme il l'a confirmé dans de nombreuses affaires, applique le règlement précité et tient compte directement de ces communications en cas d'affectation du commerce entre Etats membres par les restrictions en cause et, dans le cas contraire, se réfère à ces textes à titre de guide d'analyse.

25. Dans ce cadre, le Conseil examine la présence ou l'absence, dans les accords de distribution mis en cause, de clauses constitutives de restrictions caractérisées de concurrence du type de celles énumérées à l'article 4 du règlement (CE) n° 2790/99 dites « *clauses noires* » ou à l'article 11 de la communication 2001/C 368/07, dénommées « *restrictions flagrantes* », c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de vente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs.

26. Le Conseil considère que les restrictions introduites par les accords de distribution peuvent, dans certains cas, entraîner des effets positifs pour les consommateurs ou pour la concurrence et que le caractère anticoncurrentiel de certains accords de distribution doit s'apprécier au regard du progrès économique pouvant résulter de leur application. S'agissant de fournisseurs détenant une part de marché inférieure à 30 %, comme c'est le cas en l'espèce pour les trois sociétés concernées par la présente procédure, ces effets sont présumés l'emporter sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, correspondant aux « *clauses noires* » mentionnées ci-dessus. Mais le Conseil peut également, dans son analyse, prendre en compte d'autres éléments comme un éventuel effet cumulatif de contrats de distribution dans un même secteur ou la présence dans les contrats d'obligations non éligibles à l'exemption mais détachables de l'accord, telles que celles

visées à l'article 5 du règlement (CE) n° 2790/99.

27. Comme le Conseil l'a noté dans la décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, les restrictions, imposées par un fournisseur à ses distributeurs, à la vente de ses produits sur Internet doivent en premier lieu s'apprécier au regard de l'article 4 du règlement (CE) n° 2790/99 précité qui classe, parmi les restrictions emportant la non application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, « *les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché* » (point c).

28. En second lieu, les lignes directrices de la Commission du 13 octobre 2000 relatives aux restrictions verticales précisent au point 51 que « *chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire la publicité ou vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs (...). Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (...). Cette remarque pourrait s'appliquer en particulier à la distribution sélective. L'interdiction catégorique de vendre sur Internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée.* » et, au point 53, que « *la restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie (...) signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective (...). Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être libre de faire de la publicité et de vendre via Internet* ».

29. Si aucun texte ne prévoit explicitement la possibilité, pour l'organisateur d'un réseau de distribution sélective, de réserver la vente sur Internet aux membres de son réseau, une telle solution apparaît bien, en l'espèce, compatible avec les règles applicables aux restrictions verticales. La Commission a d'ailleurs déjà admis la faculté pour un fournisseur de réserver la vente sur Internet à ses détaillants agréés dans le secteur, comme l'a souligné le Conseil dans sa décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

30. S'agissant du secteur des matériels hi-fi et home cinéma de moyen et haut de gamme, la Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer dans le cadre d'échanges avec la société britannique B&W Loudspeakers qui fabrique et commercialise des enceintes de qualité. Dans une lettre adressée le 4 décembre 2000 à cette société (« *statement of objections* »), la Commission a considéré que l'interdiction de vendre sur Internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective doit être considérée comme une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/99 précité (« *hard-core restrictions* ») et a demandé au fabricant de modifier son contrat de distribution sélective, notamment sur ce point. Dans le communiqué du 24 juin 2002 qui met fin à ces échanges et qui valide le nouveau contrat de distribution sélective de B&W Loudspeakers (communiqué IP/02/916), la Commission relève que « *les revendeurs peuvent désormais lui demander d'effectuer des ventes à distance. Elle ne peut rejeter de telles demandes que par écrit et sur la base de critères ayant trait à la nécessité de maintenir intacte son image de marque et la réputation de ses produits. Ces critères doivent être appliqués de façon non discriminatoire et être comparables à ceux qui concernent les ventes effectuées dans un point de vente* ». Ces modifications ont été jugées « *satisfaisantes* » par la Commission qui a envoyé une lettre dite de classement administratif indiquant que « *B&W bénéficie désormais de la « sphère de sécurité » prévue par le règlement d'exemption par catégorie de 1999 applicable aux accords de distribution et autres accords verticaux* ».

31. De même, dans le communiqué de presse du 17 mai 2001 relatif au système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums ayant fait l'objet, elle aussi, d'une lettre de classement à la suite d'échanges avec l'autorité communautaire, la Commission déclare avoir « *souligné dans (ses) lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999* ».

32. Il ressort de l'ensemble de ces règles, éclairées par l'application qu'en a faite l'autorité de concurrence communautaire, que l'interdiction par principe de la vente sur Internet ne peut être justifiée sauf circonstances exceptionnelles, et que les restrictions posées à cette forme de vente doivent être proportionnelles à l'objectif visé et comparables avec celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé.

33. S'agissant des restrictions aux échanges à l'intérieur du réseau, la Commission européenne a admis, dans sa lettre précitée du 4 décembre 2000 adressée à la société B&W Loudspeakers, que des restrictions au commerce intra-réseau soient imposées aux distributeurs agréés à la condition que celles-ci soient indispensables à la garantie de l'intégrité du système de distribution sélective. En revanche, l'obligation des distributeurs de demander l'accord préalable du fournisseur pour procéder à une vente intra-réseau ou une clause permettant au fabricant d'exercer un contrôle systématique sur ces ventes constituent selon elle une restriction de concurrence non justifiée.

34. Le Conseil constate que les engagements proposés par les sociétés Bose et Triangle Industries apportent une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. S'agissant de la vente sur Internet, ils permettent de concilier le respect de l'image de marque et de la haute technicité des produits avec l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique de nature à favoriser tant la concurrence intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur. L'engagement pris par la société Triangle Industries supprime une restriction injustifiée au commerce à l'intérieur de son réseau de distribution sélective.

35. En revanche, le Conseil a informé en séance la société Focal JM Lab que les clauses du contrat de vente sur Internet qu'elle proposait dans ses engagements, excluant par principe deux gammes de produits (gammes « Electra 1000 Be » et « Utopia Be »), n'étaient pas acceptables et lui a demandé de modifier l'annexe C de son contrat de vente sur Internet afin de permettre la vente sur Internet de ces gammes de produits dans des conditions satisfaisantes. La société Focal JM Lab a proposé que les produits dont l'annexe C précise les caractéristiques, qui correspondent aux produits des gammes « *Electra 1000 Be* » et « *Utopia Be* », c'est-à-dire les produits nécessitant « *une association avec des électroniques et connectiques du même niveau et très haut de gamme* » ainsi que « *la prise en compte de caractéristiques et particularismes acoustiques du lieu dans lequel (ils) seront installés* » et les produits qui intègrent « *des technologies électro-acoustiques de haut niveau et rares sur le marché (telles le tweeter à dôme inversé en Béryllium)* », pourront être vendus sur Internet aux clients pouvant attester d'une écoute préalable de ces produits chez un distributeur agréé et du bénéfice de conseils personnalisés pour leur installation. Le non-respect de ces conditions constituera une cause de résiliation du contrat de distributeur agréé dans un délai de trente jours.

36. Lors de la séance du 11 juillet 2006, le directeur administratif et financier de la société Bose a

remis au Conseil la nouvelle version du contrat de distribution sélective « *Partner 2000* » intégrant, par anticipation, les engagements proposés au Conseil.

37. Dans un courrier électronique du 5 septembre 2006, le directeur administratif et financier de la société Focal JM Lab a déclaré que les nouveaux contrats comprenant l'annexe C relatifs à la vente sur Internet discutés devant le Conseil lors de la séance du 11 juillet 2006, sont en cours de signature.

38. Par courrier électronique du 7 septembre 2006, le directeur général de la société Triangle Industries a transmis au Conseil la version définitive de la charte européenne de qualité des revendeurs agréés telle qu'elle est maintenant éditée, intégrant les engagements souscrits devant le Conseil le 11 juillet 2006.

39. Le Conseil considère, au vu de ce qui précède, que les engagements modifiés proposés par les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries répondent à ses préoccupations de concurrence et présentent un caractère crédible et vérifiable et décide qu'il y a donc lieu de les accepter et de clore la procédure.

### DÉCISION

Article 1<sup>er</sup> : Le Conseil accepte les engagements présentés par les sociétés Bose et Triangle Industries consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective de façon à permettre aux distributeurs agréés de vendre les produits contractuels sur Internet. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 2 : Le Conseil accepte les engagements présentés par la société Focal JM Lab consistant en la rédaction d'un contrat spécifique pour la vente par Internet réservé aux membres de son réseau de distribution sélective. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 3 : Le Conseil accepte les engagements proposés par la société Triangle Industries consistant à supprimer de son contrat de distribution d'une part, à l'article 6-8, la mention relative à une sanction de 500 euros s'appliquant à l'encontre d'un distributeur qui n'aurait pas respecté l'obligation d'agrément, par Triangle Industries, de tout projet d'action publicitaire de son distributeur, et d'autre part, à l'article 4, l'obligation de communiquer à la société Triangle Industries la comptabilité détaillée de toutes leurs livraisons intra-réseau en cas de « *présomption d'une violation des règles de vente propres au réseau* », l'obligation de transmission de ces mêmes documents n'étant conservée que dans le seul cas où il serait nécessaire de vérifier les circuits de distribution. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision et sont reproduits en annexe.

Article 4 : Il est mis fin à la procédure enregistrée sous le numéro 02/0030F-1.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Correa de Sampaio, par Mme Perrot vice-présidente présidant la séance, MM. Honorat et Flichy, membres.

**Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle :**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la saisine d'office du 27 juin 2006 concernant des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application, modifié par le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 ;

Vu la décision du rapporteur général du 30 octobre 2006 procédant à la disjonction de la présente affaire en deux saisines portant les numéros 06/0044-1F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et 06/0044-2F (06/0077F), relative aux seules pratiques mises en oeuvre par la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique ;

Vu les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France (L'Oréal), Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, les sociétés Babelstore (Price Minister), Google France, Bijourama, le professeur X... et le docteur Y... ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage, entendus lors des séances des 24 et 30 janvier 2007 ; ainsi que les représentants des sociétés Babelstore (Price Minister) et Google France, sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision suivante

## **I. Constatations**

### **A. LA SAISINE**

1. Par décision du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. L'instruction de cette saisine s'est concentrée sur les pratiques consistant à refuser ou restreindre la vente en ligne de ces produits, de la part des sociétés les plus importantes de ce secteur en France (réalisant un chiffre d'affaires correspondant à une part de marché supérieure à 2 %).

### **B. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ**

#### **1. LES PRODUITS**

2. Les produits distribués par les systèmes de distribution sélective concernés sont des produits haut de gamme et sont offerts avec un service de conseil délivré par une personne diplômée de

pharmacie. Ils font partie du secteur plus large des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

3. En 2004, le total du chiffre d'affaires en France des produits cosmétiques vendus "*sur conseil pharmaceutique*" (c'est-à-dire bénéficiant du conseil offert par un diplômé de pharmacie), s'est élevé à plus de 1 356 millions d'euros. Ces ventes se répartissent entre les produits de beauté pour femme, pour homme, pour bébé, les produits capillaires, ceux d'hygiène buccale, de soins et les parfums selon le schéma ci-après.

## 2. LES FABRICANTS

4. Au sein des fournisseurs ayant recours à la distribution sélective, la concurrence intermarque apparaît vive en raison, notamment, de la nature des produits pour lesquels l'innovation joue un rôle majeur. Ainsi, dans les cinq dernières années, de nouvelles marques ont pu conquérir des parts de marché de l'ordre de 2 à 3 points, à l'instar de Nuxe et de Caudalie. Oenobiol, également, a rapidement conquis une part de marché en se concentrant sur les compléments alimentaires. La prépondérance des deux groupes leader -Pierre Fabre et l'Oréal (au travers de sa filiale Cosmétique Active France)- reste forte en raison tant de leur ancienneté sur le marché que de leur "*portefeuille*" de marques. Toutefois, le numéro 3 du marché -Johnson & Johnson Consumer France- occupe une place loin d'être négligeable avec 10,7 % du marché national en 2005.

## 3. LES DISTRIBUTEURS

- Les ventes des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique se répartissent entre les officines, les parapharmacies, les parfumeries et les espaces de parapharmacie ("*corners*") dans les grands magasins, magasins populaires ou grandes surfaces alimentaires (GSA). C'est seulement à partir de la fin des années 80 qu'il a été mis fin au monopole des officines dans la distribution de ces produits à la suite de la décision du Conseil du 9 juin 1987, relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Il en résulte aujourd'hui une part toujours prépondérante des officines dans le circuit de distribution de ces produits. En 2004, les officines réalisaient en effet près de 64 % des ventes totales contre 15 % pour les parapharmacies et 13 % pour les grands magasins et grandes surfaces alimentaires ainsi que le montre le graphique ci-après.

## 4. LA VENTE EN LIGNE

- Les ventes sur Internet tous produits et services confondus ont dépassé en France la barre des 10 milliards d'euros en 2006 pour atteindre un total de 12 milliards, en hausse de 40 % par rapport à 2005. Le nombre de sites marchands a connu une hausse comparable (+ 44 %). Parmi ces créations, il est intéressant de noter, dans le cadre du présent dossier, d'une part la part croissante, égale à 6 % des ventes, que représentent les ventes hors du territoire français pour les sites qui exportent (qui représentent 43 % des sites) et, d'autre part, l'essor des sites intéressant la mode et la beauté, dont la croissance a été la plus forte en 2006. De grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ne s'y sont pas trompées en développant récemment, en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur Internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que le "*coeur de clientèle*" des marques haut de gamme achète massivement sur Internet. Une récente étude du CREDOC montrait ainsi que près de 80 % des français dont les revenus mensuels sont supérieurs à 4 500 euros achètent régulièrement sur Internet, ce taux tombant à 42 % pour les revenus compris entre 1 500 et 2 300 euros.

## **E. L'ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE DES PRATIQUES ALLÉGUÉES**

42. Ces préoccupations concernent les conditions trop restrictives ou l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits vendus en distribution sélective.

43. En l'espèce, la rapporteure a estimé que l'interdiction totale de la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique prévue par Caudalie, Cosmétique Active France en ce qui concerne les produits la Roche Posay, Nuxe, Oenobiol et Uriage n'est pas justifiée tandis que les conditions exigeantes posées par les autres fabricants ou fournisseurs apparaissent trop restrictives.

### **Discussion**

#### **A. SUR LE CONTENU DES ENGAGEMENTS :**

##### **2. LA QUESTION DES RESTRICTIONS A LA VENTE SUR INTERNET :**

97. Les critères d'aménagement des magasins, les conditions de présentation des produits en magasin, nécessaires pour garantir une distribution de qualité peuvent être adaptés à la distribution par Internet. Comme le rappellent les lignes directrices précitées, "*le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet à des fins de vente de ses produits (...)*", du moment que les restrictions posées à cette forme de vente sont proportionnelles à l'objectif visé et comparables à celles qui s'appliquent dans le point de vente physique du distributeur agréé et qu'elles n'aboutissent pas, en réalité, par leur exigence excessive, à vider la vente par Internet de son contenu. Les facilités d'accès au site, les capacités de connexion, la présentation des produits, la proximité de produits concurrents doivent être appréciées au regard des conditions applicables en magasin.

##### **a) Les conditions relatives à la qualité du site Internet**

98. Toutes les parties à la présente procédure demandent, dans leurs propositions d'engagements, que le site Internet de leurs distributeurs agréés respecte l'image de marque de leurs produits, ce qui implique, notamment, un soin particulier dans la présentation des produits et plus généralement la qualité du site : elles prévoient dans leurs contrats des clauses interdisant les slogans, images ou termes dévalorisants, ou imposant le respect de la charte graphique de la marque et l'utilisation des descriptifs des produits fournis par le fabricant ou, à défaut, l'obligation de soumettre à son accord préalable les descriptifs que le distributeur aura lui-même établis.

99. Au-delà d'une certaine limite, ces normes de qualité sont susceptibles de constituer une restriction sévère à la vente en ligne. Le Conseil a noté, dans les propositions qui lui étaient soumises, diverses clauses pouvant constituer une préoccupation de concurrence et les parties y ont apporté des réponses satisfaisantes.

100. Un premier problème était posé par l'exigence d'un site exclusivement réservé à la vente de produits vendus sur conseil pharmaceutique, comme le proposaient Bioderma, Expanscience et Uriage dans la première version de leurs engagements, ou, ce qui revient au même, l'exigence comme Nuxe et Bioderma, d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

101. Or, par cette exigence, les fabricants auraient obligé les distributeurs qui ne vendent pas exclusivement des produits dermo-cosmétiques sur conseil pharmaceutique, à créer un site dédié à ces seuls produits, ce qui aurait multiplié leurs coûts de création de sites, alors même que certains produits d'hygiène courante, telles que des brosses à dents, sont également vendus en

officine et en parapharmacie. Indirectement, ces exigences revenaient également à interdire la vente des produits en cause sur des plates-formes de mise en relation. Cette interdiction pouvait se retrouver dans d'autres clauses plus explicites, sous la forme de l'exigence d'un site détenu et géré directement par le distributeur agréé.

102. Les parties concernées ont proposé d'exiger non plus un site mais un espace dédié dans le site, soit des "*pages dédiées*" dans le cadre d'une boutique virtuelle consacrée aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique. C'est ainsi que le projet d'avenant Internet de Lierac comporte la seule obligation de faire apparaître le site de vente des produits vendus sur conseil pharmaceutique de façon suffisamment identifiée comme un "*univers dédié*" si le site intervient également à travers un site généraliste. Le Conseil a par ailleurs souligné la forte préoccupation de concurrence qui découlerait de l'exigence d'un point de paiement spécifique en faisant prévaloir qu'il serait préjudiciable au consommateur de devoir engager plusieurs fois la procédure de paiement sécurisé s'il souhaite acheter les produits en question ainsi que d'autres produits vendus par le distributeur agréé, d'autant qu'au stade du paiement, il est impossible de "*revenir en arrière*", dans la procédure de commande par Internet, pour bénéficier éventuellement d'un dernier conseil personnalisé sans abandonner définitivement son "*panier d'achat*", à l'inverse de ce qui peut se passer dans un magasin physique. C'était pourtant la justification avancée pour imposer cette condition. Bioderma et Nuxe ont alors proposé de renoncer à cette condition restrictive.

103. S'agissant de la problématique des plates-formes, le Conseil note que ce canal de distribution pose encore des problèmes sérieux.

104. Ces plates-formes se présentent en effet comme des intermédiaires entre l'acheteur et le vendeur et il est fréquent que le vendeur "*professionnel*", qu'il convient de distinguer du vendeur "*particulier*" qui vend des produits d'occasion ou de seconde main, ne respecte pas son obligation d'identification, telle que prévue par la loi. Cependant, la plupart des plates-formes jouent un rôle actif dans le processus contractuel en proposant une garantie de paiement, en assurant parfois le transport des produits, ou en fournissant un cadre juridique aux parties. Il n'en demeure pas moins que le cocontractant de l'internaute acheteur demeure bien le vendeur professionnel, qui doit, dès lors, être identifié en tant que tel. Les plates-formes devraient donc être amenées à réviser leur stratégie commerciale pour intégrer cette exigence légale permettant à l'acheteur ou au concurrent de savoir qui est à l'origine de l'offre. S'agissant plus particulièrement des vendeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, la question se pose avec acuité des "*faux*" vendeurs professionnels qui ne sont pas agréés par les fabricants dont ils vendent donc les produits de manière illicite, notamment, par le biais des plates-formes. Dès lors, le Conseil ne peut que constater qu'existent, à l'évidence, des circuits de commerce parallèles, voire de contrefaçons, qui portent atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image des produits en cause. Pour ces raisons, le Conseil estime que les craintes des fabricants de produits dermo-cosmétiques suscitées par ces pratiques illégales peuvent légitimer l'interdiction de ce canal de vente, tant que les plates-formes n'apportent pas de garanties supplémentaires sur la qualité et l'identité des vendeurs.

105. Sous ces réserves, il apparaît que les plates-formes ont la capacité, ainsi que l'a déclaré en séance le directeur juridique de Babelstore (Price Minister), de satisfaire aux critères qualitatifs de présentation des produits en cause dans des boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés. Le Conseil note ainsi avec satisfaction que deux fabricants n'excluent pas par principe ce mode de mise en vente dès lors que les critères qualitatifs conditionnant la vente sur Internet de leurs produits sont respectés. La société Johnson & Johnson Consumer France autorise ainsi la vente sur plate-forme sous réserve que les obligations à la charge du distributeur agréé par Internet soient

également respectées par la plate-forme, notamment celles visant à préserver la notoriété des produits et l'image de marque des produits Johnson & Johnson. Dans ses dernières propositions d'engagement, la société Rogé Cavaillès a proposé l'insertion d'un nouvel article 1.2 ainsi rédigé : *"Le distributeur souhaitant présenter et/ou commercialiser les produits Rogé Cavaillès dans une boutique virtuelle créée sur une plate-forme de vente en ligne devra respecter l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet, et à ce titre, en informer préalablement la société Rogé Cavaillès SAS afin d'obtenir son accord écrit, étant ici précisé que, d'une part, le distributeur autorise expressément la société exploitant la plate-forme de vente en ligne à communiquer si nécessaire, et à première demande de la société Rogé Cavaillès, toute information concernant l'identité précise de l'entité juridique exploitant la boutique virtuelle, et que, d'autre part, il s'interdit de créer une telle boutique virtuelle sur une plate-forme de vente dont le nom, la dénomination, le logo, et d'une manière plus générale, le signe distinctif, serait de nature à déprécier l'image de marque des produits Rogé Cavaillès, d'autre part"*.

106. Des exigences de qualité des sites Internet d'un niveau excessif pouvaient aussi poser un problème. Caudalie exigeait ainsi dans son premier projet de contrat *"de vente à distance Internet"* l'insertion sur le site Internet de son distributeur, pour chacun de ses produits, d'une page distincte comprenant, notamment, une *"photo taille 10 cm non pixelisée - qualité 72 dpi (Pixel par pouce)"* (article 4). De la même manière, la première proposition d'engagements d'Uriage exigeait que soient incorporés sur le site du distributeur, à sa demande, toutes les photographies, films ou animations réalisés par Uriage (articles 2.2.4 et 2.3.1). Le problème se posait de l'effet cumulatif de toutes ces exigences, différentes pour chaque marque, leur cumul augmentant et compliquant singulièrement les obligations pesant sur le distributeur. Les fabricants concernés ont accepté de revoir leurs clauses dans le sens d'un *"allègement"* sans restreindre pour autant leur objectif de respect de l'image de marque de leurs produits.

b) Les conditions de disponibilité des *"hot lines"* (lignes d'assistance téléphonique ou en ligne)

107. La création d'une *"hot line"* sous forme de ligne téléphonique ou de messagerie électronique, les deux pouvant être cumulées, permet d'assurer, via Internet, le service de conseil personnalisé assuré par une personne diplômée de pharmacie en magasin. Les parties en présence ont adopté des dispositifs extrêmement différents en ce qui concerne les conditions de fonctionnement de ces *"hot lines"*, exigeant des plages horaires et des délais maximums de réponse très variables.

108. Plusieurs fabricants, tels que Caudalie, Cosmétique Active France et Oenobiol, ont opté pour un délai de réponse maximum de 48 heures. Seul Nuxe a opté pour un délai plus long de 72 heures au maximum. D'autres, tels Bioderma et Uriage, et dans une moindre mesure Expanscience et Lierac, ont opté pour un délai de 24 heures maximums et de 48 heures pour les dimanches et jours fériés. Deux autres ont choisi des règles plus exigeantes : le premier, Johnson et Johnson Consumer France, souhaitait, dans sa première proposition d'engagements, exiger de ses *"distributeurs agréés pour Internet"* qu'ils apportent des réponses en ligne *"de manière immédiate dans la mesure du possible et en tout état de cause dans un délai de 12 heures hors dimanche et jours fériés"* et au plus tard dans un délai de 24 heures ; le second, Rogé Cavaillès, proposait un dispositif relativement complexe et des délais serrés : 6 heures maximums si les messages étaient laissés entre 9 heures du matin et 18 heures pendant les jours ouvrables ; 15 heures si les messages étaient laissés de 18 heures à 6 heures du matin pendant les jours ouvrables et 24 heures pour une demande d'information intervenant les dimanches et jours fériés.

109. En conséquence, se posait la question du niveau du seuil en dessous duquel les délais maximums de réponse aux demandes de conseil des internautes étaient susceptibles d'être considérés comme trop brefs et constituer de ce fait une restriction excessive non justifiée

imposée au distributeur agréé qui, en raison de ces conditions trop sévères, se serait trouvé dans l'impossibilité d'assurer ce service.

110. Sensibles à ces préoccupations, Johnson et Johnson Consumer France a proposé de nouveaux engagements prévoyant que les réponses apportées par le "*Pharmacien Conseil*" aux questions adressées des internautes devaient intervenir "*en tout état de cause dans un délai de 12 heures ouvrées à compter de la demande du consommateur*" (article 6). La société Rogé Cavallès a pour sa part proposé une modification de l'article 3 de son avenant Internet prévoyant un délai maximum de réponse aux questions des internautes de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Lierac a pour sa part porté le délai maximum de réponse à 48 heures en cas de question posée un dimanche ou un jour férié.

c) Les réserves ou les limitations formulées à l'encontre de la vente sur Internet

111. Certains des engagements proposés comportaient des limitations ou des restrictions indirectes à la vente sur Internet susceptibles de constituer une préoccupation de concurrence.

- Les réserves d'ordre quantitatif

112. Il s'agit, en premier lieu, de limitations du nombre d'articles achetés lors d'une commande sur Internet. Johnson & Johnson Consumer France prévoyait, dans ses premiers engagements (article 8 de son projet initial de convention), l'interdiction de répondre à une commande supérieure à 10 produits identiques sans lui demander préalablement son accord écrit. Uriage souhaitait pour sa part que ses distributeurs mettent "*en oeuvre un système interdisant au consommateur de pouvoir acheter plus de 5 unités de produits de chaque référence par commande*" ainsi qu'un système d'alerte permettant de détecter et d'informer immédiatement les Laboratoires d'Uriage "*lorsqu'une quantité supérieure à 24 unités d'un même produit aura été commandée par un même acheteur ou à une même adresse de commande ou de livraison pendant une durée de 1 an*" (article 3.2). Lierac quant à lui interdisait à ses distributeurs agréés de livrer plus de 3 unités d'une même référence par commande (point D-6 de son projet d'avenant Internet).

113. Le Conseil comprend que de telles clauses ont pour but d'éviter que ne se développe un commerce parallèle des produits en cause mais note que cette exigence n'existe pas pour la vente dans les points de vente physiques. En outre, il convient de ne pas limiter le commerce intra-réseau entre distributeurs agréés.

114. Les sociétés Nuxe et Oenobiol ont pour leur part préféré renvoyer le distributeur agréé à ses propres responsabilités en prévoyant l'engagement de ce dernier à "*ne pas satisfaire toute commande de produits qui serait anormale (en périodicité ou quantité) pour un consommateur final*" ou "*qui ne correspondrait pas à la consommation et à l'usage personnel d'un consommateur*".

115. Sensibles à ces préoccupations, les parties concernées ont modifié leurs propositions initiales dans les sens suivants : Johnson & Johnson Consumer France a proposé de modifier son dispositif afin que le distributeur puisse lui demander son autorisation y compris par courriel, ceci afin de faciliter et d'accélérer la procédure ; la société Caudalie a adopté un dispositif inspiré de celui de Johnson & Johnson ; la société Lierac a proposé d'augmenter le nombre de produits identiques pouvant être achetés lors d'une même commande de 3 à 5 unités ; les Laboratoires Uriage ont prévu l'obligation, pour le distributeur, de l'informer "*lorsque les quantités commandées dépassent dix unités d'un même produit de chaque référence par commande et/ou lorsqu'un même acheteur effectue un nombre de commandes ne correspondant pas à une demande normale pour un*

*consommateur final*". Par ailleurs, les Laboratoires Uriage ont proposé d'améliorer la rédaction de leurs engagements afin de ne pas faire obstacle, dans la clause précitée, au commerce intra-réseau.

- Les réserves indirectes portant sur le principe même de la vente sur Internet

116. Dans sa première proposition d'engagements, Caudalie exigeait l'insertion permanente, dans l'espace réservé à la vente de ses produits sur le site Internet de son distributeur, d'un message recommandant *"à l'internaute de se rendre dans le(s) point(s) de vente physique(s) dont l'(les) adresse(s) est (sont) indiquée(s) sur le site où l'internaute y trouvera un service de conseil qualifié, direct et personnalisé"*. Ce message pouvant donner à penser aux consommateurs potentiels que le conseil délivré sur Internet n'était pas de bonne qualité, Caudalie a accepté de le modifier en proposant que le site de son distributeur *"devra mentionner (...), sous forme d'un message apparent, que le distributeur assure un service de conseil personnalisé à l'internaute et que ce conseil est donné sous la responsabilité d'un pharmacien conseil. Il devra en outre préciser que l'internaute peut aussi se rendre dans un point de vente physique agréé afin d'avoir un conseil personnalisé avec le pharmacien sur les produits Caudalie et ce, en fonction du type de peau ou d'éventuels problèmes cutanés"*.

117. De son côté, Cosmétique Active France proposait, à l'article 4.1 de ses projets d'avenants Internet pour Vichy et La Roche-Posay, d'interdire à ses distributeurs agréés *"d'offrir ou de pratiquer sur le site des prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique"*. Cette clause se fondait, selon les déclarations en séance du représentant de la société, sur la conviction que la vente sur Internet, en raison de la nature des produits, ne peut être qu'une *"transposition imparfaite de la vente en magasin physique"* ; en conséquence, il convenait de ne pas favoriser la vente sur Internet des produits de Cosmétique Active France. Le Conseil ayant souligné la préoccupation très forte de concurrence que présentait cette clause, qui aurait eu pour effet d'interdire le développement des ventes en ligne de ces produits et de les empêcher de présenter un quelconque avantage pour les clients finals, la société Cosmétique Active France a proposé la suppression de cette clause.

- Les réserves liées à un contrôle des prix

118. Dans sa première proposition, Oenobiol interdisait à son distributeur de mettre en avant sur son site Internet *"une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physique"* ; une telle clause pouvant porter atteinte à la liberté tarifaire du distributeur, Oenobiol a proposé de la supprimer.

119. De son côté, Caudalie proposait de soumettre à son accord préalable tout projet de publicité sur le site Internet *"tant sur la forme que sur le contenu"* (article 5). Consciente qu'une telle clause pouvait contrevenir à la liberté tarifaire du distributeur en contrôlant le contenu de ses opérations publicitaires, Caudalie a proposé de la modifier afin de prévoir que son accord préalable pour les opérations publi-promotionnelles de son distributeur serait nécessaire afin *"de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée"* en citant des cas d'interdiction relatifs à la forme de la publicité.

- Les réserves d'ordre sanitaire

120. S'agissant de la réserve précédemment citée formulée par le docteur Y..., le Conseil note que

la vente sur Internet des produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique ne fera pas échapper ces produits au dispositif de cosmétovigilance puisque la traçabilité d'un produit sera toujours possible et qu'il appartiendra toujours au distributeur agréé de signaler aux autorités sanitaires une réaction anormale à l'usage d'un produit que lui aurait signalé un consommateur.

## B. SUR LA PORTEE DES ENGAGEMENTS :

133. Le Conseil constate que les engagements proposés par les sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage apportent globalement une réponse satisfaisante aux préoccupations de concurrence identifiées au stade de l'évaluation préliminaire. Ils préfigurent une modification substantielle des contrats de distribution sélective de ces dix sociétés s'agissant de la vente sur Internet par les distributeurs agréés, vente dont les conditions sont clarifiées afin de concilier le respect de l'image de marque et la haute qualité des produits et l'accès des distributeurs agréés à ce canal de distribution dynamique. Le Conseil constate que la possibilité ainsi donnée aux distributeurs agréés d'offrir ces produits sur leur site Internet peut aussi constituer une vitrine commerciale intéressante et un point d'entrée de clients potentiels vers leurs magasins physiques. La mise en ligne de leur prix sur les sites Internet des distributeurs agréés permettra en outre d'accentuer la concurrence tant intramarque qu'intermarque, au bénéfice du consommateur. En outre, cette nouvelle possibilité donnée aux distributeurs agréés devrait leur permettre de concurrencer, dans des conditions saines et favorables aux consommateurs, les vendeurs illicites qui proposent les mêmes produits sur Internet, soit parce qu'ils ne sont pas agréés, soit parce qu'ils offrent des contrefaçons ou des produits d'occasion.

134. Cependant, certaines clauses présentes dans les propositions d'engagements ont exigé des aménagements ou des améliorations ou ont été jugées inacceptables par le Conseil en ce qu'elles posaient des restrictions trop sévères à la vente sur Internet de par leur caractère disproportionné par rapport à l'objectif ou par leur caractère illégal.

135. A l'issue de discussions tenues avec les parties au cours de la séance, le Conseil a accepté les modifications suivantes :

### 1. LE LABORATOIRE BIODERMA

136. La société Bioderma a transmis au Conseil le 30 janvier 2007 une nouvelle version de ses engagements qui prévoit, par rapport à sa proposition initiale :

- de remplacer l'exigence d'un site exclusif et d'un point de paiement réservé aux produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique par l'exigence d'un "espace dédié" sur un site ne devant pas contrevenir à l'image de marque des produits Bioderma ;
- de transformer l'obligation d'envoyer des échantillons avec toute commande en simple "possibilité" ;
- de supprimer l'interdiction d'utiliser le nom de la marque comme mot clef en obligation "de ne pas contrevenir à l'image" dans le nom de domaine du site.

### 2. CAUDALIE

137. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Caudalie a apporté les modifications suivantes par rapport à sa proposition d'initiale :

- un allègement de ses exigences relativement fortes relatives à la présentation des produits ;
- une réécriture du message permanent devant être inséré sur les pages du site consacrées aux produits Caudalie afin de ne pas décourager l'achat sur Internet ;

- une suppression du contrôle des opérations publicitaires du distributeur "tant sur la forme que sur le contenu" et son remplacement par un système d'accord préalable pour toute opération de publicité ou campagne promotionnelle réalisée par le distributeur, dans le but exprès de vérifier que l'image de marque Caudalie est respectée ;
- l'insertion d'une clause de résiliation ;
- l'insertion d'une clause prévoyant l'information préalable de Caudalie pour toute commande de 10 produits identiques achetés lors d'une même commande.

### 3. COSMÉTIQUE ACTIVE FRANCE

138. Dans la dernière version de ses engagements présentée pour les marques Vichy et la Roche Posay, adressée au Conseil le 26 janvier 2007, la société Cosmétique Active France (L'Oréal) a proposé de supprimer la clause d'interdiction de pratiquer sur le site Internet du distributeur agréé des "prix, des conditions de vente, des opérations promotionnelles ou des techniques de fidélisation de la clientèle différents de ceux offerts ou pratiqués dans le point de vente physique".

### 4. EXPANSCIENCE

139. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 31 janvier 2007, la société Expanscience a proposé :

- de substituer à l'exigence d'un site exclusivement dédié aux produits vendus sur conseil pharmaceutique l'exigence d'une boutique virtuelle dont certaines pages du site seraient exclusivement dédiées à ces produits ;
- de mettre en place un dispositif d'information préalable pour contrôler le référencement payant du site dans le but exprès de veiller au respect de l'image de marque des produits Expanscience ;
- de prévoir l'engagement du distributeur agréé de répondre aux demandes des consommateurs et de traduire les questionnaires sur les problèmes dermatologiques "dans les langues correspondant aux pays où le distributeur agréé accepte de livrer les produits" ;
- de prévoir l'envoi d'échantillons avec toute commande de produits Expanscience dans la limite des stocks disponibles ;
- d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures.

### 5. JOHNSON & JOHNSON CONSUMER FRANCE

140. La société Johnson & Johnson Consumer France a proposé, dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 29 janvier 2007, de modifier les délais de réponse maximum de la "hot line" afin de régler le problème des jours ouvrés et d'accepter que l'accord préalable, que doit recueillir le distributeur auprès de Johnson & Johnson Consumer France pour toute vente de plus de 10 produits identiques, puisse être demandé par courriel et non pas seulement par courrier.

### 6. LIERAC

141. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 1er février 2007, la société Lierac a modifié son projet initial d'avenant Internet en proposant :

- de porter de 24 heures à 48 heures le délai maximum de réponse de la "hot line" pour les questions posées durant les jours non ouvrés et d'allonger les délais de livraison de 48 heures à 72 heures ;
- d'augmenter de 3 à 5 unités le nombre de produits identiques pouvant être vendus au cours d'une même commande ;

- de soumettre à un dispositif d'information préalable les référencements payants et l'usage de la marque par le distributeur agréé dans des conditions d'encadrement précises liées au respect de l'image de marque des produits Lierac.

## 7. NUXE

142. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 2 février 2007, le Laboratoire Nuxe a modifié sa proposition initiale d'engagements en précisant les critères de contrôle du référencement payant, qui doivent avoir pour objet la préservation de l'image et la réputation de la marque et en supprimant l'exigence d'un point de paiement réservé aux seuls produits dermo-cosmétiques.

## 8. LE LABORATOIRE OENOBIOL

143. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, le Laboratoire Oenobiol a proposé de supprimer la clause interdisant au distributeur agréé de pratiquer sur son site "une différence significative de prix public par rapport au prix moyen constaté sur les points de vente physiques" ainsi que la clause exigeant que la place accordée sur le site pour les produits de parfumerie ou de beauté éventuellement commercialisés sur le site soit en adéquation avec les parts de marché de chaque marque par rapport à celle des produits Oenobiol.

## 9. ROGÉ CAVAILLÈS

144. Dans la dernière version de ses engagements transmise au Conseil le 30 janvier 2007, la société Rogé Cavallès a proposé de modifier le dispositif relatif à la "hot line" en prévoyant des délais maximum de réponse de 24 heures pour les jours ouvrables et de 36 heures pour les jours fériés et le dimanche. Elle a également proposé l'insertion d'une nouvelle rédaction de l'article 1.2 précité à son projet d'avenant Internet ouvrant la possibilité à ses distributeurs agréés de recourir à une plate-forme de vente en ligne à la condition que cette dernière respecte "l'intégralité des dispositions visées dans la charte de distribution agréée et son avenant Internet" et sous réserve d'en informer préalablement la société Rogé Cavallès SAS afin d'obtenir son accord écrit.

## 10. URIAGE

145. Les Laboratoires dermatologiques d'Uriage ont transmis au Conseil une nouvelle version de leurs engagements le 29 janvier 2007, qui apporte à leur proposition initiale les modifications suivantes :

- un léger allègement des exigences de qualité du site et l'abandon de l'exigence d'un site exclusif pour les produits dermo-cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique au profit de la notion d'"espace dédié" ;
- la précision selon laquelle le contrôle préalable des référencements payants s'effectue afin de veiller au respect de l'image de marque d'Uriage et de ses produits ;
- la mise en place d'un dispositif d'information préalable du fabricant pour toute commande dépassant 10 unités d'un même produit ou lorsque l'acheteur effectue un nombre de commandes manifestement anormal pour un consommateur final, sans que cela fasse obstacle aux ventes intra-réseau ;
- la suppression de l'exigence de l'usage exclusif de la langue française et la possibilité de décliner le site dans une autre langue à la condition que le conseil personnalisé délivré par le pharmacien-conseil et les traductions soient assurées dans cette langue de manière pertinente.

146. Sous réserve de ces modifications, le Conseil accepte les engagements des sociétés Bioderma, Caudalie, Cosmétique Active France, Expanscience, Johnson & Johnson Consumer France, Lierac, Nuxe, Oenobiol, Rogé Cavaillès et Uriage.

### **Cons. Conc. 29 octobre 2008**

#### **Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques :**

Le Conseil de la concurrence (Section I),

Vu la saisine d'office du 27 juin 2006 concernant des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment l'article 81 CE ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu la décision du rapporteur général du 30 octobre 2006 procédant à la disjonction de la présente affaire en deux saisines portant respectivement les numéros 06/0044-1 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et 06/0044-2 F (06/0077 F), relative aux seules pratiques mises en oeuvre par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ;

Vu les observations présentées par Pierre Fabre SA et Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, les représentants de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétiques et de la société Pierre Fabre SA et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 17 septembre 2008 ;

Adopte la décision suivante :

#### **I. Constatations**

##### **A. LA SAISINE**

1. Par une décision en date du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Par une décision n° 07-D-07 en date du 8 mars 2007, le Conseil a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par les entreprises concernées, à l'exception du groupe Pierre Fabre, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau de vendre leurs produits sur Internet.

##### **2. LES CONTRATS DE DISTRIBUTION DES PRODUITS COSMÉTIQUES ET D'HYGIÈNE CORPORELLE**

19. Les contrats de distribution du groupe Pierre Fabre, relatifs à la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, concernant les marques Klorane, Avène, Galénic et Ducray, et émis par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, précisent que les ventes doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie. Les articles 1.1 et 1.2 des conditions générales de distribution et de vente

des quatre marques précitées stipulent en effet : « *Le distributeur agréé doit justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire d'ouverture de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour :*

- *acquérir une parfaite connaissance des caractéristiques techniques et scientifiques des Produits (...), nécessaire à la bonne exécution des obligations d'exercice professionnel définie au paragraphe 1.4 ci-après,*
- *donner, de façon habituelle et constante, au consommateur toutes informations relatives à la bonne utilisation des Produits (...)*
- *conseiller instantanément et sur le point de vente, le Produit (...) le plus adapté au problème spécifique d'hygiène ou de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis.*

*Cette personne qualifiée doit être titulaire pour ce faire, du diplôme de Pharmacien délivré ou reconnu en France ».*

*« Le distributeur agréé doit s'engager à ne délivrer les Produits (...) que dans un point de vente matérialisé et individualisé (...) ».*

20. Cette exigence a été rappelée par les représentants du groupe Pierre Fabre au cours de leur audition : « *Oui, nous exigeons la présence d'un personnel diplômé en pharmacie ou équivalent reconnu dans les points de vente. C'est une condition d'agrément pour la distribution de nos produits. Il y a une formation régulière de notre personnel à l'utilisation des produits en particulier lors du lancement d'un nouveau produit ».*

21. Elle exclut *de facto* toutes les formes de vente par l'intermédiaire d'Internet.

22. Au cours de leur audition du 11 mars 2008 par la rapporteure, les représentants de Pierre Fabre SA et Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (ci-après PFDC) ont expliqué les raisons ayant conduit le groupe Pierre Fabre à interdire la vente de ses produits sur Internet : « *La conception de ces produits nécessite le conseil d'un spécialiste pharmacien du fait de l'activité de ces produits développés dans une optique de soins. L'effet corollaire est que si des circuits sans conseil se développent, les pharmacies vont refuser de rendre le conseil. Nos produits répondent à des problématiques de peau particulières, comme des peaux intolérantes, avec un risque de réaction allergique. Nous considérons de ce fait que la vente sur Internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et des professionnels de santé sur nos produits et par conséquent aux exigences que nous fixons dans nos conditions générales de vente. Ces produits sont aussi recommandés par le corps médical (pédiatres, dermatologues)(... ) ».*

23. PFDC interdit la vente de ses produits sur Internet en raison de la nature des produits développés dans une optique de soins et auxquels l'entreprise souhaite associer une image médicale. Selon cette société, cette exigence suppose la présence d'un professionnel de santé, le pharmacien, qui, afin d'apporter aux consommateurs les recommandations appropriées, doit voir les clients pour évaluer leurs pathologies, et exclut la vente sur Internet.

24. PFDC indique aussi vouloir éviter le développement parallèle de circuits de distribution ne dispensant pas de conseil, que le groupe estime négatif à la fois pour son image et pour les pharmaciens fournissant ce service.

## **E. LE GRIEF NOTIFIÉ**

25. Sur la base de ces constatations, il a été fait grief à la société Pierre Fabre SA et à sa filiale la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique d'empêcher leurs distributeurs agréés de vendre sur Internet les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Klorane, Avène, Ducray et Galénic, en infraction avec les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité.

26. Ce grief concerne l'interdiction faite par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, à ses distributeurs agréés qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par Internet.

## **II. Discussion**

### **D. SUR LES PRATIQUES**

#### ***2° L'appréciation de la pratique***

55. Les deux étapes rappelées plus haut seront suivies pour les besoins de la démonstration : le caractère restrictif de concurrence par objet de la pratique en cause au sens des articles 81 §1 du traité et L. 420-1 du code de commerce ; l'examen des justifications apportées par les parties en cause au regard du paragraphe 3 de l'article 81 du traité et du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce.

#### **a) La restriction de concurrence et son éventuelle exemption « par catégorie »**

56. Les contrats de distribution sélective signés entre PFDC et ses distributeurs prévoient que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sera exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, en présence d'un docteur en pharmacie. Ce système prohibe donc la vente par Internet.

57. En imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur Internet, la société PFDC limite d'emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. De ce fait, elle restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise « physique » du distributeur agréé. L'utilisation d'Internet permet en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit et de se le faire livrer, sans avoir à se déplacer.

58. L'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par Internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter des clients par l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site. Cette pratique équivaut donc à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs.

59. L'interdiction de vente sur Internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributeurs non agréés.

60. La part de marché des produits Pierre Fabre étant inférieure à 30 %, il y a lieu de rechercher si la pratique restrictive de concurrence est exemptable par catégorie, ce qui nécessite qu'elle ne comporte pas de restriction caractérisée. Bien que la pratique d'interdiction de vente par Internet

ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut, comme il a été dit au paragraphe 65, à une interdiction de ventes actives et passives. En conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue, en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée : sont telles « *les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* ». Ces restrictions ne peuvent bénéficier de l'exemption automatique du règlement.

61. La Commission a précisé au point 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) : « *La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c, du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective. Cela signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective, tel qu'il est défini à l'article 1<sup>er</sup> point d), du règlement quant aux utilisateurs ou aux agents d'achat agissant au nom de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre. Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être aussi libre de faire de la publicité et de vendre via internet...* » (C'est le Conseil qui souligne).

#### **La réponse aux moyens des parties**

62. La société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique souligne que, selon la lecture qu'elle fait de l'article 4) c), l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé « *à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* », afin que les critères posés par le réseau ne soient pas contournés. Elle en conclut que l'interdiction de vendre sur Internet est précisément couverte par cette exception, Internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel. L'interdiction de vente par Internet ne constituerait donc pas une restriction caractérisée au sens du règlement (premier point). Pierre Fabre Dermo-Cosmétique dénie toute valeur juridique aux lignes directrices (deuxième point), mais expose que si l'interdiction de vente sur Internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices, au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81 ; or, au point 51, celles-ci disposent que « *l'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée* » (troisième point). Pierre Fabre Dermo-Cosmétique prétend ensuite qu'à supposer même l'interdiction de vente par Internet constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incomberait à l'autorité de concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de la pratique que la rapporteure n'aurait pas effectué en l'espèce (quatrième point). Les parties ajoutent que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente physiques des distributeurs (23 000), tous les consommateurs ont accès aux revendeurs Pierre Fabre Dermo-Cosmétique et qu'ainsi, la pratique est dépourvue de tout effet sur la concurrence intra marque : « *l'option supplémentaire d'Internet n'apportera aucun effet concret puisque les consommateurs finals ont déjà de multiples revendeurs à leur disposition, qu'ils peuvent mettre en concurrence* » (cinquième point). Enfin, elles citent un certain nombre de jugements et d'arrêts qui établiraient, selon elles, la licéité de l'interdiction de vente par Internet par un fournisseur (sixième point).

63. Mais sur le premier point, il convient de noter qu'un site Internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques. Ainsi que le déclarait un pharmacien au cours de l'instruction, la vente sur Internet «

*n'est qu'une façon différente, moderne, d'entrer dans mon officine autre que la porte d'entrée, le téléphone, le fax ou le courrier et qui en sont les moyens classiques » (cotes 539 et 540 ).*

64. Cette position est confortée par le paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales qui commente ces dispositions en ces termes : « *En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer **la localisation de ses locaux commerciaux**. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des **locaux** différents ou d'ouvrir un nouveau **magasin dans un autre lieu**. Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule) une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile » (C'est le Conseil qui souligne).*

65. Sur le deuxième point, s'il est exact que les lignes directrices de la Commission ne sont pas contraignantes pour les juridictions ou les autorités de concurrence des Etats membres, elles exposent l'interprétation de la Commission sur les textes qu'elles ont pour objet de commenter (règlement de 1999 ou paragraphe 3 de l'article 81 par exemple) et les orientations de sa pratique décisionnelle, à la lumière de la jurisprudence communautaire. Elles constituent donc des guides d'analyse utiles pour l'application de ces textes, garantissant dans une certaine mesure l'application uniforme du droit communautaire au sein du réseau des autorités de concurrence européennes dont la Commission est la garante, sous le contrôle des juridictions communautaires.

66. Sur le troisième point, il convient de noter que les justifications admises à l'interdiction de vente par Internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive. En effet, par nature, ces systèmes de distribution permettent d'attribuer une zone territoriale exclusive aux distributeurs. Il est interdit aux distributeurs exclusifs de prospecter activement les clients des autres distributeurs exclusifs (interdiction de ventes actives) ; il leur est simplement permis de répondre passivement aux demandes de ces clients, sans les avoir au préalable sollicités, (ventes passives possibles). Dans ces cas, « *une restriction à l'utilisation d'Internet par les distributeurs (exclusifs) ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente via Internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs* » (point 51 des lignes directrices qui interprètent le b) de l'article 4 du règlement). Selon ce point 51, une interdiction totale de vente par Internet ne pourrait être envisagée que « *si elle est objectivement justifiée* ». Même si la Commission ne mentionne pas explicitement ce qu'il faut entendre par cette expression, elle se réfère à l'interdiction de sites spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs.

67. Sur les quatrième et cinquième points, il convient de renvoyer aux explications figurant aux paragraphes 44 et suivants de la présente décision : les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence, ni d'analyser les effets des pratiques.

68. Sur le sixième point enfin, il convient d'examiner les décisions ou arrêts cités par les parties.

69. Les parties prétendent que certains précédents ont déjà évalué ce type de clause et n'ont retenu aucune restriction de concurrence. En particulier, dans sa décision du 16 décembre 1991, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité (IV/33.242- Yves Saint Laurent Parfums), la Commission aurait considéré que l'interdiction de vente par correspondance imposée à ses distributeurs par la société Yves Saint Laurent ne constituait pas une restriction de

concurrence. Les parties font aussi valoir que le tribunal de commerce de Paris a, le 30 juin 2008, condamné les sociétés eBay Inc et eBay international pour avoir commercialisé en ligne des produits qui ne pouvaient être revendus que dans des points de vente physiques, du fait de la spécificité des produits en cause.

70. Mais il est manifeste que les cas cités sont inopérants en l'espèce. D'une part, une comparaison avec la vente par correspondance doit être écartée (décision Yves Saint Laurent) car celle-ci ne peut offrir au consommateur ni la vitrine de présentation, ni l'interaction, au travers notamment de l'existence d'une « hot line » et de l'utilisation de films, qu'est susceptible d'offrir un site de vente en ligne. D'autre part, le jugement du tribunal de commerce de Paris concerne les sociétés de vente Ebay Inc et Ebay international qui sont des plates-formes de vente en ligne ne répondant à aucun des critères de la distribution sélective imposés par les fabricants de parfums en cause ; elles ne disposent d'aucun point de vente physique et commercialisent des produits de toutes sortes. Ces plates-formes mettent en effet en relation des acheteurs et des vendeurs dont certains ne sont pas agréés et vendent donc illicitement des produits. Leur situation est donc très différente de celle de distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique répondant à l'intégralité du cahier des charges imposé par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, et auxquels la vente sur Internet est interdite.

71. Les cas de jurisprudence évoqués par les parties ne contredisent donc pas l'analyse du Conseil, qui se trouve, au contraire, confortée par des précédents communautaires. La Commission a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'interdiction de vente par Internet à propos du système de distribution sélective mis en place par la société B&W Loudspeakers qui fabrique et commercialise des enceintes de qualité. Dans une lettre adressée le 4 décembre 2000 à cette société, la Commission a considéré que l'interdiction de vendre sur Internet faite aux membres d'un réseau de distribution sélective devait être considérée comme une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/99 et a demandé au fabricant de modifier son contrat de distribution sélective, notamment sur ce point. Le communiqué de presse du 24 juin 2002 de la Commission montre que la Commission a accepté d'autoriser le système de distribution sélective mis en place par cette société après qu'elle ait modifié ses contrats afin d'autoriser les ventes sur Internet (communiqué IP/02/916).

72. Par ailleurs, la Commission a, le 17 mai 2001, autorisé le système de distribution sélective de la société Yves Saint Laurent Parfums (YSLP). Le communiqué de presse relatif à cette décision est ainsi rédigé : « *La Commission a souligné dans ses lignes directrices l'importance de l'Internet pour la compétitivité de l'économie européenne et encourage une large diffusion de ce moyen moderne de communication et de commercialisation. En particulier, elle considère qu'une interdiction de vente par Internet, même dans un système de distribution sélective, est une restriction des ventes aux consommateurs qui ne pourrait être couverte par le règlement de 1999. Le système YSLP satisfait aux conditions d'exemption posées par ce règlement. En effet, YSLP a fixé des critères de sélection autorisant ses détaillants agréés, exploitant préalablement un point de vente physique, à vendre leurs produits également par Internet* ». Même si ces affaires ont fait l'objet d'une simple lettre administrative de classement, l'opinion exprimée par la Commission à cette occasion constitue un élément utile pour les autorités de concurrence lorsqu'elles examinent un accord.

#### **b) Sur l'exemption individuelle**

73. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique prétend que la pratique litigieuse contribue à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon (premier point), et de parasitisme entre officines agréées (deuxième point). Elle garantirait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique du pharmacien lors de la délivrance du produit

(troisième point). Enfin, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique expose que la distribution par Internet n'apportera aucun surcroît de concurrence sur le marché des produits dermo -cosmétiques et notamment aucune baisse des prix de détail (quatrième point).

74. Mais il incombe à l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence qui veut bénéficier d'une exemption individuelle sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 81 du traité et du 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce, de démontrer le progrès économique découlant de cette pratique et le caractère indispensable de la restriction de concurrence pour obtenir ces avantages. Ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 juin 1992 (Compagnie générale de vidéocommunication) : « *il appartient aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles de démontrer, non seulement que ces actions comportent des avantages économiques, mais encore que ceux-ci sont suffisants pour compenser les incidences des pratiques sur la concurrence* ».

75. Sur le premier point, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas en quoi la restriction de concurrence litigieuse serait nécessaire pour garantir une meilleure surveillance de son réseau de distribution. En effet, la possibilité, reconnue à la société mise en cause, de réserver à ses propres distributeurs agréés la vente des produits par Internet permet d'atteindre cet objectif. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique pourrait contrôler la qualité des sites de ses propres distributeurs agréés et combattre plus facilement les ventes sur les sites non autorisés. Cet argument a été soutenu par le directeur juridique des Laboratoires Liérac, fabricant de dermo-cosmétiques, qui, dans un courrier daté du 10 septembre 2008 versé aux débats, écrivait (page deux) : « *Cependant, pour répondre à la prolifération d'acteurs incontournables agissant depuis l'extérieur de l'Union Européenne, il nous a semblé opportun d' « occuper le terrain du commerce en ligne » d'une façon plus conforme à nos critères de distribution* ».

76. Sur le deuxième point, il convient de rappeler que le parasitisme consiste dans le fait, pour une entreprise, de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par une autre, sans en partager les coûts. Le consommateur peut notamment se rendre dans les points de vente physiques où le produit est mis en valeur, peut être testé et peut faire l'objet de démonstration ou de conseils. Ces services à la clientèle sont le fruit d'investissements du point de vente ou du réseau. Le consommateur peut ensuite être tenté, une fois son choix arrêté, d'aller sur Internet pour acheter le produit. La vente sur Internet peut donc être, dans certaines circonstances, source de désavantages entre vendeurs et, si elle est susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains services ou de certains vendeurs, peut induire des effets moins positifs pour le consommateur. Tel serait par exemple le cas si des distributeurs vendaient par Internet sans disposer de magasins physiques (« pure players »).

77. En l'espèce, le choix, par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, d'un système de distribution sélective, avec présence d'un pharmacien dans les lieux de vente, garantit que le service de conseil est dispensé dans toutes les officines agréées et que chacune en supporte le coût. Il est dès lors impossible qu'une pharmacie agréée qui disposerait d'un site Internet puisse tirer bénéfice des conseils dispensés par une autre officine agréée sans en partager les coûts. L'éventualité évoquée par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique que certaines officines n'auraient pas les moyens de se doter d'un site et souffriraient du « parasitisme » des autres, les consommateurs demandant des conseils dans les premières et achetant sur les sites des secondes, n'est étayée d'aucun commencement de preuve. Au demeurant, si cette pratique était avérée, elle ne pourrait être qualifiée de « parasitisme ». La différence d'équipements entre officines n'aurait aucun effet sur le comportement des consommateurs, selon les hypothèses retenues par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique elle-même, selon lesquelles la distribution par Internet ne générerait aucune baisse des prix de détail et donc aucune incitation pour les consommateurs.

78. Sur le troisième point, le Conseil note que les cosmétiques ne sont pas des médicaments : la réglementation particulière dont ils font l'objet concerne les normes qui s'appliquent à leur fabrication et non à leur distribution qui est libre. En outre, l'établissement d'un diagnostic n'entre pas dans les pouvoirs d'un pharmacien, seul le médecin y étant autorisé. S'il est exact que l'usage de produits cosmétiques est souvent prescrit par le médecin lors d'un traitement dermatologique, c'est à titre d'accompagnement et non à titre curatif, cet accompagnement restant sous le responsabilité du médecin.

79. Par ailleurs, dans un arrêt du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C/322/01, Rec.p.I-14887), la Cour de justice des communautés européenne a écarté les arguments tenant à la nature des produits en cause, s'agissant des restrictions apportées à la distribution par Internet de médicaments non soumis à prescription médicale, au regard du principe de la libre circulation des marchandises. Elle a jugé que constituait une restriction non justifiée à ce principe la réglementation qui interdisait aux pharmaciens de vendre par Internet des médicaments non soumis à ordonnance dans l'Etat membre où se situait l'acheteur : « *S'agissant des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, aucune des justifications invoquées ne pourrait valablement fonder l'interdiction absolue de leur vente par correspondance. En premier lieu, en ce qui concerne la nécessité d'informer et de conseiller le client lors de l'achat d'un médicament, la possibilité de prévoir une information et un conseil suffisants ne saurait être exclue. En outre, ainsi que le relèvent à juste titre les défendeurs au principal, l'achat par Internet pourrait présenter des avantages, tels que la possibilité de passer commande à partir de la maison ou du bureau, sans nécessité de déplacement, et de formuler calmement les questions à poser aux pharmaciens, avantages qui doivent être pris en considération. Quant à l'argument selon lequel la capacité de réagir des "pharmaciens virtuels" serait moindre que celle des pharmaciens d'officine, les désavantages qui ont été invoqués à cet égard concernent, d'une part, la possible mauvaise utilisation du médicament concerné et, d'autre part, l'abus potentiel de ce dernier. En ce qui concerne la possible mauvaise utilisation du médicament, un tel risque pourrait être diminué grâce à l'augmentation des éléments interactifs existant sur Internet devant être utilisés par le client avant que celui-ci ne puisse procéder à un achat. S'agissant de la possibilité d'abus, il n'est pas évident que, pour ceux qui souhaitent acquérir de façon abusive des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, l'achat effectué dans des pharmacies traditionnelles présente, en réalité, plus de difficultés que l'achat par Internet. En deuxième lieu, en ce qui concerne la catégorie de médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale, les considérations relatives à leur délivrance ne sont pas de nature à justifier l'interdiction absolue de leur vente par correspondance* ».

80. Tous ces arguments sont *a fortiori* transposables pour les produits dermo-cosmétiques, qui ne sont pas des médicaments.

81. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique ne démontre pas davantage en quoi la pratique litigieuse serait nécessaire pour permettre le système de surveillance intitulé « cosmétovigilance ». La cosmétovigilance contraint les professionnels de santé à signaler les effets indésirables des produits cosmétiques. Selon Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, seul le contact visuel entre le pharmacien et les utilisateurs de produits permettrait d'assurer cette surveillance. Mais les effets négatifs liés à l'utilisation des produits ne sont détectables qu'une fois le produit acheté, quel que soit le moyen d'acquisition, et non au moment de l'achat. Le patient aura donc tendance à consulter un médecin en cas d'effets négatifs du produit. Le document de l'Afssaps fourni par les parties mentionne d'ailleurs que plus de 60 % des signalements émanent des médecins et non des pharmaciens, qui ne sont responsables que de 10 % de ceux-ci (soit une dizaine de signalements

par an pour l'ensemble des 23 000 officines). De plus, parmi la centaine de signalements d'effets indésirables détectés chaque année, figurent principalement les tatouages et les produits contenant de la vitamine K1, non commercialisés par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique.

82. Sur le quatrième point, la circonstance que la distribution par Internet n'entraîne pas nécessairement de baisse des prix de détail, au demeurant non démontrée par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, est indifférente en l'espèce. En effet, en l'absence de la restriction litigieuse, les gains pour les consommateurs pourraient aussi résider dans l'amélioration du service proposé par les distributeurs et pas seulement dans la baisse des prix. La possibilité d'acheter les produits sur Internet apporte en effet aux consommateurs un service supplémentaire par rapport à l'achat dans les magasins physiques : commander et acheter les produits à distance, sans limitation de temps. L'utilisation d'Internet facilite également l'accès à l'information sur les produits et permet aux consommateurs de procéder à des comparaisons de prix.

83. Il résulte de ce qui précède que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique n'a pas fait la démonstration que les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 81 du traité ou au 2° du I de l'article L. 420-4 du code de commerce sont remplies.

## DÉCISION

**Article 1<sup>er</sup>** : La société Pierre Fabre SA est mise hors de cause.

**Article 2** : Il est établi que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité.

**Article 3** : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, un exemplaire des contrats modifiés.

**Article 4** : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique de transmettre à l'ensemble de ses points de vente, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, une lettre recommandée avec accusé de réception leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats de distribution sélective, décrites à l'article 3, en y joignant le résumé de la décision figurant au point 96 de la décision. Pierre Fabre Dermo Cosmétique adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, un exemplaire de cette lettre.

**Article 5** : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, si elle juge opportun d'encadrer la construction des sites Internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites, d'en informer le Conseil de la concurrence, sous pli recommandé adressé au bureau de la procédure, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

**Article 6** : Une sanction d'un montant de 17 000 euros est infligée à la société Pierre Fabre Dermo Cosmétique.

Par décision du 27 juin 2006, le Conseil de la concurrence, ci-après le Conseil, s'est saisi d'office de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Par une décision n°07-D 07 en date du 8 mars 2007, le Conseil a accepté et rendu obligatoires les engagements proposés par les entreprises mises en cause, à l'exception du groupe Pierre Fabre, consistant à modifier leurs contrats de distribution sélective afin de prévoir la possibilité pour les membres de leur réseau de vendre leurs produits sur internet. Le Conseil a classé l'affaire les concernant en application des dispositions de l'article L.462-2 du code de commerce, en se bornant à constater que la mise en oeuvre des engagements souscrits répondait aux préoccupations de concurrence mises en évidence au cours de l'instruction de l'affaire. L'examen des pratiques du groupe Pierre Fabre a ainsi été disjoint par le rapporteur général le 30 octobre 2006.

Les produits concernés par la saisine sont les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle distribués par l'intermédiaire de systèmes de distribution sélective et offerts avec le conseil d'un pharmacien. Ces produits, qui font partie du secteur plus large des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle définis par l'article L.5131-1 du code de la santé publique, sont soumis, à ce titre, à diverses exigences relatives à leur composition ou à leur étiquetage. Toutefois, n'entrant pas dans la catégorie des médicaments et n'étant pas ainsi soumis au monopole des pharmaciens prévu à l'article L.4211-1 du code de la santé publique, rien ne s'oppose à ce que ces produits soient librement commercialisés en dehors du circuit officinal.

La concurrence entre fabricants sur le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle est vive en raison, notamment, de la nature des produits pour lesquels l'innovation joue un rôle majeur. En 2007, les groupes Pierre Fabre et Cosmétique Active France, filiale de l'Oréal, restent prépondérants avec respectivement 20 % et 18,6 % de parts de marché du fait de leur ancienneté et de leur « portefeuille » de marques.

Pour l'essentiel, la distribution est assurée par les pharmacies, les parapharmacies indépendantes ou intégrées à l'intérieur des grandes surfaces alimentaires ainsi que les parfumeries. Les pharmacies restent toutefois le canal de distribution privilégié avec plus de deux tiers des ventes, cette situation s'expliquant par le monopole de distribution détenu jusqu'à la fin des années 1980 et du maillage territorial dont elles disposent ainsi qu'en raison de l'image positive apportée par la présence d'un pharmacien et de la proximité de la vente de médicaments délivrés sur ordonnance.

Par ailleurs, les ventes sur internet, tous produits et services confondus, ont connu une forte progression, en dépassant le seuil de 16 milliards d'€ en 2007, soit une hausse de 35 % par rapport à 2006 avec 180 millions de transactions. Chaque acheteur en ligne dépense 800 € par an en moyenne et effectue près de neuf commandes via internet. Le nombre de sites marchands a connu une forte hausse avec 13 000 nouveaux sites en 2007, soit une augmentation de 54 %. Les sites intéressant la mode et la beauté ont continué à croître en 2007 : selon la Fedav (Fédération de la vente à distance), le commerce en ligne a capté 21 millions d'acheteurs au premier semestre 2008, pour une dépense totale, de 10 milliards d'€.

Selon le Conseil (Point 10 de la décision), s'il est encore trop tôt pour mesurer l'évolution des ventes sur internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, les grandes marques de luxe dans le domaine de la parfumerie, de la joaillerie ou des accessoires ont récemment développé en France ou à l'étranger, leurs propres sites de vente sur internet. Ce développement récent s'appuie sur le constat que « le coeur de clientèle » des marques hauts de gamme achète massivement sur

internet.

Le groupe Pierre Fabre commercialise des gammes de produits variés en pharmacie, homéopathie et en parapharmacie. Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ci-après PFDC, contrôlée par la société Pierre Fabre SA, ci-après PFSA, holding du groupe, a pour activité la fabrication et la commercialisation des produits cosmétiques, et d'hygiène corporelle et a plusieurs filiales, dont les laboratoires de cosmétiques, Avène, Klorane, Galénic et Ducray.

Sur le marché français ainsi que sur le marché européen, le groupe Pierre Fabre assure l'essentiel de la distribution de ses produits par l'intermédiaire des pharmaciens : la vente en officine représente, avec plus de 60 % de distribution directe et 10 % de ventes par l'intermédiaire des répartiteurs, 70 % de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Les contrats de distribution du groupe Pierre Fabre consentis par PFDC pour assurer la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, concernant les marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray précisent que ces ventes doivent être réalisées dans un espace physique, dont les critères sont définis avec précision, et avec la présence obligatoire d'un diplômé en pharmacie.

C'est ainsi que l'article 1.1 des conditions générales de ces contrats impose à chaque distributeur « de justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour [...] conseiller instantanément sur le point de vente le produit de [PFDC] le plus adapté au problème spécifique d'hygiène et de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis. Cette personne doit être titulaire, pour ce faire, du diplôme de pharmacien délivré ou reconnu en France ».

L'article 1.2 précise que ces produits ne pourront être vendus que « dans un point de vente matérialisé et individualisé ».

Il est constant que ces exigences excluent de facto toutes les formes de vente par l'intermédiaire d'internet. A cet égard, au cours de leur audition du 11 mars 2008 par la rapporteure, les représentants de PFSA et de PFSA ont expliqué les raisons ayant conduit le groupe Pierre Fabre à interdire la vente des produits sur internet : « La conception de ces produits nécessite le conseil d'un spécialiste pharmacien du fait de l'activité de ces produits développés dans une optique de soins. (...) Nos produits répondent à des problématiques de peau particulières, comme des peaux intolérantes, avec un risque de réaction allergique. Nous considérons de ce fait que la vente sur internet ne répondrait pas aux attentes des consommateurs et des professionnels de santé sur nos produits et par conséquent aux exigences que nous fixons dans nos conditions générales de vente. Ces produits sont aussi recommandés par le corps médical (...) ».

C'est dans ces conditions qu'il a été fait grief à la société PFSA et à la société PFDC d'empêcher leurs distributeurs agréés de vendre sur internet les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de marques Avène, Klorane, Galénic et Ducray en infraction avec les articles L.420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE. Ce grief concerne l'interdiction faite par PFDC, à ses distributeurs agréés qui disposent de points de vente physiques avec la présence obligatoire d'un pharmacien, de développer la vente de leurs produits par internet.

En droit, le Conseil qui, compte tenu de la potentialité d'affectation sensible du commerce intracommunautaire, a examiné les pratiques au regard des dispositions de l'article L.420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité CE a procédé à l'analyse suivante :

« Les accords restrictifs de concurrence peuvent restreindre la concurrence par leur objet ou par leurs effets, la démonstration de l'objet anticoncurrentiel dispensant de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels (Cour de justice, 30 juin 1966, Société technique minière, 17 juillet 1997, Ferrière Nord [...]) Les accords comportant des « restrictions caractérisées » au sens du règlement

(CE) n°2790/99 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, sont exclus de l'exemption par catégorie prévue par ce texte, mais peuvent, s'ils apportent une contribution suffisante au progrès économique, bénéficier d'une exemption individuelle, dans les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou à l'article L.420-4 du code de commerce. »

En ce qui concerne les restrictions de concurrence par objet, le Conseil se réfère à l'article 21 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité (2004/C 101/08) aux termes desquelles, « les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui par nature, ont la capacité de le faire. Il s'agit de restrictions qu'au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché. Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence (...) ».

Selon le Conseil, « en vertu d'une jurisprudence constante tant des juridictions que des autorités de concurrence communautaires et nationales, les pratiques qui imposent des prix de revente ou limitent la production ou les ventes, ont nécessairement un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit besoin de mesurer leurs effets concrets.

Selon l'article 23 des lignes directrices précitées, « (...). En règle générale, la Commission considère comme restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications. (...)

S'agissant des accords verticaux, (...) ces restrictions caractérisées sont énumérées aux articles 4 et 5 du règlement 2790/99 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

Ce règlement d'exemptions par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux lorsque la part de marché que détient le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend ses biens ou services ne dépasse pas 30 %, cette présomption de légalité tombant cependant lorsque ces accords comportent des restrictions caractérisées, énumérées à l'article 4 : ces restrictions consistent en « la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente (...) » (a) ; de la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels » (b) ; « de la restriction des ventes actives ou passives au sein d'un réseau de distribution sélective » (c) ; « et enfin de la restriction des livraisons croisées au sein d'un réseau de distribution sélective » (d).

Le règlement classe en particulier, parmi les restrictions emportant la non application de l'exemption par catégorie aux accords verticaux, « les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » (point c). »

Le Conseil conclut que les accords comportant de telles restrictions, qui ne peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement, sont néanmoins susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle prévue au paragraphe 3 de l'article 81 du Traité CE et à l'article L.420-4 du code de commerce, la démonstration que les conditions prévues par ces textes sont réunies incombant aux entreprises auteur des pratiques.

Au cas d'espèce, s'agissant en premier lieu du caractère restrictif de concurrence par objet de la

pratique en cause au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE et son éventuelle exemption par catégorie, le Conseil (points 56 à 72 de la décision) :

- a constaté que les contrats de distribution sélective signés entre PFDC et ses distributeurs prévoient que la vente de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle sera exclusivement effectuée au sein d'un espace physique, en présence d'un docteur en pharmacie, ce qui interdit en effet la vente par internet ;
- a relevé qu'en imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur internet, la société PFDC limite d'emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; que, de ce fait, elle restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise "physique" du distributeur agréé, l'utilisation d'internet permettant en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit et de se faire livrer, sans avoir à se déplacer ;
- a également relevé que l'interdiction faite aux distributeurs agréés de vendre les produits du groupe Pierre Fabre par internet prive ceux-ci de la faculté de prospecter les clients par l'envoi de messages ou de satisfaire à des demandes non sollicitées adressées sur leur site et que cette pratique équivaut de la sorte à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs ;
- a décidé que l'interdiction de vente sur internet qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective a nécessairement un objet restrictif de concurrence, qui vient s'ajouter à la limitation de concurrence inhérente au choix même d'un système de distribution sélective par le fabricant, qui limite le nombre de distributeurs habilités à distribuer le produit et empêche les distributeurs de vendre ces biens à des distributeur non agréés ;
- se référant au point 53 des lignes directrice de la Commission sur les restrictions verticales (2000/C 291/01), a recherché, la part de marché des produits Pierre Fabre étant inférieure à 30 %, si la pratique restrictive de concurrence est exemptable par catégorie, ce qui nécessite qu'elle ne comporte pas de restriction caractérisée et a décidé que bien que la pratique d'interdiction de vente par internet ne soit pas expressément visée dans le règlement communautaire, elle équivaut à une interdiction de ventes actives et passives et qu'en conséquence, pratiquée au sein d'un réseau de distribution sélective, elle constitue en vertu du c) de l'article 4 du règlement une restriction caractérisée, qui ne peut bénéficier de l'exemption automatique du règlement. PFDC avait notamment objecté :
- que l'animateur d'un réseau conserve le droit d'interdire des ventes par un distributeur agréé « à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » afin que les critères posés par le réseau ne sont pas contournés, en concluant que l'interdiction de vendre sur internet est précisément couverte par cette exception, internet étant en l'occurrence un établissement non autorisé puisque virtuel,
- que si l'interdiction de vente sur internet était une restriction caractérisée au sens du règlement, aucune justification ne serait admise dans les lignes directrices de la Commission, au stade de l'examen des conditions du paragraphe 1 de l'article 81 du Traité CE : or au point 51, ces lignes directrices précisent que « l'interdiction catégorique de vendre sur internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée »,
- qu'à supposer même l'interdiction de vente sur internet soit constitutive d'une pratique restrictive caractérisée, il incomberait à l'autorité de concurrence de démontrer l'objet ou l'effet de la pratique grâce à un examen individuel de la pratique que le rapporteur n'aurait pas effectué en l'espèce,
- que, compte tenu du maillage exceptionnel et homogène constitué par les points de vente

physique des distributeurs, tous les consommateurs ont accès aux revendeurs PFDC et qu'ainsi, la pratique est dépourvue de tout effet sur la concurrence ultra marque.

Le Conseil a ainsi répondu à ses objections :

- "(...) Il convient de noter qu'un site internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques. (..) Cette position étant confortée par le paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales (...) « En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Si le point de vente du distributeur est mobile (point de vente aménagé dans un véhicule) une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile".
- Il convient de noter que les justifications admises à la vente par internet ne sont prévues que pour la distribution exclusive. En effet, par nature, ces systèmes de distribution permettent d'attribuer une zone territoriale exclusive aux distributeurs. Il est interdit aux distributeurs exclusifs de prospecter activement les clients des autres distributeurs exclusifs (interdictions de ventes actives), il leur est simplement permis de répondre passivement aux demandes de ces clients, sans les avoir aux préalables sollicités (ventes passives possibles). Dans ces cas, « une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs (exclusifs) ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou la vente via internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs » (point 51 des lignes directrices qui interprètent le b) de l'article 4 du règlement. Selon le point 51, une interdiction totale de vente par internet ne pourrait être envisagée que « si elle est objectivement justifiée ». Même si la Commission ne mentionne pas explicitement ce qu'il faut entendre par cette expression, elle se réfère à l'interdiction des sites spécialement conçus pour atteindre la clientèle exclusive des autres distributeurs. (...) ;
- Les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions de concurrence par objet, sans qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence ni d'analyser les effets des pratiques ».

S'agissant en second lieu de l'exemption individuelle (paragraphe 3 de l'article 81 du Traité CE et article L.420-4 du code de commerce), le Conseil a estimé que PFDC ne démontrait pas le progrès économique et le caractère indispensable de la restriction de concurrence dans des conditions lui permettant de bénéficier de l'exemption individuelle, en relevant notamment que PFDC n'établit pas que la pratique litigieuse contribuait à améliorer la distribution des produits dermo-cosmétiques en prévenant les risques de contrefaçon et de parasitisme entre officines agréées ni qu'elle garantirait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique du pharmacien lors de la délivrance du produit

C'est dans ces conditions que le 29 octobre 2008, le Conseil a rendu la décision suivante :

« Article 1er : La société Pierre Fabre SA est mise hors de cause.

Article 2 : Il est établi que la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité.

Article 3 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la

possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision. (...)

Article 4 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de transmettre à l'ensemble de ses points de vente, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, une lettre recommandée avec accusé de réception leur annonçant les modifications apportées à leurs contrats de distribution sélective, décrites à l'article 3, en y joignant le résumé de la décision figurant au point 96 de la décision. (...)

Article 5 : Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, si elle juge opportun d'encadrer la construction de ses sites internet de son réseau de distribution en prévoyant des critères de présentation ou de configuration des sites, d'en informer le Conseil de la concurrence, sous pli recommandé adressé au bureau de la procédure, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Article 6 : Une sanction d'un montant de 17 000 € est infligée à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. »

Par ordonnance du 18 février 2009, le magistrat délégué a toutefois ordonné le sursis de l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de la société PFDC jusqu'à ce que la cour statue sur le bien fondé du recours formé par cette société.

## **DISCUSSION**

[...]

### **Sur les moyens de la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique**

Considérant qu'au soutien de son recours, PFDC fait valoir, en premier lieu, que la décision du Conseil est entachée :

\* tout d'abord, d'un défaut de motivation en ce qui concerne la qualification de l'objet anticoncurrentiel, dès lors que le Conseil n'a pas indiqué en quoi la pratique avait un objet anticoncurrentiel en procédant à une analyse in concreto de son objet ou de son effet et en se bornant à se référer aux lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE alors que, compte tenu de la « rédaction générale et incertaine » de ces lignes directrices, le Conseil était tenu d'exposer en détail les raisons pour lesquelles il considérait la pratique anticoncurrentielle par son objet ; que cette situation résulte de ce que la notification de griefs entendait démontrer que le simple fait que la pratique n'était pas couverte par le règlement d'exemption verticale n° 2790/1999 entraînait ipso facto son caractère anticoncurrentiel alors que ce règlement qui est uniquement un règlement d'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité qui détermine quelles pratiques, si jamais elles sont jugées anticoncurrentielles, doivent être automatiquement exemptées, ne saurait se prononcer sur l'applicabilité de l'article 81 paragraphe 1 et donc sur l'existence d'une atteinte à la concurrence ;

\* ensuite, d'un défaut de motivation résultant d'une absence d'analyse du contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit la pratique dont l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE impose pourtant au Conseil de tenir compte, une telle analyse étant obligatoire pour établir l'existence d'une « infraction par objet » ;

\* enfin, d'une série de contradictions liées au fait :

- que la décision considère que la pratique est une infraction par objet tout en examinant ensuite la possibilité d'accorder une exemption ; qu'en effet, ou bien l'interdiction des ventes en ligne constitue une infraction per se, qui vise par hypothèse les atteintes les plus graves à la concurrence, de sorte qu'elle ne peut prétendre à aucune exemption, ou bien cette pratique peut être exemptée individuellement ou collectivement mais il n'est pas

alors possible de soutenir que son objet serait nécessairement anticoncurrentiel et donc qu'elle constituerait une infraction per se ;

- que le recours à la procédure d'engagements, qui ne peut pas s'appliquer aux infractions les plus graves, et la faible sanction pécuniaire prononcée contredisent, de surcroît, la qualification d'infraction per se ;
- que le Conseil a opéré un traitement distinct de la vente sur internet et de la vente par correspondance, qui sont pourtant toutes deux qualifiées de vente à distance par la Directive du 20 mai 1997 ;

Que la requérante soutient, en deuxième lieu, que la décision est par surcroît entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle retient un objet « nécessairement » anticoncurrentiel, dès lors que :

- ni la pratique sanctionnée ni les accords de distribution sélective n'ont un tel objet, le but poursuivi étant non de restreindre le jeu de la concurrence mais, à l'opposé, de garantir le niveau de service adéquat aux consommateurs ; qu'en effet, en imposant la présence d'un diplômé en pharmacie dans le point de vente ses accords de distribution sélective visent seulement à permettre au client de demander et d'obtenir à tout moment l'avis d'un spécialiste sur le choix le plus adéquat des produits Pierre Fabre, impliquant une observation directe de la peau et du cuir chevelu du client étant de surcroît précisé que ses produits sont des produits « haut de gamme » se caractérisant souvent par une haute technicité ; qu'une telle garantie d'un haut niveau de service rendu aux consommateurs résultant des conseils donnés par un spécialiste ne peut pas être assurée de manière équivalente et avec le même niveau de qualité lors d'une vente sur internet ;
- la qualification en infraction per se de la pratique sanctionnée s'inscrit à contre-courant de l'évolution générale du droit de la concurrence, la jurisprudence de la CJCE s'opposant à l'existence même d'infractions per se et imposant au contraire une motivation individuelle, au cas par cas, du caractère anticoncurrentiel de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique qui doit nécessairement être analysée dans son contexte juridique et économique ;
- la pratique décisionnelle du Conseil, qui a déjà décidé qu'une interdiction de vente sur internet ne constituait pas une restriction caractérisée au sens de droit de la concurrence s'oppose à la qualification en infraction par objet et a fortiori en infraction per se ;
- même s'il est vrai qu'une pratique peut être anticoncurrentielle soit par son objet, soit par ses effets, la décision attaquée s'est dispensée de procéder à une analyse de l'effet anticoncurrentiel de la pratique poursuivie alors pourtant que, bien que n'ayant pas la charge de la preuve de l'absence d'effets de l'interdiction de vendre en ligne de ses produits, elle avait pu établir que l'interdiction de vente sur internet n'avait aucun effet perceptible sur le marché ;
- la décision critiquée lui a refusé la possibilité de légitimer la pratique anticoncurrentielle mise en oeuvre par des justifications objectives alors que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales dispose que : « l'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée » et que contrairement à ce qui est énoncé dans la décision (point...), le paragraphe 51 des lignes directrices de la Commission sur lesquelles elle s'appuie, n'est pas réservé à la distribution exclusive ;

Que PFDC prétend, en troisième lieu, que la décision du Conseil est aussi entachée d'une erreur de droit et d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle a privé la pratique en cause du bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par le règlement n°2790/1990, en contradiction avec les précédentes décisions des autorités de la concurrence et avec la jurisprudence ;

Que le Conseil a en effet retenu à tort que la pratique constituait une restriction des ventes

passives au sens de l'article 4c) du règlement alors que la pratique était objectivement justifiée, d'une part par la volonté de garantir le meilleur niveau de conseil pour le consommateur au regard de la nature des produits en cause, en garantissant de surcroît le respect de la réglementation de santé publique concernant les produits cosmétiques et, d'autre part, par le souhait de prévenir les risques, particulièrement élevés de contrefaçon, inhérents à la nature des produits en cause ;

Qu'en tout état de cause, le Conseil aurait dû constater que PFDC satisfaisait à l'exception à la restriction caractérisée prévue par l'article 4c) in fine du règlement ainsi libellée : « sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé », les ventes par internet étant nécessairement réalisées dans un établissement autre que l'établissement autorisé ;

Que la requérante soutient, en dernier lieu, que la décision reste de toute façon entachée d'une erreur de droit en ce qu'elle refuse à la pratique en cause le bénéfice d'une exemption individuelle prévue par l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE alors que l'interdiction de vente par internet garantit le bien-être du consommateur grâce à la présence physique d'un diplômé en pharmacie lors de la délivrance du produit, en prévenant, en outre, les risques de contrefaçon et de parasitisme ; que, par surcroît, la suppression de cette interdiction ne serait pas à l'origine d'une concurrence accrue et, en particulier, d'aucune baisse des prix ;

Qu'à titre subsidiaire, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, rejoignant sur ce point la suggestion faite par l'Autorité de la concurrence ainsi que par la Commission européenne dans leurs observations et dans son avis, invite la Cour, si elle conservait un doute quant à l'interprétation à donner au règlement et aux lignes directrices, de saisir la Cour de justice des communautés européennes de la question préjudicielle suivante :

« Le droit communautaire de la concurrence et en particulier l'article 81 CE, permet-il qu'une interdiction de vente sur internet opposée à des distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective soit considérée comme nécessairement anticoncurrentielle, sans qu'il soit nécessaire d'analyser in concreto l'objet et l'effet de cette pratique et d'examiner si cette pratique pourrait être objectivement justifiée ? » ;

### **Sur le marché pertinent**

Considérant qu'il convient de constater que PFDC ne critique pas la décision déférée en ce qu'elle a défini le marché pertinent comme le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien ;

### **Sur l'affectation du concurrence intracommunautaire**

Considérant que la requérante ne critique pas non plus la décision du Conseil en ce qu'elle a relevé que les pratiques qui lui sont reprochées sont présumées affecter sensiblement le commerce intracommunautaire, cette circonstance n'ayant par ailleurs pas appelé d'observation de la Commission ;

Qu'il suffit de rappeler que le Conseil s'est pour cela utilement référé aux éléments exigés par les lignes directrices de la Commission relative à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) ;

Qu'en ce qui concerne, en premier lieu, l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique et l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges, la décision retient à juste titre que la pratique en cause consistant dans la présence dans les contrats de distribution sélective de PFDC d'une clause revenant à interdire aux membres de son réseau de vendre les produits de ce laboratoire sur internet, elle est, par sa nature même, susceptible d'affecter le courant des échanges intracommunautaires ;

Que cette pratique revient en effet à interdire aux plus de 23 000 points de vente répartis sur le territoire français, membres du réseau de distribution du groupe Pierre Fabre, de répondre à des commandes émanant de consommateurs d'autres pays membres et ainsi, de cloisonner le marché au seul territoire français en entravant le développement direct d'échanges intracommunautaires auxquels internet offre l'opportunité d'un développement ;

Qu'en ce qui concerne, en second lieu, le caractère sensible de cette affectation du commerce intracommunautaire, le Conseil rappelle justement que le point 53 des lignes directrices précitées énumère les deux seuils alternatifs au delà desquels un accord est présumé affecter sensiblement le commerce entre Etats membres la part de marché totale des parties sur le marché communautaire en cause affecté par l'accord excède 5 % ou, dans le cas d'accords verticaux, le chiffre d'affaires annuel total réalisé dans la communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'€, ce seuil étant calculé selon le paragraphe 54 des lignes directrices, sur la base des ventes totales hors taxes réalisées dans la communauté, durant l'exercice écoulé, par l'entreprise en cause avec les produits concernés par l'accord ;

Qu'au cas d'espèce, le Conseil était fondé à constater que cette affectation sensible est avérée, dès lors que le chiffre d'affaires du groupe Pierre Fabre réalise eu 2007 dans la Communauté avec les produits concernés par la clause litigieuse excède largement le seuil de 40 millions ;

### **Sur le droit applicable et sur l'avis de la Commission**

Considérant qu'au regard de la possibilité d'affectation sensible du commerce intra-communautaire, le Conseil, dont la décision n'est pas non plus critiquée de ce chef, était en droit d'examiner la licéité du système de distribution sélective mis en place par PFDC dans le cadre duquel s'inscrivent les pratiques incriminées non seulement sur le fondement de l'article L420-1 du code de commerce, mais aussi de l'article 81 du Traité CE ;

Considérant que l'article 81, paragraphe 1, du Traité interdit « tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats 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 commun (...) » ;

Que le paragraphe 3 de l'article 81 du Traité précise toutefois que « les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises (...) qui contribue(nt) à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;
- b) donner à des entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence » ;

Que l'article 4(c) du règlement n° 2790/1999 de la Commission 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 dispose :

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet : [...]

- c) les restrictions des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » [...]

Que le point 53 des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales ; JO C 291 du 13 octobre 2000) interprète ainsi cette disposition :

« La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c, du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective. Cela signifie qu'aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective, tel qu'il est défini à l'article 1er point d) du règlement quant aux utilisateurs ou aux agents d'achat agissant au nom de ces utilisateurs auxquels ils sont autorisés à vendre. Dans un système de distribution sélective, par exemple, le distributeur devrait être aussi libre de faire de la publicité et de vendre via internet. La distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nullement limitées. Le fournisseur peut donc s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur ou un nombre limité de distributeurs sur un territoire donné » ;

Considérant que la Commission expose que la présente affaire soulevant d'importantes questions de principe et d'interprétation, susceptibles d'influencer la mise en oeuvre cohérente des règles de concurrence communautaire de la concurrence dans le domaine de la vente en ligne, elle a souhaité présenter des observations en application de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement (CE) n° 1/2003 afin d'assister la cour d'appel dans son jugement ;

Considérant, s'agissant tout d'abord de l'application de l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE à l'exclusion des ventes en ligne par les distributeurs sélectifs, que la Commission observe que toute interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du Traité, quelle que soit la part de marché détenue par le fournisseur (voir en ce sens les points 51 et 53 des lignes directrices) ;

Que, selon la Commission, la qualification de la vente en ligne comme vente passive ou active n'est pas pertinente dans le cas de la distribution sélective dans la mesure où toute restriction à la revente, qu'il s'agisse d'une vente passive ou active constitue une restriction caractérisée ;

Qu'il est vrai que le point 51 des Lignes directrices sur les restrictions verticales mise en avant par la requérante dispose que : "d'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée" ;

Que cependant, la Commission précise que cette partie des Lignes directrices doit être lue à la lumière du point 18(2) secundo des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) CE du Traité et par analogie au point 49 in fine des Lignes directrices qui, s'agissant des restrictions caractérisées à la revente de l'article 4(b) du Règlement, indique que :

"L'interdiction pour tous les distributeurs de vendre à certains utilisateurs finals n'est pas regardée comme une restriction caractérisée s'il existe une justification objective liée au produit, telle que l'interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé" ;

Que par conséquent, une interdiction de vendre en ligne des produits contractuels ne peut pas être considérée comme une restriction caractérisée si, par exemple, cette interdiction est exigée par une législation nationale ou communautaire impérative qui vise à protéger l'ordre public pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé des consommateurs ou toute considération liée à la protection de l'ordre public ;

Que c'est ainsi « que l'interdiction de vendre en ligne ne sera pas qualifiée de restriction caractérisée si cette interdiction est exigée par une législation nationale ou communautaire impérative qui vise à protéger l'ordre public en interdisant une telle vente en ligne » ;

Qu'à l'opposé, si la distribution des produits contractuels n'est pas réglementée, la Commission estime que c'est seulement dans des circonstances exceptionnelles qu'une justification objective d'une restriction caractérisée pourra être avancée ;

Qu'à cet égard, le point 18 (2) secundo des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81(3) CE indique que :

« Toutefois, certaines restrictions peuvent, dans certains cas, ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors qu'elles sont objectivement nécessaires à l'existence d'un accord de ce type ou de cette nature. La décision d'exclure ces restrictions du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ne peut être faite que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties elles-mêmes et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. La question à trancher n'est pas de savoir si les parties, compte tenu de leur situation spécifique, n'auraient pas accepté de conclure un accord moins restrictif mais si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché un accord moins restrictif n'aurait pas été conclu par les entreprises se trouvant dans une situation similaire. [...] L'affirmation selon laquelle, en l'absence de la restriction, le fournisseur aurait eu recours à une intégration verticale ne suffit pas. » ;

Que la Commission estime que la notion de "justification objective" est d'application stricte : elle vise à enlever à une pratique restrictive la qualification de restriction caractérisée de la concurrence et elle ne sert pas à se substituer à l'analyse des gains d'efficacité d'un accord restrictif de la concurrence qui doit être faite au titre de l'article 81(3) CE en vue d'une exemption individuelle ;

Considérant s'agissant ensuite de l'application de l'exemption par catégorie du règlement (CE) n°2790/1999 que la Commission émet l'avis qu'un accord de distribution sélective contenant une restriction caractérisée de la concurrence comme celle qui consiste à interdire aux distributeurs agréés de vendre en ligne les produits contractuels ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie instituée par le Règlement ;

Qu'au surplus, la possibilité prévue dans l'article 4 (c) du Règlement d'interdire à un distributeur agréé d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé par le fournisseur se réfère à un lieu d'établissement physique (points de vente physique, dépôts etc...)

Qu'à ce titre, le point 54 des Lignes directrices indique que :

« En outre, dans le cas de la distribution sélective, des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de déterminer la localisation de ses locaux commerciaux. Ainsi, il peut être interdit aux distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité dans des locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu » ;

Que la Commission estime que l'utilisation de l'internet ne peut pas être assimilée exactement à l'ouverture d'un point de vente physique dans un lieu d'établissement non autorisé par le fournisseur et que cette possibilité prévue par le Règlement ne saurait être utilisée pour contourner la règle selon laquelle l'interdiction de vendre en ligne est une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 (1) CE qui ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie ; que l'examen des justifications d'une telle interdiction relève de l'appréciation au cas d'espèce au regard de l'article 81 (3) CE en vue d'obtenir une exemption individuelle ;

Considérant, s'agissant enfin de la faculté d'obtenir une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE, que la Commission s'est bornée à rappeler que la restriction des

ventes en ligne ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie et que, de plus, en présence d'une telle restriction caractérisée par objet, l'autorité saisie de la question n'est pas obligée d'analyser les effets de la restriction sur le marché pour établir qu'elle restreint la concurrence et serait donc incompatible avec l'article 81(1) CE ;

Que cependant cela ne signifie pas que les restrictions caractérisées sont interdites per se par le droit communautaire de la concurrence ; qu'il n'est pas nécessairement exclu que la restriction puisse remplir les quatre conditions cumulatives relatives à l'exemption individuelle au titre de l'article 81(3) CE et ainsi bénéficier de cette exemption, étant précisé qu'en vertu de l'article 2 du Règlement (CE) n° 1/2003 la charge de la preuve que les quatre conditions sont remplies repose sur l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'exemption ;

Qu'elle ajoute que, si jamais la cour avait des doutes sur l'interprétation des règles de droit communautaires applicables en l'espèce, elle l'invitait à saisir la Cour de justice d'une demande préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE afin d'en obtenir l'interprétation ;

### **Sur l'utilité d'un renvoi préjudiciel**

Considérant que, bien que n'adhérant pas complètement à l'analyse du Conseil de la concurrence, en particulier sur l'assimilation de la pratique de l'interdiction de vente par internet à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs ainsi que sur la portée exacte du point 51 de ses Lignes directrices, la Commission européenne suggère finalement la même interprétation du droit communautaire que l'autorité nationale de concurrence sur le caractère restrictif de concurrence par objet de la pratique en cause et l'impossibilité d'une exemption par catégorie ainsi que sur la possibilité offerte à PFDC de bénéficier, malgré tout, d'une exemption individuelle ;

Considérant cependant que ni les Lignes directrices de la Commission, ni l'avis de cette autorité donné au titre de l'article 15 paragraphe 3 du règlement n° 1/2003 ne présentent un caractère contraignant pour les juridictions nationales ;

Que, dès lors, dans le silence du Règlement n°2790/1999 sur l'interdiction de la vente en ligne et au regard du caractère sérieux des moyens soulevés par la société PFDC, se pose la question de savoir si l'interdiction générale et absolue de vendre sur internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE ;

Qu'il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de Justice se soit prononcée sur ce point ;

### **Sur la demande de révocation du sursis à exécution**

Considérant que l'Autorité de la concurrence fait observer que si une question préjudicielle était posée à la Cour de justice, « il conviendrait de révoquer le sursis » ordonné par le magistrat délégué ;

Mais considérant que l'Autorité étant seulement habilitée en vertu des dispositions de l'article R.464-18 du code de concurrence à présenter des observations à la cour, une telle demande ne peut qu'être déclarée irrecevable ;

### **DECISION**

**Par ces motifs, renvoie à la Cour de justice des Communautés européennes aux fins de dire si l'interdiction générale et absolue de vendre sur internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de**

**l'article 81 paragraphe 1 du Traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999 mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE ;**

**. Sursoit à statuer sur le recours de la société PFDC jusqu'à la décision de la Cour de justice,**

**. Déclare irrecevable la demande de révocation du sursis de l'exécution des injonctions prononcées à l'encontre de la société PFDC décidé par l'ordonnance du 18 février 2009 du magistrat délégué.**

**ADLC, 1<sup>er</sup> juillet 2011**

**Décision n° 11-SOA-02 du 1er juillet 2011 relative à une saisine d'office pour avis portant sur le secteur du commerce électronique :**

L'Autorité de la concurrence,

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment ses articles 101 et 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié et notamment son article L. 462-4 ;

Adopte la décision suivante :

## **I. Contexte**

### **A. UN SECTEUR EN FORTE CROISSANCE**

1. Selon les chiffres de la FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance), le commerce en ligne à destination des particuliers représentait en 2009 entre 22 et 25 milliards d'euros, soit quatre fois plus qu'il y a cinq ans et 25% de plus qu'en 2008<sup>1</sup>. Cette forte croissance découle, d'une part, d'un montant croissant d'achat par consommateur, le nombre de transactions par « cyberacheteurs » ayant augmenté de 7,3% entre 2009 et 2010, et d'autre part, de la part croissante de consommateurs achetant par le biais d'Internet. La France compte aujourd'hui 28 millions de cyberacheteurs, soit plus de 70 % des utilisateurs d'Internet.

2. Le commerce en ligne touche la plupart des secteurs de l'économie, mais de façon encore inégale. Ainsi, le secteur du tourisme représente environ 40% des ventes en ligne aux particuliers en 2010, les produits techniques (audio-visuels, téléphonie, etc.) et ceux de l'habillement et du textile environ 11% chacun, l'équipement de la maison, 6%, les produits culturels, 5%, l'alimentation, 3%. Les autres catégories de services (jeux en ligne, billetterie événementielle, rechargement de cartes téléphoniques prépayées, sites pour adultes, services photo sur Internet, sites de rencontre, téléchargement de musique, streaming, vidéo à la demande, etc.) représentent 14% des ventes en ligne, les autres catégories de produits (beauté-santé, fleurs, bricolage-jardinage, jouets, bijoux, voitures, places de marché, etc.), 9%<sup>2</sup>.

3. Si les ventes en ligne ne représentent encore que 6% du commerce de détail, ce mode de distribution a vocation à devenir un canal d'achat majeur des consommateurs. De fait, si les ventes en ligne aux particuliers demeurent moins développées en France que chez plusieurs de ses voisins européens (8% du commerce de détail en Allemagne et 10,7% au Royaume-Uni), l'écart se réduit grâce à des ventes en ligne plus dynamiques en France que dans la moyenne des pays européens (+ 29,5% par an sur la période 2008-2010, contre +19% pour l'ensemble des pays européens)<sup>3</sup>.

4. Du côté de l'offre en ligne, 82 000 sites marchands actifs en France ont été recensés en 2010, soit 28 % de vendeurs en ligne supplémentaires par rapport à 2009<sup>4</sup>. Depuis 2003, le nombre de

sites marchands actifs a ainsi été multiplié par 12. La répartition de l'offre des sites marchands par secteur se fait de la façon suivante : 36,9% des sites proposent des produits et services liés à l'équipement de la personne (fleurs et cadeaux, santé et beauté, sport, vêtements et accessoires, bébés et enfants), 25,5% des produits et services relatifs à l'informatique, aux logiciels, au matériel hifi, vidéo et à la téléphonie, 17,5% des produits

1 Les ventes en ligne BtoB n'entrent pas dans le champ de la présente saisine.

2 Source : FEVAD, données 2010.

3 Source : Center for Retail Research, Kelkoo, données 2010.

4 Source : Benchmark Group *via* le Journal du Net, données 2009. 3

et services liés à l'équipement de la maison, 7,3% des produits et services liés à la culture, aux divertissements et aux voyages, 4,6% des produits et services liés à l'automobile, 4,7% des services aux particuliers et autres et enfin, 3,5% des produits alimentaires<sup>5</sup>.

5. Le commerce en ligne offre plusieurs avantages aux opérateurs. D'une part, il leur permet de s'adresser à des consommateurs qui, de par leur localisation géographique, n'ont pas accès aux magasins traditionnels. D'autre part, par rapport à la distribution traditionnelle, il permet également une réduction des coûts de distribution et de référencement et, ainsi, potentiellement, une plus grande variété de produits proposés à des prix inférieurs. Enfin, le site de vente en ligne sert également de vitrine pour une marque et pour des produits finalement achetés en magasin. A cet égard, les opérateurs « click and mortar », qui exploitent un site marchand parallèlement à leur réseau de distribution traditionnel (comme Fnac.com, Darty.com, etc.) sont de plus en plus nombreux à concurrencer les opérateurs « pure players » (Pixmania, Cdiscount, Spartoo, Vente-Privee.com, etc.), présents seulement sur Internet.

6. Toutefois, le secteur demeure très concentré : en 2009, 74% des sites marchands ont enregistré moins de 100 transactions, et seulement moins de 1% des sites marchands ont comptabilisé plus de 10 000 transactions<sup>6</sup>. Cette caractéristique s'expliquerait notamment par les nombreuses créations de sites marchands qui ne disposent pas encore d'une notoriété suffisante.

5 Source : Fia-Net, données 2011.

6 Source : FEVAD, données 2009.

7 Etude Banque de France/FEVAD « Vente à distance, Internet et dynamiques des prix », juillet 2010 ; Rapport Frontier Economics/eBay, « Economic study of the consumer benefits of eBay », septembre 2008 ; Rapport EuroBrief/eBay, « Le e-commerce en France et en Europe : la France peut-elle devenir un leader ? », mars 2009 ; Rapport Google/McKinsey, « Impact d'Internet sur l'économie française », mars 2011.

## **B. QUELS GAINS POUR LE CONSOMMATEUR ?**

7. La vente en ligne génère de nombreux gains pour le consommateur, de toute nature : accessibilité 24 heures sur 24, comparaison facilitée des produits et services vendus en ligne, services d'évaluation des produits par les consommateurs ayant déjà effectué des achats, etc. Les inconvénients liés à l'achat en ligne (délais de livraison, problème de sécurisation des paiements, défectuosité des produits livrés, etc.) semblent également avoir été réduits par les efforts des opérateurs en ce sens.

8. Plus spécifiquement, sous l'angle de la concurrence entre les opérateurs, la vente en ligne présente également de nombreux avantages pour les consommateurs. En permettant au

consommateur de procéder à l'acte d'achat de son domicile, elle lui donne accès à un nombre d'offres plus important que dans la distribution physique. Elle est également censée permettre au consommateur une meilleure comparaison des conditions tarifaires. Enfin, dans de nombreux secteurs, les coûts de distribution en ligne seraient inférieurs à ceux de la distribution traditionnelle, permettant ainsi la commercialisation de produits « de niche » ou encore l'entrée de très petits opérateurs. De fait, plusieurs études font état du rôle positif d'Internet sur le niveau des prix<sup>7</sup>.

9. Toutefois, la pression concurrentielle que peut exercer la vente en ligne sur la distribution est hétérogène selon les pays<sup>8</sup> et selon les secteurs. Plusieurs travaux statistiques attestent d'une concurrence moins forte qu'envisagée pour la vente en ligne de certains produits ou services, soulignant ainsi la forte dispersion de prix observée sur Internet, les écarts de prix limités pouvant exister entre Internet et la distribution traditionnelle par rapport au différentiel des coûts de distribution, la moindre variété des produits présentés sur les sites de vente en ligne, ou encore l'utilisation stratégique que font certains opérateurs des comparateurs de prix en ligne<sup>9</sup>.

10. La compétitivité des ventes en ligne est d'abord limitée par des facteurs objectifs. Ainsi, la commercialisation de certains produits ou services se prête mal à la vente en ligne, par exemple du fait de la complexité ou du volume du produit, de l'impossibilité pour le consommateur d'apprécier, en ligne, la qualité du produit, de coûts logistiques spécifiques, etc. Par ailleurs, sur Internet, comme dans la distribution traditionnelle, peut exister une tendance naturelle à la concentration du marché. Pour un opérateur, des ventes importantes accroissent la renommée de la marque, améliorent les conditions d'achat et de référencement du site et permettent de mutualiser les coûts logistiques (stockage, livraison, sécurité des paiements, etc.), autant d'avantages qui permettront d'accroître encore les ventes. À terme, toutefois, l'entrée ou le développement de sites concurrents est rendu plus difficile par les avantages acquis par les pionniers de la vente en ligne.

11. Le comportement des acteurs peut aussi constituer un frein à la concurrence. Dans certaines circonstances, les relations commerciales entre les fabricants et leurs distributeurs ou entre un réseau de distribution et ses différents membres peuvent limiter la concurrence soit entre les opérateurs de vente en ligne et les magasins physiques, soit entre les opérateurs de vente en ligne eux-mêmes. S'agissant des relations entre fabricants et distributeurs ou entre la tête d'un réseau de distribution sélective et ses membres, s'il peut exister des motivations à ce que la vente sur Internet soit conditionnée au respect de certains engagements de qualité, la grille d'analyse et les règles d'encadrement issues du règlement et des lignes directrices sur les restrictions verticales fournissent plusieurs exemples de comportements considérés comme préjudiciables au jeu concurrentiel<sup>10</sup>. S'agissant de la concurrence entre opérateurs de la vente en ligne, compte tenu des effets d'entraînement décrits *supra*, des comportements visant à empêcher de nouveaux

<sup>8</sup> Ainsi, tout en constatant que la vente en ligne des produits dits « high tech » a permis de faire baisser leurs prix quelque soit le canal de distribution, la revue 60 millions de consommateurs a également souligné le différentiel des prix entre les prix des produits vendus sur Internet en France et ceux constatés à l'étranger pour les mêmes produits (60 millions de consommateurs de décembre 2009, n°444 : « Cadeaux high-tech : Où acheter moins cher ? »).

<sup>9</sup> Cf., entre autres, Brown, J. et A. Goolsbee (2002) "Does The Internet Make Markets More Competitive? Evidence From The Life Insurance Industry," *Journal of Political Economy*, 2002, v.110, 481-507; Ellison, G. et S. Ellison (2009), "Search, Obfuscation, and Price Elasticities on the Internet", *Econometrica*, vol. 77, issue 2, pages 427-452. Carlton, D. et J. Chevalier, (2001), « Free-riding and sales strategies on the Internet », *Journal of Industrial Economics*, 4. M. Baye, J. Morgan,

P. Scholten, (2004), "Price dispersion in the small and in the large: evidence from an Internet price comparison site", *Journal of Industrial Economics*, 52, 4.

10 Cf. lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, 2010/C 130. Cf. également les décisions du Conseil de la concurrence 07-D-07 et 08-D-25 relatives à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, la décision 06-D-24 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, la décision n° 05-D-34 du 27 juin 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché de la vente sur Internet d'appareils audiovisuels.

opérateurs d'entrer sur le marché ou de se développer peuvent très vite produire leurs effets.

12. La structure de la concurrence entre les intermédiaires du commerce en ligne (comparateurs de prix, prestataires de livraison des colis, etc.) est également de nature à affecter les bénéfices que peuvent retirer les consommateurs de la vente en ligne. En effet, le consommateur ne peut tirer l'ensemble des avantages d'une concurrence plus forte entre distributeurs si, en amont ou en aval de la vente en ligne, des intermédiaires, opérant sur un marché concentré ou mettant en oeuvre des stratégies de nature à limiter la concurrence, sont en mesure d'accroître leurs prix de vente. A titre d'illustration, un des facteurs de compétitivité de la vente en ligne réside dans la logistique, et notamment dans le transport des produits achetés en ligne. Or, compte tenu de la nature oligopolistique de ce secteur, issue des économies d'échelles qui caractérisent le transport des colis, les prestations proposées par ces opérateurs peuvent être de nature à influencer significativement le niveau des prix payés par les consommateurs pour leurs produits. En outre, en dépit d'une plus grande facilité de comparaison des prix auxquels est vendu un produit sur différents sites, la richesse de l'offre est telle que sur certains secteurs, la transparence des conditions tarifaires à l'égard des consommateurs demeure plus théorique que pratique. Les comparateurs de prix sur Internet, s'ils visent à surmonter cet obstacle à une concurrence plus vigoureuse, présentent parfois des modalités de fonctionnement qui, au travers, par exemple, des coûts de référencement ou de l'utilisation promotionnelle qui en est faite par certains distributeurs eux-mêmes, ne permettent pas nécessairement aux consommateurs de les exploiter pleinement<sup>11</sup>.

11 Cf. l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble, Chambre commerciale, 21 octobre 2010, n° de rôle : 08/03251.

## **II. Discussion**

13. Aux termes de l'article L. 462-4 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de mettre en oeuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

14. Dans ce cadre, la présente décision a pour objet de permettre à l'Autorité de la concurrence de procéder à une analyse, ciblée sur certaines catégories de produits et services, du fonctionnement de la concurrence sur le secteur de la vente en ligne aux particuliers.

15. En premier lieu, l'instruction aura pour objectif d'évaluer l'intensité de la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne sur la distribution traditionnelle. A cette fin, l'avis s'attachera, pour certaines références de produits déterminées, à relever les éventuels écarts de prix sur Internet et en magasin traditionnel. Il s'agira ainsi de déterminer dans quelle mesure la

distribution en ligne se traduit effectivement par une diminution des prix, tant sur Internet que dans la distribution traditionnelle.

16. En second lieu, seront examinés les différents facteurs de nature à entraver la pression concurrentielle que la distribution sur Internet est susceptible d'exercer sur la distribution traditionnelle. Ceux-ci peuvent comprendre, notamment :

- le pouvoir de marché éventuellement détenu par des distributeurs : en effet, sur certains marchés, un commerçant peut disposer d'une part de marché telle qu'il est en mesure de s'abstraire de la concurrence d'autres distributeurs en ligne ou de distributeurs traditionnels, et ne pas répercuter au consommateur les économies de coûts entraînées par la distribution en ligne. Dans de telles situations, des comportements qui auraient pour objectif ou pour effet de perpétuer ce pouvoir de marché, en entravant la montée en puissance de sites de vente en ligne concurrents, sont susceptibles de soulever de réelles préoccupations de concurrence ;
- les relations commerciales entre les fabricants ou les réseaux de distribution et les distributeurs en ligne : dans certaines situations de marché, un fabricant ou un réseau de distribution peut avoir intérêt à restreindre l'ampleur des ventes sur Internet par le biais des clauses contractuelles ou des conditions de vente encadrant sa relation avec les distributeurs au détail des produits, alors que ces restrictions peuvent atténuer le jeu de la concurrence entre les distributeurs, au détriment des consommateurs.
- les comportements des différents intermédiaires de la chaîne de commercialisation des produits sur Internet. Si la publicité en ligne a déjà fait l'objet d'un avis détaillé de la part de l'Autorité<sup>12</sup>, la structure et le fonctionnement de la concurrence sur les marchés du paiement électronique, des prestations logistiques ou encore des comparateurs de prix sur Internet, peuvent constituer des facteurs importants de compétitivité des prix des produits vendus sur Internet.

### **Lignes directrices du règlement 330/2010 (extraits)**

(52) Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. L'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur; toutefois, ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente. En soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d'une telle vente. La Commission considère donc les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées, compte tenu de leur capacité de limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients:

- a) convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs), ce qui n'exclut pas de convenir que le site du distributeur doive

également présenter un certain nombre de liens vers les sites d'autres distributeurs et/ou du fournisseur;

b) convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif);

c) convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet. Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique, ni ne fait obstacle à ce que le fournisseur s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 56). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique;

d) convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement. Cela n'exclut pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaldrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne.

(53) Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs parties à l'accord est compatible avec le règlement d'exemption par catégorie dans la mesure où la promotion des produits sur internet ou l'utilisation d'internet entraînerait, par exemple, la réalisation de ventes actives sur les territoires ou aux clients exclusifs d'autres distributeurs. La Commission considère la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients comme une forme de vente active à ces clients. À titre d'exemple, des bandeaux visant un territoire particulier placés sur les sites internet de tiers constituent une forme de vente active sur le territoire où ces bandeaux apparaissent. En règle générale, des efforts visant à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers sont considérés comme une forme de vente active sur ce territoire ou à cette clientèle. Par exemple, payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier constitue une forme de vente active sur ce territoire.

(54) Toutefois, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective. L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution. Des modifications ultérieures de cette condition sont également possibles dans le cadre de l'exemption par catégorie, sauf si elles ont pour objet de limiter directement ou indirectement les ventes en ligne des distributeurs. De même, un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce.

(56) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point c), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, qu'il s'agisse d'utilisateurs finals professionnels ou de consommateurs finals, par les membres d'un système de distribution sélective, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. Par conséquent, aucune limitation ne peut être imposée aux distributeurs membres d'un système de distribution sélective, tel que défini à l'article 1er, paragraphe 1, point e), du règlement d'exemption par catégorie, quant au choix d'utilisateurs, ou d'agents d'achat agissant pour le compte de ces utilisateurs, auxquels ils sont autorisés à vendre, sauf pour protéger un système de distribution exclusive appliqué ailleurs (voir le point (51)). Dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution. Par exemple, pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel. Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non agréé d'obtenir les produits par internet. De même, elle peut devoir être plus stricte pour les ventes hors ligne s'il est plus aisé d'obtenir les produits dans un point de vente physique. Pour garantir la livraison des produits contractuels en temps voulu, un fournisseur peut exiger que les produits soient livrés immédiatement, dans le cas de ventes hors ligne. Étant donné qu'une exigence identique n'est pas possible dans le cas de ventes en ligne, le fournisseur peut imposer certains délais de livraison réalistes pour de telles ventes. Des exigences spécifiques peuvent devoir être formulées concernant un service d'aide après-vente en ligne, afin de couvrir les frais de renvoi exposés par les clients et pour l'application de systèmes de paiement sécurisés.

(57) Sur le territoire sur lequel le fournisseur pratique la distribution sélective, ce système ne peut être combiné avec la distribution exclusive, car cela conduirait à une restriction caractérisée des ventes actives ou passives par les distributeurs au sens de l'article 4, point c) du règlement d'exemption par catégorie, excepté le fait que des restrictions peuvent limiter la capacité d'un distributeur de décider de l'emplacement de ses locaux commerciaux. Il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Dans ce contexte, l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent. Si le point de vente du distributeur est mobile, une zone peut lui être assignée en dehors de laquelle il ne peut utiliser son point de vente mobile. En outre, le fournisseur peut s'engager à n'approvisionner qu'un seul distributeur, ou un petit nombre de distributeurs, sur une partie donnée du territoire sur lequel le système de distribution sélective est appliqué.

## **ADLC, 12 déc. 2012**

ADLC 12 décembre 2012, n° 12-D-23, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma  
12-D-23

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 20 février 2002, enregistrée sous le numéro 02/0030 F, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce, de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma ;

Vu la décision du rapporteur général du 24 janvier 2006 procédant à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux saisines portant respectivement les numéros 02/0030-1 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et 02/0030-2 F, devenu 06/0043 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur ;

Vu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Bang & Olufsen A/S et Bang & Olufsen France, ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bang & Olufsen A/S et Bang & Olufsen France entendus lors de la séance du 23 octobre 2012 ;

Adopte la décision suivante :

### **I. Constatations**

#### **A. LA PROCÉDURE**

1. Par lettre du 20 février 2002 enregistrée sous le numéro 02/0030 F, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a, en application des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce, saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma. La saisine s'appuyait sur un rapport d'enquête réalisé par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), en date du 10 août 2001.

2. Ce rapport d'enquête a dénoncé notamment la limitation, voire l'interdiction, faite par les sociétés Bang & Olufsen France, Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries à leurs distributeurs agréés de vendre leurs produits par Internet.

3. Devant le Conseil de la concurrence, les sociétés Bose, Focal JM Lab et Triangle Industries ont proposé en 2006 des engagements afin de répondre aux préoccupations de concurrence relevées par la rapporteure.

4. Bang & Olufsen France n'ayant pas proposé d'engagements, le rapporteur général a procédé, par décision du 24 janvier 2006, à la disjonction du dossier n° 02/0030 F en deux saisines, la première sous le numéro 02/0030-1 F relative à des pratiques mises en oeuvre par des sociétés du secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma et la seconde sous le numéro 02/0030-2 F, devenu le numéro 06/0043 F, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le même secteur.

5. Par décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériel hi-fi et home cinéma, le Conseil de la concurrence a

accepté les engagements des trois sociétés précitées et les a rendus obligatoires en application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

6. Par décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 rendue dans une autre affaire, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, le Conseil de la concurrence a conclu que l'interdiction faite par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique à ses distributeurs agréés de vendre par Internet constituait une restriction de la concurrence contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne [devenu article 101 du TFUE].

7. Le 24 décembre 2008, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a formé un recours en annulation et en réformation contre cette décision devant la cour d'appel de Paris. Dans le même temps, elle a demandé au premier président de la cour d'appel de Paris de prononcer le sursis à l'exécution de la décision. Par ordonnance du 18 février 2009, le premier président de la cour d'appel de Paris a accédé à cette dernière demande (n° 2009/01119).

Le 29 octobre 2009, la cour d'appel de Paris a, ensuite, sursis à statuer en posant la question préjudicielle suivante à la Cour de justice de l'Union européenne :

« [L] 'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau dedistribution sélective constitue [-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le Règlement n°2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE » ? (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n° 2008/23812, p. 15)

8. En raison de ce renvoi préjudiciel, les services de l'Autorité ont suspendu l'instruction du dossier n° 06/0043 F.

9. La Cour de justice s'étant prononcée sur la question préjudicielle de la cour d'appel de Paris par un arrêt en date du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, non encore publié au recueil), l'instruction du dossier n° 06/0043 F a été reprise.

10. Le 13 mars 2012, la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence a adressé une notification de griefs aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S, à la suite de laquelle les parties ont présenté des observations.

11. Le 11 juillet 2012, conformément à l'article L. 463-2 du code de commerce, un rapport a été adressé aux sociétés mises en cause et au commissaire du Gouvernement qui ont ultérieurement présenté des observations à ce sujet.

## **B. LE SECTEUR CONCERNÉ**

12. Dans le secteur de la distribution de produits de l'électronique grand public, les Autorités de concurrence distinguent usuellement trois familles :

- les produits blancs, incluant notamment les produits électroménagers ;
- les produits bruns, incluant notamment les équipements hi-fi et audio ;
- les produits gris, incluant les équipements informatiques et de téléphonie.

13. Au sein des produits bruns, quatre types de produits peuvent être distingués :

- les appareils de réception (tels que les radios, autoradios, téléviseurs, moniteurs vidéos et projecteurs vidéos) ;
- le matériel de reproduction et d'enregistrement du son et de l'image (tels que les magnétoscopes, caméscopes, magnétophones, dictaphones, lecteurs de cassettes ou de disques compacts et répondeurs téléphoniques) ;
- le matériel électroacoustique (tels que les haut-parleurs, amplificateurs, microphones et récepteurs de téléphone) ;

- les accessoires (tels que les décodeurs, antennes et graveurs) (étude Xerfi, Produits bruns (fabrication et commerce de gros), juin 2011, p. 11).

14. Ces produits peuvent être commercialisés en éléments séparés ou en systèmes (comme les systèmes d'enceintes, chaînes hi-fi et home cinéma).

15. Le secteur des produits de l'électronique grand public a connu une forte croissance entre les années 2000 et 2007 en raison de l'engouement des consommateurs pour les nouvelles technologies. Après un recul en 2008 et en 2009, les dépenses des ménages en produits bruns ont de nouveau progressé en 2010, année où elles s'élevaient à 9,3 milliards d'euros, soit une progression de 2 % en comparaison de l'année précédente (étude précitée, p. 17).

16. De nombreux fabricants de produits de l'électronique grand public sont présents sur le segment dit « haut de gamme » et font distribuer leurs produits par le biais d'un réseau de distribution sélective. C'est le cas notamment de B&O, B&W Loudspeakers, Bose, Cabasse, Denon, Focal JM Lab, Jamo, Marantz et Triangle Industries.

17. Le tableau ci-dessous présente les chiffres d'affaires réalisés en France en 2010 par les principales entreprises du secteur de la distribution sélective de matériel hi-fi et home cinéma.

| Entreprise                  | Chiffre d'affaires(en euros) |
|-----------------------------|------------------------------|
| B&O                         | 17 300 000                   |
| B&W Loudspeakers            | 8 421 000                    |
| Bose                        | 43 470 000                   |
| Cabasse                     | 6 422 700                    |
| D&M (dont Denon et Marantz) | 19 060 000                   |
| Focal JM Lab                | 11 078 900                   |
| Klipsch (dont Jamo)         | 7 338 000                    |
| Triangle Industries         | 3 430 800                    |

### C. L'ENTREPRISE EN CAUSE

18. La société danoise Bang & Olufsen A/S fabrique des produits de l'électronique grand public considérés, pour une partie, comme étant de qualité haut de gamme. Les produits de la marque Bang & Olufsen peuvent être classés en sept catégories : les produits audio, les enceintes, les produits vidéo, les écrans plasma, les téléphones, les « accessoires » (tels que des baladeurs, porte-clefs à télécommande), et les pièces détachées. Le chiffre d'affaires mondial consolidé pour l'exercice financier 2010/2011 de cette société s'est élevé à 384 819 000 euros environ.

19. Sa filiale française, la société Bang & Olufsen France, est chargée d'assurer la commercialisation en gros des produits de la marque en France. Son capital est détenu en totalité par sa société-mère. Au 31 mai 2011, son chiffre d'affaires annuel s'élevait à 19 082 382 euros.

20. En France, les produits de la marque Bang & Olufsen sont vendus au sein d'un réseau de distribution sélective composé de 48 distributeurs. Bang & Olufsen France et ses distributeurs sont liés par un contrat européen de distribution sélective (cotes 4202 à 4207, ci-après le « contrat »). Ce contrat n'a pas été modifié depuis le 10 août 1989 (cote4373).

21. Aux termes des conditions commerciales pour la saison 2011-2012, les distributeurs agréés se répartissent en trois catégories correspondant au pourcentage de leur chiffre d'affaires réalisé avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen :

- relèvent de la première catégorie dite « B1 », les distributeurs réalisant au moins 80 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Le réseau de distribution sélective comptabilise actuellement 46 distributeurs « B1 » ;

- relèvent de la deuxième catégorie dite « Shop in Shop », les distributeurs réalisant au moins 50 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Le réseau de distribution sélective compte actuellement 2 distributeurs « Shop in Shop » ;

- relèvent de la troisième catégorie dite « Autres », les distributeurs réalisant au moins 25 % de leur chiffre d'affaires avec la vente des produits de la marque Bang & Olufsen. Aucun distributeur ne relève de cette catégorie (cote 4224).

22. A chaque catégorie correspondent, d'une part, des obligations spécifiques en termes de surface, d'aménagement intérieur du magasin et, d'autre part, des conditions tarifaires spécifiques (cotes 4208 à 4220).

#### **D. LA PRATIQUE EN CAUSE**

##### **1. LE CONTRAT EUROPÉEN DE DISTRIBUTION SÉLECTIVE**

23. L'article 6.1 du contrat établi en 1989 et jamais modifié depuis, reproduit ci-dessous, prohibe la vente par correspondance (cote 4204).

Encadré 1: Extrait du contrat européen de distribution sélective liant Bang & Olufsen à ses distributeurs agréés

« 6 -VENTES

6.1 Le Distributeur s'engage à n'offrir à la vente les produits BANG & OLUFSEN qu'aux consommateurs et aux autres distributeurs agréés BANG & OLUFSEN situés dans le Territoire. La distribution de produits BANG & OLUFSEN par correspondance n'est pas autorisée. »

##### **2. LA CIRCULAIRE DU 23 AOÛT 2000 RELATIVE À LA « POLITIQUE D'UTILISATION D'INTERNET » ET SA LETTRE D'ACCOMPAGNEMENT**

24. Une circulaire en date du 23 août 2000 relative à la « *Politique d'utilisation d'Internet* » a été diffusée à l'ensemble des distributeurs de Bang & Olufsen France (cotes 246 à 250).

25. Bang & Olufsen France y présente sa politique d'utilisation d'Internet.

Encadré 2 : Extrait de la circulaire du 23 août 2000 relative à la « *Politique d'utilisation d'Internet* »

« I Magasins Bang & Olufsen (B1)

Chaque magasin B1 a la possibilité d'avoir une page web dans le domaine de Bang & Olufsen ([www.bang-olufsen.com](http://www.bang-olufsen.com))

Cette page doit être conforme aux recommandations en matière d'identité, respecter la charte graphique de Bang & Olufsen et suivre la structure proposée. (...)

Bang & Olufsen se réserve le droit de rejeter certaines propositions de pages web. (...)

II Sites personnels (en dehors du domaine de Bang & Olufsen)

L'utilisation de logos, marques déposées et autres biens immatériels appartenant au Groupe Bang & Olufsen n'est pas autorisée sur les sites web personnels. Les sites web personnels peuvent cependant, contenir les informations suivantes :

1) Le revendeur peut signaler qu'il est revendeur de Bang & Olufsen.

2) Le revendeur peut mentionner qu'il est qualifié pour donner des conseils sur les produits Bang & Olufsen.

3) Le revendeur peut inviter des clients à des démonstrations de produits Bang & Olufsen dans le magasin.

4) Le revendeur peut renvoyer sur le site web de Bang & Olufsen à l'aide d'un lien sur son site personnel. (...) »

26. Dans la lettre accompagnant cette circulaire, Bang & Olufsen France indique : « *Nous vous prions de bien vouloir en prendre note et de vous conformer à son contenu. Cette politique prendra effet à partir du 01.09.2000. Vous noterez d'ailleurs dans le compte rendu ci-joint (...) que le groupe impose une volonté ferme quant au respect de ses mesures* » (cotes 246 à 250).

##### **3. LES DÉCLARATIONS DE BANG & OLUFSEN FRANCE ET BANG & OLUFSEN A/S**

a) La lettre du 17 avril 2001

27. Suite à la visite de ses locaux par la DGCCRF, Bang & Olufsen France lui a adressé une lettre (cotes 3755 à 3757), reproduit ci-dessous, exposant sa position à l'égard d'Internet.

Encadré 3: Extrait de la lettre du 17 avril 2001 adressé par Bang & Olufsen France à la Direction nationale des enquêtes de concurrence

« Sur notre position à l'égard de l'internet:

Notre contrat de distribution n'autorise pas la vente à distance pour des raisons très essentielles liées à la nature de nos produits à la fois en termes logistiques et en termes techniques. Nos produits sont des produits de haute technologie qui nécessitent une installation et une programmation spécifiques liés au concept link que nous commercialisons par ailleurs et qui consiste à "câbler" tous les produits entre eux. Nos produits peuvent ainsi "dialoguer" et opérer via une seule télécommande des transferts de périphériques, par exemple on peut contrôler toutes les sources sonores connectées au système principal depuis une pièce secondaire et utiliser les enceintes d'une chaîne pour écouter le programme TV diffusé dans une autre pièce et inversement écouter sur toutes les enceintes de la maison, le CD qui passe sur une chaîne située dans une pièce secondaire.

Ces spécificités propres à Bang & Olufsen et qui sont l'âme de la marque exigent un conseil adapté auprès du consommateur et c'est la raison pour laquelle la médiation du revendeur nous paraît une absolue nécessité. Cela semble être également une évidence pour nos revendeurs puisque nous n'avons jamais eu à traiter de ventes par internet avec aucun de nos revendeurs.(...) »

b) L'audition du 14 octobre 2005

28. Le 14 octobre 2005, la rapporteure a procédé à l'audition des représentants de Bang & Olufsen France et de Bang & Olufsen A/S, qui a donné lieu à un procès-verbal dont un extrait est reproduit ci-après (cotes 4180 à 4183).

Encadré 4: Extrait de l'audition du 14 octobre 2005 des représentants de Bang & Olufsen France et de Bang & Olufsen A/S

«a) La vente par commerce électronique est-elle toujours prohibée par l'article 6.1 du contrat européen de distribution sélective au travers de l'interdiction de toute vente par correspondance ?

Nous considérons que la qualité de service nécessaire à la vente de nos produits exige un contact que ne permet pas la vente par correspondance.

b) Est-ce une interdiction totale de principe ?

C'est la conséquence des nécessités précitées.

c) Comment concilier cette interdiction avec le point 51 de l'article III-3 relatif aux restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption des lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne du 13 octobre 2000 d'après lequel « *Chaque distributeur doit être libre de recourir à Internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits.* »

Nous exprimons les plus expresses réserves sur cette question et sa formulation. Nous ne voyons pas de contradiction entre cette interdiction dans notre contrat et la réglementation en vigueur. D'ailleurs nous constatons qu'aucun de nos distributeurs ou consommateurs ne nous demande expressément d'autoriser la vente sur internet. Nous attachons beaucoup d'importance au développement des relations directes entre les distributeurs et les consommateurs ; ainsi, afin de favoriser la concurrence entre distributeurs, nous offrons la possibilité aux consommateurs sur le site BO.com de contacter un distributeur et de lui demander, par courrier électronique, sur le site internet ou par téléphone un rendez vous à domicile ou en magasin. Le distributeur est libre d'y répondre. Il peut y avoir démonstration à domicile suivie d'une vente à domicile. Nous n'avons aucune statistique disponible sur ce type de vente. (...) »

c) L'audition du 7 février 2012

29. Le 7 février 2012, le rapporteur a procédé à l'audition d'un représentant de Bang & Olufsen A/S, qui a donné lieu à un procès-verbal dont un extrait est reproduit ci-après (cotes 4255 à 4260).

Encadré 5 : Extrait de l'audition du 7 février 2012 du représentant de Bang & Olufsen A/S

« Question 1 : Confirmez-vous que la vente par correspondance et en particulier par Internet est rendue impossible par le contrat européen de distribution sélective conclu entre la société Bang & Olufsen France et ses distributeurs agréés ?

Réponse : Au moment de la rédaction du contrat européen de distribution sélective (contrat antérieur à 1989), Internet n'existait pas et c'est la vente par correspondance qui était interdite dans le contrat, ce qui est licite (approbation par la Commission européenne). Le contrat ne prévoit aucune disposition concernant les ventes sur Internet.

- Question 2 : Lors de la précédente audition le 14 octobre 2005, le représentant de la société Bang & Olufsen France a expliqué que l'interdiction de vente par Internet découle de l'interdiction de la vente par correspondance. Confirmez-vous cette affirmation ?

Réponse : Le représentant de Bang & Olufsen France visait d'après ma compréhension les ventes par correspondance. Je ne vois pas de contradiction. Mon interprétation est conforme à ce qui se passe dans les faits. A ma connaissance, Bang & Olufsen ne s'est jamais opposé à un distributeur qui aurait distribué des produits sur Internet.

(...)

- Question 11 : Savez-vous si certains distributeurs souhaiteraient vendre sur Internet ?

Réponse : Vendre sur Internet est coûteux et cela requiert beaucoup de compétence concernant les règles fiscales applicables en Europe et les règles de protection des consommateurs. Cela peut conduire de nombreux distributeurs à décider de ne pas vendre sur Internet. Dans certains pays, le distributeur doit rembourser au consommateur un produit retourné avant même la réception de celui-ci, ce qui peut être dissuasif. En outre, le coût de gestion de produits retournés peut également dissuader des distributeurs de vendre sur Internet. De nombreux distributeurs considéreront ne pas avoir une taille et des ressources suffisantes pour vendre sur Internet. Les critères que Bang & Olufsen communiquera prochainement permettront aux distributeurs de réaliser des ventes sur Internet en sachant qu'ils le font dans des conditions conformes à ce qui est requis par des produits Bang & Olufsen. Par exemple, le produit BeoVision 7 (écran de télévision) existe en 1 000 versions différentes et requiert donc une assistance extrêmement personnalisée.

(...)

- Question 17 : Voyez-vous des obstacles à la vente des produits plug and play sur Internet ?

Nous sommes en cours d'élaboration de critères pour les distributeurs qui souhaitent vendre les produits Bang et Olufsen sur Internet. Cela concerne tous les produits de notre gamme. Ce sera de la responsabilité des distributeurs de décider s'ils veulent vendre des produits de notre gamme sur Internet et s'ils décident de le faire, ils devront se conformer aux critères.

- Question 18 : Avez-vous une idée des critères auxquels seront soumis les distributeurs ?

Réponse : Les critères ne sont pas encore définitivement définis et nous devons vérifier leur conformité aux réglementations en vigueur avant de les diffuser.

- Question 19 : Quand seront mises en place ces nouvelles règles ?

Réponse : Nous envisageons de les avoir finalisées pour la fin du mois de février 2012.

(...) »

d) Les déclarations des distributeurs

30. Le 15 février 2012, le rapporteur a recueilli les déclarations, reproduites ci-dessous, d'un premier distributeur « B1 » de produits Bang & Olufsen (cotes 4265 à 4267).

Encadré 6 : Extrait des déclarations du 15 février 2012 d'un distributeur de produits Bang & Olufsen  
« Question 2 : Le magasin vend-il des produits en ligne ?

Réponse : Non.

- Question 3 : La vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ?

Réponse : La situation est floue avec la marque. La marque ne voulait pas qu'on vende sur Internet jusqu'à il y a 2-3 ans. Les situations évoluent aujourd'hui. Nous sommes en consultation juridique pour déterminer nos droits.

- Question 4 : Le magasin a-t-il déjà fait une demande auprès de la société Bang & Olufsen pour vendre des produits en ligne? Cette demande a-t-elle abouti ?

Réponse : Non, nous n'avons pas fait de demande formelle auprès de Bang & Olufsen. »

31. Le 16 février 2012, le rapporteur a recueilli les déclarations, reproduites ci-dessous, d'un second distributeur « B1 » de produits Bang & Olufsen (cotes 4269 à 4271).

Encadré 7 : Extrait des déclarations du 16 février 2012 d'un distributeur de produits Bang & Olufsen  
« Question 2 : Le magasin vend-il des produits en ligne ?

Réponse : Non.

Question 3 : La vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ?

Réponse : La vente en ligne n'est pas autorisée par la société Bang & Olufsen. La situation est floue aujourd'hui avec la prochaine vente en ligne des produits de la gamme BO Play à la fois par la maison mère Bang & Olufsen A/S et les Apple Store. A ma connaissance, aucun distributeur n'a de site de vente en ligne.

Question 4 : Le magasin a-t-il déjà fait une demande auprès de la société Bang & Olufsen pour vendre des produits en ligne ? Cette demande a-t-elle abouti ?

Réponse : Non, le magasin n'a pas fait de demande écrite. Il y a eu des demandes d'ouverture de site web mais ces demandes orales sont resté[e]s sans réponse de la part de Bang & Olufsen. »

#### E. LEGRIEF NOTIFIÉ

32. Par courrier en date du 13 mars 2012, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S le grief reproduit ci-dessous (cotes 4300 à 4324) :

*« d'avoir depuis 2001, en interdisant la vente par correspondance laquelle inclut la vente sur Internet de ses produits à ses distributeurs agréés, mis en oeuvre une pratique prohibée par l'article 81 du traité CE devenu 101§1 TFUE et qui n'entre pas dans le champ d'exemption du règlement n°2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999, règlement concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (article 101, paragraphe 1, du TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ni du règlement 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, ainsi que par l'article L. 420-1 du code de commerce ».*

## **II. Discussion**

### **A. SUR L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE L'UNION**

33. Le grief a été notifié sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.

34. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE prohibe les accords horizontaux ou verticaux ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence et qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.

35. Cette disposition doit, conformément à l'article 3 du règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [devenus 101 et 102 du TFUE] (JO L 1 du 4.1.2003, p.1), être appliquée par les autorités nationales de concurrence, parallèlement aux règles prévues par le droit interne, à toute pratique susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, que ce soit de manière réelle ou seulement potentielle et directe aussi bien qu'indirecte (voir arrêts de la Cour de justice du 21 janvier 1999, Bagnasco e.a., C-215/96 et C-216/96, Rec. p. I-135, point 47, et du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. 2001 p. I-8089, point 48). Le caractère sensible d'une telle affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce entre Etats membres résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné

par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres (arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, n° 10-25772, 10-25775 et 10-25882, France Télécom e.a.).

36. Dans le cas particulier d'une entente s'étendant à l'intégralité ou à la vaste majorité du territoire d'un Etat membre, les juridictions de l'Union ont jugé « *qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un Etat membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire* » (arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commission, T-259/02 à T-264/02 et 271-02, Rec. p. II-5169, point 181). Sur pourvoi, la Cour de justice a précisé que « *le fait qu'une entente n'ait pour objet que la commercialisation des produits dans un seul Etat membre ne suffit pas pour exclure que le commerce entre Etats membres puisse être affecté. En effet, une entente s'étendant à l'ensemble du territoire d'un Etat membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité CE* » (arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank/Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, point 38).

37. En l'espèce, le contrat de distribution sélective en cause lie Bang & Olufsen France à l'ensemble de ses 48 distributeurs agréés sur le territoire français.

38. Ensuite, les distributeurs agréés de Bang & Olufsen France sont, pour plusieurs d'entre eux, implantés dans des départements frontaliers comme les Alpes-Maritimes, le Bas-Rhin, le Doubs, le Haut-Rhin, la Haute-Savoie, le Nord, les Pyrénées-Atlantiques, les Pyrénées-Orientales et la Savoie.

39. En outre, la pratique en cause concerne la vente par Internet. A cet égard, la cour d'appel de Paris a déjà été conduite à rappeler qu'Internet « *par nature est ouvert au commerce transfrontalier* » (arrêt du 16 octobre 2007, Bijourama, n° 2006/17900, p. 6). Dans le même sens, la Commission européenne souligne qu'Internet est « *un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu* » (communication n° 2000/C 291/01 du 13 octobre 2000 portant lignes directrices sur les restrictions verticales, paragraphe 51).

40. De fait, les produits en cause sont susceptibles d'être achetés et vendus indifféremment dans toute l'Union européenne.

41. Enfin, l'entreprise en cause, qui réalise l'essentiel de son activité dans ce secteur, y occupe une position importante, eu égard à son chiffre d'affaires en France et à celui du groupe auquel elle appartient.

42. Au surplus, les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ne contestent pas l'applicabilité du droit de l'Union en l'espèce.

43. Il résulte de ce qui précède que la pratique en cause est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres et que le droit de l'Union trouve dès lors à s'appliquer.

## B. SUR LE GRIEF NOTIFIÉ

### 1. SUR LE MARCHÉ PERTINENT

44. Il résulte d'une jurisprudence constante des juridictions de l'Union que l'obligation d'opérer une délimitation précise du marché en cause dans une décision adoptée en application de l'article 101 du TFUE s'impose aux autorités de concurrence uniquement lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur (arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, William Prym/Commission, T-30/05, Rec. p. II-107, point 86 et la jurisprudence citée).

45. La jurisprudence interne va dans le même sens (voir, notamment, arrêt de la cour d'appel Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 40).

46. En l'espèce, les constatations ci-dessus font apparaître que Bang & Olufsen France est chargée d'assurer la commercialisation en gros des produits de la marque sur l'ensemble du territoire français. Ces produits appartiennent, pour la plupart d'entre eux, à la famille des produits bruns et aux produits gris pour la téléphonie. Eu égard à la nature et à l'objet de la pratique en cause, il n'apparaît pas nécessaire de délimiter plus précisément le marché géographique et de produits en cause.

## 2. SUR L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE

### a) Rappel des principes

47. Les articles 101, paragraphe 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibent notamment toute entente entre fournisseurs et distributeurs ayant pour objet ou pour effet de restreindre le libre jeu de la concurrence.

48. La Cour de justice a rappelé, dans son arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre DermoCosmétique, précité, que, « *pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord doit avoir "pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur"* ». *Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, Rec. p. 337), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction "ou" conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence (voir arrêt du 6 octobre 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, Rec. p. I-9291, point 55 ainsi que jurisprudence citée). Aux fins d'apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence "par objet", il convient de s'attacher à la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère (voir arrêt GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., précité, point 58 ainsi que jurisprudence citée) » (points 34 et 35).*

49. Elle y a par ailleurs considéré qu'une clause interdisant *de facto* aux distributeurs agréés, membres d'un réseau de distribution sélective, toute forme de vente par Internet « *réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur* » (point 39).

50. Elle a souligné, en particulier, que de telles clauses ne peuvent être considérées comme anticoncurrentielles – ou au contraire comme compatibles avec les règles de concurrence – au simple motif qu'elles s'insèrent dans un accord plus vaste mettant en place un réseau de distribution sélective, mais doivent faire l'objet d'une appréciation spécifique. A cet égard, la Cour de justice a rappelé que « *de tels accords influencent nécessairement la concurrence dans le marché commun (arrêt du 25 octobre 1983, AEG •Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 33). De tels accords sont à considérer, à défaut de justification objective, en tant que "restrictions par objet"* ». *La jurisprudence de la Cour a, toutefois, reconnu qu'il existe des exigences légitimes, telles que le maintien du commerce spécialisé capable de fournir des prestations spécifiques pour des produits de haute qualité et technicité, qui justifient une réduction de la concurrence par les prix au bénéfice d'une concurrence portant sur d'autres éléments que les prix. Les systèmes de distribution sélective constituent donc, du fait qu'ils visent à atteindre un résultat légitime, qui est de nature à améliorer la concurrence, là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix, un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt AEG-Telefunken/Commission, précité, point 33). À cet égard, la Cour a déjà relevé que*

*l'organisation d'un tel réseau ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire (arrêts du 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 20, ainsi que du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, points 15 et 16) » (points 39 à 41).*

51. Aux fins d'apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'une telle clause, la Cour de justice a estimé que, *s'« il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner si la clause contractuelle en cause interdisant de facto toutes les formes de vente par Internet peut être justifiée par un objectif légitime, il revient à la Cour de lui fournir à cet effet les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui lui permettent de se prononcer (voir arrêt L'Oréal, précité, point 14) » (point 42).*

52. A cet égard, elle a rappelé qu'elle *« n'a pas retenu, au regard des libertés de circulation, les arguments relatifs à la nécessité de fournir un conseil personnalisé au client et d'assurer la protection de celui-ci contre une utilisation incorrecte de produits, dans le cadre de la vente de médicaments qui ne sont pas soumis à prescription médicale et de lentilles de contact, pour justifier une interdiction de vente par Internet (voir, en ce sens, arrêts Deutscher Apothekerverband, précité, points 106, 107 et 112, ainsi que du 2 décembre 2010, Ker-Optika, C-108/09, non encore publié au Recueil, point 76) » (point 44).*

53. Elle a également jugé que *l'« objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE » (point 46).*

#### b) Appréciation de l'Autorité

##### *Sur l'existence d'une restriction de la concurrence*

54. Au cours de l'audition du 7 février 2012, Bang & Olufsen A/S a contesté que le contrat, à travers l'interdiction de vente par correspondance qu'il stipule, interdise aussi la vente par Internet (cotes 4255 à 4260). A cet égard, elle a déclaré qu'*« [a]u moment de la rédaction du contrat européen de distribution sélective (contrat antérieur à 1989), Internet n'existait pas et c'est la vente par correspondance qui était interdite dans le contrat, ce qui est licite (approbation par la Commission européenne). Le contrat ne prévoit aucune disposition concernant les ventes sur Internet » (cotes 4255 à 4260).*

55. Cependant, les pièces du dossier prouvent à suffisance de droit que, contrairement à ce qu'elle soutient, la société Bang & Olufsen France interdit *de facto* à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre ses produits par Internet.

56. Cette interdiction ressort, en premier lieu, du contrat européen de distribution sélective de Bang & Olufsen France tel que lu à la lumière de la circulaire du 23 août 2000 relative à la politique d'utilisation d'Internet.

57. S'il est vrai que, en 1989, Internet ne constituait pas un canal de commercialisation, il est question en l'espèce de l'extension de l'interdiction de la vente par correspondance à Internet alors que ce dernier aurait pu être utilisé comme canal de commercialisation à compter de son apparition.

58. Les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ont indiqué, dans leurs observations en réponse au rapport, que *« [c]ette circulaire avait pour seul objet de définir les modalités de l'utilisation d'Internet par les distributeurs agréés, sur le site Bang & Olufsen, d'une part, et sur leur propre site, d'autre part » (observations au rapport, paragraphe 149).*

59. Cette circulaire, en date du 23 août 2000 et intitulée *« Politique d'utilisation d'Internet »*, a été diffusée à l'ensemble des distributeurs (cotes 246 à 250). Aux termes de cette circulaire, un

distributeur « B1 » peut bénéficier d'une page web dans le domaine de Bang & Olufsen et d'un site web personnel. Pour les distributeurs « Shop in Shop » et « Autres », seul un site web personnel est autorisé.

60. Concernant la page web dans le domaine de Bang & Olufsen, il est indiqué que « [c]ette page doit (...) suivre la structure proposée ». Cette circulaire spécifie que « *Bang & Olufsen se réserve le droit de rejeter certaines propositions de pages web* ». Or, il a été constaté qu'aucune page web dans le domaine de Bang & Olufsen France ne prévoit la vente par Internet.

61. En ce qui concerne les sites web personnels, la circulaire énonce les informations pouvant être contenues : « *Les sites web personnels peuvent cependant contenir les informations suivantes :*

- *Le revendeur peut signaler qu'il est revendeur Bang & Olufsen.*

- *Le revendeur peut mentionner qu'il est qualifié pour donner des conseils sur les produits Bang & Olufsen.*

- *Le revendeur peut inviter des clients à des démonstrations de produits Bang & Olufsen dans le magasin.*

- *Le revendeur peut renvoyer sur le site web de Bang & Olufsen à l'aide d'un lien sur son site personnel ».*

62. Cette énumération étant limitative et ne comprenant pas la vente par Internet, elle corrobore elle aussi le fait que cette dernière était, *de facto*, impossible.

63. Par ailleurs, cette circulaire précise que « [l]'utilisation de logos, marques déposées et autre biens immatériels appartenant au Groupe Bang & Olufsen n'est pas autorisée sur les sites web personnels ». Une telle interdiction, conjuguée aux autres éléments relevés, confirme que la politique de Bang & Olufsen France tend à rendre matériellement impossible la vente sur Internet des produits de marque Bang & Olufsen par les distributeurs agréés de cette entreprise.

64. Enfin, dans la lettre accompagnant ce document, il est signifié aux distributeurs que « *le groupe impose une volonté ferme quant au respect de ses mesures* ».

65. L'interdiction de la vente par correspondance, telle qu'elle est exprimée dans le contrat, s'est donc étendue à la vente par Internet alors que ce dernier aurait pu être utilisé comme canal de commercialisation.

66. La portée du contrat et de la politique de l'intéressée vis-à-vis de la vente en ligne par ses distributeurs agréés est, en second lieu, confirmée par les déclarations de Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S, d'une part, et par celles de ses distributeurs agréés, d'autre part.

67. A cet égard, dans son courrier du 17 avril 2001 à la DGCCRF, Bang & Olufsen France indiquait, dans un paragraphe intitulé « *Sur notre position à l'égard de l'internet* », que : « *Notre contrat de distribution n'autorise pas la vente à distance pour des raisons très essentielles liées à la nature de nos produits à la fois en termes logistiques et en termes techniques* » (cotes 3755 à 3757). Cette déclaration de l'entreprise elle-même confirme que l'intéressée appréhendait la vente par internet comme une forme de vente à distance et entendait la soumettre à la même interdiction que la vente par correspondance.

68. Cette interdiction a, du reste, encore été confirmée lors de l'audition du directeur général de Bang & Olufsen France et d'un représentant du service juridique de Bang & Olufsen A/S le 14 octobre 2005 (cotes 4180 à 4183). A la question de savoir si le commerce électronique était interdit sur le fondement de l'article 6.1 du contrat interdisant la vente par correspondance, les personnes auditionnées ont déclaré que « *la qualité de service nécessaire à la vente de nos produits exige un contact que ne permet pas [la] vente par correspondance* » et que cette interdiction était la conséquence de ces nécessités.

69. Par ailleurs, les déclarations des deux distributeurs interrogés, pour le premier le 15 février 2012 et pour le second le 16 février 2012, confirment l'interdiction contractuelle de vente par Internet. A la question « [l]a vente en ligne est-elle autorisée par le contrat de distribution sélective qui lie le magasin à la société Bang & Olufsen ? », le premier distributeur a répondu : « *La situation est floue avec la marque. La marque ne voulait pas qu'on vende sur*

*Internet jusqu'à il y a 2-3 ans. Les situations évoluent aujourd'hui. Nous sommes en consultation juridique pour déterminer nos droits* » (cotes 4265 à 4267). A la même question, le second distributeur a répondu : « *La vente en ligne n'est pas autorisée par la société Bang & Olufsen. La situation est floue aujourd'hui avec la prochaine vente en ligne des produits de la gamme BO Play à la fois par la maison mère Bang & Olufsen A/S et les Apple Store. A ma connaissance, aucun distributeur n'a de site de vente en ligne* » (cotes 4269 à 4271). Si les deux distributeurs reconnaissent que la situation «*évolue* », tout en restant d'ailleurs «*floue* », ils confirment tous deux clairement l'existence d'une interdiction de vente par Internet.

70. Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce qu'elle soutient, la société Bang et Olufsen France a interdit *de facto* la vente par Internet à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective. Bien que les effets réels précis de cette situation ne puissent être déterminés, cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause le constat de l'existence d'une restriction de la concurrence. En effet, quels que puissent en être les effets concrets, la politique mise en place par l'intéressée, telle qu'elle ressort au premier chef des documents diffusés par l'entreprise et de ses propres déclarations, tendait par son objet même à interdire *de facto* la vente par Internet et, selon les termes de la jurisprudence, à réduire la possibilité qu'avaient les distributeurs agréés de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de leur territoire contractuel ou de leur zone d'activité, ainsi, par voie de conséquence, à restreindre la concurrence dans ce secteur.

71. Bang & Olufsen France, par l'exclusion de ce canal de commercialisation, limite unilatéralement la liberté commerciale des distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, alors que ce canal leur permettrait, s'ils avaient la possibilité d'y recourir, d'accéder à davantage de consommateurs.

72. Quant à ces derniers, ils sont privés d'un moyen de bénéficier de possibilités de choix plus vastes, d'un accès aux produits plus aisé et d'obtenir de meilleurs prix.

73. Enfin, il faut relever que, dans leurs observations écrites, les parties n'ont allégué l'existence d'aucune justification objective. Au cours de la séance, elles ont clairement confirmé qu'elles ne revendiquaient le bénéfice d'aucune justification objective.

*Sur les autres arguments des mises en cause*

74. Aucun des autres arguments invoqués par les parties ne remet en cause les appréciations qui précèdent.

75. En premier lieu, les parties soulignent que le contrat a été notifié à la Commission européenne le 19 juin 1989 et que, par lettre en date du 10 août 1989, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne avait alors considéré que : « *Sur la base des faits communiqués, la Direction Générale de la Concurrence n'a aucune raison de remettre en cause ces contrats, conformément à l'Article 85.1 du Traité sur l'Union Européenne* » (cotes 4251 à 4253).

76. Cependant, une telle lettre, qui exprime une simple opinion de la Commission selon laquelle il n'y a pas lieu d'intervenir à l'égard d'un contrat donné, ne lie pas les autorités nationales et ne les empêche pas de porter, en fonction des éléments dont elles disposent, une appréciation différente sur les accords concernés (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, points 11 et 12).

77. Il en est d'autant moins ainsi en l'occurrence qu'Internet n'existait pas à la date de cette lettre de la Commission, non plus que la politique définie par l'entreprise en cause à son égard.

78. Les appréciations figurant dans la lettre de confort adressée à Bang & Olufsen A/S ne sont donc pas susceptibles de remettre en cause les appréciations effectuées par l'Autorité en l'espèce.

79. En deuxième lieu, afin de contester les déclarations des deux distributeurs, les parties font état de contentieux qui les ont opposées à ces distributeurs, d'une part, et de la situation «*floue* » à laquelle tous deux se réfèrent, d'autre part.

80. L'existence de ces contentieux ne permet pas, à elle seule, de remettre en cause la crédibilité des déclarations des distributeurs concernés devant l'Autorité, qui portent au demeurant sur un problème juridique différent de ceux qui les opposaient à Bang et Olufsen France.

81. De plus, il ressort de leurs déclarations que les deux distributeurs en cause estiment la situation « floue » en raison, pour le premier, d'une évolution de l'interdiction de vente en ligne, sans qu'il précise pour autant qu'elle est désormais autorisée, et, pour le second, de la prochaine vente en ligne de produits de la gamme BO Play par Bang & Olufsen A/S et Apple Store. Ces extraits, à replacer dans le contexte plus général des déclarations citées plus haut, sont à l'évidence insusceptibles de remettre en cause le faisceau d'éléments au vu desquels l'Autorité s'est déterminée.

82. En troisième lieu, au cours de l'audition du 7 février 2012, le représentant de Bang & Olufsen A/S déclarant que des lignes directrices pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs étaient en cours d'élaboration, le rapporteur avait alors demandé « *Quand seront mises en place ces nouvelles règles ?* ». Le représentant de Bang & Olufsen A/S avait répondu : « *Nous envisageons de les avoir finalisées pour la fin du mois de février 2012* ».

83. A la question du collège demandant, en séance le 23 octobre 2012, quelle était exactement la situation d'aujourd'hui et si un document écrit avait explicitement autorisé la vente par Internet, les parties ont fait état de lignes directrices en date du mois de février ou de mars 2012 qu'elles auraient établies afin de guider dans la vente par Internet les distributeurs agréés qui désireraient y recourir.

84. A la suite de la séance et à la demande du collège, les entreprises mises en cause ont communiqué par courrier un document qu'elles qualifient de « *“lignes directrices” pour la vente sur Internet des produits Bang & Olufsen par les distributeurs agréés français* » (cotes 6619 à 6627). Ce document rédigé en anglais et daté de novembre 2011, sous le timbre d'un cabinet d'avocats danois et non pas sous celui de Bang & Olufsen France ou Bang & Olufsen A/S, est accompagné d'un courrier du conseil français des mises en cause.

85. Il y est indiqué que :

« [I] es *“lignes directrices”* (...) *ont été finalisées en novembre 2011. Elles ont notamment été présentées aux distributeurs Bang & Olufsen situés en France au cours d'une réunion qui s'est tenu le 4 mai 2012.*

*Bang & Olufsen constate qu'aucune demande de communication des “lignes directrices” n'a été formulée par les deux distributeurs parisiens interrogés par Monsieur le Rapporteur au cours de l'instruction du dossier ».*

86. Cependant, ces affirmations sont, concernant la date d'adoption de ces lignes directrices, contradictoires avec les déclarations recueillies lors de l'audition du 7 février 2012, selon lesquelles le document était alors en cours de finalisation. Par ailleurs, les modalités de la diffusion de ces lignes directrices ne sont pas explicitées.

87. Le document transmis n'éclaire donc pas le collège sur l'existence, ou non, à la date de la séance, d'une information claire et incontestable à destination des distributeurs agréés sur la possibilité de vendre par Internet.

88. A supposer même qu'il ait été éclairant à cet égard, il n'aurait en tout état de cause pas été de nature à remettre en cause les constatations et les appréciations faites plus haut au sujet de l'existence d'une restriction de la concurrence pendant la période antérieure à sa diffusion.

89. En quatrième lieu, les parties contestent, en substance, l'existence d'un commerce électronique de produits bruns depuis l'an 2000.

90. Cette allégation n'est pas de nature à remettre en cause l'interdiction de vente par Internet faite par Bang & Olufsen France à ses distributeurs dans la mesure où, dès l'an 2000, Internet pouvait être utilisé comme canal de commercialisation et où la législation en vigueur ne s'y opposait pas.

91. Au demeurant, une étude publiée par le ministère de l'économie et des finances montre que le montant des achats en ligne des ménages était, dès l'année 2000, compris entre 579 et 960 millions d'euros et, pour l'année 2001, compris entre 1,46 et 1,982 milliard d'euros (Mission pour l'économie numérique, Mise à jour du Tableau de bord du commerce électronique, septembre 2002, p. 76).

92. C'est précisément cet essor, entre autres éléments, qui a, dès l'an 2000, conduit les institutions européennes à encadrer ce canal de commercialisation, avec, d'une part, la directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1), et, d'autre part, les lignes directrices sur les restrictions verticales précitées, par lesquelles la Commission européenne a précisé que « [c] haque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits »(paragraphe 51).

93. En cinquième et dernier lieu, les parties expliquent l'absence de vente de produits Bang & Olufsen par Internet par le désintérêt commercial et financier des distributeurs agréés pour ce canal de commercialisation.

94. Une étude économique est produite à l'appui de cette affirmation aux termes de laquelle, d'une part, le lancement d'un site de vente par Internet engendrerait un investissement initial minimum de 350 000 euros, alors que le chiffre d'affaires moyen d'un magasin agréé est de 470 000 euros et, d'autre part, cet investissement ne pourrait être compensé par l'accroissement de clientèle provoqué par le recours à la vente par Internet en raison de la cohérence du maillage territorial du réseau de distribution sélective de Bang & Olufsen France avec l'implantation de sa clientèle.

95. Cependant, cette explication, qui est au demeurant beaucoup trop générale et abstraite pour emporter la conviction sur l'intérêt individuel que pouvait avoir tel ou tel distributeur à se lancer dans la vente en ligne, ne saurait écarter le constat d'infraction effectué par l'Autorité. En effet, il demeure que Bang & Olufsen France a interdit, en pratique, à ses distributeurs d'utiliser Internet comme canal de commercialisation. C'est par ailleurs aux distributeurs agréés membres du réseau de distribution sélective de Bang & Olufsen eux-mêmes, et non au fournisseur, qu'il appartenait de déterminer leur intérêt de recourir ou pas à la vente par Internet.

96. Il ressort en outre du dossier que certains distributeurs avaient bel et bien un intérêt à pratiquer la vente en ligne. Le second distributeur interrogé par les services d'instruction a ainsi déclaré qu'« [i] l y a eu des demandes d'ouverture de site web mais ces demandes orales sont resté [e] s sans réponse de la part de Bang & Olufsen » (cotes 4269 à 4271).

### 3. SUR L'EXEMPTION DE LA PRATIQUE

97. L'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO L 102 du 23.4.2010, p. 1) a exclu du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par ce règlement les accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre les ventes actives ou les ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

98. S'agissant de la disposition équivalente inscrite dans le précédent règlement d'exemption par catégorie, la Cour de justice a jugé que « l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 doit être interprété en ce sens que l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 dudit règlement ne s'applique pas à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto

*Internet comme mode de commercialisation des produits contractuels* » (arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, précité, point 59).

99. L'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 de la Commission, 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 (JO L 336 du 29.12.1999, p. 21) étant similaire à l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010 qui lui a succédé, l'interprétation donnée par la jurisprudence de l'article 4, sous c), du règlement n° 2790/1999 est transposable à l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010.

100. La pratique anticoncurrentielle en cause en l'espèce doit donc être considérée comme une restriction caractérisée, au sens de l'article 4, sous c), du règlement n° 330/2010, ne pouvant bénéficier de ce fait d'une exemption par catégorie.

101. Par ailleurs, aucune demande d'exemption individuelle n'ayant été formulée par Bang & Olufsen France, cette pratique ne peut en aucun cas être considérée comme justifiée sur le fondement des articles 101, paragraphe 3, du TFUE et L. 420-4 du code de commerce.

## **C. SUR L'IMPUTABILITÉ DE LA PRATIQUE EN CAUSE**

### **1. RAPPEL DES PRINCIPES**

102. La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité relèvent des règles matérielles du droit de la concurrence de l'Union. L'interprétation qu'en donnent les juridictions de l'Union s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence et aux juridictions nationales lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 du TFUE parallèlement aux règles de concurrence internes du code de commerce (arrêts de la Cour de justice du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Rec. 2009 p. I-4529, points 49 et 50, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18).

103. Il résulte d'une jurisprudence constante à cet égard que les articles 101 et 102 du TFUE visent les infractions commises par des entreprises.

104. Le juge de l'Union a précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales (arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-8237, point 55, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, non encore publié au Recueil, point 95, du 29 septembre 2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, non encore publié au Recueil, point 53, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18).

105. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 56, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, point 95, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 53, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 20), sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union (arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, C-90/09 P, Rec. p. I-1, point 52).

106. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 58, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et

Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, point 96, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 54, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 19).

107. Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêts de la Cour de justice, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 60, General Química e.a./Commission, précité, points 2 et 42, du 29 septembre 2011, Arkema/Commission, C-520/09 P, point 42, et de la cour d'appel de Paris, Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).

108. Dans cette hypothèse, il suffit, pour l'Autorité de concurrence, de rapporter la preuve de cette détention capitalistique pour imputer le comportement de la filiale auteur des pratiques à la société mère (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 61, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 57, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).

109. A cet égard, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère ait été directement impliquée dans les pratiques, ou ait eu connaissance des comportements incriminés. Ainsi que le relève le juge de l'Union, « *ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article (101 du TFUE) qui permet à la Commission d'adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés* » (arrêts du Tribunal du 12 décembre 2007, Akzo Nobel e.a./Commission, T-112/05, Rec. 2007 p. II-5049, point 58, et du 27 octobre 2010, Alliance One International e.a./Commission, T-24/05, non encore publié au Recueil, point 169).

110. Il est possible à la société mère de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa lignée d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, l'Autorité de concurrence sera en mesure de tenir la société mère solidairement responsable du paiement de la sanction infligée à sa filiale (arrêts Arkema/Commission, précité, points 40 et 41, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 20).

## 2. APPRÉCIATION DE L'AUTORITÉ

111. La notification de griefs a été adressée à Bang & Olufsen A/S en raison de sa qualité de société-mère détenant la totalité du capital de sa filiale, Bang & Olufsen France (cotes 4300 à 4324).

112. Cette détention capitalistique n'est pas contestée par les mises en cause et est attestée tant par le dossier que par les rapports annuels de Bang & Olufsen A/S consultables sur son site Internet (cote 3086 et rapports annuels de Bang & Olufsen A/S de 2000/2001, p. 23, et 2011/2012, p. 105).

113. En outre, ces sociétés n'apportent aucun élément de nature à renverser la présomption d'imputabilité.

114. Il convient donc de retenir la responsabilité solidaire et conjointe de la société Bang & Olufsen A/S pour le paiement de la sanction imposée à Bang & Olufsen France.

## D. SUR LES SANCTIONS

115. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que 101 et 102 du TFUE.

116. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « *(s) i le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du*

*chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».*

117. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le* (titre VI du livre IV du code de commerce). *Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».*

118. En l'espèce, la méthode décrite dans le communiqué du 16 mai 2011 relative à la détermination des sanctions pécuniaires n'apparaît pas adaptée, compte tenu de la conjonction de deux circonstances particulières. En premier lieu, les services d'instruction ont fait le choix de traiter en priorité l'affaire ayant donné lieu à la décision n°08-D-25 précitée, retenue comme dossier pilote en matière de pratiques faisant obstacle à la possibilité, pour des distributeurs agréés membres d'un réseau de distribution sélective, d'effectuer des ventes en ligne. En second lieu, ils ont ensuite été conduits à suspendre formellement l'instruction du dossier à la suite de la question préjudicielle posée à la Cour de justice par la cour d'appel de Paris dans cette même affaire. Ces circonstances ne justifient toutefois pas, contrairement à ce qu'allèguent les mises en cause, de réduire la sanction à un montant symbolique. Il convient de rappeler que les parties ne pouvaient pas légitimement ignorer les lignes directrices de la Commission européenne du 13 octobre 2000 sur les restrictions verticales précitées lorsqu'elles ont mis en place les pratiques, et qu'elles ont maintenu celles-ci en toute connaissance de cause postérieurement à la décision n° 08-D-25 du Conseil de la concurrence précitée, et ce jusqu'au jour de la présente décision.

119. Chacune des entreprises en cause dans la présente affaire a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant être imposée. La présentation de ces différents éléments par les services d'instruction ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule délibération.

120. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de la sanction imposée aux entreprises en cause sera déterminé en fonction, tout d'abord, de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux à la pratique constatée, avant de prendre en compte la situation et le comportement individuels de Bang & Olufsen France (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 68).

## **1. SUR LA GRAVITÉ DES FAITS**

121. L'entreprise Bang & Olufsen France s'est entendue avec ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, en leur interdisant de recourir à Internet pour la vente de ses produits.

122. De telles pratiques anticoncurrentielles sont considérées, de manière constante, en droit de l'Union comme en droit interne, comme revêtant un caractère certain de gravité, en ce qu'elles tendent non seulement à limiter la concurrence intra-marque sur le marché français, mais aussi à cloisonner les marchés et à priver les consommateurs d'un canal de distribution (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 mars 2008, José Alvarez e.a., n° 2007/00370, p. 11 ; voir aussi arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2006, JCB/Commission, C-167/04, Rec. p. I-08935, point 216).

123. Elles sont d'autant plus graves qu'elles se sont insérées, depuis 2001, dans un contexte dans lequel la concurrence était déjà réduite, du fait du réseau de distribution sélective dans lequel elles s'intégraient. Si la légitimité d'un tel réseau n'est nullement en cause, comme le rappelle la jurisprudence citée plus haut, il n'en reste pas moins qu'il réduit la faculté qu'auraient les distributeurs de se faire concurrence en son absence et que c'est précisément cette faculté limitée de se faire concurrence que la pratique en cause vient anéantir.

124. Enfin, il convient de rappeler que l'entente conclue par Bang & Olufsen France avec les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective a été mise en oeuvre, notamment, au moyen des documents contractuels qui servaient de fondement aux relations commerciales avec ces derniers, élément qui est de nature à en accroître la gravité (décision n°12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, paragraphe 249).

## **2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ À L'ÉCONOMIE**

125. Le critère légal de l'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4).

126. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).

127. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient, notamment, compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).

128. En l'espèce, il convient, en premier lieu, de constater, s'agissant de l'ampleur des pratiques, qu'est en cause une politique applicable à l'ensemble des distributeurs agréés membres du réseau de distribution sélective de Bang & Olufsen France. La pratique a donc couvert l'ensemble du territoire national.

129. Pour autant, le poids de Bang & Olufsen France dans le secteur de la distribution des produits hi-fi en France reste circonscrit, au regard du nombre important de concurrents, y compris sur le segment haut de gamme.

130. En second lieu, s'agissant des conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques, il convient de rappeler qu'Internet constitue un canal de commercialisation pertinent pour distribuer des produits tels que ceux commercialisés par Bang & Olufsen France et notamment des produits de téléphonie ou des petits appareils audio. En interdisant depuis 2001 à ses revendeurs de commercialiser ses produits sur Internet, Bang & Olufsen France a affaibli la concurrence entre eux, ce qui a pu priver les consommateurs de prix moins élevés. Par ailleurs, l'élimination de ce

canal de distribution a pu limiter le choix proposé aux consommateurs, en particulier pour les consommateurs qui ne disposaient pas d'un

131. Pour autant, du fait des caractéristiques techniques des produits, il apparaît que cette pratique n'a été de nature à affecter qu'un nombre limité de consommateurs potentiels.

132. En conséquence, si les pratiques mises en cause ont pu engendrer un dommage certain à l'économie, l'importance de celui-ci apparaît très limitée.

### **3. SUR LA PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES INDIVIDUELLES PROPRES À BANG & OLUFSEN FRANCE**

133. L'appréciation de la situation individuelle d'une entreprise peut notamment conduire à prendre en considération, non seulement sa taille et ses ressources au-delà de celles issues des produits ou services visés par l'infraction, mais aussi son appartenance à un groupe disposant lui-même d'une taille, d'une puissance économique et de ressources globales plus importantes (voir, en ce sens, arrêts de la Cour de cassation du 28 avril 2004, Colas Midi-Méditerranée e.a., n° 02-15203, et de la cour d'appel de Paris Entreprise H. Chevalier Nord e.a. précité, p. 71).

134. En l'occurrence, Bang & Olufsen France est une filiale dont la totalité du capital appartient à Bang & Olufsen A/S, elle-même placée à la tête d'un groupe d'une taille plus importante, implanté dans de nombreux pays autres que la France et disposant de ressources plus vastes. Au cours de l'exercice 2011/2012, Bang & Olufsen A/S a ainsi réalisé un chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé de 3 008 000 000 couronnes danoises soit environ 404 000 000 euros, à comparer à la valeur des ventes de 19 149 349 euros réalisées en France par Bang & Olufsen France pendant l'année du dernier exercice de mise en oeuvre de la pratique.

### **4. SUR LA SANCTION DE BANG & OLUFSEN A/S, EN TANT QUE SOCIÉTÉ-MÈRE**

135. Comme indiqué plus haut au paragraphe 114, Bang & Olufsen A/S doit se voir imputer la pratique visée au paragraphe 70 ci-dessus en tant que société-mère de la société Bang & Olufsen France. Elle doit donc être tenue pour responsable solidairement et conjointement de la sanction imposée à cette société.

### **5. SUR LE MONTANT FINAL DE LA SANCTION**

136. Le chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé le plus élevé connu réalisé par Bang & Olufsen A/S pendant la mise en oeuvre de la pratique, qui inclut le chiffre d'affaires hors taxes de la société Bang & Olufsen France, est celui réalisé au cours de l'exercice 2006/2007. Ce chiffre d'affaires hors taxes mondial consolidé s'élevait à 4 375 700 000 couronnes danoises soit environ 586 000 000 euros. Le montant maximum de la sanctions'élève donc à 58 600 000 euros en ce qui les concerne.

137. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer une sanction pécuniaire de 900 000 euros à la société Bang & Olufsen France.

### **6. SUR L'INJONCTION**

138. Il y a eu lieu d'enjoindre à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs et dépourvus de réserves, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet.

Cette stipulation est sans préjudice de la possibilité qu'à la société Bang & Olufsen France d'encadrer cette activité de vente en ligne, dans le respect des exigences résultant de la jurisprudence et des indications figurant dans les lignes directrices de la Commission européenne à ce sujet.

## **DÉCISION**

Article 1 :

Il est établi que les sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S ont enfreint les dispositions des articles 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne(TFUE) et L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1er, une sanction pécuniaire de 900 000 euros est infligée aux sociétés Bang & Olufsen France et Bang & Olufsen A/S.

Article 3 :

Il est enjoint à la société Bang & Olufsen France de procéder, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, à la modification de ses contrats de distribution sélective existants ou à la diffusion d'une circulaire générale, afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés membres de son réseau de distribution sélective ont la possibilité de recourir à la vente par Internet. Bang & Olufsen France adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure de l'Autorité de la concurrence, un exemplaire de ces contrats ou de cette circulaire.

Délibéré sur le rapport oral de M. Thibault Decruyenaere, rapporteur et l'intervention de Mme Carole Champalaune, rapporteure générale adjointe, par Mme Elisabeth Flury-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, et Mme Pierrette Pinot, MM. Emmanuel Combe, Noël Diricq, Jean-Bertrand Drummen, Pierre Godé, membres.

La secrétaire de séance,

Caroline Orsel-Sébès

La vice-présidente,

Elisabeth Flury-Hérard

**N° de pourvoi: 10-16329**

Sur le moyen unique, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 4, sous c), du règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE (devenu 101, paragraphe 3, du TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que l'exemption de l'interdiction de restreindre la concurrence ne s'applique pas aux accords qui ont pour objet la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Atrium santé, après avoir conclu avec la société Pierre Fabre dermo-cosmétique des contrats de distribution sélective pour différents produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, a procédé à la confection et à la distribution d'un catalogue de vente par correspondance de ces produits auprès de collectivités ; que la société Pierre Fabre dermo-cosmétique, après avoir vainement mis en demeure la société Atrium santé de cesser cette activité, lui a retiré son agrément et a suspendu ses livraisons ; que la société Atrium santé a assigné la société Pierre Fabre dermo-cosmétique en soutenant que les clauses contractuelles avaient été respectées et que la prohibition de ce type de vente était illicite ;

Attendu que pour confirmer le jugement ayant déclaré bien fondé le retrait d'agrément et ordonné l'interdiction sous astreinte de la vente par catalogue des produits de la société Pierre Fabre dermo-cosmétique, l'arrêt relève que dans le système mis en place par la société Atrium santé, la commande est livrée globalement, l'ensemble des acheteurs étant servi au déballage et recevant en même temps que son lot individuel sa facture dont le paiement est collecté par le comité d'entreprise, et qu'il est donc faux de dire qu'il y a vente individuelle dans le point de vente agréé, quand bien même les cartons collectifs seraient expédiés depuis ce dernier, ce qui n'est pas démontré ; qu'il relève également qu'il n'est pas non plus démontré que le client final, qui commande avec d'autres sur catalogue par le biais d'un comité d'entreprise ou d'un groupement d'achats, dispose réellement de la possibilité d'avoir facilement accès au conseil ; qu'il retient que la décision du Conseil de la concurrence, du 29 octobre 2008, enjoignant à la société Pierre Fabre dermo-cosmétique de supprimer dans ses contrats de distribution sélective les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet n'est pas pertinente, cette position n'ayant pas encore été entérinée par la cour d'appel de Paris qui en est saisie, et le Conseil de la concurrence ayant lui-même conclu qu' "on ne peut assimiler l'interdiction de vente d'un produit sur internet au sein d'un réseau sélectif agréé à une interdiction de vente par correspondance classique" ; qu'il retient encore que l'argument relatif au fait que le catalogue serait 'couplé' avec le site internet puisqu'à chaque page est mentionnée l'adresse 'www.atrium-santé.fr', n'est pas admissible ; qu'il retient enfin qu'ont été validés les réseaux de distribution dès lors que le fabricant ne dépasse pas le seuil de 30 % des parts du marché, et que l'accord de distribution ne comporte pas de clause dite noire, définition dans laquelle la clause d'interdiction de vente par correspondance n'est pas comprise ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les clauses litigieuses avaient pour objet de

restreindre les ventes passives ou actives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 février 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

**Cass. com., 12 juillet 1983**

Vu l'article I 131-6 du code de l'organisation judiciaire;

Sur le moyen unique : attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 6 octobre 1981) que par contrat du 1er septembre 1977, la société allemande Trio Kenwood Communications (la société TKC) a concédé à la société Vareduc Comimex Colmant et Compagnie (la société Vareduc) l'exclusivité sur le territoire français de la vente d'équipements pour les radios amateurs et la marine et de leurs pièces détachées;

Qu'un avenant du 1er décembre 1977 précisait que la société Vareduc pourrait se dire distributeur exclusif des produits commercialisés sous la marque Trio et Kenwood et se prévaloir de cette qualité envers les tiers;

Que lui reprochant d'avoir, au mépris de ses droits, mis en vente sur le territoire français, des matériels de marque Trio, la société Vareduc l'a assignée en concurrence déloyale;

A attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déboute la société Vareduc aux motifs, selon le pourvoi, que la société Vareduc n'établissait pas avoir reçu de la société TKC, en vertu de ses contrats, d'autres droits que la concession exclusive de distribution en France des produits revêtus ou accompagnés des marques Trio ou Kenwood, exportés sur ce territoire par cette société, que la seule obligation de la société GES était donc de ne pas s'approvisionner auprès de la société allemande de produits sous les marques Kenwood et Trio, ainsi que de pièces détachées ou de matériel publicitaire, à partir du moment où les contrats et avenants lui ont été dénoncés, que l'exclusivité de distribution accordée à la société Vareduc par la société allemande sur le matériel que cette dernière exportait en France ne pouvait empêcher la société GES de vendre, sur le territoire français, le matériel que celle-ci importait du Japon, alors que, commettant un acte de concurrence déloyale engageant sa responsabilité, le commerçant qui écoule un produit faisant, par ailleurs, l'objet d'un contrat d'exclusivité au profit d'un concessionnaire, dès lors qu'il est établi que ce commerçant, en pleine connaissance de cause, viole le droit d'autrui, qu'en l'espèce, en se déterminant comme elle l'a fait, tout en constatant que la société GES avait mis en vente en France des appareils de marque Trio, au mépris de l'exclusivité de distribution dont bénéficiait, à sa connaissance, la société Vareduc, ce qui constituait un acte de concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision;

Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que la faute alléguée d'avoir importé en vue de la vente en France des produits de marque Trio en dépit des droits d'exclusivité dont bénéficiait la société Vareduc ne constituait pas, en lui-même, en l'absence d'autres éléments, un acte de concurrence déloyale; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé;

Par ces motifs : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 6 octobre 1981 par la cour d'appel de Paris.

**Cass. Com., 14 mars 2006**

Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt déferé, que, selon contrat de franchise du 24 mars 1998, la société Flora Partner (le franchiseur) a concédé à la société Laurent X... Rouvelet-LPR (le franchisé), ayant pour gérant M. X..., le droit exclusif d'exploiter jusqu'au 24 octobre 2003, sous la marque, l'enseigne et avec les techniques "Le Jardin des fleurs" un magasin situé dans le sixième arrondissement de Marseille ; que l'article 7-3 de ce contrat stipulait : "l'exclusivité territoriale implique que le franchiseur s'engage, pendant la durée du présent contrat, à ne pas autoriser l'ouverture d'autres points de vente Le Jardin des fleurs dans le territoire d'exclusivité susmentionné, en dehors de celui du franchisé" ;

que fin 1999, le franchiseur a ouvert un site internet sous l'enseigne "Le Jardin des fleurs" ; qu'estimant que le franchiseur avait violé la garantie contractuelle d'exclusivité, le franchisé et M. X... ont assigné celui-ci en résiliation du contrat de franchise et en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que pour déclarer la convention rompue aux torts exclusifs du franchiseur, l'arrêt retient que l'obligation d'exclusivité territoriale essentielle et déterminante pour le franchisé devait le protéger de toute vente à l'initiative du franchiseur, directement ou indirectement, et que la vente sur internet, bien que constituant une vente passive, porte atteinte à cette exclusivité dès lors qu'elle est réalisée sans contrepartie financière pour le franchisé qui, néanmoins, contribue au fonctionnement du site par prélèvement effectué sur la redevance communication qu'il verse au franchiseur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l'exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d'un site internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé, la cour d'appel a violé le texte susvisé, peu important le règlement CE n° 2790/1999 de la Commission CE du 22 décembre 1999, inapplicable en l'espèce ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 février 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne la société Laurent X... Rouvelet et M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la société Laurent X... Rouvelet et de M. X..., les condamne à payer à la société Flora Partner la somme globale de 2 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze mars deux mille six.

## CA Bordeaux, 21 janvier 2008

Le 26 mai 2003, la S.A.R.L. Lucas fleurs a signé avec la SA Flora partner un contrat de franchise. La S.A.R.L. Lucas fleurs après avoir acquis un fonds de commerce débutait son activité le 13 novembre 2003. Les relations entre les deux parties se détérioraient à compter du second semestre de l'année 2004. Le 9 décembre 2004, la S.A.R.L. Lucas fleurs adressait une mise en demeure à la SA Flora partner puis estimant qu'il n'avait pas été donné suite à ses revendications résiliait le contrat le 14 janvier 2005. Soutenant avoir rempli l'ensemble de ses obligations, la SA Flora partner saisissait par acte du 21 janvier 2005 le Tribunal de commerce de MELUN. Le même jour, la S.A.R.L. Lucas fleurs saisissait le tribunal de commerce de BORDEAUX.

Par jugement du 13 juillet 2005, le tribunal de Melun se dessaisissait au profit du tribunal de BORDEAUX. La S.A.R.L. Lucas Fleurs demandait que soit prononcée la résiliation du contrat de franchise aux torts de la SA Flora Partner et la condamnation de celle-ci à lui régler la somme de 147.720. La SA Flora partner demandait que la résiliation du contrat de franchise soit prononcée aux torts de la S.A.R.L. Lucas Fleurs et que celle-ci soit condamnée à lui payer 2.371 €, 281.969 € et 300.000 € et qu'il soit fait interdiction à la société Tassigny fleurs et à monsieur B... d'exercer une activité concurrentielle. Par une décision du 9 mai 2006, le tribunal a prononcé la résiliation du contrat aux torts exclusifs de la S.A.R.L. Lucas fleurs et l'a condamnée à payer les sommes de 2.371 € et de 281.969 €. Le 16 juin 2006, la S.A.R.L. Lucas fleurs a relevé appel de cette décision. Par acte du 24 avril 2007, maître X... ès qualités de mandataire liquidateur de la S.A.R.L. Lucas fleurs mise en liquidation judiciaire par décision du tribunal de commerce de Melun du 12 février 2007 a repris l'instance. Par acte du 16 avril 2007 qui porte que l'affaire sera plaidée le 11 juin 2007, la SA Flora partner a assigné en intervention forcée monsieur Y....

Celui-ci a constitué avoué le 25 mai 2007,

Vu les conclusions de maître X... ès qualités et de monsieur Y... du 25 mai 2007,

Vu les conclusions de la SA Flora partner du 26 février 2007 ;

Maître X... ès qualités et monsieur Y... ayant conclu peu de temps avant que n'intervienne l'ordonnance de clôture, les deux parties ont sollicité le report de cette ordonnance au jour de l'audience.

Il leur a été répondu le 4 juin 2007 qu'en l'absence de cause grave, la clôture était maintenue au 29 mai 2007. Par arrêt du 25 juin 2007, il a été constaté que les deux parties sollicitaient que l'affaire soit retirée du rôle. Elle a été remise au rôle par la SA Flora partner le 5 juillet 2007.

Vu les conclusions de maître X... ès qualités et de monsieur Y... du 25 mai 2007 et du 9 novembre 2007,

Vu les conclusions de la SA Flora partner du 5 juillet 2007 et du 23 novembre 2007.

Par des écritures du 12 novembre 2007, la SA Flora partner a demandé que les dernières écritures de l'appelante prises le 9 novembre 2007 alors que la clôture était rendue le 12 novembre 2007 entraînent le report de cette clôture au jour de l'audience ou que ces conclusions soient écartées des débats.

## SUR QUOI LA COUR:

Attendu que cette affaire devait être plaidée le 11 juin 2007, que l'appelant et monsieur Y... ayant attendu le 25 mai 2007 pour conclure, l'intimée a sollicité le report de la clôture qui devait intervenir le 29 mai 2007 ;Qu'en l'absence de toute cause grave, le Conseiller de la mise en état a refusé ce report ;Attendu que les deux parties ont alors sollicité à l'audience la mise hors du rôle de l'affaire ;Qu'après que cette mise hors du rôle ait été actée par arrêt du 25 juin 2007, la SA Flora partner a fait remettre le dossier au rôle en signifiant et déposant des écritures le 5 juillet 2007;Attendu que de nouveau sans justifier de la moindre cause grave les ayant empêchés de conclure plus tôt l'appelant et monsieur Y... ont conclu le 9 novembre 2007 ;Attendu que la SA Flora partner a alors demandé le 12 novembre 2007 soit le report de la clôture soit le rejet des débats des conclusions de l'appelant ;Attendu que les parties démontrent par leur comportement réitéré exactement dans les mêmes conditions qu'aux mois de mai-juin 2007 qu'elles n'entendent pas respecter le moindre calendrier de procédure ;Que si le procès est la chose des parties il n'en est pas de même des audiences de la Cour ;Qu'au surplus après que la SA Flora partner ait conclu le vendredi 23 novembre 2007 pour l'audience du lundi 26 novembre 2007, l'appelant et monsieur Y... n'ont pas pris d'écritures pour indiquer qu'ils acceptaient que ces conclusions restent acquises aux débats ;Que dans ces conditions la clôture doit rester maintenue au 12 novembre 2007 , les conclusions de l'appelant, des dirigeants et de monsieur Y... doivent être écartées des débats, l'intimée n'ayant pas la possibilité d'y répondre et les conclusions de l'intimée postérieures à la clôture sont irrecevables ;

Attendu que l'appelant soutient qu'un contrat de franchise a été signé le 26 mai 2003, convention qui contient en particulier des règles concernant une redevance de communication et une carte de fidélité, règles qui ne peuvent être modifiées que par une assemblée générale des franchisés ;Qu'après qu'un nouveau contrat lui ait été adressé, le premier n'ayant pas été signé par le franchiseur, il s'est aperçu au mois de juin 2004 de l'existence d'un certain nombre de modifications par rapport à l'exemplaire de mai 2003 ;Qu'en septembre 2004 l'intimée a voulu mettre en place un avenant à la carte de fidélité et qu'elle a alors soumis la modification du contrat au vote de 4 assemblées de région ;Attendu qu'il a alors manifesté sa désapprobation à ce système et a démissionné de ses fonctions de membre de la commission de communication ;Attendu qu'il formule 3 griefs à l'encontre du franchiseur :

- processus décisionnel non conforme en matière de fidélisation de la clientèle,
- affectation non conforme de la redevance de communication et
- modification unilatérale du contrat ;

Attendu qu'en conséquence il sollicite la résiliation du contrat au torts exclusif du franchiseur et l'octroi de la somme de 64.847,49 à titre de dommages intérêts ;Qu'à titre subsidiaire il sollicite que la décision déférée soit confirmée en ce qu'elle a refusé l'indemnisation au titre d'une perte d'emplacement et sa réformation en ce qu'elle a accordé des dommages et intérêts au franchiseur ;

Attendu que monsieur Y... demande que la SA Flora partner soit déboutée des demandes qu'elle dirige contre lui ;Attendu que la SA Flora partner soutient que le processus décisionnel a été respecté, qu'en tout état de cause l'assemblée générale du 13 décembre 2004 a fait disparaître ce grief ;Qu'il n'y a pas eu de défaut d'information de l'appelant lors de son entrée dans la franchise, et que c'est monsieur Y... qui n'a pas signé le premier contrat de franchise et que le second contrat

lui a bien été retourné en juin 2004 après que des pages en aient été retirées par l'appelant ;  
Attendu que la SA Flora partner sollicite que la décision déferée soit confirmée mais sollicite qu'une somme de 300.000 lui soit accordée au titre de la perte de l'emplacement ;

Attendu que les parties reconnaissent qu'elles sont liées par un contrat de franchise puisque chacune sollicite sa résiliation aux torts de son adversaire ;

Attendu qu'il ressort des pièces produites aux débats qu'après que le Jardin des fleurs exploité par la S.A.R.L. Lucas Fleurs dont le gérant était monsieur Y... ait ouvert en novembre 2003, monsieur Y... a exercé à compter du mois de janvier 2004 des fonctions en qualité de membre élu à la Commission de communication composée de franchisés élus et de représentants du franchiseur ;  
Attendu qu'en cette qualité monsieur Y... a été informé le 3 septembre 2004 lors du Conseil national d'un projet de fidélisation de la clientèle, ce projet devant ensuite être communiqué au Conseil des élus puis à l'assemblée des franchisés ;  
Attendu qu'il a alors été décidé d'une consultation des franchisés lors de 4 réunions régionales ;  
Attendu que monsieur Y... a participé à cette réunion du Conseil ainsi qu'à la réunion régionale du 13 octobre 2004 ;  
Qu'il n'élevait alors aucune contestation ;  
Attendu que c'est par courrier du 9 décembre 2004 que monsieur Y... contestait le processus décisionnel en matière de fidélisation de la clientèle : 4 réunions régionales au lieu d'une assemblée nationale et demandait la restitution de la part de la redevance de communication affectée à la communication nationale et la réunion d'une assemblée nationale pour statuer sur la modification de l'affectation de la redevance de communication ;  
Attendu qu'en effet si l'article 9 de la charte de fonctionnement de la franchise prévoit la possibilité de consulter les membres du réseau lors de réunions régionales, l'article 5 de ce même texte prévoit la tenue d'une assemblée générale lorsque divers points sont en débats dont les questions portant sur la carte de fidélité ;  
Attendu que tenant compte de la demande impérative de monsieur Y... de tenue d'une assemblée nationale, la SA Flora partner convoquait dans les formes prévues aux statuts l'ensemble des franchiseurs à une telle assemblée après avoir communiqué à chacun d'eux les motions qui seraient soumises au vote, rien ne démontrant ou n'établissant à la lecture des documents portant convocation que les motions aient été tronquées ou que les participants aient pu voir leur volonté altérée par une présentation erronée des faits ;  
Que cette réunion se tenait le 13 décembre 2004 et adoptait à la majorité requise par les statuts en particulier les deux points objet de la contestation ;  
Que les décisions prises par cette assemblée générale sont donc opposables à la S.A.R.L. Lucas fleurs ;  
Attendu qu'il apparaît que dans un premier temps, la SA Flora partner a consulté les membres du réseau par 4 réunions régionales conformément à ce qui avait été décidé lors de la réunion de la Commission de communication à laquelle participait monsieur Y... ;  
Qu'après que ce dernier ait contesté ce mode de consultation, dans le mois qui a suivi cette contestation, la SA Flora partner a convoqué une assemblée générale de tous les franchiseurs pour approuver en particulier les deux points litigieux ;  
Que dans ces conditions, la charte de fonctionnement ayant été modifiée non par la jonction des 4 réunions régionales mais par la seule assemblée nationale des franchisés, ce grief ne peut être retenu ;

Attendu qu'en ce qui concerne l'affectation d'une partie de la redevance communication à une publicité nationale ;  
Qu'à supposer que monsieur Y... et la S.A.R.L. Lucas fleurs n'aient pas eu connaissance de cette affectation, qu'il apparaît que dès réception du courrier du 9 décembre 2004, la SA Flora partner a accepté de restituer les sommes prélevées qui auraient été utilisées pour la communication nationale dès que les justificatifs des frais exposés par le magasin pour sa communication locale lui auraient été adressés et ce conformément à l'article 15.3.1 du contrat de franchise ;  
Attendu que ces justificatifs n'ont jamais été adressés à la SA Flora partner qui n'a donc pas restitué les sommes utilisées pour la communication nationale ;  
Qu'il n'existe donc aucun grief de ce chef, l'absence de restitution acceptée par le franchiseur n'étant que la conséquence du

silence du franchisé ;Attendu qu'en conséquence la décision déferée doit être confirmée en ce qu'elle a décidé en l'absence de toute faute du franchiseur, la résiliation du contrat de franchise au 13 janvier 2005 aux torts exclusifs de la S.A.R.L. Lucas fleurs ;

Que c'est de même à bon droit que les premiers juges ont rejeté les demandes d'indemnisation présentées par la S.A.R.L. Lucas fleurs, ce préjudice n'étant que la conséquence de son comportement fautif ;

Attendu que par contre la SA Flora partner a droit à l'indemnisation de son préjudice résultant de cette résiliation, préjudice constitué par l'absence des ressources qu'elle aurait obtenues si le contrat de franchise avait été mené jusqu'à son terme ;Que c'est à bon droit que les premiers juges ont retenu la somme de 281.969,83 soit le total des redevances qu'elle aurait perçues si le contrat avait duré jusqu'au terme convenu c'est-à-dire la redevance mensuelle moyenne multipliée par le nombre de mois restant à courir, la SA Flora partner n'ayant pas à supporter les conséquences d'une procédure collective qui n'est que le résultat des difficultés rencontrées par la société pour se restructurer après son départ de la franchise ;Attendu que de même c'est à bon droit que le tribunal a retenu la somme de 2.371,67 correspondant aux frais de transport et de coût du matériel non restitué ;

Attendu qu'en ce qui concerne la perte de l'emplacement, cette perte est déjà indemnisée par l'indemnisation calculée sur les redevances non perçues ;Qu'en effet si le contrat avait été à son terme, la SA Flora partner aurait perçu les redevances jusqu'à cette date, mais après elle aurait aussi perdu l'emplacement ;Que dans ces conditions, il ne peut être fait droit à cette demande ;

Attendu qu'en ce qui concerne la demande de condamnation de monsieur Y... à titre personnel ;Qu'à supposer que la mise en liquidation judiciaire de la S.A.R.L. Lucas fleurs constitue un fait nouveau ; Que si le contrat de franchise susceptible de lier les parties a bien été signé intuitu personae et que monsieur Y... s'est engagé à rester majoritaire dans le capital de sa société, qu'il n'apparaît pas que lorsque monsieur Y... personne physique se serait fait substitué par une personne morale, il resterait tenu des engagements de celle-ci ;Que de ce chef en l'absence de toute stipulation de solidarité ou de tout cautionnement prévu au contrat, monsieur Y... doit être mis hors de cause ;Attendu au surplus à supposer que la rupture de la convention soit imputable à monsieur Y..., il conviendrait d'indiquer pourquoi depuis plus de deux ans la S.A. Flora partner demande la condamnation de la S.A.R.L. Lucas Fleurs à lui verser diverses sommes ;

Attendu que chacune des parties succombant en son appel principal ou incident, il n'y a lieu à application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et chacune des parties supportera les frais qu'elle a exposés devant la Cour, la SA Flora partner supportant les dépens résultant de l'assignation en intervention forcée de monsieur Y....

PAR CES MOTIFS

LA COUR :Ecarte des débats les conclusions des 9 et 23 novembre 2007,Déclare maître X... ès qualités mal fondé en son appel principal et l'en déboute,Déclare la SA Flora partner mal fondée en son appel incident et l'en déboute,En conséquence,Confirme la décision déferée sauf à fixer la créance chirographaire de la SA Flora partner sur la liquidation judiciaire de la S.A.R.L. Lucas Fleurs aux sommes de 2.371,67 € et de 281.969,83 €,Y ajoutant en cause d'appel,Déboute la SA Flora partner de sa demande dirigée contre monsieur Y...,Dit qu'il n'y a lieu à application des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,Dit que chacune des parties supportera les dépens qu'elle a exposés devant la Cour, la S.A. Flora partner supportant les dépens

découlant de son assignation en intervention forcée de monsieur Y..., application étant faite de l'article 699 du nouveau Code de procédure civile.

### **CJUE 14 janvier 2012, Aff. C-158/11**

1. La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f), du

règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (JO L 203, p. 30, ci-après le «règlement»).

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Auto 24 SARL (ci-après «Auto 24») à Jaguar Land Rover France SAS (ci-après «JLR») au sujet du refus de cette dernière d'agréer Auto 24 en tant que distributeur de véhicules automobiles neufs de la marque LAND ROVER.

#### **Le cadre juridique**

##### **Le droit de l'Union**

3. Le règlement, adopté sur le fondement de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées (JO 1965, 36, p. 533), énonce une exemption de l'interdiction visée à l'article 81, paragraphe 1, CE pour certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile (ci-après l'«exemption»).

4. Les premier et quatrième à huitième considérants 1 et 4 à 8 du règlement se lisent comme suit:  
«(1) L'expérience acquise en matière de distribution de véhicules automobiles neufs, [...] dans le secteur automobile permet de définir des catégories d'accords verticaux dont on peut considérer qu'ils remplissent normalement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité.

[...]

(4) Le bénéfice de l'exemption doit être limité aux accords verticaux dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

(5) Les accords verticaux relevant des catégories définies dans le présent règlement peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution en améliorant la coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent notamment diminuer les coûts de transaction et de distribution des parties et assurer un niveau optimal de leurs ventes et de leurs investissements.

(6) La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence en provenance des autres fournisseurs de biens ou de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables [...]

(7) Il convient d'établir des seuils sur la base de la part de marché de manière à refléter le pouvoir de marché des fournisseurs. [...] Les seuils au-dessous desquels on peut présumer que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs doivent varier en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical. Il est donc permis de penser que les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché allant jusqu'à 30 % des marchés de la distribution de véhicules

automobiles neufs ou de pièces de rechange, ou jusqu'à 40 % lorsque c'est la distribution sélective quantitative qui est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs. [...]

(8) Au-delà de ces seuils de parts de marché, on ne saurait présumer que des accords verticaux qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1, du traité produisent en général des avantages objectifs de nature et de taille à compenser leurs inconvénients sur le plan de la concurrence. Toutefois, dans le cas de la distribution sélective qualitative, on peut escompter de tels avantages, quelle que soit la part de marché du fournisseur.»

5. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f) à h), du règlement, aux fins de l'application de ce dernier, est considéré comme:

«f) 'système de distribution sélective': un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs ou des réparateurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs ou réparateurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ou à des réparateurs indépendants, sans préjudice de la faculté de vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants ou de l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants l'ensemble des informations techniques, des systèmes de diagnostic, des outils et de la formation nécessaires pour la réparation et l'entretien des véhicules automobiles ou pour la mise en œuvre des mesures de protection de l'environnement;

g) 'système de distribution sélective quantitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci;

h) 'système de distribution sélective qualitative': un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs».

6. L'article 3, paragraphe 1, du règlement prévoit:

«Sous réserve des paragraphes 2, 3, 4, 5, 6 et 7, l'exemption s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs, les pièces de rechange pour véhicules automobiles ou les services de réparation et d'entretien.

Toutefois, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de véhicules automobiles neufs.

Ces seuils ne s'appliquent pas aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.»

7. L'article 5, paragraphe 2, sous b), du règlement énonce, en ce qui concerne la vente de véhicules automobiles neufs, que l'exemption ne s'applique à aucune «obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraison supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application».

8. Conformément à l'article 6 du règlement, le bénéfice de l'exemption peut être retiré s'il est constaté que, dans un cas déterminé, les accords verticaux en question ont des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, CE.

9. Il ressort de l'article 12 du règlement que celui-ci est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2002, à l'exception dudit article 5, paragraphe 2, sous b), lequel est applicable à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2005.

### **Le droit français**

10. Aux termes de l'article 1382 du code civil, «[t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer».

Le litige au principal et la question préjudicielle

11. JLR est importateur en France de véhicules automobiles neufs et de produits de la marque LAND ROVER.

12. Depuis l'année 1994, Auto 24 était concessionnaire exclusif de JLR à Périgueux (France). Son contrat de concession a été résilié le 27 septembre 2002 avec effet le 30 septembre 2004, en application d'un préavis de deux ans tel que prévu par les stipulations contractuelles. À la date d'effet de cette résiliation, elle a conclu avec JLR un contrat de réparateur agréé. Sa candidature pour devenir distributeur agréé n'a, en revanche, pas été retenue par JLR.

13. Par un jugement devenu définitif le 28 octobre 2005, le tribunal de commerce de Versailles a jugé que JLR avait fait preuve de discrimination dans l'examen de ladite candidature et l'a, en conséquence, condamnée à verser 100 000 euros à Auto 24 à titre de dommages et intérêts pour la perte d'un gain que cette dernière aurait pu réaliser si elle avait obtenu la qualité de distributeur agréé.

14. Le 19 janvier 2006, JLR a de nouveau refusé à Auto 24 la qualité de distributeur agréé à Périgueux, au motif que le «numerus clausus» établi par JLR ne prévoyait pas la désignation d'un distributeur de véhicules neufs dans cette ville.

15. Au mois d'octobre de l'année 2006, la société Pericaud Automobiles, distributeur agréé de JLR, a ouvert un établissement secondaire à Trélissac (France), en périphérie de Périgueux.

16. Dans ces conditions, Auto 24 a assigné JLR devant le tribunal de commerce de Bordeaux aux fins de l'indemniser du préjudice généré par le refus de cette dernière de l'agréer comme distributeur sur le secteur de Périgueux.

17. Par jugement du 8 février 2008, le tribunal de commerce de Bordeaux a débouté Auto 24 de l'ensemble de ses demandes.

18. Par arrêt du 2 décembre 2009, la cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement, en relevant notamment que JLR avait refusé à Auto 24 de l'agréer comme distributeur en se fondant sur un numerus clausus établi le 8 avril 2005, lequel prévoyait 72 contrats de distributeurs agréés pour 109 sites, décrits dans un tableau des contrats et des sites où ne figure pas Périgueux.

19. Auto 24 s'est alors pourvue en cassation contre cet arrêt devant la juridiction de renvoi. Par son pourvoi, Auto 24 soutient, notamment, que la cour d'appel de Paris a méconnu l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous g), du règlement et l'article 1382 du code civil en estimant qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons économiques ou autres à l'origine d'un numerus clausus et en retenant que JLR avait établi un numerus clausus ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux, sans examiner l'objectivité des critères de sélection, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en œuvre. Selon Auto 24, dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur, lorsqu'il sélectionne ses distributeurs, doit appliquer des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en œuvre de façon non discriminatoire.

20. Dans ces conditions, la Cour de cassation, éprouvant des doutes sur l'interprétation du règlement, et notamment sur les exigences relatives aux critères de sélection en matière de

distribution sélective quantitative, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Que faut-il entendre par les termes de 'critères définis' figurant à l'article 1<sup>er</sup>, [paragraphe] 1, [sous] f), du règlement [...] s'agissant d'une distribution sélective quantitative?»

Sur la question préjudicielle

21. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les termes «critères définis», figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f), du règlement, doivent être interprétés en ce sens qu'ils exigent que, pour bénéficier de l'exemption, un système de distribution sélective quantitative, au sens du règlement, repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

22. À titre liminaire, il importe de rappeler qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour (voir, notamment,

arrêts du 18 décembre 1986, VAG France, 10/86, Rec. p. 4071, point 12; du 30 avril 1998, Cabour, C-230/96, Rec. p. I-2055, points 47, 48 et 51, ainsi que du 2 avril 2009, Pedro IV Servicios, C-260/07, Rec. p. I-2437, point 68) que le non-respect d'une condition nécessaire à l'exemption ne peut, en soi, donner lieu à des dommages et intérêts au titre de l'article 101 TFUE ou contraindre un fournisseur à accueillir un distributeur candidat dans un système de distribution.

23. En l'occurrence, Auto 24 fait valoir, pour l'essentiel, que tout critère quantitatif au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous g), du règlement, à savoir tout critère qui, afin de sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, limite directement le nombre de ceux-ci, doit répondre à des justifications économiques objectives dont le fournisseur doit apporter la preuve et être appliqué de façon uniforme et non discriminatoire sur toutes les zones de chalandise et à tous les candidats potentiels au système de distribution.

24. À cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort des considérants 1 ainsi que 4 à 6 du règlement que le bénéfice de l'exemption est limité aux accords verticaux qui, eu égard à l'expérience acquise en matière de distribution dans le secteur automobile, sont présumés remplir, en raison des gains d'efficacité qu'ils apportent, les conditions posées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

25. Ainsi qu'il ressort du considérant 7 du règlement, les seuils au-dessous desquels il peut être présumé que les avantages procurés par les accords verticaux l'emportent sur leurs effets restrictifs varient en fonction des caractéristiques des différents types d'accord vertical.

26. Selon les considérants 7 et 8 du règlement, les accords verticaux présentent généralement ces avantages lorsque le fournisseur concerné détient une part de marché sur lequel il vend les véhicules automobiles neufs n'excédant pas 40 % lorsque la «distribution sélective quantitative» est utilisée pour vendre des véhicules automobiles neufs, alors que, dans le cas de la «distribution sélective qualitative», de tels avantages peuvent être escomptés quelle que soit la part de marché du fournisseur.

27. Ainsi, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, deuxième alinéa, du règlement, le seuil de part de marché pour l'application de l'exemption est de 40 % pour les accords établissant des systèmes de distribution sélective quantitative pour la vente de tels véhicules, tandis que, conformément au troisième alinéa dudit paragraphe 1, la part de marché détenue par le fournisseur concerné est sans incidence aux fins de l'application de l'exemption aux accords instituant des systèmes de distribution sélective qualitative.

28. C'est dans ce contexte qu'il y a lieu de comprendre les notions de «système de distribution sélective», de «système de distribution sélective quantitative» et de «système de distribution sélective qualitative», définies, respectivement, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f) à h), du règlement.

29. Il résulte de ces dernières dispositions que, pour ce qui concerne tant les systèmes de distribution sélective quantitative que les systèmes de distribution sélective qualitative, au sens du règlement, des distributeurs doivent être sélectionnés sur la base de «critères définis», au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f), du règlement.

30. Dans ce contexte, les termes «critères définis», au sens de cette disposition, doivent être interprétés comme se référant à des critères dont le contenu précis peut être vérifié.

31. Il convient de préciser sur ce point qu'il n'est pas nécessaire, en vue de la vérification de leur contenu précis, que les critères de sélection utilisés aux fins d'un système de distribution sélective soient publiés, au risque, ainsi que l'a relevé le gouvernement français, de compromettre le secret des affaires, voire de faciliter d'éventuels comportements collusoires.

32. Par ailleurs, il ne ressort pas de la définition de la notion de «système de distribution sélective quantitative», figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous g), du règlement, que cette notion doive être interprétée comme comportant une exigence selon laquelle des critères appliqués par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs doivent non seulement être «définis», mais, en outre, être objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

33. En effet, ce n'est que dans le contexte des systèmes de distribution sélective qualitative que le règlement, par la définition figurant à son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous h), exige notamment que les critères de sélection utilisés par le fournisseur soient «requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire».

34. Ainsi, il découle des termes mêmes des définitions figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f) et g), du règlement que, lorsqu'un système de distribution pour la vente de véhicules automobiles neufs interdit la revente aux distributeurs non agréés et repose sur des critères définis qui limitent directement le nombre de distributeurs, un tel système peut être qualifié de «système de distribution sélective quantitative», au sens du règlement. Le fait que, dans la pratique, les systèmes de distribution de véhicules automobiles neufs comportent très souvent des critères tant qualitatifs que quantitatifs est sans incidence à cet égard, ainsi que JLR et la Commission européenne l'ont reconnu, en substance, lors de l'audience.

35. Dans ces conditions, ainsi que le soutiennent, en substance, JLR, le gouvernement français et la Commission, si, dans le cadre du règlement, les critères quantitatifs de sélection devaient obligatoirement être objectifs et non discriminatoires, une confusion en résulterait entre les conditions exigées par le règlement pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective qualitative et celles requises par celui-ci pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective quantitative.

36. Or, il ne ressort pas de l'économie du règlement que le législateur ait voulu prévoir les mêmes conditions d'exemption pour ces deux systèmes de distribution sélective. Au contraire, étant donné que, ainsi qu'il ressort notamment des points 26 et 27 du présent arrêt, le règlement envisage des conditions d'exemption distinctes selon que la distribution sélective en question est qualifiée de «quantitative» ou de «qualitative», les éléments figurant uniquement à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous h), du règlement ne sauraient être également appliqués au point g) de cette disposition, sauf à amalgamer ces deux types de distribution sélective.

37. Par ailleurs, contrairement à ce qu'Auto 24 a laissé entendre, le fait que, conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement, un fournisseur ne peut empêcher l'ouverture d'un établissement secondaire par l'un de ses distributeurs agréés n'a pas d'incidence à cet égard.

38. En outre, la jurisprudence invoquée par Auto 24 issue de l'arrêt du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, Rec. p. 1875), n'a pas d'incidence dans la présente affaire. Sur ce

point, il suffit de constater que, dans le cadre du règlement, ainsi qu'il ressort notamment des points 32 à 34 du présent arrêt, un «système de distribution sélective quantitative» se distingue, par définition, de la sélection qualitative des distributeurs faisant l'objet du point 20 de l'arrêt Metro SB-Großmärkte/Commission, précité.

39. Eu égard à tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que, par les termes «critères définis», figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f), du règlement, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

Sur les dépens

40. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

Par les termes «critères définis», figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

### **Com. 15 janv. 2013**

Arrêt n° 47 FS-P+B ; Pourvoi no Y 10-12.734

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2009), qu'après avoir résilié le contrat de concession qui les liait, les sociétés Jaguar Land Rover France et Auto 24 ont conclu un contrat de réparateur agréé du réseau Land Rover, la candidature de la société Auto 24 en qualité de distributeur agréé étant en revanche rejetée ; que la société Land Rover a ultérieurement réitéré son refus d'agrément en indiquant à la société Auto 24 que son "*numerus clausus*" ne prévoyait pas de représentation de véhicules neufs à Périgueux, ville dans laquelle la société Auto 24 exerçait son activité ; que la société Auto 24, reprochant à la société Land Rover un comportement discriminatoire dans le rejet de sa nouvelle candidature, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ; que, par arrêt du 29 mars 2011, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le pourvoi de la société Auto 24 et interrogé à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne ;

Attendu que la société Auto 24 fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le moyen :

1o/ que dans la distribution sélective quantitative, le fournisseur doit appliquer, pour sélectionner les distributeurs, des critères de sélection quantitatifs précis, objectifs, proportionnés au but à atteindre et mis en oeuvre de façon non discriminatoire ; que pour estimer que la société Land Rover avait respecté ces obligations, les juges du fond se sont bornés à constater que cette société avait établi un *numerus clausus* décrivant dans un tableau des contrats et des sites ne prévoyant pas la possibilité d'implantation à Périgueux ; qu'en statuant ainsi sans examiner l'objectivité de ces critères, leur utilité économique, l'amélioration du service rendu à la clientèle et les conditions de leur mise en oeuvre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1 G du Règlement no 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble de l'article 1382 du code civil ;

2o/ que la distribution sélective quantitative est un système de distribution dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci, sans pouvoir limiter le nombre et l'emplacement dans l'espace communautaire de leurs points de vente ; qu'en estimant que la société Land Rover avait pu, sans examen, rejeter la candidature de la société Auto 24, à la faveur de son *numerus clausus* écartant un point de vente à Périgueux, la cour d'appel a violé les articles 1 G et 5.2.b du Règlement no 1400/2002 du 31 juillet 2002, ensemble l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que par arrêt du 14 juin 2012 (affaire C-158/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que par les termes « critères définis », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du Règlement (CE) no 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié et que pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément ; qu'ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 1, sous g) du règlement d'exemption no 1400/2002, le système de distribution sélective quantitative est celui dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci et retenu qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons qui l'ont amené à arrêter le "*numerus clausus*" qui lui sert de critère quantitatif de sélection, fixant un nombre de 72 contrats pour 109 sites parmi lesquels celui de Périgueux ne figure pas, ce dont il résultait un critère précis qui a été vérifié, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; Et attendu, d'autre part, que la société Auto 24 n'ayant pas soutenu devant les juges du fond que le "*numerus clausus*" écartait un point de vente à Périgueux en violation des articles 1er, paragraphe 1, sous g), et 5.2.b du Règlement no 1400/2002, le grief de la seconde branche est nouveau et mélangé de fait et de droit ; D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 mars 2002**

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 12 juillet 2000), que les consorts Trévisan, propriétaires de locaux à usage commercial donnés à bail à la société Climatex, ont renouvelé le contrat de location le 19 août 1979 au profit de la société Confort Service qui, le 16 septembre 1986, a souscrit un contrat de franchise avec la société Conforama ; que le 29 mai 1987, les consorts Trévisan ont notifié à la société Confort service, aux droits de laquelle viennent désormais les époux Basquet, un congé avec refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction ; que les locataires ont assigné leur bailleur pour avoir paiement de l'indemnité d'éviction ;

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de rejeter l'exception tirée de la péremption d'instance, alors, selon le moyen, que la constitution d'avocat par le demandeur à l'instance n'est soumise à aucune forme particulière ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a expressément constaté qu'un avocat, M. Gonelle, avait, après le décès du conseil des époux Basquet, continué d'assister ces derniers au cours des opérations d'expertise, c'est-à-dire qu'il avait eu des relations suivies avec les avocats des parties adverses, avec l'expert, avec le juge de la mise en état, devait en déduire que M. Gonelle s'était substitué à l'avocat décédé aux yeux des autres parties et de la juridiction saisie, ce d'autant plus qu'au décès de son prédécesseur aucun suppléant n'avait été désigné ; qu'en omettant de tirer les conséquences de ses propres constatations, la cour d'appel a violé les articles 751 et 814 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, que l'interruption d'instance, causée par le décès de l'avocat des époux Basquet, n'avait cessé que lorsque l'instance avait été reprise, ce qui ne pouvait être fait que par une constitution d'avocat, ou des conclusions contenant constitution d'avocat, notifiées à l'autre partie et remises au greffe de la juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que seules les conclusions de reprise d'instance notifiées à l'adversaire et déposées au greffe du tribunal au mois de juillet 1996 avaient été de nature à faire courir un nouveau délai de péremption de deux ans, de sorte que le moyen d'irrecevabilité soulevé par les consorts Trévisan ne pouvait prospérer ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les consorts Trévisan font grief à l'arrêt de faire droit à la demande d'indemnité d'éviction des époux Basquet, alors, selon le moyen :

1) Que, pour qu'un locataire franchisé ait un fonds de commerce en propre, il faut qu'il justifie soit qu'il a une clientèle liée à son activité personnelle indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur, soit que l'élément du fonds qu'il apporte, le droit au bail, attire la clientèle de manière telle qu'il prévaut sur la marque ; qu'en se bornant à retenir de manière générale que la société franchisée, aux droits de laquelle viennent aujourd'hui les époux Basquet, disposait sur les éléments constitutifs de son fonds de l'abusus, ce même si l'intuitu personae nécessaire à l'exécution du contrat de franchise avait conduit les parties à stipuler au profit du franchiseur un droit d'agrément ou de péremption en cas de cession de capitaux de nature à modifier le poids des associés sans rechercher ni apprécier en quoi le franchisé avait une clientèle liée à son activité personnelle, indépendamment de son attrait en raison de la marque du franchiseur, ou en quoi l'élément du fonds qu'il avait apporté, le droit au bail, attirait la clientèle de manière telle qu'il prévalait sur la marque, la cour d'appel a violé l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

2) Que si les parties ont la faculté de soumettre leurs rapports au statut des baux commerciaux

même si le bail ne présente pas de caractère, encore faut-il que cette volonté soit clairement exprimée ; qu'en retenant, pour considérer que les époux Basquet pouvaient réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction, que les bailleurs savaient lorsqu'ils ont délivré le congé avec offre de payer une indemnité d'éviction le 29 mai 1987 que la société locataire qui exploitait son fonds à l'enseigne Conforama était liée par un contrat de franchise souscrit au mois de septembre 1986, qu'ils ont, nonobstant ce changement dans la situation de leur locataire, continué de reconnaître à celui-ci le bénéfice du statut du décret du 30 septembre 1953 auquel s'étaient référés tous les actes antérieurs et renouvellement du bail et qu'un accord s'est par conséquent formé entre les parties, sans caractériser de manière précise et détaillée la volonté non équivoque des consorts Trévisan de soumettre le bail litigieux au statut des baux commerciaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er du décret du 30 septembre 1953 ;

Mais attendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux époux Basquet le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef.

Sur le troisième moyen :

Attendu que la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant, sans dénaturation, que les époux Basquet pouvaient prétendre au remboursement des travaux d'agrandissement nécessaires au remplacement des locaux de stockage perdus, chiffrés par l'expert avec l'aide d'un sapiteur à 1.473.000 francs, et au remboursement des frais de déménagement qui se sont élevés à 106.140 francs selon le devis auquel se réfère l'expert.

Par ces motifs : Rejette le pourvoi.

#### **Cass. com., 7 janvier 2004**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (Chambre commerciale, financière et économique, 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.135) que la société Pluri Publi exerce sur le territoire français une activité de prestations de services dans le domaine de la location et de la vente d'immeubles, par le biais d'un réseau de franchise, sous l'enseigne Hestia ; que la société GPPA a adhéré au réseau Hestia selon contrat du 9 octobre 1987 ; qu'un litige a opposé les contractants sur l'exécution des obligations contractuelles;

que la société GPPA a alors sollicité l'annulation du contrat de franchise au regard d'une clause de non-rétablissement qui y figurait ;

Attendu que pour décider que la clause figurant au deuxième alinéa de l'article 17 du contrat de franchise est une clause abusive, pour prononcer son annulation et pour rejeter la demande en

paiement d'indemnité de la société Pluri Publi au titre de cette clause, l'arrêt retient que cette clause interdit au franchisé "d'exploiter une activité similaire ou analogue dans la zone franchisée ou dans tout département où il existe déjà un réseau Hestia", durant un délai de deux années, que l'application de telles dispositions contractuelles ne conduit plus à une simple restriction mais à une véritable interdiction de l'activité puisqu'il est désormais interdit à la société GPPA, agissant pour favoriser les transactions immobilières entre particuliers sans faire office d'intermédiaire, d'employer certaines méthodes (abonnement à des listes périodiques d'offre de location, serveur télématique, etc) alors que de tels procédés sont indispensables à la poursuite d'une telle activité et que leur interdiction ne peut que conduire à la disparition de l'entreprise ;

Attendu, qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à justifier l'annulation de la clause litigieuse, limitée dans le temps et dans l'espace, sans avoir constaté qu'elle n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes de la société Pluripubli au regard de l'objet du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a décidé que la clause figurant au deuxième alinéa de l'article 17 du contrat de franchise est une clause abusive, prononcé son annulation et rejeté la demande en paiement d'indemnité de la société Pluripubli au titre de cette clause, l'arrêt rendu le 15 octobre 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Amiens ;

Condamne la société GPPA aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du sept janvier deux mille quatre.

### **Cass. com., 17 janvier 2006**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt déferé (Caen, 10 décembre 2002), que la société Supercham, aux droits de laquelle se trouve la société Varassedis (société Supercham), a conclu avec la société Prodim un contrat de franchise en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce d'alimentation à l'enseigne Shopi ; qu'aux termes de l'article 8 de ce contrat, le franchisé s'engageait, durant une période de trois ans suivant la fin de l'accord et dans une zone géographique de cinq kilomètres, à ne pas s'affilier à une enseigne de renommée régionale ou nationale ; que l'article 12 stipulait que toutes contestations pouvant donner lieu à interprétation et exécution de l'accord seraient soumises à trois arbitres agissant "comme amiables compositeurs" ; qu'après avoir fait constater que la société Supercham avait déposé l'enseigne Shopi pour prendre l'enseigne Coccinelle exploitée par une société concurrente, la société Prodim a engagé la procédure d'arbitrage ; que, par sentence rendue le 23 septembre 1998, devenue définitive après exequatur, le tribunal arbitral a constaté la résiliation du contrat de franchise aux torts de la société Supercham et a condamné celle-ci au paiement de diverses sommes ; que la société Prodim ayant engagé une seconde procédure arbitrale aux fins d'obtention de dommages-intérêts pour violation de la clause de non-réaffiliation, le tribunal arbitral, par sentence du 25 avril 2001, a condamné la société Supercham à des dommages-intérêts ; que le franchisé a formé un recours en annulation contre cette décision ;

Attendu que la société Supercham fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours en annulation contre la sentence arbitrale et de l'avoir condamnée, en raison de son manquement à la clause de non-réaffiliation, à verser à la société Prodim des dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / que, suivant les dispositions d'ordre public de l'article 3.1 du règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire sur un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise, dans la mesure où elle est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui a rejeté le recours en nullité d'une sentence arbitrale se fondant sur la reconstitution du réseau local du franchiseur pour admettre la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise, a violé l'article 3 du règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

2 / que, suivant les dispositions d'ordre public de l'article 3.1 du règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988, l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise, dans la mesure où elle est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui a rejeté le recours en nullité d'une sentence arbitrale admettant la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise, pour une durée de trois ans, a violé l'article 3 du règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes du créancier ; que la cour d'appel, pour rejeter le recours en nullité d'une sentence arbitrale admettant la validité d'une clause de non-réaffiliation stipulée dans un contrat de franchise pour une durée de trois ans, a retenu qu'il n'était pas démontré que la clause, constituant une restriction d'exercice d'une activité similaire sous une enseigne de renommée nationale ou régionale, limitée dans l'espace et dans le temps, violait une quelconque règle de droit national d'ordre public ; qu'en statuant ainsi, et sans constater que la clause, tendant selon la sentence entreprise à la reconstitution du réseau local du franchiseur, était proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, la cour d'appel a violé la loi des 2-17 mars 1791, ensemble l'article 1484, 6 du nouveau Code de procédure civile ;

4 / que tout jugement doit, à peine de nullité, être motivé ;

que la société Supercham faisait valoir que la renommée d'une enseigne devait être appréciée à la date où elle avait été apposée, et invoquait le défaut de motivation de la sentence arbitrale se bornant à retenir, plus de six ans après l'apposition de l'enseigne, que l'enseigne Coccinelle était "bien connue en France" ; que la cour d'appel, qui n'a pas répondu à ce moyen de nullité, et s'est ainsi abstenue de vérifier si le tribunal arbitral avait motivé sa décision sur les conditions de mise en oeuvre de la clause de non-réaffiliation, n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 458 du nouveau Code de procédure civile ;

5 / que la sentence arbitrale doit, à peine de nullité, être motivée ; que la cour d'appel, qui a refusé d'annuler la sentence qui, pour imputer à la société Supercham l'apposition d'une enseigne de renommée nationale ou régionale avant l'expiration du délai imparti par une clause de non-réaffiliation, s'est borné à retenir que l'enseigne "Coccinelle" était "bien connue en France", sans

s'expliquer sur sa renommée à la date d'apposition de l'enseigne, a violé l'article 1480, 5 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'article 3, paragraphe 1 c) du règlement CE n° 4087/88 de la Commission des communautés européennes concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, devenu l'article 81 du Traité, à des catégories d'accord de franchise permet d'imposer au franchisé l'obligation de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur, dans la mesure où cette obligation est nécessaire pour protéger des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant retenu que la clause de non-réaffiliation n'interdisait pas la poursuite d'une activité commerciale identique et se trouvait limitée dans le temps et dans l'espace, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que la décision arbitrale était motivée, a retenu que cette clause ne violait aucune règle d'ordre public et a rejeté le recours en annulation ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

#### **Cass. com., 9 octobre 2007**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Espace télécommunication équipement (ETE), mise par la suite en redressement puis liquidation judiciaires, a conclu en 1998 et 1999 avec la société Cellcorp, mandataire de la Société française de radiotéléphone (SFR), six contrats de franchise, stipulant notamment la perception par le franchisé d'une rémunération forfaitaire fixe, calculée à partir du nombre d'abonnements souscrits dans le point de vente, d'une rémunération variable calculée à partir du chiffre d'affaires encaissé par la société SFR sur les abonnements souscrits par le distributeur, et de primes et compléments en cas de renouvellement de téléphone mobile sans changement de ligne par un abonné SFR ; que ces conventions, conclues pour une période de deux ans renouvelable par période d'un an, sauf dénonciation moyennant un préavis de trois mois, ont été tacitement renouvelés jusqu'à ce que la société SFR refuse, en 2002 et 2003, de procéder au renouvellement de cinq d'entre eux à leur échéance, et notifie la résiliation sans préavis du sixième, concernant un point de vente situé à Sélestat ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le liquidateur de la société ETE fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les demandes tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors de la rupture des contrats, alors, selon le moyen :

1 / que les contrats doivent s'exécuter de bonne foi ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé elle-même que SFR avait rompu les contrats litigieux en raison du non-respect des quotas par la société ETE ;

qu'en écartant toute rupture abusive de la part de SFR sans rechercher si, comme le soutenait la société ETE, le non-respect des quotas n'était pas imputable au comportement de SFR elle-même, qui avait implanté de nouveaux partenaires à proximité de ses points de vente et l'avait évincée des listes de ses magasins dans ses documents commerciaux et

publicitaires, ce qui caractérisait sa mauvaise foi dans l'exécution des contrats et un abus du droit de rompre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil ;

2 / que la cour d'appel a constaté expressément que les contrats imposaient à ETE une clause de non-concurrence portant sur l'exécution de prestations identiques à celles visées par le contrat, pendant douze mois à compter de sa résiliation ; qu'en retenant que le préavis contractuel de trois mois était suffisant pour permettre à ETE de se reconvertir, compte tenu notamment de l'existence d'une clientèle attachée à d'autres marques, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le maintien de cette clause de non concurrence n'était pas de nature à empêcher la société ETE d'exercer, après la rupture, la même activité avec d'autres marques, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1147 du code civil et L. 442-6-I-5 du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que pour écarter l'imputation de mauvaise foi du franchiseur, la cour d'appel a constaté, se livrant ainsi à la recherche prétendument omise, que la société SFR n'avait pas l'obligation de garantir une exclusivité à la société ETE ;

Et attendu, d'autre part, qu'en retenant qu'une partie de la clientèle de la société ETE était attachée à d'autres marques, la cour d'appel a exclu que la stipulation incriminée interdise au franchisé de continuer son activité avec d'autres opérateurs après la rupture des relations ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses deux branches ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 330-3 du code de commerce ;

Attendu que pour rejeter les demandes du liquidateur de la société ETE tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors du renouvellement et de l'exécution des contrats renouvelés, l'arrêt retient que l'obligation d'information résultant du texte susvisé n'est susceptible d'entraîner la nullité du contrat qu'autant qu'elle a vicié le consentement du franchisé, et que tel ne peut être le cas, la société ETE étant en charge de plusieurs magasins pour lesquels les contrats ont été renouvelés, ce qui suffit à démontrer qu'elle était parfaitement informée ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information à l'occasion du renouvellement, fût-il tacite, des accords de franchisage, et sans constater que le dommage dont le franchisé, qui ne poursuivait pas l'annulation de ces contrats, réclamait réparation à raison de ce manquement n'était dû qu'à sa propre faute, la cour d'appel, qui s'est prononcée par motifs inopérants pris de l'absence de vice du consentement, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur ce moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt retient encore que la société SFR n'avait pas l'obligation de garantir une exclusivité territoriale à la société ETE, et qu'elle fait valoir, sans être démentie, que cette dernière a elle-même procédé à des ouvertures de boutiques à

proximité de commerces identiques préexistants ;

Attendu qu'en s'abstenant de répondre aux conclusions de la société ETE soutenant que la société SFR avait manqué à son obligation contractuelle de tenir le franchisé informé de tous les événements relatifs à la distribution, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 1371 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société ETE en indemnité pour perte de clientèle, l'arrêt retient qu'il résulte de la formulation même de cette demande qu'une partie de la clientèle est attachée à la société SFR, et l'autre à l'exploitant, que ce n'est que pour cette seconde part que la société ETE pourrait formuler des prétentions, mais qu'elle n'apporte sur ce point aucun élément qui puisse être mis en relation directe et nécessaire avec le fait de SFR ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes d'indemnisation formulées par la société Espace télécommunication équipement sur le fondement du manquement de la société Française de radiotéléphone à ses obligations d'information, et sur la perte de clientèle à raison de la dénonciation des contrats "partenaires", l'arrêt rendu le 26 janvier 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chaque partie la charge de ses dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf octobre deux mille sept.

## CA Paris, 23 septembre 2009

LA COUR,

Vu le jugement du 22 juin 2006 du Tribunal de commerce de Paris qui a prononcé à compter du jugement, la résolution du contrat de franchise conclu le 19 janvier 2004 entre la SAS ATAC, franchiseur, et la SA CEFAB, franchisé, aux torts exclusifs de CEFAB, a débouté cette dernière des ses demandes, notamment de dommages intérêts et d'expertise, a dit nulle la clause de non concurrence post contractuelle figurant dans l'article 13-1 du contrat de franchise, débouté en conséquence ATAC de toutes ses demandes, a condamné solidairement la société CEFAB, ses associés et cautions M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. à payer à la société ATAC les sommes de 446 687,44 € au titre des factures, 455 676 € TTC en remboursement du budget d'ouverture, 150 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et a ordonné l'exécution provisoire à l'exclusion de la condamnation concernant la clause pénale ;

Vu l'appel de la SA CEFAB, M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. et leurs conclusions du 22 juin 2009 par lesquelles ils demandent notamment à la Cour d'infirmier le jugement ; dire que le contrat de franchise du 19 janvier 2004 a été résilié à bon droit par CEFAB aux torts et griefs exclusifs d'ATAC à effet du 21 novembre 2005 ; condamner cette dernière à lui payer les sommes de 1 459 510 € au titre des pertes subies, subsidiairement 1 072 565 € ; 2 203 046 € , subsidiairement d'autres sommes au titre du manque à gagner ; 1 148 902 € , subsidiairement 1 148 902 € ,subsidiairement 1 005 454 € au titre de la rupture du contrat, 1 928 647 € , subsidiairement 958 362 € pour la perte de valeur de fonds de commerce ; la condamner également à lui payer le solde du budget de mise à l'enseigne, 380 000 € , avec intérêts au taux légal à compter du 4 mai 2004 ; à supporter à titre de dommages intérêts la totalité des créances marchandises qu'elle revendique ; à rembourser la somme de 187 510,89 € payée en exécution de l'ordonnance de référé du 21 novembre 2005 avec intérêts au taux légal à compter de cette date ; la condamner également à payer à M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. 100 000 € chacun pour préjudice moral ; ordonner la capitalisation des intérêts à compter de l'assignation du 25 octobre 2005 ; débouter ATAC de toutes ses demandes ; désigner un expert pour faire les comptes entre les parties ; dire non applicable, subsidiairement nulle, la clause de non concurrence de l'article 13-1 du contrat de franchise, ordonner la compensation des créances réciproques ; très subsidiairement enjoindre ATAC de communiquer diverses pièces, réclamant 30 000 € pour CEFAB, 10 000 € pour M. Jacques L. et Mme Marie Claude L. au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;

Vu les conclusions du 9 juin 2009 de la SAS ATAC qui demande à la Cour de confirmer le jugement sauf en ce qu'il a réduit le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale et dit nulle la clause de non concurrence prévue à l'article 13-1 du contrat et sur le point de départ des intérêts sur la somme de 446 797,44 € ; assortir cette dernière avec intérêts au taux légal à compter du 17 octobre 2005, subsidiairement de la dernière mise en demeure du 28 novembre 2005, condamner CEFAB à lui payer 455 676 € au titre du remboursement de la participation d'ouverture, 915 200 € au titre de la clause pénale, 150 000 € pour violation de l'obligation de non concurrence prévue à l'article 13-1 du contrat ; condamner solidairement les appelants à lui payer 15 000 € supplémentaires au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ; faire interdiction à CEFAB de contrevenir à l'obligation de non concurrence de l'article 13-1 du contrat sous astreinte de 10 000 € par infraction constatée;

Considérant que le Tribunal a exposé les faits et rappelé notamment diverses dispositions du contrat, la Cour se référant à son exposé ;

Considérant qu'il convient en tout premier lieu de faire remarquer aux appelants que la capitalisation des intérêts ne peut avoir lieu que si les intérêts sont dus depuis plus d'un an et qu'en aucun cas la capitalisation des intérêts ne pourrait être ordonnée à compter de l'assignation ; qu'il convient également de faire observer à l'intimée que la société CEFAB ayant cédé son fonds de commerce et cessé toute activité commerciale, la demande d'interdiction sous astreinte de contrevenir à l'obligation de non concurrence est dépourvue d'objet ;

Considérant sur la validité de la clause de non concurrence et son application que l'article 13-1 du contrat de franchise stipule l'interdiction pour le franchisé pendant une période d'un an à compter de l'expiration de son contrat de représenter, de s'affilier, d'adhérer, de participer directement ou indirectement et d'une manière générale de se lier à toute société, association, groupement ou organisation d'achats ou de vente d'articles concurrents, ce dans toute la zone qui lui avait été contractuellement réservée ; qu'ATAC qualifie cette stipulation de clause de non réaffiliation ; mais que par son étendue et la généralité de ses termes, elle interdit en fait tout exercice par l'ex-franchisé d'un commerce analogue à celui qu'il exerçait en qualité de franchisé pendant un an dans toute la zone concernée dans des conditions économiquement acceptables ; que la société CEFAB fait justement valoir que pour une grande surface alimentaire une enseigne renommée est nécessaire pour identifier le fond et sécuriser la clientèle, ainsi que l'affiliation à une centrale d'achat permettant de revendre à des prix concurrentiels ; que le contrat qualifie d'ailleurs, dans ses articles 13-2 et 13-3, de manière réaliste, l'obligation considérée d'obligation de non concurrence ; que c'est bien cette qualification qu'il doit être retenue, comme la société ATAC l'a fait elle-même dans le dispositif de ses conclusions ;

Considérant qu'en égard notamment à la généralité du commerce de grande surface principalement alimentaire concerné, et à la nature du savoir faire transféré, nécessairement lié à celle du commerce exploité, et donc en l'espèce de faibles technicité, spécificité, et originalité, il n'est aucunement établi que l'obligation de l'article 13-1 du contrat soit indispensable à la protection du savoir faire transféré ; que la clause est gravement déséquilibrée ; qu'elle n'assure pas la sauvegarde des intérêts légitimes du franchiseur mais a pour effet de porter une atteinte illégitime à la liberté du franchisé d'exercer son commerce dans des conditions normales autrement que dans le cadre du contrat de franchise avec ATAC ; que la protection du savoir faire et des intérêts légitimes du franchiseur est d'autant moins concernée par la clause qu'elle ne s'applique pas lorsque le contrat vient normalement à son terme mais seulement s'il prend fin par anticipation en raison de fautes du franchisé ; que l'obligation de non concurrence, figurant au même article 13-1 que la clause pénale et juste après celle-ci en est le prolongement et correspond elle-même à la définition de l'article 1226 du code civil ; que cette utilisation d'une obligation de non concurrence à titre de pénalité est étrangère à la protection des intérêts concurrentiels du franchiseur ; que c'est à juste titre que le Tribunal a annulé la clause litigieuse et débouté ATAC de toutes ses demandes de ce chef ;

Considérant qu'il y a lieu de remarquer au surplus et surabondamment que la société ATAC n'établit aucun préjudice résultant du défaut de respect de ladite prétendue obligation de non concurrence ;

Considérant sur les conditions de fonctionnement du contrat de franchise que la société CEFAB reproche à la société ATAC divers manquements ; qu'ATAC reconnaît des dysfonctionnements dus à des problèmes touchant les systèmes informatiques mais fait valoir, ce qui est constant, qu'elle a versé des indemnités en compensation des désordres temporaires, de l'ordre de 40 000 €, que CEFAB a encaissées ; qu'il n'est pas démontré que ces dysfonctionnements aient été d'une nature, ou aient entraîné des conséquences, telles qu'elles puissent justifier la résiliation du contrat aux

torts d'ATAC ni l'octroi d'indemnités supplémentaires ; que ces difficultés sont d'ordre technique ; que CEFAB fait des citations de presse et de ses propres courriers mais que ses reproches demeurent imprécis ; qu'elle ne démontre aucunement ses affirmations qu'elle accumule dans des conclusions sur plusieurs dizaines de pages, et notamment pas que des manquements d'ATAC lui auraient fait perdre 1 278 495 € HT de chiffre d'affaires sur 18 mois ; qu'aucune conséquence ne peut être tirée des prétendues défaillances dans la mise en oeuvre des opérations promotionnelles dont ni la réalité ni les conséquences ne peuvent être constatées par la Cour ; qu'il en est de même en ce qui concerne les prétendus manquements aux engagements en matière d'approvisionnement ; que de manière tout aussi imprécise ATAC critique le comportement du dirigeant de CEFAB, M. L., déclarant, en citant aussi ses propres courriers, que CEFAB n'a pas mis en oeuvre les moyens utiles à sa réussite commerciale et s'est refusée à mettre en oeuvre les concept ATAC M. L. étant convaincu qu'il maîtrisait mieux son métier que le franchiseur' ; qu'il résulte de ces différents éléments que les relations entre les parties ont toujours été marquées par la méfiance et l'agressivité, ce qui ne pouvait qu'aboutir à la rupture des relations, sans que la Cour puisse en tirer de conséquences quant aux torts de l'une ou l'autre partie dans cette rupture ;

Considérant sur les reproches plus précis concernant la passerelle AUCHAN et la violation alléguée de la clause d'exclusivité que le Tribunal a parfaitement répondu à l'argumentation de la société CEFAB par des motifs que la Cour adopte ; que la Cour souligne en ce qui concerne l'exclusivité que quelles que soient les circonstances ayant précédé l'ouverture du magasin de SARREGUEMINES, CEFAB n'a subi aucun préjudice du fait de cette ouverture qui n'a pas eu lieu au cours de l'exécution du contrat ;

Considérant sur le budget de mise à l enseigne que CEFAB déclare qu'ATAC aurait dû lui verser 760 000 € ; qu'elle ne lui a versé que 380 000 € , soit la moitié, avec plusieurs mois de retard et jamais le solde ; qu'elle conteste que le versement de la somme ait été lié à la fourniture d'une caution bancaire ;

Mais considérant que le contrat de franchise stipule en son article 1.7.1 que les subventions de mise à l'enseigne...seront versées...1/3 en fin de premier mois d'exploitation, ceci sous la condition suspensive de la régularisation de la caution bancaire prévue à l'article 6 des conditions générales' ; que l'article 6 des conditions générales intitulé garanties , est quelque peu obscur quant à l'assiette servant au calcul de la caution bancaire mais renvoie à l'article 6 des conditions particulières qui stipule clairement, en se référant lui même à l'article 6 des conditions générales que la caution bancaire régularisée par le franchisé et dont un acte est communiqué en original au franchiseur porte sur un montant de 760 000 € ; qu'il résulte de la combinaison de ces stipulations que la volonté des parties était de subordonner le versement de la somme de 760 000 € à la fourniture de la caution bancaire ; qu'il est constant que celle ci n'a jamais été fournie ; que s'y sont substitués, après négociation, le nantissement du fonds de commerce et la caution personnelle de M. et Mme L. ; que le retard dans le versement de 380 000 € HT n'est dès lors pas imputable à faute à ATAC ;

Considérant que les cautionnements de M. L. et Mme L. très clairs dans leurs rédactions et comprenant les mentions manuscrites obligatoires sont tout à fait valables ; que rien ne laisse supposer ni même ne rend vraisemblable que M. et Mme L., le premier étant un homme d'affaires avisé, ait méconnu la portée de leur engagement ;

Mais considérant que le montant en était de 760 000 € ; qu'ATAC a accepté que ce double engagement, complété par le nantissement du fonds de commerce, se substitue à la caution

bancaire ; qu'elle a admis que ce triple engagement y était équivalent ; que dès lors elle n'avait aucun droit de limiter à la moitié des 760 000 € HT expressément garantis les versements au titre du budget de mise à l'enseigne ; qu'ATAC doit paiement de cette somme ; qu'en tous cas, cette faute a entraîné nécessairement pour la société CEFAB des difficultés économiques, une perte de chance de mieux rentabiliser son entreprise et de payer ses dettes à ATAC, préjudice que la Cour évalue au montant des sommes indûment retenues incluant taxes et intérêts ; qu'il s'ensuit qu'après compensation entre sommes dues par ATAC à CEFAB à ce titre et l'obligation par CEFAB de rembourser, en application de l'article 13-1 du contrat les participations de mise à l'enseigne, la Cour infirmera le jugement en ce qu'il a prononcé une condamnation à l'encontre de CEFAB et de ses cautions à titre de remboursement de la moitié du budget d'ouverture ;

Considérant sur les fautes de la société CEFAB que le paiement des factures est une obligation essentielle du contrat ; que quelles qu'aient été les manquements, réels ou supposés, d'ATAC, CEFAB ne pouvait s'abstenir de payer les factures ; qu'ATAC fait valoir que les impayés se sont accumulés au cours des derniers mois d'exécution des contrats ; que les factures, produites au débat ne sont pas contestées de manière précise, circonstanciée et chiffrée et donc sérieuse ; que la Cour confirmera la condamnation au titre des factures, le principal étant toutefois assorti des intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 28 novembre 2005 en ce qui concerne la société CEFAB du 23 décembre 2005 en ce qui concerne les cautions ; qu'il n'y a aucune raison d'ordonner le remboursement de la somme payée en exécution de l'ordonnance de référé du 21 novembre 2005 ;

Considérant sur la clause pénale que le Tribunal a justement constaté son caractère excessif ; que la somme réclamée par ATAC est sans commune mesure avec son préjudice ; qu'au surplus, elle a participé à celui ci en rendant l'exploitation du fonds de commerce de CEFAB plus difficile en s'abstenant de manière fautive de verser 380 000 € HT dus à CEFAB au titre du budget d'ouverture ; qu'il convient de réduire à 10 000 € le montant de l'indemnité due au titre de la clause pénale ;

Considérant que la Cour se réfère pour le surplus, aux motifs non contraires du Tribunal, excluant toutefois expressément le motif hypothétique et dubitatif selon lequel il n'est pas interdit de penser que la genèse (des accusations de CEFAB) réside dans le refus opposé par ATAC à M. L. d'acheter son fonds de commerce'.

Considérant sur les frais irrépétibles et les dépens que chaque partie triomphant et succombant partiellement devant la Cour, il est équitable de laisser à chacune d'elles la charge des frais irrépétibles et dépens d'appel qu'elles ont engagés ;

#### PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement entrepris, sauf en ce qu'il a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société CEFAB, en ce qu'il a prononcé une condamnation au titre du remboursement du budget d'ouverture, sur le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale et le point de départ des intérêts dont est assorti le principal de la condamnation au titre des factures.

Dit que ces intérêts courent à compter du 28 novembre 2005 pour la société CEFAB, de l'assignation du 23 décembre 2005 pour les cautions.

Dit que la résiliation est aux torts réciproques des parties.

Réduit à 10 000 € le montant de l'indemnité au titre de la clause pénale.

Débouté les parties de leurs autres demandes.

Laisse à chacune d'elles la charge des dépens d'appel qu'elles ont engagés.

## Cass. Com., 28 sept. 2010

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 23 octobre 2007, pourvois n° 06-10.180 et 06-10.179), que, le 8 mars 1994, la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux X... (les franchisés) un contrat de franchise d'une durée de sept ans, pour l'exploitation d'un fonds de commerce sous l'enseigne "Shopi" ; que ce contrat comportait une clause compromissoire, ainsi qu'une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin ; qu'avant l'arrivée du terme, les franchisés ont procédé à la rupture unilatérale du contrat ; que, par une sentence du 17 juillet 2002, le tribunal arbitral a déclaré cette rupture abusive et condamné les franchisés à payer diverses sommes au franchiseur ; que, par un arrêt irrévocable du 26 février 2004, la cour d'appel a partiellement annulé cette sentence, ordonné la réouverture des débats sur les points annulés, invité les parties à conclure sur ces points, renvoyé l'affaire à la mise en état et ordonné pour le surplus l'exequatur de cette décision ; que, par un arrêt du 19 mai 2005, la cour d'appel a annulé l'ordonnance de clôture du conseiller de la mise en état en date du 24 janvier 2005 et rouvert les débats sur les points annulés ; que cet arrêt a été cassé ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le franchiseur fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'ensemble de ses demandes, alors, selon le moyen, que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune des prétentions est fondée ; que les parties doivent reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment invoqués ou présentés dans leurs conclusions antérieures ; qu'à défaut, elles sont réputées les avoir abandonnées et la cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées ; qu'à défaut de conclusions de la part d'une partie, la cour n'est pas saisie d'un moyen de sa part, sans que cette situation, due au seul fait de la partie négligente, puisse être regardée comme un manquement à un procès équitable ; qu'en l'espèce, l'arrêt du 19 mai 2005 (le deuxième arrêt) a partiellement annulé la sentence arbitrale rendue le 10 juin 2002 entre les parties et, sur trois points annulés, a rouvert les débats et invité les parties à conclure ; que les franchisés n'ont pas conclu avant l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005 ; que la cour n'était donc saisie d'aucune conclusion de leur part de ce chef ; qu'en décidant pourtant de se prononcer au regard des conclusions déposées par les franchisés le 23 novembre 2003, c'est-à-dire avant la réouverture des débats, et avant même que l'arrêt infirmatif du 19 mai 2005 fût seulement rendu, la cour a violé l'article 954 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'absence de conclusions d'une partie en réponse à l'invitation du juge à s'expliquer sur certains points étant sans incidence sur la portée de celles régulièrement déposées avant la réouverture des débats, dont celui-ci demeure saisi, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir constaté l'irrecevabilité des conclusions qui avaient été déposées par les franchisés postérieurement à l'ordonnance de clôture du 24 janvier 2005, laquelle avait repris ses effets en raison de la cassation de l'arrêt du 19 mai 2005, a décidé de statuer au vu de leurs dernières conclusions déposées avant la réouverture des débats ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ;

Attendu que, pour rejeter la demande du franchiseur concernant la violation par les franchisés de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt retient que cette clause, figurant à l'article 6, alinéa 6, du contrat de franchise, doit s'analyser comme une clause de non-concurrence, en ce qu'elle restreint la possibilité de l'ancien franchisé de poursuivre son activité dans les mêmes conditions avec une enseigne concurrente ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de la société Prodim en indemnisation de son préjudice résultant de la violation de la clause de non-réaffiliation, l'arrêt rendu le 15 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

Condamne les époux X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit septembre deux mille dix.

**N° de pourvoi: 11-25175**, Publié au bulletin

Sur le troisième moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 22 septembre 2011), que la société LNP a confié la distribution de ses produits à la société Comaip, devenue par la suite la société Arnaud ; que le 1er mars 2006, la société GE plastics, venant aux droits de la société LNP, a notifié à la société Arnaud la fin de leur relation commerciale avec un préavis de neuf mois, confiant ensuite la distribution de ses produits à la société Gazechim plastiques ; qu'estimant ce préavis insuffisant et invoquant un enrichissement sans cause pour avoir été dépossédée de sa clientèle, la société Arnaud a assigné la société Sabic innovative plastics France, venant aux droits de la société GE plastics, ainsi que la société Gazechim plastiques, en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Azelis France, venant aux droits de la société Arnaud, fait grief à l'arrêt du rejet de ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que dans ses conclusions d'appel, la société Azelis France a expressément et précisément fait valoir qu'elle avait irrémédiablement perdu, entre 2005 et 2008, 204 clients sur 252 auxquels elle distribuait des produits spéciaux Sabic, et que ces clients avaient été automatiquement récupérés par les sociétés GE plastics, devenue Sabic innovative plastics France, et Gazechim plastiques ; qu'en affirmant au contraire que la société Azelis France ne décrivait aucun mouvement de clients pour attester de la perte de son fonds de commerce, la cour d'appel a dénaturé les conclusions dont elle était saisie en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que tout distributeur qui se voit irrémédiablement dépossédé de tout ou partie de sa clientèle au profit de son fournisseur à la suite de la rupture de son contrat de distribution doit être indemnisé de la perte de son fonds de commerce sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en affirmant que la société Sabic innovative plastics France ne s'était pas appropriée la clientèle de la société Azelis France tout en constatant qu'elle avait informé les clients de la société Azelis France de ce que la distribution de ses produits était désormais confiée à la société Gazechim plastiques ou encore que l'intervention du fabricant était nécessaire à tous les stades du processus de vente des "compounds" spéciaux, ce qui démontrait que la clientèle de ce secteur n'était pas attachée à la personne du distributeur mais au savoir-faire du fabricant, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1371 du code civil, ensemble les principes qui régissent l'enrichissement sans cause ;

Mais attendu que les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties ; que le moyen, qui soutient une thèse contraire, ne peut être accueilli ;

Et attendu que les premier, deuxième, quatrième et cinquième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Cass. com., 4 juillet 2006**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 5 mai 2003), que le mouvement Leclerc réunit sous une même enseigne des exploitants indépendants de moyennes et grandes surfaces et leur permet de bénéficier des avantages d'une centrale d'achat commune ; que l'appartenance à ce mouvement se traduit par l'adhésion obligatoire du dirigeant de la société exploitant un centre distributeur à l'association des centres distributeurs Edouard Leclerc (ACDLEC) auquel l'agrément de cette association donne le droit d'utiliser le panonceau Leclerc, l'adhésion de la société exploitant le centre distributeur au Groupement d'achat des centres distributeurs Leclec (GALEC), société coopérative qui constitue une centrale de référencement nationale et son adhésion à une société coopérative d'approvisionnement qui exerce une activité de centrale régionale d'achat et d'approvisionnement regroupant les centres distributeurs d'une même région, soit en région Est la Société coopérative d'approvisionnement Paris-Est (SCAPEST) ; que M. X..., adhérent de l'ACDLEC était dirigeant de la société Pontadis exploitant un centredistributeur Leclerc ; qu'il était en outre, dans le cadre du "parrainage" au sein du mouvement Leclerc administrateur des sociétés Tomblaine distribution (Tomblaine) et Sonedis dont le président, M. Y... était membre du conseil d'administration de la société Pontadis ; qu'après le retrait de M. Y... et des sociétés Tomblaine et Sonedis du mouvement Leclerc et le passage de ces sociétés sous une enseigne concurrente, la SCAPEST a subordonné ses livraisons à la société Pontadis au règlement par celle-ci de l'encours et à paiement comptant et a interrompu l'accès informatique permettant notamment à la société Pontadis de connaître les accords de prix avec les fournisseurs, puis, après avoir demandé en vain à la société Pontadis d'exclure M. Y... de son conseil d'administration, a engagé à l'encontre de cette société une procédure d'exclusion ; que le 30 mars 1995, le conseil d'administration de la SCAPEST a exclu la société Pontadis ; que M. X... a été radié de l'ACDLEC le 3 mai 1995 ce qui a entraîné l'exclusion de la société Pontadis du GALEC le 26 juin 1995 ; que la société Pontadis a saisi le tribunal de commerce de demandes de dommages-intérêts ; qu'infirmant partiellement le jugement, la cour d'appel a débouté la société Pontadis de ses demandes fondées tant sur les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, que sur celles des articles 1134 et 1147 du code civil ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Pontadis fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le GALEC et la SCAPEST n'avaient pas commis de manquement significatif à leurs obligations contractuelles envers elle, de l'avoir en conséquence déboutée de ses demandes fondées sur les articles 1134 et 1147 du code civil et de l'avoir condamnée à payer au GALEC et à la SCAPEST les sommes de 158 898,59 euros et 980 003,26 euros à titre de pénalités statutaires ensuite de son exclusion, alors, selon le moyen :

1 / que la société coopérative qui envisage d'infliger des sanctions de nature disciplinaire contre un associé coopérateur est tenue de lui notifier ses griefs avant toute sanction afin de lui permettre de préparer utilement sa défense ; que viole l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel qui, après avoir constaté que la SCAPEST et le GALEC avaient infligé dès le 31 janvier 1995, sans fournir la moindre explication, des sanctions disciplinaires à la société Pontadis, consistant dans la subordination de toute nouvelle livraison au règlement comptant des marchandises et dans la coupure de l'accès informatique lui permettant de prendre connaissance

des accords tarifaires avec les fournisseurs, justifie néanmoins la régularité de ces sanctions par le motif que la société Pontadis ne pouvait ignorer, au moment où elles lui étaient infligées, les raisons qui les justifiaient ;

2 / que l'associé coopérateur sur lequel pèse la menace d'une exclusion définitive de la coopérative est a fortiori en droit de connaître avec exactitude les faits qui lui reprochés, pour pouvoir utilement préparer sa défense dans le cadre d'un débat contradictoire ;

qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué retient que la SCAPEST a engagé une procédure d'exclusion de la société Pontadis en lui adressant dès le 10 février 1995 une première convocation dont il n'est pas contesté qu'elle n'exposait aucun grief de nature à fonder l'exclusion envisagée ; que l'arrêt constate encore qu'une seconde convocation a été délivrée à la société Pontadis par courriers des 20 et 24 mars 1995, qui n'exposait que l'un des griefs du mouvement Leclerc contre le représentant de cette société, mais renvoyait pour le surplus aux griefs évoqués lors du précédent conseil d'administration ; qu'en estimant que l'exclusion de la société Pontadis intervenue dans ces conditions respectait suffisamment les droits de la défense, la cour d'appel a derechef violé les textes susvisés ;

3 / qu'il résulte des statuts de la SCAPEST et du GALEC que l'application des pénalités statutaires pour le cas de retrait ou d'exclusion d'un associé coopérateur ne revêt pas un caractère de plein droit, mais relève au contraire du pouvoir d'appréciation du conseil d'administration ; qu'il appartenait, dès lors, à ces deux sociétés coopératives de rapporter la preuve que le prononcé de ces sanctions pécuniaires avait été précédé d'un débat contradictoire et que la société Pontadis avait bien été invitée, par une convocation dûment motivée, à faire valoir ses moyens de défense sur l'opportunité de leur application et sur leur proportionnalité au préjudice subi par le GALEC et la SCAPEST ;

qu'en validant ces sanctions sans s'assurer qu'une telle procédure contradictoire avait été respectée, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que, selon les constatations de l'arrêt, l'obligation de paiement comptant imposée à la société Pontadis et la coupure de son accès informatique aux accords tarifaires avec les fournisseurs sont intervenues, avant l'engagement d'une procédure disciplinaire, en raison des méconnaissances par cette société de son obligation de loyauté envers le mouvement coopératif et de la prohibition statutaire de toute participation directe ou indirecte d'un adhérent à des sociétés ou organismes, projets, programmes ou opérations concurrents de l'ACDLEC et des sociétés coopératives du mouvement Leclerc, ces faits laissant craindre le départ de la société Pontadis et permettant à M. Y..., membre du conseil d'administration de cette société, mais également dirigeant de sociétés s'approvisionnant auprès d'un groupe concurrent, de connaître les accords conclus entre le GALEC et ses fournisseurs ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ;

Attendu, d'autre part, qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que la SCAPEST a convoqué la société Pontadis par lettres recommandées des 23 et 24 mars 1995, en vue de son exclusion, non sans en préciser les motifs, mais en renvoyant aux griefs évoqués lors du conseil d'administration du 23 février précédent, devant lequel M. X..., président de la société Pontadis avait refusé de s'expliquer sur le soutien qu'il apportait à M. Y..., et en invoquant un nouveau grief tiré de la nomination de M. X... en qualité d'administrateur d'une société passée sous une enseigne concurrente ;

Attendu, enfin, que la société Pontadis n'ayant pas soutenu devant la cour d'appel ne pas avoir été invitée à s'expliquer sur l'application des pénalités prévues par les statuts des coopératives, le moyen est nouveau et mélangé de fait ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa troisième branche, manque en fait en sa deuxième branche et n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Pontadis fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le GALEC et la SCAPEST n'avaient pas commis d'abus de dépendance économique envers elle, ni de manquement significatif à leurs obligations contractuelles envers elle, de l'avoir en conséquence déboutée de ses demandes fondées sur les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et les articles 1134 et 1147 du code civil et de l'avoir condamné à payer au GALEC et à la SCAPEST les sommes de 158 898,59 euros et 980 003,26 euros à titre de pénalités statutaires ensuite de son exclusion, alors, selon le moyen :

1 / qu'une société coopérative ne peut sanctionner disciplinairement l'un de ses adhérents pour ne pas avoir adopté un comportement que ni la loi ni ses statuts ne lui donnent le pouvoir de lui imposer ; qu'en jugeant que les mesures de représailles commerciales imposées à la société Pontadis étaient justifiées par la gravité des faits commis par son dirigeant, sans préciser quelle clause exorbitante du droit commun renfermée dans les statuts des sociétés SCAPEST et GALEC aurait autorisé celles-ci à s'immiscer dans les règles de compositions du conseil d'administration de leurs adhérentes et à prendre, le cas échéant, toute mesure coercitive à leur encontre pour les contraindre à en évincer sans délai les personnes physiques jugées indésirables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 7 de la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, ensemble les articles 1134 et 1147 du code civil ;

2 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que la règle dite du "parrainage", de même que l'obligation faite à tout dirigeant d'un centre distributeur Leclerc d'être minoritaire au sein de son propre conseil d'administration, résultent de normes, au demeurant non écrites, imposées par l'Association des centres distributeurs Edouard Leclerc (ACDLEC) à ses membres, personnes physiques, en contrepartie de la conclusion d'un contrat d'attribution du panonceau Leclerc, leur donnant droit de l'utiliser par l'intermédiaire des sociétés commerciales qu'ils dirigent ; qu'il s'ensuit que, n'étant pas partie à ces accords, les sociétés coopératives SCAPEST et GALEC ne pouvaient, sans commettre un détournement de pouvoir, prendre prétexte de leur violation pour infliger des sanctions disciplinaires à l'une de leurs sociétés adhérentes (Pontadis), à qui ces accords n'étaient pas davantage opposables, au motif que son dirigeant ne les aurait pas respectées ; qu'en jugeant de telles sanctions justifiées, la cour d'appel a violé les articles 1 et 7 de la loi du 10 juillet 1947 portant statut de la coopération, ensemble l'article 1134 du code civil ;

3 / qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé de surcroît l'article 1165 du code civil ;

4 / en toute hypothèse, que l'assemblée des actionnaires d'une société commerciale ne saurait licitement renoncer par avance à désigner, en toute indépendance, les administrateurs de son choix ; que, par suite, est illicite et doit être réputée non écrite la règle imposée par le mouvement Leclerc, qui, sous peine d'exclusion, exige de chaque adhérent qu'il reste minoritaire au sein du conseil d'administration de sa société commerciale et qu'il souffre la présence d'administrateurs désignés par le mouvement Leclerc pendant toute la durée de son engagement de fidélité (25

ans) ; qu'en jugeant que les mesures disciplinaires infligées à la société Pontadis et son exclusion subséquente étaient suffisamment justifiées par l'entorse que M. X... avait faite à ces règles, la cour d'appel a violé l'article 1844, alinéa 1, du code civil, ensemble les articles L. 225-18 et L. 225-35 du code de commerce ;

5 / qu'au surplus, nul ne peut être sanctionné disciplinairement pour ne pas s'être conformé à une discipline de vote, lequel est l'expression d'une liberté ; qu'en estimant que M. X... avait commis une faute disciplinaire à l'égard du mouvement Leclerc, justifiant les sanctions prises à son encontre, en ne se maintenant pas dans les conseils d'administration des sociétés Tomblaine et Sonedis aux fins de mettre leur président en minorité, la cour d'appel a violé l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ensemble l'article 1 du premier Protocole additionnel à la CEDH ;

6 / qu'en toute hypothèse, la prohibition de l'article L. 420-2 du code de commerce des abus de dépendance économique a lieu de jouer dans les rapports entre une entreprise du secteur de la grande distribution et la société coopérative qui lui fournit l'essentiel de ses marchandises, peu important qu'à ces rapports se superpose une relation entre associé coopérateur et société coopérative ; qu'en jugeant qu'en dépit de l'état de dépendance économique certain de la société Pontadis à l'égard de la SCAPEST, les dispositions du texte susvisé ne pouvaient être invoquées par la première en raison de son statut d'associé coopérateur de la seconde, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce en y ajoutant une restriction qui n'y figure pas ;

7 / que caractérise un état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, 2 du code de commerce, la prétention d'une société coopérative de jouer de l'état de dépendance économique dans laquelle elle tient les coopérateurs pour asseoir sa domination politique sur les organes de direction de chacun d'entre-eux ; que la cour d'appel qui, après avoir constaté que l'état de dépendance économique de la société Pontadis envers la SCAPEST et le GALEC était indéniable, a néanmoins jugé que celles-ci ne s'étaient rendues coupables d'aucun abus de dépendance économique en infligeant des sanctions à la société Pontadis pour forcer l'éviction d'administrateurs jugés indésirables et leur remplacement par des administrateurs de son choix, a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'en retenant que les engagements contractuels de la société Pontadis devaient la conduire à ne pas admettre le maintien au sein de son conseil d'administration du dirigeant de sociétés passées sous une enseigne concurrente et lui imposaient une obligation de loyauté et de fidélité envers le mouvement Leclerc, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas contesté qu'il appartient aux sociétés coopératives de vérifier et de faire respecter l'appartenance de leurs associés à ce mouvement, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, que, pour dire qu'aucune violation des articles 1134 et 1147 du code civil ne peut être reprochée aux sociétés GALEC et SCAPEST et justifier l'exclusion de la société Pontadis, l'arrêt, qui a relevé que l'éviction de M. Y... du conseil d'administration de la société Pontadis et le respect par cette dernière de son obligation de fidélité et de loyauté envers le mouvement Leclerc constituent des objectifs licites dans le cadre des engagements contractuels de la société Pontadis, retient d'un côté que cette société n'a pas, en dépit des engagements de son président, évincé un administrateur, M. Y..., qui s'était retiré de l'ACDLEC et dirigeait les sociétés Tomblaine et Sonedis qui avaient quitté les coopératives du mouvement Leclerc pour s'approvisionner auprès d'un autre groupe, permettant ainsi à un concurrent d'avoir connaissance de secrets commerciaux du mouvement Leclerc, de l'autre que le soutien public manifesté par M. X... à cet administrateur permettait aux coopératives de redouter que la société Pontadis ne soit

en train de négocier son passage à la concurrence, enfin que M. X... a accepté d'être nommé administrateur des sociétés Tomblaine et Sonedis après leur passage sous une enseigne concurrente ; que le moyen manque en fait en ce qu'il soutient que la cour d'appel se serait fondée sur la règle du "parrainage", sur l'obligation pour tout dirigeant d'un centre Leclerc d'être minoritaire au sein de son conseil d'administration et sur le non respect par le président de la société Pontadis d'une discipline de vote ;

Attendu, en troisième lieu, qu'après avoir rappelé les dispositions des articles 1, 2 et 7 de la loi du 11 juillet 1972 relative aux sociétés coopératives de commerçants détaillants, devenus les articles L. 124-1 et suivants du code de commerce, et notamment que ces sociétés ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale, la cour d'appel a pu retenir qu'en tant qu'associé coopérateur de la SCAPEST, la société Pontadis ne pouvait invoquer à l'égard de celle-ci le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-2.2 du code de commerce ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu que, par ce moyen pris de violations des articles 1134 et 1147 du code civil, manque de base légale au regard de l'article 1147 du code civil et d'un défaut de réponse à conclusions, la société Pontadis fait le même grief à l'arrêt ;

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

#### **Cass. com., 11 juillet 2006**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Sonedis et Tomblaine distribution, qui exploitaient chacune un centre de distribution sous l'enseigne Leclerc, ont, dans le cadre de l'organisation du mouvement Leclerc, adhéré à la société coopérative d'approvisionnement Paris-Est (Scapest), centrale d'approvisionnement de la région Ile de France des centres distributeurs de ce mouvement ; qu'à la suite d'un différend, les sociétés Sonedis et Tomblaine distribution se sont retirées de la Scapest et ont poursuivi leurs activités sous une autre enseigne ; que le 2 février 1995, le conseil d'administration de la Scapest a décidé d'appliquer aux sociétés Sonedis et Tomblaine distribution les pénalités prévues par ses statuts et son règlement intérieur ; qu'elle a ensuite demandé la condamnation de ces sociétés à lui payer les sommes fixées par ce conseil d'administration ;

Sur le moyen unique pris en ses deux branches :

Vu l'article 6 paragraphe 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe du respect des droits de la défense ;

Attendu que pour rejeter les demandes de condamnation des sociétés Sonedis et Tomblaine distribution au paiement de la deuxième pénalité de retrait prévue par les statuts et fixée par le conseil d'administration de la Scapest le 2 février 1995, l'arrêt, après avoir énoncé que les statuts de la Scapest ayant une valeur contractuelle entre cette dernière et ses adhérents, il est constant que les pénalités prévues en cas de retrait d'un associé pour quelque motif que ce soit par l'article 11 de ses statuts constituent des clauses pénales soumises à l'appréciation du juge, retient que dans la mesure où l'application des pénalités ne revêtait pas de plein droit un caractère automatique, mais relevait au contraire du pouvoir d'appréciation du conseil d'administration, il incombait à la société Scapest, en application de l'article 6-1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'assurer le caractère contradictoire de la décision de son conseil d'administration en adressant avec un délai suffisant aux représentants des sociétés Sonedis et Tomblaine distribution une convocation dûment motivée quant à l'objet de la réunion pour leur permettre de présenter des observations et moyens de défense tant sur l'opportunité de l'application de telles sanctions que sur la proportionnalité au préjudice réellement causé à la Scapest par leur retrait anticipé et qu'en conséquence la décision du 2 février 1995, prise en violation du principe du contradictoire est nulle ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que n'est pas soumise au principe de la contradiction, la décision du conseil d'administration d'une société coopérative qui, appliquant les dispositions des statuts, fixe le montant des pénalités dues par l'associé coopérateur se retirant avant la fin de son engagement, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte et le principe susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de la société Scapest tendant à l'application de la deuxième pénalité de retrait aux sociétés Sonedis et Tomblaine distribution et à leur condamnation à ce titre, l'arrêt rendu le 15 juillet 2003, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne les sociétés Tomblaine distribution et Sonedis aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer à la société Scapest la somme globale de 2 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze juillet deux mille six.

### **Cass. com., 19 déc. 2006**

LA COUR (...):

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. X... et Mme Y..., épouse X... (M. et Mme X...), qui détenaient la majorité des actions composant le capital de la société Pontadis, exploitant un hypermarché sous l'enseigne Leclerc, ont conclu avec MM. Z..., A..., B..., C... et D..., actionnaires minoritaires de la société Pontadis et dirigeants d'autres centres Leclerc (les actionnaires minoritaires) un pacte d'actionnaires conférant à chacun des deux groupes d'actionnaires un droit de préférence réciproque en cas de projet de cession à un tiers des titres de la société Pontadis ; que M. X... a ultérieurement consenti à la Société coopérative d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, un droit de préférence en cas d'échec de la procédure prévue par le pacte d'actionnaires ; que la

société ITM entreprises ayant acquis la totalité des actions de la société Pontadis jusque là détenues par M. et Mme X..., la société Scapest et les actionnaires minoritaires ont demandé l'annulation de la cession et la condamnation sous astreinte de M. et Mme X... à mettre en oeuvre les procédures prévues par le pacte d'actionnaires et le pacte de préférence ;

Attendu que la société Scapest et les actionnaires minoritaires font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nul le pacte d'actionnaires conclu au sein de la société Pontadis, constaté l'absence d'effet du pacte de préférence et rejeté leurs demandes, alors, selon le moyen :

1 / que les sociétés ITM et Pontadis n'invoquaient pas la nullité du pacte d'actionnaires au regard de la méthode de détermination du prix des actions et que les autres appelants, les époux X..., soutenaient seulement, dans un paragraphe intitulé "le pacte d'actionnaires est nul en ce qu'il ne comporte aucun droit de repentir du cédant", que la méthode de fixation du prix serait une "condition potestative" dans la mesure où, selon eux, les ventes se réalisent, à l'intérieur du mouvement Leclerc, pour des montants inférieurs à la valeur des entreprises telle qu'elle ressortirait de négociations avec d'autres grands groupes de distribution ; que le moyen tiré de ce que l'obligation faite aux tiers évaluateurs de rechercher des éléments de comparaison avec des fonds similaires à l'intérieur du mouvement Leclerc et de tenir compte des critères habituellement retenus dans ce mouvement les mettrait, en l'absence de précision suffisante sur les règles en vigueur dans le mouvement Leclerc en matière d'évaluation des fonds de commerce, dans l'incapacité de déterminer à tout moment le prix des actions en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire, a été soulevé d'office par la cour d'appel ; qu'en procédant ainsi sans avoir préalablement provoqué les explications des parties, la cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire et violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

2 / que la clause litigieuse stipulait que les tiers chargés de fixer le prix de cession des titres "devront veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et "tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables" ; qu'elle n'imposait donc pas aux tiers estimateurs d'appliquer des règles ni de respecter des méthodes d'évaluation fixées par le mouvement Leclerc mais seulement de s'inspirer entre autres, et dans une proportion laissée à leur appréciation, des cessions intervenues à l'intérieur du mouvement Leclerc ; qu'en décidant que, faute pour de telles règles ou méthodes d'être précisées et connues, le prix de cession n'était pas déterminable, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1591, 1592 et 1843-4 du code civil ;

3 / qu'en relevant d'office le moyen tiré de l'incidence éventuelle des pénalités appliquées aux sociétés quittant prématurément le Galec et les coopératives régionales d'approvisionnement, et en particulier celle de la perte des ristournes, sur l'évaluation des données servant de base à l'établissement du prix des fonds de commerce cédés à l'intérieur du mouvement Leclerc sans provoquer les explications des parties, la cour d'appel a encore violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

4 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt, selon lesquelles les pénalités en cause sont applicables aux sociétés quittant prématurément la centrale nationale de référencement et les coopératives régionales d'approvisionnement du mouvement Leclerc, à la suite d'un retrait anticipé ou d'une exclusion, que ces pénalités ne sont susceptibles d'affecter que le prix d'un fonds de commerce cédé à un tiers extérieur au mouvement Leclerc, et qu'elles ne s'appliquent pas aux cessions réalisées à l'intérieur du mouvement, la société cédée restant alors, par hypothèse, membre de ces structures ; qu'en décidant cependant que dans la mesure où ils devraient tenir compte de cessions pour lesquelles le prix des actions aurait été minoré du fait de la rétention des ristournes ayant pour effet de fausser les données servant de base à l'établissement du prix des actions, les tiers évaluateurs seraient empêchés d'accomplir leur mission, la cour d'appel n'a pas tiré les

conséquences logiques de ses constatations et a violé les articles 1591, 1592 et 1843-4 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir reproduit les termes de la clause précisant que les tiers estimateurs "devront veiller plus particulièrement, en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et qu'ils "devront tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables", l'arrêt retient que cette obligation est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni le pacte d'actionnaires ni aucun document existant au plus tard à la date de ce pacte, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles fixées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation de fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des critères qui n'étaient pas déterminés, la cour d'appel, qui n'a pas relevé d'office ce moyen, a décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt étant justifié par les motifs que critiquent vainement les deux premières branches, les griefs des troisième et quatrième branches s'adressent à des motifs surabondants ;

D'où il suit que le moyen, non fondé en ses deux premières branches, ne peut être accueilli pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**ADLC, avis n°10-A-26, 7 décembre 2010 (à rechercher)**

**Com. 30 mai 2012**

Pourvoi n° 11-18024,

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Lioser et M. X... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par la société ITM région parisienne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que la société Lioser, constituée par M. X..., exploitait un magasin Intermarché en vertu d'un contrat d'enseigne conclu le 21 avril 1998 pour dix ans avec la société ITM Entreprises ; que la société ITM région parisienne, filiale de cette dernière, est devenue détentrice de 34 % en nue-propiété des actions représentant le capital de la société Lioser ; que sa qualité de nue-propiétaire lui donnait le droit de vote aux assemblées générales extraordinaires ; que le 26 octobre 2007, M. X... et la société Lioser ont informé la société ITM Entreprises que le contrat d'enseigne ne serait pas renouvelé à son échéance ; que la société ITM région parisienne, soutenant que la décision de ne pas reconduire le contrat d'enseigne relevait, en application des statuts, de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, a fait assigner la société Lioser et M. X... en annulation de la dénonciation de ce contrat ; que la société Lioser et M. X... ont soulevé la nullité de la disposition statutaire imposant la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour dénoncer le contrat d'enseigne ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société ITM région parisienne fait grief à l'arrêt d'avoir écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, alors, selon le moyen, qu'en considérant que la société Lioser et M. X... pouvaient exciper, perpétuellement, de la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, cependant que l'exception de nullité de l'article 34 n'était invoquée que pour faire obstacle à la demande de nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne, laquelle ne tendait donc pas à faire échec à une demande d'exécution d'un acte juridique, la cour d'appel a violé l'article 1844-14 du code civil ;

Mais attendu que l'exception de nullité peut seulement être invoquée pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; qu'ayant relevé que la société Lioser et M. X... n'avaient pas convoqué une assemblée générale extraordinaire en vue d'autoriser la dénonciation du contrat d'enseigne, ce dont il résultait que la disposition statutaire dont ils demandaient la nullité n'avait pas été exécutée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa seconde branche :

Sur la recevabilité du moyen contestée par la défense :

Attendu que le moyen est de pur droit, le pourvoi ne se prévalant d'aucun fait qui n'ait été connu par les juges du fond, soumis à leur appréciation et constaté dans la décision attaquée ; que la fin de non-recevoir n'est pas fondée ;

Et sur le moyen :

Vu l'article 1844-10, alinéa 2, du code civil, ensemble les principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence ;

Attendu que pour dire n'y avoir lieu de prononcer la nullité de l'article 34 des statuts de la société Lioser, l'arrêt retient que cette disposition statutaire, qui est conforme à l'article L. 225-96 du code de commerce, ne contrevient, en elle-même, ni à la liberté du commerce, ni à la prohibition des ententes anti-concurrentielles ou des engagements perpétuels ; qu'il retient encore qu'en réalité, la société Lioser et M. X... contestent la convention d'usufruit sans en tirer une quelconque conséquence, et surtout l'usage abusif ou illicite que la société ITM Entreprises, sous le couvert de la société ITM région parisienne qu'elle contrôle, peut faire de la minorité de blocage qu'elle détient pour imposer la poursuite sans fin du contrat de franchise ; qu'il retient enfin qu'alors même que ces contestations seraient fondées, elles ne sauraient, en toute hypothèse, entraîner la nullité de la disposition statutaire incriminée ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si cette disposition statutaire, considérée non pas seulement en elle-même, mais au regard des circonstances constituées par la minorité de blocage dont disposait la société ITM région parisienne et compte tenu de la dépendance de cette dernière envers la société ITM Entreprises dont elle était la filiale à 99 %, n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et principes susvisés ;

Et attendu que la cassation sur le premier moyen entraîne la cassation, par voie de conséquence, de la disposition de l'arrêt ayant prononcé la nullité de la dénonciation du contrat d'enseigne à laquelle M. X... a procédé sans autorisation de l'assemblée générale extraordinaire de la société Lioser, ainsi que celle de la délibération du conseil d'administration l'y ayant autorisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre grief du premier moyen ni sur le second moyen du pourvoi principal :

REJETTE le pourvoi incident ;

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit n'y avoir lieu de surseoir à statuer, infirmé le jugement et déclaré la société ITM région parisienne recevable en son action, l'arrêt rendu le 17 février 2011, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société ITM région parisienne aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Lioser et à M. X... la somme globale de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

**Mainguy, AUTOPSIE D'UN PUZZLE JURIDIQUE (Les montages contractuels et sociétaires de la grande distribution à l'épreuve de la jurisprudence récente), Mélanges Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 655**

1. - Le domaine du droit de la distribution est défriché, en France, depuis le milieu des années 1970<sup>1</sup>. Mais si quelques grands esprits, rejoints depuis par une communauté de juristes qui s'est bien rendu compte qu'il constituait et révélait en même temps l'un des grands thèmes vivants du droit des affaires et des contrats d'affaires, se sont penchés largement sur son étude, il reste encore beaucoup à faire.

Il reste beaucoup à faire d'abord parce que le premier pilier qui soutient le droit de la distribution, le droit des contrats, change, sous la pression d'une jurisprudence conquérante et efficace depuis une vingtaine d'années, de la doctrine et, par exemple, de l'avant-projet de loi modifiant le Code civil s'agissant de la partie consacrée au droit des obligations, pour en faire un droit des obligations *et des contrats*, mais aussi sous la pression internationale et les projets d'uniformisation des règles du droit des contrats, éventuellement internationaux.

Ensuite parce que l'environnement du droit de la distribution se modifie. Autrefois, on enseignait quelques grandes questions, articulées autour des problèmes de promotion des ventes, impliquant le droit de la consommation, de la vente commerciale, pour traiter des relations de la grande distribution et de la cette curieuse police réglementaire de la négociation des ventes

---

<sup>1</sup> : Cf. J.-M. Mousseron et alii, Droit de la distribution, Litec, 1975; J. Beauchard, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996; M. Behar-Touchais et G. Virassamy, Les contrats de la distribution, LGDJ, 1999 ; R. Bout, M. Bruschi, S. Poilait-Perruzzeto et M. Luby, Droit économique, éd. Lamy; D. Ferrier, Droit de la distribution, Litec, 4e éd., 2006 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, Dalloz, 2006 ; L. Vogel (dir.), Code de la distribution, Lawlex, 2006.

commerciales dite « transparence tarifaire »<sup>2</sup>, et enfin, certains contrats de distribution, essentiellement à travers, les contrats de représentation et les contrats de distribution en réseau. On doit bien reconnaître que cette présentation, si elle est toujours d'actualité, n'est pas complète, tant les lignes se brouillent, par exemple en raison des modifications des techniques de distribution : l'irruption des différentes formes de distribution sur l'Internet, l'internationalisation des canaux d'approvisionnement, les transformations des techniques contractuelles de distribution, mais aussi en raison des transformations du contexte juridique, à commencer par celles du droit des contrats, spécialement depuis une vingtaine d'années, qui permettent d'envisager un droit commun des contrats de distribution s'agissant de leur formation, de leur exécution ou de leur rupture. Surtout, certains pans du domaine couvert par cette matière demeurent dans l'ombre, parfois de façon volontaire d'ailleurs : *vivons heureux, vivons cachés*.

Aujourd'hui, l'implication du droit de la concurrence impose une considération totalement nouvelle de la question, de façon assez paradoxale d'ailleurs. En effet, l'application des règles du droit de la concurrence aux contrats de distribution, dénommés pour l'occasion « *restrictions verticales de concurrence* », est entravée par plusieurs filtres : la méthode du seuil de sensibilité, qui fait que seuls les contrats correspondant, sauf exception, à plus de 15% du marché, communautaire ou national selon le cas, sont soumis au droit de la concurrence, et l'application du Règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 qui exempte, par principe et sauf quelques importantes exceptions, tous les contrats dont la part de marché est inférieure à 30% du marché communautaire. Par conséquent, et c'est la première branche du paradoxe, la plupart des contrats de distribution ne sont pas concernés par l'application du droit (communautaire) de la concurrence. Pour autant, c'est la seconde branche du paradoxe, l'importance des exceptions (les clauses de prix imposé, les clauses d'exclusivité, les clauses de non concurrence, notamment) et les diverses interprétations que l'on peut en tirer, d'une part, et la transformation de l'analyse concurrentielle, devenue principalement économique, d'autre part, sont telles qu'il est devenu difficile de ne pas associer quelques éléments d'analyse économique du droit à une matière en plein développement. On notera, au passage, même de façon un peu décalée, que ce besoin d'analyse économique du droit n'est ni nouveau ni absolu. Il n'est pas nouveau car il s'inscrit parfaitement dans la longue expérience française de l'interprétation du droit à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle : la fin (heureuse) de l'exégèse (stupide) laissait place à une méthode nouvelle et assez naturelle assurant une interprétation libre, fondée sur la sociologie, l'histoire, la psychologie, l'économie, déjà. Ce qui est nouveau c'est le caractère scientifique de l'analyse économique du droit, parfois trop scientifique et éthéré d'ailleurs, et son détachement de l'économie comme du droit, dont on a cru pouvoir se passer en France, sans doute en raison des ascendances prétendument morales ou sociales de notre droit. Qu'on songe un instant à la technique de formation du contrat, un simple échange du consentement censé être équilibré, sans aucune intervention extérieure, et qu'on le compare au théorème de Coase, par exemple. Il n'est pas absolu non plus car il est parfaitement clair que les ressorts de l'analyse économique du droit ne sont qu'un élément d'une analyse plus globale d'une institution ou d'un contrat, parmi bien d'autres. Qu'on songe cette fois, par exemple, à la question du formalisme dans le licenciement d'un salarié, s'il suffisait de s'en tenir à une simple analyse économique.

Cette petite digression sans intérêt avait simplement pour but de montrer que l'observation des phénomènes juridiques et, spécifiquement, du phénomène contractuel, justifie un oeil qui soit, sinon nouveau –le jeunisme a ceci de décevant qu'il finit un beau jour par s'appliquer à soi-même- du moins exercé.

---

<sup>2</sup> : Cf. J.-M. et M. Mousseron, D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec, 1998, D. Mainguy, *La circulaire du 8 décembre 2005 relative à la modernisation des relations commerciales*, JCP, éd. E, 2006, 1294 ; *L'esprit et la lettre de l'article L. 442-6 du Code de commerce*, JCP, éd. E, 2002, I, 1729.

**2.** - De ce point de vue, les montages juridiques d'une façon générale et ceux qui sont ici décrits à travers l'observation de quelques décisions de jurisprudence dans le domaine de la grande distribution, appellent un regard particulièrement affûté.

Pourtant, la jurisprudence est, en ce domaine, relativement pauvre. Si on peut, pour résumer, distinguer les questions couvrant les relations de la distribution dite intégrée ou en réseau, comprenant les contrats cadres de distribution (franchise, concession, etc.) et celles, économiquement bien plus importantes, intéressant les relations de la grande distribution, on doit bien reconnaître que l'image judiciaire de cette réalité est tout autre : la plupart des décisions, du fond ou de la Cour de cassation, concerne les contrats de distribution en réseau et bien peu les relations de la grande distribution. Encore plus rares sont les décisions qui couvrent la question de l'organisation contractuelle et sociétaire des entreprises de la grande distribution<sup>3</sup>.

C'est précisément le très grand intérêt de quatre décisions, pourtant non destinées à la publication au *bulletin des arrêts de la cour de cassation*, rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation, du 19 décembre 2006 dans des affaires intéressantes, pour chacune d'elles, les relations contractuelles et sociétaires entre une centrale d'achat d'un groupe de la grande distribution et l'un de ses adhérents qui souhaitait céder les titres de la société d'exploitation d'un centre de distribution à un tiers, un concurrent<sup>4</sup>.

**3.** - Brossons un large tableau, alors. D'un point de vue économique, les entreprises de la grande distribution sont, très schématiquement, divisées selon qu'elles relèvent du domaine de la distribution alimentaire ou de la distribution non alimentaire (c'est-à-dire spécialisée : meuble, sport, bricolage, etc).

Celles de la grande distribution alimentaire sont assez nombreuses mais on peut aisément les résumer aux six plus importantes grandes « centrales » : Carrefour, Leclerc, Intermarché, Casino, système U et Auchan. Ces entreprises disposent donc d'une « Centrale », qui est chargée parfois d'acheter pour revendre et plus souvent de référencer des fournisseurs auprès des distributeurs affiliés<sup>5</sup>.

Ces entreprises qui réalisent des chiffres d'affaires qui en comptent en centaines de millions d'euros, sont organisées en « formats » : les hypermarchés, les supermarchés, les supérettes voire le « mini libservice » de proximité, et le hard-discount, toutes ces entreprises ne couvrant d'ailleurs pas l'intégralité du spectre proposé<sup>6</sup>.

Par ailleurs, ces entreprises sont structurées différemment. Ainsi, le cœur de l'organisation est constitué de la centrale de référencement, parfois divisée en centrales régionales, et les muscles sont les centres de distribution, qui peuvent être des succursales, des filiales, ou des entreprises indépendantes.

Trois de ces entreprises sont plutôt organisés sous la forme d'un commerce indépendant (Intermarché, Leclerc et Système U) et les trois autres plutôt sous la forme d'un commerce dit « intégré » même si on peut relativiser le propos.

Le groupe Carrefour, par exemple, exploite l'ensemble des formats sous différentes enseignes (Carrefour, Champion, Shopi, Huit à huit, ED) principalement par le biais de succursales ou de filiales, mais parfois aussi via un contrat de franchise conclu avec un indépendant, le tout dans le commerce à prépondérance alimentaire. Le groupe Auchan, en revanche, exploite essentiellement des hypermarchés (Auchan) et des supermarchés (Atac) dans le commerce alimentaire, mais il s'est diversifié dans le secteur de la distribution non alimentaire (Boulangier,

<sup>3</sup> : V. cependant et de façon confirmative, Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692.

<sup>4</sup> : Cass. com. 19 déc. 2006, n°05-10197, 05-10198, 05-10199, 03-21042.

<sup>5</sup> : Comp. M.-E. André, les contrats de la grande distribution, Litec, 1990.

<sup>6</sup> : Cf. Rapport « Canivet », oct. 2004, sp. 23 s., dont la lecture renseigne sur bien des points du fonctionnement des relations entre fournisseurs et distributeurs.

Leroy Merlin, Décathlon, etc.), comme Intermarché qui n'exploite cependant que deux formats. Enfin, les centrales de référencement ne sont pas nécessairement issues de ces groupes. Ainsi, les groupes Système U et Leclerc ont fondé la Centrale Lucie, Monoprix est affilié à la centrale de Casino. Enfin, les centrales sont parfois diversifiées, comme les centrales Leclerc qui sont éparpillées en centrales régionales ou Carrefour qui dispose d'une centrale, CSF, qui développe plusieurs activités, le référencement proprement dit ou l'achat et la revente auprès des magasins de proximité.

**4.** - Cette nouvelle digression très descriptive un peu longue est nécessaire car elle permet de mesurer les enjeux considérables représentés par ces entreprises et, dans le même temps, l'étroitesse du nombre d'opérateurs, ce qui fait de chacun d'entre eux des monstres financiers.

Chacun de ces groupes est en situation de concurrence. Ils sont dans une situation de concurrence à l'égard des fournisseurs, référencés par les centrales et vendeurs des marchandises référencées auprès des centres de distribution ; Il s sont ensuite, évidemment, en situation de concurrence, entre eux, face aux consommateurs, que ce soit en termes de prix des produits, de qualité de ceux-ci, de services proposés ou de richesse des assortiments, avec, notamment, l'apparition des marques de distributeurs, qui sont produites ou bien par des fournisseurs indépendants - qui souvent fournissent aussi des produits de leurs propres marques - ou bien par des usines intégrées au groupe de distribution.

Cette concurrence horizontale, qui a toujours été cruelle, s'est particulièrement tendue depuis la loi *Raffarin* du 5 juillet 1996 qui empêche ou rend plus difficile la croissance interne de ces entreprises ; En effet, celle-ci modifiait la loi *Royer* de 1973 par le quasi gel des créations ou agrandissements de ces grandes surfaces, créant ce faisant une valeur immatérielle nouvelle, l'autorisation d'exploiter, de créer ou d'agrandir, et, de façon déclinée, un contentieux de l'urbanisme commerciale particulièrement important devant les juridictions administratives.

Par conséquent, c'est essentiellement en termes de croissance externe que se joue cette concurrence, par une compétition acharnée à l'égard des clients mais aussi par l'acquisition d'un réseau concurrent, par l'acquisition d'un petit réseau régional ou bien par la fusion de deux géants, ou, dans des conditions plus ou moins loyale, des centres de distribution appartenant à un autre réseau. Or, ces réseaux sont, comme nous l'indiquions constitués soit de succursales, soit de filiales, de commerçants indépendant. On conçoit, alors que les réseaux de distributeurs indépendants soient particulièrement visés par les plus agressifs et ce, quel que soit le format<sup>7</sup>.

L'intérêt des décisions fournissant le prétexte à ces quelques lignes tient au fait que c'est le format le plus important qui est visé, celui des hypermarchés, et que ces décisions donnent une idée des techniques utilisées par le groupe cible pour se protéger et les limites de ces protections, ici des centres de distribution appartenant à l'un des groupes formé de distributeurs indépendants, le groupe Leclerc, en l'occurrence, mais l'organisation contractuelle et sociétaire que ces arrêts dévoilent, et que d'autres complètent est, toujours à la lecture de la jurisprudence, transposable dans d'autres.

**4.** - Ces quatre arrêts concernent la question du droit de préférence ou d'une promesse portant sur les titres détenus par le dirigeant d'un centre de distribution, institués dans un pacte d'actionnaire associé aux statuts d'une société anonyme au profit des associés de l'actionnaire majoritaire dirigeant.

La lecture de ces décisions permet d'avoir une idée du montage sociétaire et contractuel organisé par le groupe auquel ces centres étaient affiliés. Un pacte extrastatutaire joint aux statuts d'une société anonyme prévoit que au cas, où le dirigeant de la société exploitant le centre de distribution envisage de vendre ses parts, il doit, via une offre préalable de vente à laquelle

---

<sup>7</sup> : Cf. pour une autre image judiciaire, Cass. com.

s'ajoute souvent une promesse de cession, proposer ses titres par priorité à l'un de ces associés, qui se trouve être la centrale de référencement, une autre société d'exploitation d'un centre de distribution ou un autre dirigeant d'une de ces sociétés, de telle manière que les centres de distribution demeurent dans l'escarcelle du groupe : c'est l'objectif même de la « guerre des mètres carrés ».

Par ailleurs, le dirigeant est membre d'une association regroupant tous les dirigeants et associé de la centrale de référencement régionale, laquelle est organisée sous la forme d'une société coopérative à capital variable, au règlement intérieur particulièrement redoutable : la démission du dirigeant (ou son éviction en cas de perte de l'enseigne) est sanctionnée par la perte des ristournes de l'année et une pénalité (de l'ordre de 0,5% du chiffres d'affaires TTC), seconde facette du montage qu'un arrêt du 22 février 2000 avait montré<sup>8</sup>, voire le paiement d'un droit d'entrée différé et calculé sur le plus récent exercice.

5. - On ne peut manquer d'observer ce montage à la lumière de l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 26 mai 2006<sup>9</sup> sur le sort de la violation d'un pacte de préférence et de ceux qui l'ont suivi. Rappelons très rapidement que la Cour de cassation affirmait avec force que « *Si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » et un arrêt de la Chambre commerciale du 14 février 2007 validait l'arrêt d'appel qui avait retenu cette sanction<sup>10</sup>.

A lire rapidement ces arrêts en effet, on peut penser que les montages sociétaires intégrant un pacte de préférence en sortent renforcés : le bénéficiaire bafoué peut obtenir mieux que l'inopposabilité de la cession conclue avec le tiers, l'annulation et la substitution dans les droits du tiers<sup>11</sup>. Cette lecture rapide semble donc renforcer, voire valider juridiquement de manière définitive le montage contractuel et sociétaire. En effet, les logiques d'agrément, d'audit préalable à l'acquisition d'une entreprise font que les bénéficiaires de la formule de préférence n'auront guère de difficulté à prouver que l'éventuel tiersacquéreur connaissait l'existence du pacte et l'intention des bénéficiaires de s'en prévaloir.

L'une des difficultés dans les montages étudiés tient au fait que la clause de préférence institue un prix de substitution différent de celui de l'offre concurrente : le bénéficiaire du pacte fait une offre de prix et en cas de désaccord, un expert est désigné, qui doit fixer le prix, mais en respectant « *les usages du (groupe de distribution)* ». Or, si le fonds de commerce d'un hypermarché peut être, très rapidement, estimé à une valeur qui varie selon les circonstances entre 9 à 18 mois de chiffre d'affaires HT, les règles et usages du groupe en question les limitent à une fourchette de 2 à 4 mois de chiffre d'affaires.

Cette différence - considérable si l'on songe qu'une supérette effectue un chiffre d'affaires qui peut aller jusqu'à 4 millions d'euros, un supermarché jusqu'à 20 millions d'euros et un hypermarché jusqu'à 100 millions d'euros - n'est pas nécessairement illégitime car les dirigeants propriétaires de centre sont souvent d'anciens cadres du groupe qui accèdent ainsi à la fortune et revendent à d'autres cadres, etc. Mais en situation de rareté des surfaces de vente, et, donc, de

<sup>8</sup> : Cf. Cass. com. 22 févr.2000, *Abissirah*, Bull. civ. IV, n°35

<sup>9</sup> : Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006, Bull. civ. n°4, rapp. Bailly, conc. Sarcelet, D. 2006, p. 1861, note D. Mainguy et P.-Y. Gautier, D. 2006, Somm. p. 2644, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Causson ; JCP 2006, I, 10142, obs. L. Leveneur ; I, 176, obs. F. Labarthe ; Defrénois 2006, 1207, obs. E. Savaux ; RDC 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud. p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul, RTDciv. 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages. Adde H. Kenfack, *Restauration de la force obligatoire du pacte de préférence*, RLDC, sept. 2006, n° 2173.

<sup>10</sup> : Cass. com, 14 févr. 2007, n°05-21814, publié au bulletin. Comp. Cass. civ ; 1ère, 31 janv. 2007, D. 2007, p. 1698, note D. Mainguy.

<sup>11</sup> : Pour un regard (très) critique sur ces sanctions, v. cependant, D. Mainguy, note sous Cass. civ. 1ère, 31 janv. 2007, préc.

survalorisation de ces fonds, la tentation est grande de céder à un groupe tiers, prêt à payer très cher une surface nouvelle, pour autant cependant que l'évasion contractuelle soit possible.

Or, jusqu'à présent, elle était très difficile, les juridictions adoptant généralement une position rendant très incertaine cette sortie, sur le terrain du droit des contrats comme celui du droit de la concurrence. Si en effet la jurisprudence validait, avant 2006, la rétractation de la promesse de cession par le promettant -ce qui est toujours virtuellement le cas même si cette solution est en sursis depuis l'arrêt du 26 mai 2006 sur la violation d'un pacte de préférence -, il n'en est apparemment plus de même aujourd'hui. Par ailleurs, les arrêts de 2007 appliquant, en ce domaine, la solution posée en 2006 assurent l'efficacité de la nullité d'une cession réalisée en contravention d'un pacte de préférence et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers sans, d'ailleurs que l'on sache véritablement si la substitution s'opère au prix du contrat conclu avec le tiers ou au prix éventuellement prévu dans le pacte, ce qui, en l'espèce, aurait assuré un prix « *aux conditions du (groupe de distribution)* ».

On mesure, alors, l'importance des arrêts du 19 décembre 2006, du point de vue de l'organisation des groupes de distribution à l'aulne de la jurisprudence sur l'efficacité, de plus ou plus douteuse, de la violation d'un pacte de préférence ou d'une promesse de contracter.

6. - Nous les présenterons rapidement avant de les mettre en scène. Trois de ces arrêts répondent, par rejet, à des pourvois formés contre trois arrêts rendus par la Cour d'appel de Nancy du 20 octobre 2004.

Dans deux des arrêts (n°05-10197 et 05-10199), la promesse unilatérale de cession avait été acceptée par le groupe Leclerc qui s'était ensuite substitué un tiers et cherchait à obtenir la validation judiciaire et l'inopposabilité de la cession intervenue, ultérieurement à cette levée d'option à un autre distributeur. Or, les deux arrêts de la Cour d'appel de Nancy avaient déclaré nulles les promesses faute de détermination du prix sur le fondement des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, ce que confirmait la Cour de cassation dans les mêmes termes : « *attendu (...) qu'après avoir relevé que la promesse de cession d'actions stipulait qu'en l'absence d'accord des parties, le prix de cession serait déterminé par un collège de tiers désignés selon les prévisions des articles 1592 et 1843-4 du code civil et précisait que ceux-ci devraient respecter les "règles en usage au sein du mouvement Leclerc" et, pour l'évaluation du fonds de commerce, du droit au bail et autres éléments incorporels, faire application des "règles posées par le mouvement Leclerc", l'arrêt retient que la seule référence à ces règles est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni la promesse de cession d'actions ni aucun document existant au plus tard à la date de la promesse, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles posées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation des fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des règles qui n'étaient pas déterminées, et abstraction faite du motif surabondant critiqué par la seconde branche, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par la première branche, a légalement justifié sa décision et décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ».*

L'un des autres arrêts (n°05-10198) se présentait de manière plus classique : le pacte de préférence inclus dans le pacte extrastatutaire de la société exploitant le centre Leclerc cible n'avait pas été respecté, ses dirigeants ayant cédé à un tiers, Intermarché en l'espèce. Le groupe Leclerc cherchait alors à obtenir l'annulation de la cession et la poursuite forcée de la procédure contractuelle. La Cour d'appel de Nancy avait également annulé le mécanisme de préférence et la Cour de cassation confirme cette décision en des termes un peu différents : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir reproduit les termes de la clause précisant que les tiers estimateurs "devront veiller plus particulièrement, en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à*

*rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et qu'ils "devront tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables", l'arrêt retient que cette obligation est dépourvue de précision suffisante et ne garantit pas que le prix sera estimé en fonction d'éléments extérieurs à la volonté du cessionnaire dès lors que ni le pacte d'actionnaires ni aucun document existant au plus tard à la date de ce pacte, même versé ultérieurement, ne précise la consistance des règles fixées par le mouvement Leclerc en matière d'évaluation de fonds de commerce ou plus généralement d'évaluation de droits sociaux ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les tiers chargés de fixer le prix avaient reçu mission de le faire par référence à des critères qui n'étaient pas déterminés, la cour d'appel, qui n'a pas relevé d'office ce moyen, a décidé à bon droit que le prix n'était pas déterminable ».*

Enfin, un quatrième arrêt (n°03-21042) se prononçait après un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 9 septembre 2003, lequel avait validé le mécanisme de préférence en affirmant que le mécanisme contractuel ne s'imposait pas aux experts, solution que censurait la Cour de cassation : *« Attendu que, statuant sur la demande tendant à la nullité du pacte de préférence conclu le 3 mars 1994 en ce qu'il prévoit des mécanismes illicites de fixation par experts du prix de cession des actions, l'arrêt retient que la référence aux critères habituellement retenus dans le mouvement Leclerc constitue un élément de fixation du prix de cession des titres qui n'est pas impératif pour les experts ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le pacte prévoit que les experts "devront veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires dans la région ou des régions comparables, mais plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc" et qu'ils "devront s'inspirer des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions", la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis ».*

**7.** - Ces quatre décisions sanctionnent, par la nullité, les pactes de préférence ou promesses de cession de titres, faute de détermination du prix, sur le fondement des articles 1591, 1592 ou 1843-4 du Code civil, c'est-à-dire, pour indétermination du prix, ce qui démontre, au passage l'intérêt que revêt encore cette question, même après les célèbrissimes arrêts de 1995.

A s'en tenir strictement à la lecture de ces arrêts, on peut louer l'analyse de la Cour de cassation dans la mesure où elle a parfaitement saisi le cœur et la portée des montages qui lui étaient soumis, dont l'utilité était d'assurer la conservation des centres de distribution au sein du groupe, comme c'est d'ailleurs le cas des autres groupes de distribution organisés avec des indépendants. On observera surtout que c'est une première dans la mesure où la Cour de cassation avait, jusqu'à présent, validé ce montage<sup>12</sup>.

Or, sur le fondement des articles 1591, 1592 ou 1843-4 du Code civil, le prix de la cession des actions, comme de toute chose, suppose, pour sa validité même, que le prix soit déterminé par les parties dès la formation de la cession ou du moins déterminable, par exemple par le recours à un tiers expert. L'article 1592 permet ainsi que le prix soit déterminé par un tiers, mais si le tiers ne peut pas déterminer le prix, quelle qu'en soit la raison, *« il n'y a point de vente »*. Or, la

---

<sup>12</sup> : Cf. Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692 : *« Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que les conventions entre actionnaires sont valables lorsqu'elles ne sont pas contraires à une règle d'ordre public, à une stipulation impérative des statuts ou à l'intérêt social ; que l'objet du pacte du 7 octobre 1993 en cas de projet de cession à des tiers de l'un des actionnaires est d'instituer une procédure permettant d'accorder la préférence aux autres actionnaires sans porter préjudice à la libre négociabilité des actions à un prix, soit convenu conventionnellement entre les parties, soit, à défaut, déterminé à dire d'expert choisi sur une liste agréée par elles, et n'est pas contraire à une règle d'ordre public, ni aux dispositions statutaires auxquelles le pacte fait expressément référence, en particulier à la clause d'agrément et de préemption régie par l'article 12 des statuts, ni à l'intérêt social ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel qui n'avait pas d'autres recherches à faire, a pu statuer comme elle a fait »*

jurisprudence exige que le tiers soit réellement indépendant des parties<sup>13</sup>, ce qui pose difficulté dès lors que le tiers doit être choisi parmi une liste rédigée par celles-ci.

Par ailleurs, la mission de l'expert était, dans la clause, particulièrement limitée : l'une des clauses imposait en effet aux experts de « *veiller plus particulièrement en ce qui concerne l'évaluation du fonds de commerce, à rechercher tous éléments de comparaison avec des fonds similaires plus spécialement à l'intérieur du mouvement Leclerc* » et « *tenir compte des critères habituellement retenus dans le mouvement pour d'autres cessions, dans la région ou des régions comparables* », validant, ce faisant, une fixation des prix à des conditions très favorables au cessionnaire, en l'occurrence l'une des centrales d'achats du groupe Leclerc ou un autre exploitant d'un Centre Leclerc. Il était donc logique que la Cour de cassation considère que la mission de l'expert était entravée ou conditionnée, l'empêchant de remplir sa mission de manière indépendante<sup>14</sup> et, donc, faisant obstacle à une libre déterminabilité du prix, suivant en cela une jurisprudence constante<sup>15</sup>.

**8.** - Lorsqu'une telle formule de préemption, préférence ou promesse apparaît désormais, le mécanisme contractuel échoue, *ab initio*, pour une cause péremptoire de nullité, sans qu'il y ait à s'interroger sur l'efficacité du mécanisme : la cession des titres à un cessionnaire tiers est valable en raison de la nullité de la clause de préférence.

Il reste cependant, à mesurer le fait que le cessionnaire doit s'attendre à un contentieux long, important et onéreux de la part des bénéficiaire, du moins tant que la jurisprudence ne sera pas davantage fixée, ce qui peut être de nature à le dissuader.

Tout n'est pas réglé pour autant par ces arrêts. Les groupes de distribution concernés ne vont pas s'effondrer, leurs adhérents se vendre en masse à la concurrence, ne serait-ce qu'en raison de l'extraordinaire profitabilité de ces entreprises, mais aussi parce que ces décisions ont été rendues à propos de promesses unilatérales de cession conventionnelles ou d'un pacte extrastatutaire, c'est-à-dire dans le cadre de montages relevant de la matière contractuelle.

**9.** - Face à un mécanisme similaire inséré dans des statuts, notamment dans des statuts de SAS, la question devient plus difficile, en raison des règles particulières de la nullité des pactes sociaux.

En effet, les actions en nullité des statuts se prescrivent par trois ans (C. civ., art. 1844-10). Passé ce délai, l'éventuelle nullité n'est plus recevable que par exception.

Or, ces statuts prévoient bien souvent différentes clauses associées à la clause de préférence de nature à bloquer la sortie d'un adhérent.

Ce peut être une clause d'agrément d'un éventuel tiers associé, cessionnaire des titres de l'un des associés existants, et notamment du dirigeant, par les autres associés.

En application de l'article L. 228-23, al. 4 du Code de commerce, « *toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle* », formule générale qui reprend la formule plus globale prévue pour les SAS selon laquelle « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* » (C. com., art. L. 227-15).

Ce peut être également, ou en outre, une clause de préemption. Ces clauses de préemption statutaires sont considérées comme valables par principe, même si elles heurtent le principe de la négociabilité des titres<sup>16</sup>, pour autant cependant que ces clauses ne conduisent pas

---

<sup>13</sup> : Cf. Cass. Civ. 1ère, 2 déc. 1997, Bull. civ. I, n°334 ; CA Paris, 14e ch. B, 25 oct. 2002, Dr. sociétés 2003, no 118, RJDA 2004, no 1126, p. 1013.

<sup>14</sup> : Cf. Cass. civ. 2ème, 8 avr. 1999, Bull. Civ. II, n°67.

<sup>15</sup> : Cf. Cass. com. 13 janv. 1971, Bull. civ. IV, n°13 (nullité d'une cession prévoyant que le prix serait fixé en fonction d'un bilan à établir, sans indication précise sur le mode d'établissement du bilan) ; Cass. com. 10 déc. 1991, Bull. Joly 1992, p. 191, Dr. sociétés 1992, n°31 (nullité d'une cession dont le prix était calculé en fonction d'éléments, dont la valeur n'est pas fixée officiellement).

<sup>16</sup> : Cf. Cass. com. 15 févr. 1994, Bull. Joly 1994, p. 508, note D. Vellardocchio.

à paralyser toute possibilité de cession et qu'elles précisent les conditions de prix du jeu de la préemption. S'agissant de la sanction de leur violation, on admettait classiquement que la cession conclue en violation d'une clause de préemption est inopposable à la société et aux actionnaires mais n'est pas automatiquement nulle ; l'annulation n'est possible que pour autant que le tiers-acquéreur ait connu l'existence de cette clause et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, comme pour les mécanismes contractuels de préférence. Cependant, si la loi n'a pas envisagé ces clauses, s'agissant des SAS, la formule générale de l'article L. 227-15 du Code de commerce plus haut rappelée et prévoyant que « *toute cession effectuée en violation d'une clause statutaire est nulle* » permet à certains auteurs d'estimer que cette formule permet d'annuler la cession d'actions effectuée en violation d'une clause de préemption. La formule peut être reproduite pour les clauses de préférence.

**10.** - Si dès lors, passé le délai de prescription de l'action en nullité des statuts, la seule façon de « profiter » des arrêts du 19 décembre 2006 est pour le dirigeant souhaitant céder ses titres à un tiers, d'invoquer la nullité de la clause sur le fondement des articles 1592 ou 1843-4 du Code civil à titre d'exception, on pourrait, se demander quelles sont les actions qui pourraient être engagées.

On pourrait, bien entendu songer à savoir si le refus de voter un tel agrément, peut être analysé comme un abus de minorité ou, tout simplement, comme un abus du droit de ne pas procéder à un tel agrément. La perspective est cependant peu opportune. Aucune décision n'a, semble-t-il en effet, admis que le refus de voter un agrément était constitutif d'un abus de minorité même si les exemples jurisprudentiels existants s'en approchent (refus d'agréer une augmentation de capital, notamment si elle est nécessaire à la survie de la société, refus de voter un transfert de siège social, refus de voter des modifications statutaires indispensables à la survie de la société, etc). Tous les exemples recensés, cependant, concernent des hypothèses d'abus caractérisés révélant une méconnaissance flagrante de l'intérêt social. Ainsi, le refus de voter l'augmentation de capital réservée à un seul associé, ou lorsque celle-ci n'est pas vitale pour la société ou pire, dans le cas d'une société franchisée filiale du franchiseur, dans laquelle le minoritaire disposait d'un droit de veto prévu expressément en cas d'actes graves de disposition susceptibles de modifier l'activité de la société ou en cas de cessions projetées de parts sociales<sup>17</sup>. Par ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation a subordonné la qualification de l'abus de minorité à la condition préalable du respect du droit à l'information du minoritaire<sup>18</sup>, ce qui paraît peu réaliste dans l'hypothèse où un dirigeant souhaite céder ses titres à un tiers en dépit des verrous statutaires. Enfin, en toute hypothèse, la sanction de l'abus de minorité est l'engagement de la responsabilité civile, et point la validité d'une décision ou la reconnaissance judiciaire de la décision sociale qui aurait pu être adoptée si le minoritaire n'avait pas abusé de sa minorité.

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 228-24, al.2 du Code de commerce, le refus d'agréer le tiers cessionnaire emporte pour conséquence, soit la rétractation de l'offre de vente par l'actionnaire cédant, par la reconnaissance d'un « droit de repentir », soit l'obligation pour les autres actionnaires, par l'un d'entre eux, par un tiers ou pour la société d'acquiescer les actions aux lieux et place de ce tiers, à un prix fixé par les parties ou, à défaut, à un prix établi par un expert, déterminé dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil, dans les trois mois du refus. Où l'on retrouve, alors, la solution des arrêts commentés.

Autre, enfin, est la question de savoir si l'ensemble du mécanisme statutaire, en tant qu'il a peu ou prou, pour but d'empêcher la cession des titres par l'actionnaire majoritaire ou, du moins, de le rendre très difficile, n'est pas une entrave au principe de libre négociabilité des actions, principe essentiel du droit français des sociétés.

---

<sup>17</sup> : Paris, 29 juin 1995, Dr. soc. 1995, n°221.

<sup>18</sup> : Cass. com. 27 mai 1997, Bull. civ. IV, n°149.

La question doit, en effet, être considérée dans son ensemble. En effet, si le dirigeant ne respecte pas la procédure statutaire, il risque de subir une action en nullité de la cession qui sera elle-même contredite par l'exception de nullité. Il resterait, cependant, à vaincre la présence, éventuelle, d'une clause d'agrément. C'est sans doute la raison pour laquelle la question ne doit pas être envisagée clause par clause mais dans son ensemble.

Or, du point de vue du droit des sociétés, la seule manière de faire échec à un tel mécanisme est de considérer que l'ensemble fait obstacle au principe de libre négociabilité des titres. Il reste, en outre, l'éventuelle application des règles du droit de la concurrence.

**11.** - Le point de vue des règles du droit des sociétés ou de celles du droit des contrats peut en effet être dépassé par une considération plus large, du point de vue du droit de la concurrence, ne serait-ce que pour obtenir l'annulation de telle ou telle stipulation, qui ne serait pas possible dans la seule considération de ces règles techniques ou sans une vue concurrentielle d'ensemble. Ainsi, la considération de la clause pénale des statuts de la centrale d'achat peut être considérée comme une entente anticoncurrentielle, argument qui pourtant n'a pas convaincu la Cour de cassation, d'une part parce que le raisonnement concurrentiel provenait des juridictions « ordinaires » et point du Conseil de la concurrence, mais surtout parce que le raisonnement concurrentiel n'était pas global et ne traitait qu'une partie de la question<sup>19</sup>.

Un « traitement concurrentiel » permet(trait) d'obtenir une telle vue globale de la situation considérée du point de vue de ces effets, à partir de l'analyse des différents documents contractuels ou sociétaire au regard, d'une part, de la sanction des ententes anticoncurrentielles (C. com., art. L. 420-1) et, éventuellement, de l'abus de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2, al. 2), étant entendu que le marché pertinent sur lequel ces pratiques sont susceptibles de porter leurs effets. Le marché sur lequel s'exercent les pratiques n'est pas le marché de la distribution de produits de grande consommation en hypermarchés ou supermarchés mais s'observent en amont, sur celui de l'accès aux entreprises de distribution, au marché des hypermarchés.

Il n'est pas certain par ailleurs, pour autant que ces pratiques puissent présenter une dimension communautaire que puisse être invoqué le Règlement d'exemption par catégorie n°2790/99 du 22 décembre 1999 qui exempte par principe tous les accords qui s'inscrivent dans une part de marché inférieure à 30% (art.3), sauf en présence de « restrictions caractérisées ». En effet, ce Règlement a essentiellement pour vocation de gérer, d'une façon générale, les accords de distribution « classiques », accords de franchise, de distribution sélective, d'approvisionnement exclusif, alors même que les pratiques observées s'inscrivent dans une dimension plus complexe, dans laquelle se mêlent les dispositions statutaires de la société exploitante, des pactes extrastatutaires, les statuts de la société « référenceur », alors il n'est pas certain que le Règlement s'applique. Dans cette situation, les *lignes directrices* du 13 octobre 2000 (point 62) prévoient que ces situations peuvent nécessiter un examen individuel, alliant examen des effets négatifs et positifs sur la concurrence, exactement comme si l'accord se situait hors du champ d'application du Règlement.

**12.** - Dès lors, l'effet anticoncurrentiel des pratiques identifiées peut être mesuré. Il s'agit en effet, d'un ensemble de clauses installant un mécanisme « anti-sortie » d'un adhérent ce qui constitue une barrière à l'entrée sur le marché des concurrents du groupe considéré, de façon à réserver, en pratique, toute cession à un autre exploitant de ce groupe, à un prix relativement indécent, révélant une « barrière à la sortie » de l'exploitant.

---

<sup>19</sup> : Cf. Cass. com. 22 févr. 2000, préc.

Or, les clauses de préférence, éventuellement associées à des clauses d'agrément ou de préemption permettent de considérer qu'une telle sortie est parce que difficile, anticoncurrentielle, indépendamment de la réponse donnée, par le droit des sociétés à la question de savoir si ces clauses constituent une entrave à la libre négociabilité des titres. Par ailleurs, ces mécanismes sociétaires sont consolidés par d'autres, de nature contractuelle (cf. supra). Ainsi, toute sortie « non autorisée » emporte un mécanisme de sanction financière assez lourde, imposant le paiement d'une pénalité et le retrait des remises et ristournes. Or cette pratique fut, en d'autres occasions, largement dénoncée par le Conseil de la concurrence, dans la mesure où un tel retrait est susceptible de provoquer une situation de revente à perte par le Centre sur des produits très concurrentés<sup>20</sup>. Dans ces autres occasions, la pratique est dénoncée dans la mesure où elle conduit à des pratiques de prix imposées. Ici la suppression des ristournes, à titre de clause pénale, rend plus difficile, plus coûteuse, la sortie du groupe de distribution. Du point de droit civil, ces clauses sont valables, sauf à obtenir leur réduction, parfois importante. Du point de vue du droit de la concurrence, elles conduisent à identifier un coût inutile de sortie.

**13.** - Si l'on observe alors l'ensemble contractuel et sociétaire du point de vue du droit de la concurrence, la situation est à bien des égards assez similaire à l'affaire dites des « cuves », bien connue des spécialistes. Les distributeurs d'essence, liés par un contrat d'approvisionnement exclusif, recevaient des cuves de leur fournisseur à titre de prêt à usage mais si le distributeur décidait de résilier le contrat de distribution ou de ne pas le renouveler, pour changer de fournisseur, le fournisseur-prêteur exigeait la restitution des cuves, en nature. Or, les distributeurs constataient que, une fois utilisées, ces cuves ne valaient plus grand chose, alors que pour les restituer, il fallait les déterrer, travaux coûteux accompagnant la fermeture de la station-service et racheter une autre cuve pour exécuter un nouveau contrat avec une nouvelle compagnie pétrolière (à moins qu'elle ne la lui prête à son tour). Aussi les distributeurs proposaient une restitution par équivalent ou en valeur de ces cuves. Saisies en premier lieu, les juridictions civiles n'admirent pas le principe de la restitution par équivalent en raison d'une considération purement civiliste de l'obligation du contrat de prêt : l'emprunteur à usage doit restituer la chose elle-même<sup>21</sup>. A l'inverse, les autorités de concurrence avaient annulé ces clauses<sup>22</sup>. En substance, le Conseil de la concurrence considérait que, en imposant un coût artificiel à la sortie d'un réseau, la clause constituait un effet anticoncurrentiel par restriction à l'accès à un marché en renchérissant le coût de cet accès.

On peut assez aisément transposer cette solution au montage ici observé, dans la mesure où si chaque élément du puzzle peut, avec quelques réserves ici ou là, être considéré comme valable pris isolément, la considération de l'ensemble par des règles dont l'objectif est

---

<sup>20</sup> : Cf. en dernier lieu : Déc. Cons. conc., 25 sept. 2003 *Texas Instruments*, LD nov. 2003 (décision confirmée par Paris, 21 sept. 2004 ; arrêt partiellement cassé, sur un autre point, par Com., 22 nov. 2005, LD déc. 2005 et le premier « jeu » de décisions dans une affaire *Philips* à rebondissements : Déc. Cons. conc. 6 déc. 1988, n°88-D-47, Rec. Lamy, n° 342, Comm. J. Calvo; Confirmé par Paris 28 juin 1989, BOCCRF 14 juillet 1989, p.171; LD, 1989/7-8; Gaz. Pal. 9 déc. 1989, note J.-P. Marchi, pourvoi rejeté par Com.5 février 1991 LD, 1991/3; D.1991, IR, 65. La même affaire était portée dans les mêmes termes devant les autorités pénales, qui rendirent des solutions sur les mêmes fondements (T.Corr. Nanterre 19 avril 1988 inédit; Versailles 16 mars 1989 LD, 1989/5; Gaz.Pal. 7-8 juillet 1989, p.15, Réquisitions B. Challe; Crim 5 novembre 1990 LD, 1991/3; RJDA 1991, n°39, p.50; D.1991, IR, 10; JCP éd.E, 1991, IV, 58. Relevons la formule de l'arrêts de la Cour d'appel de Versailles du 16 mars 1989 : « (En) donnant un caractère conditionnel à la quasi-totalité de ses ristournes (y compris une prime de coopération dont l'arrêt dit par ailleurs que tout en étant accordée sur facture elle restait assujettie à la clause litigieuse) le prévenu se donnait les moyens de prévenir, de la part de ses distributeurs toute revente au dessous du prix facturé, ainsi indirectement imposé comme prix minimum, voire dans le cas contraire de le constituer en infraction (de revente à perte)».

<sup>21</sup> : Cf. Com. 7 déc. 1993, Bull. civ. IV, no 461.

<sup>22</sup> : Déc. Cons. conc., n°87-D-34, 29 sept. 1987, Rec. Lamy, n°293, obs. V. Sélinsky confirmé par Paris, 5 mai 1988, Boccrf, 11 mai 1988.

précisément de donner une - autre - vision d'ensemble, celles du droit de la concurrence, permet de faire ressortir l'effet *a priori* anticoncurrentiel qui en résulte : il est très difficile et en toute hypothèse très coûteux pour le membre de l'un de ces réseaux de distribution de sortir du réseau tout en valorisant le résultat de son activité.

Il semble alors qu'une telle analyse globale du puzzle par le truchement des règles du droit de la concurrence, permettrait, peut-être, de clarifier la situation de ce montage juridique d'une grande efficacité, jusqu'ici du moins, de manière soit à pérenniser cette efficacité, alors considérée comme légitime, et ce n'est plus d'autopsie dont il faudrait parler, mais de photographie, ou bien, tout au contraire, pour restituer aux dirigeants actionnaires majoritaires d'une société exploitant un centre de distribution, quel qu'il soit, tout en respectant les obligations raisonnables que les conventions qui le lient à un groupe de distribution lui imposent, une certaine liberté de cession de ses titres et peut-être, ce faisant, de fluidifier un peu ce marché ; mais c'est alors bien d'autopsie d'un corps juridique dont il s'agirait.