

n°3 Mars 2024

LA DÉCISION DU MOIS

La Cour d'appel de Paris confirme le caractère restrictif par objet des échanges d'informations entre charcutiers-salaisonnières, mais réduit le montant des sanctions.

Saisie, d'une part, d'une plainte relative à des pratiques d'entente dans le secteur de la découpe de porcs dans la région parisienne et, d'autre part, par une demande de mise en œuvre de la procédure de clémence, l'Autorité de la concurrence (AdlC, 16 juillet 2020, n° 20-D-09) avait infligé une sanction au cartel composé de douze entreprises du secteur du jambon et de la charcuterie pour avoir coordonné leur position lors des négociations avec les abatteurs et s'être entendus sur les hausses de prix des produits de charcuterie pratiquées auprès de la grande distribution pour leurs marques de distributeurs ou marques « premiers prix ». La Cour d'appel de Paris confirme partiellement, en l'espèce, la décision de l'Autorité, mais revoit le montant des amendes à la baisse.

Les parties contestaient la validité des éléments de preuve retenus par l'Autorité, résultant des divers documents et déclarations émanant des entreprises parties à l'entente, notamment celles du demandeur de clémence. La cour rappelle, tout d'abord, l'opposabilité d'un document régulièrement saisi à l'entreprise qui en est l'auteur, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées, ce document pouvant être utilisé comme preuve, par le rapprochement avec d'autres indices concordants, d'une concertation ou d'un échange d'informations entre concurrents (V. not. Cons. Conc., 29 nov. 1995, n° 95-D-76 ; Cass. com., 6 oct. 1992, n° 90-16.755). Elle confirme également que les déclarations d'un demandeur en clémence possèdent un degré de crédibilité élevé, lorsqu'elles sont étayées

par des éléments matériels (relevés téléphoniques, courriels internes contemporains des pratiques) et corroborées par des éléments extérieurs, notamment les courriels et notes saisis lors de l'opération de visite et saisie (V. égal. ADLC, 17 déc. 2019, n° 19-D-24). Elle précise cependant que la déclaration d'une entreprise poursuivie pour avoir participé à une entente, dont l'exactitude est contestée par plusieurs autres entreprises mises en cause au même titre, ne constitue pas une preuve suffisante de la participation de ces dernières à l'infraction, si elle n'est pas étayée par d'autres éléments de preuve (V. égal. Paris, 11 oct. 2012, n° 2011-03298). Enfin, elle confirme la position de l'Autorité de la concurrence qui avait estimé qu'un carnet peut valablement être retenu pour établir l'existence d'échanges bilatéraux qui y sont consignés. La cour considère qu'il constitue une preuve documentaire, contemporaine des pratiques, qui n'est pas dépourvue de toute valeur probante, même si sa rédaction n'a pas été systématiquement concomitante à tous les faits qui y sont notés.

Les contacts, sous forme de réunions multilatérales ou d'échanges bilatéraux, peuvent être assimilés à des pratiques concertées ayant concouru, soit directement, soit indirectement, à la fixation de hausses tarifaires à un niveau supérieur à celui qui aurait résulté d'une situation de concurrence non faussée, en diminuant significativement l'incertitude lors de chaque appel d'offres.

Les parties estimaient, ensuite, que les comportements identifiés par

l'Autorité constituaient de « simples échanges d'informations » qui ne sont pas assimilables à une entente horizontale de fixation de prix et soutenaient que le fonctionnement concret du marché des pièces de jambon (structurellement sous-capacitaire) exclut toute possibilité de stratégie tarifaire commune, dès lors que les stratégies de négociation dépendent des contraintes propres à chaque charcutier-salaisonnier. Confirmant la décision de l'AdlC, la cour considère que lorsque les informations échangées entre concurrents (sur les volumes escomptés ou leurs positionnements face aux variations souhaitées par les abatteurs) revêtent un caractère particulièrement sensible pour mener les négociations avec les acheteurs industriels, le fonctionnement concret du marché, loin d'exclure toute possibilité de stratégie tarifaire commune entre charcutiers-salaisonnières, établit l'intérêt de ces échanges pour les participants, ceux-ci intervenant concomitamment aux négociations, en supprimant l'incertitude qui gouverne le jeu normal de la concurrence sur le marché concernant des composantes essentielles dans le processus de fixation des cours. En échangeant des informations sur les variations du prix d'achat hebdomadaire et en s'accordant pour défendre une position commune dans la négociation avec les abatteurs, les quatre entreprises concernées ont, selon la cour, imposé sur le marché français un mode d'organisation substituant une collusion entre les principaux salaisonnières au libre jeu de la concurrence. Elle souligne également qu'une entreprise



ne peut soutenir que des échanges présentent un caractère bilatéral insusceptible de caractériser sa participation à une entente avec d'autres participants lorsque la teneur des échanges bilatéraux entre les différentes participantes démontre qu'ils n'étaient pas circonscrits à deux entreprises mais généralisés entre les différentes entreprises en cause et ont eu pour objet de relayer entre tous les participants à l'entente des données commercialement sensibles en vue d'adopter un certain comportement dans le cadre des négociations en cours.

Les parties relevaient, par ailleurs, que les intérêts des charcutiers-salaisonnières étaient divergents, certains ayant intérêt à ce que le prix moyen hebdomadaire soit le plus élevé possible, alors que d'autres n'avaient pas intérêt à une surévaluation du prix. Or, selon la cour, l'intérêt que présente une information pour le concurrent qui la reçoit est sans incidence sur l'existence d'échanges concernant des propositions de prix sur certains produits, pas plus que l'intérêt de celui qui la communique. En outre, la circonstance qu'une information aurait également pu être déduite d'un autre événement ne remet pas en cause l'existence d'un

échange ayant confirmé la stratégie commerciale de l'entreprise. Elle en conclut que la participation à des réunions secrètes et l'échange d'informations avec d'autres entreprises, permettant aux salaisonnières de se concerter, pour commercialiser des produits de charcuterie crus sous marque distributeur ou premiers prix, coordonner leurs demandes d'augmentation de prix auprès des enseignes de la grande distribution et organiser leurs réponses, notamment en prix, aux appels d'offres des enseignes de la grande distribution, qui leur permettent d'atténuer ou supprimer toute incertitude quant au caractère prévisible du comportement des concurrents, constituent des pratiques contraires aux articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. Elle écarte l'argument tiré par les salaisonnières du fort pouvoir de négociation des acheteurs : elle considère au contraire que si le fort pouvoir de négociation auquel ils sont confrontés, en amont et en aval, peut avoir une incidence sur l'importance du dommage causé à l'économie, cette circonstance n'est pas de nature à justifier leurs concertations ni à exclure la caractérisation de l'infraction et sa qualification de restriction par objet.

Enfin, l'une des parties reprochait à l'AdIC de ne pas avoir démontré que le grief de « s'être accordées et concertées » par le biais d'échanges bilatéraux constituait un accord ou une pratique concertée d'organisation des réponses aux appels d'offres, dès lors qu'elle n'a pas établi l'existence d'un plan commun auquel les entreprises auraient adhéré. La cour précise à cet égard que la notion d'infraction complexe ne renvoie pas à une nouvelle forme d'infraction, mais à un régime offrant des facilités procédurales permettant d'appréhender ensemble, dès lors qu'ils s'inscrivent dans un « plan d'ensemble » visant un objectif unique, des comportements illicites complexes que les qualifications d'accords ou de pratiques concertées classiques ne permettent pas toujours d'apprécier à leur juste mesure. Il n'existe donc aucune obligation pour l'Autorité de recourir à une telle qualification.

ENTENTES

Cour d'appel de Paris
7 mars 2024
n° 20/13093



L'ACTUALITÉ

Selon le juge des référés, un distributeur peut dénoncer des pratiques de réduflation sans se rendre coupable de concurrence déloyale.

Début 2024, Unilever saisit en référé le Tribunal de commerce de Paris d'une plainte à l'encontre d'Intermarché pour dénigrement et pratique commerciale trompeuse. Sont en cause, les détournements de slogans publicitaires de certaines marques du portefeuille d'Unilever, que l'enseigne de la grande distribution justifie par la nécessité de dénoncer les pratiques de « réduflation » et de « reset gencod » de certains industriels, qui, respectivement, consistent à maintenir ou augmenter le prix d'un produit tout en réduisant sa quantité, et à modifier l'European Article Numbering d'un produit phare grâce à un changement de litrage ou de grammage pour en augmenter le prix.

En pratique, le distributeur a fait apposer en rayon des affichettes, à proximité de certains produits de marque, comme les soupes Knorr,

annonçant que certaines références ne seraient plus disponibles en raison d'une hausse de prix injustifiée, suivie du slogan : « KNORR, J'ADORE J'ADORAIS ». De même, pour les glaces Magnum Classic et Carte d'Or Vanille, la clientèle pouvait lire une indication selon laquelle les nouveaux formats de quantité réduite avaient subi une augmentation de prix totalement injustifiée pouvant aller jusqu'à + 39 % selon les références, accompagné des messages suivants : « AVANT, MAGNUM, CA VOULAIT DIRE GRAND » et « ILS N'Y VONT PAS AVEC LE DOS DE LA CUILLÈRE ». Alors qu'Unilever soutenait que ces affiches revêtaient un caractère dénigrant, Intermarché légitimait sa critique des méthodes commerciales adoptées par certaines marques par l'information des consommateurs et la volonté de contraindre les industriels à faire

preuve de plus de transparence et de modération, dans le contexte d'inflation actuelle.

En l'espèce, le juge des référés a considéré qu'Intermarché, en détournant, de façon humoristique, ces slogans publicitaires, ne s'était pas rendu coupable de concurrence déloyale car il ne saurait y avoir dénigrement lorsque l'information délivrée se rapporte à un débat d'intérêt général, repose sur une base factuelle suffisante et est exprimée avec mesure, même si les critiques en cause pouvaient paraître sévères. Dès lors, le ton humoristique d'Intermarché respectait les limites de l'acceptable et le droit légitime à informer les consommateurs justifiait le recours au « *Name and Shame* ».

Par ce même procédé, Unilever reprochait en outre à Intermarché de s'être livré à une pratique déloyale et trompeuse en entretenant une



confusion du public sur la nature de la hausse des prix pratiqués et des produits comparés. Mais, selon le juge des référés, l'existence d'une pratique commerciale trompeuse ne saurait pas davantage être reprochée au distributeur dans la mesure

où Unilever ne conteste pas sérieusement avoir augmenté ses tarifs et réduit la quantité de certains de ses produits dans les proportions précédemment rappelées. A suivre...

DÉNIGREMENT

Tribunal de commerce de Paris
Ordonnance de référé
8 février 2024
LawLex202400001692JBJ

★★★

Les entreprises peuvent refuser de communiquer leurs CGV ou conditions d'adhésion à un réseau de distribution sélective à un revendeur avec lequel elles ne souhaitent pas contracter.

Un groupe fabricant de matériels électriques, qui avait organisé un réseau de distribution sélective pour la commercialisation de ses produits, a été sollicité par un revendeur tiers, qui s'approvisionnait auprès de distributeurs agréés, souhaitant engager des relations directes avec lui. Un refus lui a été opposé au motif qu'il avait dégradé l'image de la marque par la vente de tableaux électriques présentant des défauts de sécurité qu'il avait assemblés lui-même, en intégrant des pièces détachées fournies par le groupe. Considérant que le fait de ne pouvoir s'approvisionner qu'auprès d'un réseau de distributeurs et non directement auprès du fournisseur constituait un frein à son développement économique et un trouble manifestement illicite, le revendeur a saisi le juge des référés afin d'obtenir la communication des conditions générales de vente (CGV) des sociétés du groupe en cause, sur le fondement de l'article L. 441-1, II du Code de commerce. En vertu de ce texte, « [t]oute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services qui établit des conditions générales de vente est tenue de les communiquer à tout acheteur qui en fait la demande pour une activité professionnelle ». Débouté en première instance, il a

interjeté appel.

La cour d'appel accepte de mettre hors de cause la société mère du groupe. En effet, celle-ci, qui ne commercialise aucun de ses produits à l'extérieur du groupe et ne contracte jamais avec des tiers, n'édite pas de CGV et ne peut donc se voir enjoindre d'en communiquer à quiconque. En revanche, sa filiale de distribution, à la tête du réseau de distribution sélective, édite bien des CGV. Néanmoins, comme le relève la cour, celle-ci refuse de contracter avec le revendeur, qui a par le passé porté atteinte à l'image des produits. Selon la cour, un tel usage du principe fondamental de liberté contractuelle, qui autorise tout opérateur économique à organiser son réseau de distribution comme il l'entend, sous la réserve de ne commettre aucune pratique anticoncurrentielle, ne caractérise aucun trouble manifestement illicite. Comme d'autres décisions avant lui, l'arrêt commenté confirme ainsi que l'« acheteur » au sens de l'article L. 441-1 doit s'entendre d'un revendeur avec lequel le fournisseur entend contracter (V. not. Paris, 19 oct. 2016, n° 14/07956, retenant que la tête d'un réseau de distribution sélective peut refuser de communiquer ses conditions générales de vente à un revendeur qu'elle

n'a pas agréé, dès lors que celui-ci ne peut être acheteur de ses produits ; 21 mars 2018, n° 16/07984).

A titre subsidiaire, toujours sur le fondement de l'article L. 441-1, le revendeur demandait à la tête de réseau la communication de ses conditions d'agrément. Cependant, comme le souligne la cour, le texte invoqué ne concerne stricto sensu que les conditions générales de vente, auxquelles ne sauraient être assimilées les conditions d'adhésion à un réseau de distribution sélective. Au demeurant, le juge limougeaud considère qu'un opérateur ne peut être tenu de communiquer ses critères d'agrément à un revendeur avec lequel il n'entend pas contracter. La solution est parfaitement justifiée : il est de jurisprudence constante qu'il n'existe pas de droit à l'agrément au sein d'un réseau de distribution sélective, même pour les candidats remplissant le cas échéant les critères d'agrément.

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE

Cour d'appel de Limoges
14 mars 2024
n° 23/00495

★★★

Délais de paiement : une approche toujours plus inflexible de l'Administration, même si des réfections du montant de l'amende demeurent possibles.

Un contrôle de la DREETS a révélé qu'une entreprise avait réglé tardivement 61,1 % des factures examinées, pour un montant cumulé de 179 499,67 euro pour celles relevant du secteur du transport et des opérations de transit, et de 226 913,87 euro pour les autres. Le retard moyen pondéré s'élevait, respectivement, à 63,99 jours pour les premières, et à 22,83 jours pour les secondes. Le gain annuel en besoin de fonds de roulement de la société du fait de ses

retards de paiement, égal à la somme des produits du montant cumulé des factures payées en retard multipliée par le retard moyen pondéré, divisée par la durée de la période contrôlée, s'établissait, selon l'Administration, à 44 505,67 euro. L'entreprise s'est par conséquent vu infliger une amende d'un montant de 58 000 euro, ainsi qu'une mesure de publication de la décision pendant neuf mois.

A la suite du recours hiérarchique

exercé devant le ministre de l'Économie, celui-ci a accepté de réduire le montant de l'amende de 2 000 euro et de ramener la mesure de publication à 3 mois. Estimant ces réfections insuffisantes, l'entreprise a saisi le juge administratif d'une demande d'annulation de l'amende.

Elle faisait valoir, en premier lieu, que l'exercice de son recours hiérarchique et le résultat de celui-ci n'avaient pas été mentionnés dans la publication de sa sanction.



Cependant, le tribunal observe qu'aucun texte n'impose à l'Administration de faire état de tels éléments dans la publication d'une sanction administrative. Par ailleurs, la société prétendait que la décision était demeurée en ligne plus de trois mois. Mais le tribunal estime, d'une part, que les conditions d'exécution d'une mesure de publication ne peuvent être invoquées dans le cadre d'une contestation de sa légalité, et d'autre part, que l'entreprise n'a pas prouvé le dépassement allégué avec la seule production d'une copie d'écran non datée du site de la DGCCRF.

En second lieu, l'entreprise soutenait que l'Administration ne pouvait retenir, dans le périmètre du contrôle, les factures d'une société appartenant à son groupe. Or, conformément à une solution ancienne, le tribunal rappelle que le non-respect de la réglementation des délais de paiement est punissable même si l'infraction a été com-

mise au sein d'un même groupe de sociétés (Cass. crim., 24 mars 1999, n° 97-84.841).

La demanderesse estimait ensuite la sanction disproportionnée, dès lors que les retards constatés étaient, pour la majorité d'entre eux, limités à quelques jours. Le tribunal écarte cet argument, non seulement parce qu'il est factuellement inexact, mais également, sur le principe, en soulignant que même brefs, des retards de paiement répétés sont susceptibles d'emporter d'importantes conséquences sur la situation financière de ses créanciers et portent atteinte à l'ordre public économique. Néanmoins, le tribunal concède que la sanction de 56 000 euro s'avère excessive au regard du gain annuel en besoin de fonds de roulement dégagé grâce aux retards identifiés (44 505,67 euro). Il ramène donc le montant de l'amende à 44 000 euro.

Enfin, l'entreprise se prévalait du droit à l'erreur consacré par l'article

L. 123-1 du Code des relations entre le public et l'administration. Cependant, le tribunal considère que ce texte réserve expressément le cas des « sanctions requises pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne ». Or, selon lui, la réglementation française des délais de paiement ne constitue que la transposition des règles de la directive 2011/7, de sorte que le droit à l'erreur ne pouvait être revendiqué en l'espèce.

DÉLAIS DE PAIEMENT

Tribunal administratif de la Guadeloupe
21 février 2024
2200281



Confrontation du droit des sociétés et du droit de la concurrence : la notion d'entreprise au sens de ce dernier prévaut en private comme en public enforcement.

En 2014, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société Cegedim pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, en opposant un refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par la société Euris Health Digital Solution (Aut. conc., 8 juill. 2014, n° 14-D-06). Quelques mois plus tard, Cegedim a, par traité d'apport partiel d'actifs, transféré la branche d'activité en cause à la société CS1. Une clause du traité excluait cependant du transfert le montant de la condamnation prononcée par l'Autorité de la concurrence. La société CSI était par la suite rachetée par la société IMS. Euris a alors agi en indemnisation du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles caractérisées par la décision de l'Autorité, depuis lors confirmée par un arrêt définitif de la Cour d'appel de Paris (Paris, 24 sept. 2015, n° 2014/17586), tant contre Cegedim qu'IMS, entretemps devenue Iqvia.

Les juges du fond ont en l'occurrence débouté Euris de l'action dirigée contre Cegedim, estimant que seule Iqvia pouvait être poursui-

vie, dès lors que les conséquences civiles des pratiques anticoncurrentielles lui avaient été transmises par le traité d'apport d'actif, qui n'avait exclu du transfert que le paiement de l'amende administrative (Paris, 8 déc. 2021, n° 19/01975). Contestant la mise hors de cause de Cegedim, Euris a formé un pourvoi.

Selon la Cour de cassation, l'entité responsable *in fine* du préjudice causé par les pratiques anticoncurrentielles est l'« entreprise » au sens des articles 101 et 102 TFUE. Or, de son avis, cette notion ne peut avoir une portée différente dans le contexte de l'infliction d'amendes au titre de l'article 23, paragraphe 2, du règlement 1/2003 et dans celui des actions en dommages et intérêts pour violation des règles de concurrence de l'Union. Il en résulte que les principes dégagés par la jurisprudence européenne relative à la détermination de l'entité tenue de supporter la sanction infligée pour violation des règles de concurrence sont seuls applicables pour déterminer celle tenue de réparer le préjudice causé par une telle violation. En vertu de cette jurisprudence, c'est à la personne physique ou morale qui dirigeait l'entreprise en cause au moment où l'infraction aux règles de concurrence de l'Union a été commise qu'il revient de répondre de celle-ci, même si,

au jour de l'adoption de la décision constatant l'infraction, l'exploitation de l'entreprise a été placée sous la responsabilité d'une autre personne, dès lors qu'elle continue d'exister juridiquement.

En l'occurrence, les juges du fond ne pouvaient donc mettre Cegedim hors de cause sur le fondement de considérations étrangères aux règles du droit de l'Union, telles que l'absence d'exclusion, dans le traité d'apport, des actions civiles, du champ de l'opération. En effet, ce traité ne concerne que les rapports internes entre ses signataires et ne peut occulter le critère principal de détermination de la personne tenue de réparer les conséquences dommageables des pratiques, à savoir l'absence de disparition, à la suite de la restructuration, de l'entité qui exploitait l'entreprise en cause au moment où l'infraction avait été commise.

SANCTIONS CIVILES

Cour de cassation
Chambre commerciale
20 mars 2024
n° 22-11.648





Comment assurer la coexistence de systèmes de distribution différents selon les pays ?

Le monde comprend désormais près de 200 Etats. Chacun présente ses particularités. Les entreprises françaises et européennes, même des ETI, peuvent être conduites à commercialiser leurs produits à travers le monde dans des pays de niveau économique et de tradition très différents. Elles ne recourent donc pas nécessairement à l'échelle de la planète ou d'un continent à un même système de distribution. Au sein du marché européen lui-même, il n'est pas rare que la distribution soit sélective dans certains pays, exclusive dans d'autres et simplement libre ailleurs. Peut-on recourir à des systèmes aussi différents ? Peuvent-ils coexister ? Comment assurer leur coexistence de la façon la plus harmonieuse ?

1. Assumer les différences.

Il n'est souvent pas efficace de plaquer un système unique sur des réalités différentes. Les conditions économiques et sociales varient fortement d'un pays à l'autre. Très souvent, il n'est pas possible de pratiquer des prix identiques dans chaque pays européen. Les disparités de niveau de vie ne permettent généralement pas de pratiquer le même prix partout. Les différences de fiscalité indirecte et de taxes diverses rendent souvent impossible de vendre à un même prix HT sous peine d'être hors de prix dans les pays qui taxent le plus la consommation. En Europe, la différence de pénétration d'une marque selon les pays peut également lui imposer de recourir à des systèmes de distribution très différents. Dans les pays où une marque est très implantée, avec des parts de marché très supérieures à 30 %, elle n'aura souvent pas d'autre choix que de pratiquer la distribution libre ou sélective purement qualitative. Là où elle ne dépasse pas le seuil de 30 % et est bien implantée, elle pourra préférer recourir à un système de distribution sélective qualitative et quantitative en instaurant un *numerus clausus* et un maillage territorial avec une répartition quantitative des points de vente sur le territoire. Là où elle est peu présente, elle nommera un importateur exclusif pour développer les ventes en lui offrant la faculté d'être le seul distributeur avec une protection contre les ventes actives. Il faut assumer ces différences et le droit de la distribution reconnaît le droit à la différence.

Même si les plaideurs font régu-

lièrement valoir que la différence de système de distribution pour un même produit démontre l'illicéité du recours à tel ou tel système ou qu'un différentiel de prix entre pays est anormal et engage la responsabilité pour faute du fournisseur, le droit de la distribution et le droit de la concurrence reconnaissent très largement le droit à la différence. Le fait qu'un produit soit vendu en distribution sélective dans un Etat et en distribution libre dans un autre ne signifie pas que le recours à la distribution sélective est illicite. Chaque marché est distinct et peut requérir un système de distribution différent. Le fait que les prix de vente diffèrent d'un marché à l'autre s'explique par de multiples raisons objectives et n'entraîne pas une responsabilité automatique du fournisseur par rapport à ses distributeurs (TGI Metz, 26 oct. 2004, n° 01/00068 ; Paris, 26 janv. 2005, n° 03/01111 ; Cass. com., 20 févr. 2007, n° 05-15.152 ; 6 nov. 2007, n° 05-15.152). Il est possible de recourir à des systèmes de distribution différents selon les Etats ou les marchés et de les faire coexister (Paris, 2 nov. 2016, n° 14/10659). Il faut naturellement vérifier la licéité du système de distribution envisagé en fonction de la zone de distribution, et tenir compte de particularités parfois inattendues comme l'interdiction des exclusivités d'importation dans la quasi-totalité des départements et collectivités françaises d'outre-mer.

2. Être néanmoins conscient des difficultés liées à ces différences.

De trop grandes différences peuvent créer des effets pervers. Si le différentiel de prix entre pays est très important, un commerce parallèle se développera. Si le différentiel est tel qu'il est compatible avec une double marge de revente (marge du distributeur de l'Etat de provenance/marge du revendeur de l'Etat de destination), les distributeurs des pays bon marché seront naturellement tentés d'inonder les marchés à prix plus élevés. Il faut donc éviter les différentiels de prix trop importants. De même, si un marché est en distribution libre ou exclusive, et le marché voisin en distribution sélective, les revendeurs hors réseau du pays sélectif seront tentés de s'approvisionner auprès des distributeurs des pays libres ou exclusifs non soumis à une interdiction de revente à des revendeurs hors réseau.

3. Faire preuve de prudence dans la stipulation d'interdictions d'exporter pures et simples.

La question se pose en général s'agissant des interdictions d'exportations en dehors d'Europe ou des interdictions d'exportations de pays tiers vers l'Europe. Dans ses lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (Communication 2004/C 101/07 du 27 avr. 2004), la Commission souligne que le commerce peut être affecté si l'accord empêche les réimportations dans l'Union, notamment dans le cas d'accords verticaux entre des fournisseurs de l'Union et des distributeurs de pays tiers imposant des restrictions à la revente à l'extérieur d'un territoire attribué, y compris l'Union (§ 108) ; dans son arrêt *Javico* (aff. C-306/96 du 28 avr. 1996), la Cour de justice a été invitée à se prononcer sur une clause d'un contrat de distribution stipulée entre la société de droit français Yves-Saint-Laurent et l'un de ses distributeurs allemands, qui stipulait que les produits commercialisés auprès de lui étaient destinés à être revendus uniquement sur le territoire des Républiques de Russie et d'Ukraine et qu'en aucune circonstance, ils ne pourraient quitter ces territoires. La Cour, saisie d'une question préjudicielle, a souligné que la clause de restriction territoriale dont elle était saisie n'était pas restrictive par objet, dans les termes suivants : « Des stipulations du type de celles mentionnées dans la question préjudicielle doivent être interprétées non pas comme visant à exclure les importations parallèles et la mise sur le marché du produit contractuel à l'intérieur de la Communauté, mais comme visant à assurer au producteur la pénétration d'un marché situé à l'extérieur de la Communauté au moyen de l'écoulement sur ce marché d'une quantité suffisante de produits contractuels. ». La Cour a néanmoins invité les juridictions nationales à vérifier si l'accord en cause avait pour effet de fausser la concurrence en empêchant les réimportations dans l'Union, et de vérifier notamment : (i) la structure éventuellement oligopolistique du marché : plus le marché dans l'Union est oligopolistique « laissant un degré faible de concurrence à l'intérieur du réseau communautaire de distribution des produits », plus la



restriction est de nature à enfreindre l'article 101 TFUE ; (ii) la différence de prix entre le prix de vente sur le territoire et hors territoire européen, en prenant en considération les droits de douane et le coût de transport pour toute réimportation des produits sur le territoire européen : plus la différence de prix est importante plus l'interdiction risque d'être considérée comme ayant pour effet de restreindre les réimportations et d'affecter la concurrence au sein de l'UE. Sur le fondement de la jurisprudence Javico, on peut raisonnablement considérer qu'une interdiction faite aux distributeurs européens de vendre les produits en dehors d'Europe, même en cas de vente passive, sera considérée dans la plupart des cas comme n'ayant pas pour objet de fausser la concurrence. Elle pourrait cependant être considérée comme ayant pour effet de fausser la concurrence si elle a pour effet de faire obstacle à des réimportations éventuelles dans l'Union sous réserve de l'appréciation visée dans l'arrêt Javico. En l'absence de risques quant à des réimportations éventuelles, une clause interdisant les ex-

portations hors de l'Union ne serait pas contraire au droit de la concurrence européen. Cependant, la prudence impose de recourir à une définition large de la zone Europe qui ne se limite pas à l'Union européenne : il faut autoriser les ventes vers l'EEE (il faut inclure la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein) sans oublier non plus celles vers le Royaume-Uni et la Suisse sous peine de risquer de tomber sous le coup du droit national de la concurrence de ces pays voisins qui peuvent considérer qu'une interdiction d'exporter, par exemple vers la Suisse, a nécessairement un effet restrictif de concurrence en Suisse. Si les possibilités d'exporter vers d'autres pays sont réelles, mieux vaut consulter un conseil local pour vérifier qu'une interdiction d'exporter vers ces pays ne serait pas jugée contraire au droit de la concurrence local.

4. Recourir aux nouvelles possibilités de clauses de coexistence autorisées par le règlement d'exemption vertical.

Le nouveau règlement vertical 2022/720 favorise une coexistence plus souple des systèmes de distribu-

tion différents en Europe. Il permet en effet d'interdire aux distributeurs sélectifs (et à leurs clients directs) de vendre activement dans les pays sous distribution exclusive et, réciproquement, d'interdire aux distributeurs exclusifs (et à leurs clients) de vendre activement et même passivement à des revendeurs non agréés dans les pays sélectifs. Il permet de même d'interdire aux distributeurs des pays sous distribution libre de vendre activement vers les pays exclusifs et de vendre activement et même passivement à des revendeurs non agréés dans les pays sélectifs (avec faculté de prévoir une clause de pass on étendant cette interdiction aux clients directs dans le premier cas et aux clients indirects dans le second).